

UDK 34 + 3

ISSN 1330-349x

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

GODINA 15

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) 15,  
str. VI+1-215, Rijeka, 1994.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA  
U RIJECI



ISSN 1330-349X

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

GODINA 15

RIJEKA, 1994.

ZBORNİK 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'UNIVERSITÀ DI RIJEKA  
GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN  
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA  
СБОРНИК НАУЧНЫХ РАБОТ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА  
УНИВЕРСИТЕТА В РЕКЕ

---

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

*Uredništvo:* prof. dr. Mladen Montana, prof. dr. Petar Simonetti, prof. dr. Dragutin Ledić, prof. dr. Berislav Pavišić, mr. Sonja Zubčić, Sandra Laleta, Nikša Marušić

*Glavni i odgovorni urednik:* prof. dr. Berislav Pavišić

*Lektorica:* Dušanka Starčević, prof.

*Adresa uredništva:* Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

Časopis izlazi jedanput godišnje

Naklada: 230 primjeraka

*Priprema:* *VIV-INŽENJERING*, Zagreb, Grškovićeve 36

*Tisak:* HRVATSKA TISKARA, Zagreb, Slavonska avenija 40

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

Na temelju mišljenja Ministarstva kulture i prosvjete Republike Hrvatske Ur. broj: 532-03-1/7-94-01 od 7. veljače 1994. godine na promet Zbornika Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci ne plaća se osnovni porez na promet.

---

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

## SADRŽAJ

### I. Članci:

Lujo MARGETIĆ, KNJIGE RIJEČKIH NOTARA - NEZAIBILAZNO VRELO RIJEČKE PRAVNE POVIJESTI (izvorni znanstveni članak) .....	1
Marcus LUTTER, ANTEILSEIGNER UND UNTERNEHMEN (izvorni znanstveni članak) .....	15
Petar SIMONETTI, PRAVNA PRIRODA ETAŽNOG VLASNIŠTVA U NACIONALNOM I KOMPARATIVNOM PRAVU (izvorni znanstveni članak) .....	25
Dragutin LEDIĆ, GARANCIJA ZA ISPRAVNO FUNKCIONIRANJE STVARI (pregledni znanstveni članak) .....	37
Antun JURMAN, PRIJEKA POTREBA UVOĐENJA SUSTAVA BONITETNE KONTROLE BANAKA U REPUBLICI HRVATSKOJ (prethodno priopćenje).....	51
Marinko Đ. UČUR, SOCIJALNE PRESTACIJE IZMEĐU DATOG (DE LEGE LATA) I OČEKIVANOG (DE LEGE FERENDA) (pregledni znanstveni članak).....	63
Đuro TABAKOVIĆ, Velinka GROZDANIĆ, Zoran SUŠANJ. ODMJERAVANJE KAZNE KAO AKT SUBJEKTIVNE SUDSKE OCJENE (izvorni znanstveni članak).....	85
Nenad HLAČA, PRAVO NA PROMJENU SPOLA (pregledni znanstveni članak).....	95
Anita KURTOVIĆ, AMNESTIJA I NJEZINE FUNKCIJE U KAZNENOM PRAVU (pregledni znanstveni članak) .....	119
Dragutin BOLANČA, TUMAČENJE SINTAGME "ACT OF PUBLIC ENEMIES" U HAŠKIM PRAVILIMA (izvorni znanstveni članak).....	131
Miomir MATULOVIĆ, POVIJEST TEORIJA PRIRODNIH PRAVA (I) (pregledni znanstveni članak).....	139
Gordan STANKOVIĆ, POMORSKO DOBRO U POMORSKOM ZAKONIKU REPUBLIKE HRVATSKE (izvorni znanstveni članak) .....	159
Sandra LALETA, SPECIFIČNOSTI RADNOG ODNOSA LUČKIH RADNIKA U ITALIJI (pregledni znanstveni članak) .....	165
Alen RAJKO, SUD EUROPSKIH ZAJEDNICA .....	187

### II. Rasprave:

Milovan JOVANOVIĆ, POLITIČKA EKONOMIJA U PRAVNOM STUDIJU.....	193
---	-----

### III. Prikazi:

Mile BOGOVIĆ, <i>KATOLIČKA CRKVA I PRAVOSLAVLJE U DALMACIJI ZA MLETAČKE VLADAVINE</i> , Zagreb, Kršćanska sadašnjost i Školska knjiga, 1993, (Željko Bartulović).....	199
<i>USTAV STJEPANA RADIĆA</i> , Zagreb, Prometheus, 1994, (Nado Grubić).....	201

<i>KRIMINOLOGIJA I SOCIJALNA INTEGRACIJA</i> , Zagreb, Fakultet za defektologiju, 1993, (Velinka Grozdanić) .....	202
<i>PRIVREDA I PRAVO</i> , Zagreb, Časopis za privredno-pravnu teoriju i praksu. 1994, (Jozo Čizmić) .....	203
<i>RJEČKI TEOLOŠKI ČASOPIS (EPHEMORIDES THEOLOGICAE FLUMINENSES)</i> , Rijeka, Časopis Katoličke bogoslovije u Rijeci, 1994, (Željko Bartulović) .....	206
<i>ZAŠTITA VJEROVNIKA</i> , Savjetovanje u Opatiji, 1994, (Aldo Radolović) .....	208
<i>POSJET POVIJESNOM ARHIVU U PAZINU</i> , (Neda Engelsfeld, Željko Bartulović) .....	210
<b>IV. Fakultetska kronika šk. god. 1993/94</b> .....	213
<b>V. Summaries:</b>	
Lujo MARGETIĆ, EARLY CHANCELLOR'S REGISTERS - UNAVOIDABLE SOURCE OF RIJEKA'S LAW HISTORY (original scientific paper) .....	13
Marcus LUTTER, SHAREHOLDER AND ENTERPRISE (original scientific paper) .....	24
Petar SIMONETTI, LEGAL NATURE OF CONDOMINIUM IN NATIONAL AND COMPARATIVE LAW (original scientific paper).....	35
Dragutin LEDIĆ, GUARANTEE FOR THE PROPER FUNCTIONING OF THE GOODS (review) .....	50
Antun JURMAN, NECESSARY IMPLEMENTATION OF CREDIT RISK EVALUATION IN CROATIAN BANKS (preliminary communication).....	62
Marinko Đ. UČUR, SOCIAL PRESTATIONS BETWEEN THE GIVEN (DE LEGE LATA) AND THE EXPECTED (DE LEGE FERENDA) (review) .....	83
Đuro TABAKOVIĆ, Velinka GROZDANIĆ, Zoran SUŠANJ, THE DETERMINATION OF PUNISHMENT - JUDGE'S SUBJECTIVE EVALUATION (original scientific paper) .....	94
Nenad HLAČA, THE RIGHT TO THE SEX CHANGE (review) .....	118
Anita KURTOVIĆ, THE AMNESTY AND ITS PURPOSES IN PENAL LAW (review).....	130
Dragan BOLANČA, THE INTERPRETATION OF AN "ACT OF PUBLIC ENEMIES" FROM THE HAGUE RULES (original scientific paper).....	137
Miomir MATULOVIĆ, THEORIES OF NATURAL RIGHTS IN HISTORICAL PERSPECTIVE (review) .....	158
Gordan STANKOVIĆ, THE REGIME OF THE COASTAL ZONE IN THE MARITIME CODE OF CROATIA (original scientific paper).....	168
Sandra LALETA, SPECIFIC FEATURES OF THE LABOUR RELATIONS OF DOCKERS IN ITALY (review) .....	186

## I. ČLANCI





## KNJIGE RIJEČKIH NOTARA - NEZAIBILAZNO VRELO RIJEČKE PRAVNE POVIJESTI

Akademik Lujo Margetić,  
Rijeka

UDK: 949.75-2:347.961+347.4  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Izvorni znanstveni članak

*Autor dokazuje da je riječku povijest nemoguće proučavati bez uzimanja u obzir vijesti iz najstarijih notarskih knjiga (Anton de Renno de Mutina, Dominicus Raniza, Quirinus Tranquillus) i daje nekoliko primjera iz imovinskoga, obiteljskoga, nasljednoga, itd., prava da bi tu svoju tezu argumentirao.*

### I

O razvoju starijeg riječkog prava dosad se, tako reći, ništa nije pisalo. Zbog nedostatka vrela za razdoblje do uključivši XIV. stoljeće smjer razvoja riječkog prava možemo izvesti samo iz općeg razvoja prava u ovome dijelu Europe. Naprotiv, iz XV. stoljeća sačuvan je golem izvorni pravno neiskorišteni materijal u notarskoj knjizi Antuna de Renno de Mutina (1436.-1465.),<sup>1</sup> u kojem se može naći upravo nepresušne obavijesti o najrazličitijim ugovorima, sudskim prosvjedima, punomoćima, oporukama, presudama redovnog suda, arbitražama, odlukama građanskoga vijeća sa snagom statutarnih propisa, crkvenopravnim predmetima itd. Sadržajem su bogate i, nažalost, za pravnu povijest Rijeke također neiskorištene notarske knjige D. Raniza (1525.-1529.),<sup>2</sup> osobito neki njezini dijelovi<sup>3</sup> i Kv. Tranquilla (1544.-1546.).<sup>4</sup> Uz te notarske knjige za upoznavanje riječkoga prava važan je i Riječki statut (1530. god.),<sup>5</sup> premda ga treba

<sup>1</sup> S. Gigante, *Libri del cancelliere*, Volume primo, Cancelliere Antonio di Francesco de Reno, Parte prima MCCCCXXVII-MCCCCXLIV, Fiume 1912. (dalje Gigante I); Parte seconda, Fiume 1931; M. Zjačić, *Knjiga riječkog kancelara Antuna de Renno de Mutina*, *Vjesnik Državnog arhiva u Rijeci* III (dalje Zjačić I), 1955-1956, 5-345; IV, 1957, 89-225; V, 1959, 257-459.

<sup>2</sup> Povijesni arhiv Rijeka, sign. JU-2.

<sup>3</sup> Vrijedi podrobnije proučiti osobito kupoprodaje na listovima: 2, 10, 23, 30, 39, 56 itd.; zakupe: 31, 38, 54, 61; ugovore o najmu: 26, 31; cesije: 26, 31, 39 itd.; zamjene: 42; oporuke: 3, 10, 23, 31 itd.; kodicile: 16, 19, 36 te darovanja: 6, 18, 26, 50, 60.

<sup>4</sup> Povijesni arhiv Rijeka, vidi bilj. 2.

<sup>5</sup> Mi smo upotrijebili Riječki statut samo kao jedno od vrela srednjovjekovnoga stvarnog, obveznog te obiteljskog i nasljednog prava na kvarnerskom pravnom području i pokazali kako se odredbe toga statuta mogu objasniti stoljetnim razvojem počevši od ranog srednjeg vijeka, preko Vinodolskog zakona i ranijih statuta kvarnerskog pravnog područja (Rapskoga, Krčkoga, Senjskoga). O tome vidi L. Margetić, *Srednjovjekovno hrvatsko pravo, Stvarna prava*, Zagreb, Rijeka, Čakovec 1983, 57-71; isti, *Osnove obveznog prava na kvarnerskom području u srednjem vijeku*, *Rad JAZU* 445, 1989, 73-134. Rukopis o obiteljskom i nasljednom pravu srednjovjekovne Hrvatske, uključujući i kvarnersko pravno područje, pripremljen je za tisak.

Z. Herkov je u svome radu *Statut grada Rijeke*, Zagreb 1948, 40-118 uspješno dokazao hrvatsku provenijenciju mnogih riječkih pravnih ustanova, u čemu je ponegdje i pretjerao, što je i razumljivo, s obzirom na

koristiti s oprezom. Naime, još 1971. god. upozorili smo na to, da je sastavljač Riječkog statuta preuzeo stilizaciju mnogih odredaba iz Tršćanskog statuta od 1421. god., i to tako da ih je na štetu jasnoće bitno skraćivao pa zbog toga Riječki statut često treba interpretirati uz pomoć teksta Tršćanskog statuta, bez kojeg Riječki statut postaje koji puta nerazumljiv.<sup>6</sup> Dakako, sastavljač Riječkog statuta pisao je uzimajući u prvom redu u obzir pravna shvaćanja koja su vladala u Rijeci, kao i riječke pravne institucije i norme, tako da Riječki statut odražava riječki pravni sustav u prvoj polovici XVI. stoljeća, pri čemu je, s druge strane, vjerojatno da je sastavljač uzeo u obzir neke tršćanske pravne institute i predložio nadležnim riječkim vlastima da ih se recipira u riječki pravni sustav. Nasreću, sačuvane notarske knjige neposredno prije i neposredno nakon donošenja Riječkog statuta otvaraju mogućnost utvrditi koje je promjene u pravnom sustavu unio Riječki statut, kao i kako su se njegove odredbe poštivale. Ali, još je daleko važnije to što notarske knjige izvještavaju o mnogim aspektima pravnog života u Rijeci koje Riječki statut uopće ne spominje. I konačno, sretna okolnost što notarska knjiga Antuna de Renno, starija od 100 godina od Riječkog statuta, daje dovoljnu vremensku distancu da se okolnosti razvoja riječkoga prava bolje uoče.

Svaki se srednjovjekovni pravni sustav - pa, dakako, i riječki - može ispravno razumjeti isključivo uzimajući u obzir evoluciju pravnih shvaćanja u rano srednjovjekovnoj Europi, na koju se nadovezuje teoretski rad glosatora (kanonista i civilista) i konsilijatora (komentatora, postglosatora). Konsilijatori su nastavili tu evoluciju tako što su nastojali srednjovjekovna pravna shvaćanja teoretski "opravdati" vrlo često nasilnom interpretacijom pravnih normi Justinijanove kodifikacije. Najpoznatiji je primjer način na koji su oni srednjovjekovnu koncepciju podijeljenog vlasništva "opravdavali" konstrukcijom pojmova *dominium directum* i *dominium utile*, i to pozivom na Justinijanovu kodifikaciju! A takvih primjera ima bezbroj. Kao što je to dobro primijetio Wieacker, konsilijatori su "bezbrižno interpretirali Justinijanove tekstove", a to "često s dijalektičkim trikovima" (*oft mit gewagten dialektischen Kunstgriffen*) te su se s kanonistima upravo "natjecali u jurističkim novotarijama".<sup>7</sup> A tome treba dodati da se langobardsko feudalno pravo (*liber feudorum*) smatralo kao *Decima collatio novellarum*, tj. kao sastavni dio *Corpusa iuris*. Rimsko pravo tek je jedan dio općeg prava, kao što to primjećuje Bussi, kad kaže u povodu dosjelnosti, da je taj pravni institut doživio u srednjem vijeku duboke promjene "putem kanonskog prava, koje je sa svoje strane imalo na opće pravo neusporedivo veći utjecaj (*una influenza incomparabilmente più efficace*) od rimskog prava".<sup>8</sup>

U ovome radu želja nam je ukazati na nezaobilaznu važnost notarskih knjiga XV. i XVI. stoljeća za ispravno upoznavanje ranijega riječkoga prava. Doista iznenađuje da su te notarske knjige toliko zanemarene da se o ozbiljnom istraživanju riječke pravne povijesti još uopće ne može govoriti. Slično se dogodilo i s istraživanjem zagrebačkog prava. O povlastici što ju je Bela IV. izdao zagrebačkom Gradecu 1242. god. (Zlatna

---

okolnosti u kojima je knjiga pisana. Naime, nasuprot talijanskim povjesničarima, koji su isticali talijanski karakter Rijeke kroz stoljeća, Herkov je odmah po svršetku drugog svjetskog rata dokazivao da su, tako reći, sve pravne ustanove starohrvatskog porijekla.

<sup>6</sup> L. Margetić, Pravo prvokupa i otkupa u srednjovjekovnoj Istri, Vjesnik Historijskog arhiva Rijeka i Pazin XVI, 1971, 175-184.

<sup>7</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. izd., Göttingen, 1967, 84-85.

<sup>8</sup> E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1937, 66.

bula) opetovano je pisano s većim ili manjim uspjehom,<sup>9</sup> ali bogati izvorni materijal sačuvan u bilješkama u sudskim knjigama (tzv. katerne) zagrebačkog Gradeca od XIV.-XVI. stoljeća, što ga je već odavno objavio I. K. Tkalčić,<sup>10</sup> ostao je desetljećima pravno potpuno zanemaren, premda je taj veliki istraživač zagrebačke povijesti opetovano pozivao pravnike da pravnom raščlambom prodube i prošire poznavanje zagrebačke prošlosti. Tako on već 1898. god. izričito ističe obilje gradiva "za proučavanje domaćega srednjovjekovnoga prava za koje želimo da ga naši domaći pravnici, proučavajući ove spomenike što prije obrade".<sup>11</sup> Godine 1900. ponovio je svoj poziv još energičnije: "Scienim, da će priobćeni do sada ovakovi hrvatski izvadci biti dovoljni da predoče čitatelju u dosta višoj slici sredovječno naše domaće pravo, a pravnikom i pravnim stužnjakom od srca bih preporučio, da oni znajući sredovječne evropske pravne ustanove drugih naroda, izporede s njima i ove naše domaće, te ih znanstveno obradivši iznesu na javu uspjeh svojih istraživanja na probit hrvatske njige".<sup>12</sup> Tkalčić je toplim riječima neumorno zazivao hrvatske pravne povjesnike i 1902., i to čak u dva navrata.<sup>13</sup>

Odaziv je bio neočekivano slab. Nekoliko publicističkih članaka esejističkog tipa ne može se uopće uzeti u obzir kao odaziv na Tkalčićev poziv.<sup>14</sup> Jedinii autor koji je bogatom materijalu sadržanom u katernama posvetio pažnju koju on zaslužuje, jest M. Apostolova-Maršavelski. Ona je u nekoliko članaka uzela u analizu određene pravne aspekte katerna,<sup>15</sup> da bi u monografiji Zagrebački Gradec - iura possessionaria<sup>16</sup> dala sintezu svojih istraživanja u kojima se uvelike koristila katernama Gradeca. Tek s Apostolovom-Maršavelski započinje sistematska i znanstvena raščlamba starijega zagrebačkog prava.<sup>17</sup>

U odnosu na Zagreb riječka je situacija vrelima utoliko mnogo povoljnija što su riječke notarske knjige pravno mnogo upotrebljivije od zagrebačkih katerna. Dok su vijesti iz katerna fragmentarne i često slabo upotrebive pa je potrebna velika doza strpljivosti da se istraživač probije kroz golemi materijal tražeći zrnca pouzdanih vijesti, dotle su riječke notarske knjige izravno vrlo uporabljive jer se stranica za stranicom nižu ugovori, oporuke itd., i to najčešće in extenso.

<sup>9</sup> Faktografski je o Zlatnoj buli pisao F. Breitenfeld, Zagreb, kraljevski i slobodni grad na brdu Grech, Zagreb 1935, a daleko bolje M. Kostrenčić, *Nacr historije hrvatske države i hrvatskog prava*, Zagreb 1956. Najnoviji je rad L. Margetić, *Neka pitanja u svezi sa Zlatnom bulom Bele IV. (1242.) u: Zagrebački Gradec 1242.-1850.* (dalje ZG), Zagreb 1992., 61-73. Usporedbu Zlatne bule s privilegijem izdanim 1221. Beču i onim iz 1244. god. izdanim Pešti vidi u L. Margetić, *Bilješke o starijoj povijesti Zagreba*, *Historijski zbornik XXXIX*, 1986, 243-252. Od novije literature vidi M. Apostolova, *Kazneno i procesno pravo Zlatne bule ZG*, 75-84 i O oporučnoj slobodi u zagrebačkom Gradecu ZG, 91-101.

<sup>10</sup> I. K. Tkalčić, *Povijestni spomenici slob. kralj. grada Zagreba* (dalje MCZ), svesci IV do XI, Zagreb 1889.-1905.

<sup>11</sup> MCZ V, str. XXX.

<sup>12</sup> MCZ VI, str. XXXI.

<sup>13</sup> MCZ VII, str. XLIII; MCZ VIII, str. XXV.

<sup>14</sup> Vidi npr. nekoliko članaka F. Hrnčića u časopisu *Hrvatska prošlost*, 1/1940, i 2/1942, što se odnose na zakup, jamstvo i sl.

<sup>15</sup> Vidi npr. O običajnom pravu zagrebačkog Gradeca, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 3/1982, 133-146; *Raspologanje nekretninama poslovima inter vivos* (zagrebački Gradec, 14. i 15. stoljeće), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (dalje: ZPFZ) 35, 1985, 409-418; *Nekretnine kao predmet osiguranja u praksi zagrebačkog Gradeca 14. i 15. stoljeća*, ZPFZ 35, 1986, 607-617; *Das Grundpfandrecht in der Praxis des Zagreber Gradec vom Ende des 14. bis zum Ausgang des 15. Jahrhunderts*, *Ius commune*, *Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, XVIII, Frankfurt am Main, 1991, Sonderdruck, 1-15.

<sup>16</sup> Objavljeno u Zagrebu 1986.

<sup>17</sup> L. Margetić, *O katernama zagrebačkog Gradeca*, ZPFZ 42, 1992., 123-139; isti, *O popisu kurija zagrebačkog Gradeca iz 1368. god.*, ZPFZ 42, 1992., 489-504.

U ovome članku upozorit ćemo samo na neke vijesti iz najstarijih notarskih knjiga. Samo se po sebi razumije da smo iskoristili tek jedan posve mali dio onoga što pravnom povjesničaru nude te notarske knjige. Pa ipak, jedno je sigurno: o starijoj se riječkoj pravnoj povijesti ne može ozbiljno i vjerodostojno pisati bez dobrog poznavanja i temeljite raščlambe fundamentalnog vrela - uvodno spomenutih riječkih notarskih knjiga.

## II

### 1. Opća pitanja

#### a) Primjena općeg prava

U 55. glavi treće knjige Riječkog statuta propisano je da "u svim onim civilnim i kaznenim slučajevima koji nisu obuhvaćeni ovom knjigom statuta, uzvišeni gospodin kapetan, gospodin zamjenik i sudac dužan je u kaznenim stvarima Rijeke suditi i presuditi prema općem pravu. A što se pak tiče kazna u lakšim kaznenim slučajevima koje nisu obuhvaćene u statutima, neka ovisi o njihovoj ocjeni da o tome sude i presuduju onako kako im se bude činilo pravedno i pošteno. Pod lakim kažnjivim djelom smatraju se ona koja su u skladu s odredbama općeg prava. Od toga su izuzeti slučajevi koji su po statutima prepušteni njihovoj ocjeni, bez obzira na to da li je riječ o težim ili lakšim deliktima, koje trebaju presuditi onako kako je propisano".<sup>18</sup>

Kao i mnoge druge odredbe Riječkog statuta i ova je odredba s izvjesnim modifikacijama preuzeta iz Tršćanskog statuta ne samo sadržajno, nego čak i po svom mjestu. Naime, u Riječkom statutu ona je smještena na kraj treće knjige, koja nosi naslov *Liber tertius criminalium causarum* i koja i po sadržaju odgovara naslovu, tj. ona se odnosi isključivo na kažnjiva djela. Njezin autor nalazi se u poglavlju 94 treće knjige Tršćanskog statuta, koja također nosi naslov *De judiciis criminalibus*. Ta glava glasi u prijevodu:

Određujemo da se, ako se pojavi neki teški kažnjivi slučaj (*casus criminalis gravis*), koji nije obuhvaćen i određen u tršćanskim statutima, primijeni opće pravo; ali, ako je takav slučaj lakši, tada se postupa po ocjeni gospodina kapetana ili njegova nanjesnika ili suca o kaznenim stvarima pa se može po rečenoj ocjeni izreći kazna do 25 libara malih novaca.<sup>19</sup>

Naslov riječke glave (*De poenis et casibus in statutis non comprehensis*) odgovara tršćanskom (*De poenis et casibus non contentis in statutis civitatis Tergesti*).

To što se u riječkoj odredbi spominju i "civilni slučajevi", odnosi se, dakako, na kaznu koja bi se u nekom civilnom sporu mogla izreći. Takvih slučajeva ima u

<sup>18</sup> Z. Herkov, Statut grada Rijeke, Zagreb 1948, 514. Evo teksta na latinskom:

Statutum et ordinatum est, quod in omnibus casibus tam civilibus quam criminalibus non comprehensis in hoc volumine statutorum, quod magnificus dominus capitane, et dominus vicarius et iudex malefactorum Terre Fluminis teneantur secundum jus commune iudicare et terminare. In poenis autem non comprehensis in statutis in causis levibus criminaliter intentatis sit in eorum arbitrio super illis iudicare et terminare, prout eis iustum et aequum fuerit visum. Et leve crimen intelligitur secundum dispositionem juris communis. Exceptis tamen casibus reservatis per statuta eorum arbitrio, sive fuerint gravia delicta sive levia, quae terminari debeant, prout ordinatum est.

<sup>19</sup> M. De Szombathely, Statuti di Trieste del 1421, Trieste 1935, 322: Statuimus quod, si quis casus criminalis gravis occurrerit, qui non sit comprehensus et determinatus in statutis Tergesti, tunc habeatur recursus ad ius commune; sed si talis casus levis fuerit, tunc procedatur arbitrio domini capitanei vel eius locumtenentis vel iudicis malefactorum et poena possit imponi arbitrio praedicto usque ad lib. viginti quinque par.

Riječkom statutu bezbroj.<sup>20</sup> Smisao je riječke odredbe ovo: ako se pojavi neki civilno-pravni slučaj u kojem je potrebno izreći kaznu, kazna će se izreći prema odgovarajućim odredbama općeg prava.

Između riječke i tršćanske odredbe postoji uočljiva razlika. Prema tršćanskoj odredbi za laka kažnjiva djela može sudac izreći kaznu samo do 25 libara. Takve odredbe nema u riječkoj odredbi, što znači da je sudac (kapetan itd.) u Rijeci načelno ovlašten izreći i težu kaznu. To je u skladu s općim sve oštrijim smjerom europskih pravnih poredaka od XV. stoljeća dalje, a i u skladu s pojačanim pritiskom Habsburgovaca prema gradskim autonomijama.

Pravno je daleko zanimljivije pitanje što su sastavljači Tršćanskog statuta iz 1421. god. i Riječkoga iz 1530. god. mislili pod kaznenim općim pravom. Ako su kod toga mislili na *Corpus iuris*, nije jasno da li su uz ostalo mislili i na one langobardske zakone koji su bili njegovim sastavnim dijelom ili možda samo na kaznene odredbe iz onih dijelova Justinijanove kodifikacije koji su bili recipirani, ili, pak, na odredbe onih njemačkih careva (npr. Fridrika Barbarose), koje su također ulazili u *Corpus iuris*. O tome se među konsilijatorima (komentatorima) vodio žestok spor. Ako je, dakle, sastavljač Tršćanskog, odnosno Riječkog, statuta ubacio u svoj tekst odredbu o "općem pravu", on je morao biti precizniji. Uostalom, ne vjerujemo da su sastavljači obiju statuta mislili baš na *Corpus iuris*, već nam se čini mnogo vjerojatnijim da su mislili na koji popularni traktat o kaznenom pravu. Nije nemoguće da su oni mislili na Alberta Gandini (ili de Gandino), koji je živio koncem XIII. stoljeća i koji je, uz ostalo, napisao cijenjeni i izvanredno prošireni rad *De maleficiis*, važan, uz ostalo, i zbog mnogobrojnih slučajeva koje je "vidio u svojoj dujoj praksi."<sup>21</sup> Taj je njegov rad opetovano (čak 14 puta) tiskan u razdoblju od 1491. do 1699. jer ga se smatralo pouzdanim vodičem.

Daljnji rad na starijem kaznenom riječkom pravu na osnovi notarskoga materijala trebao bi pokazati da li je naše naslućivanje točno.

#### *b) Da li je u Rijeci postojao statut i prije 1530 god.?*

U literaturi se vodi spor<sup>22</sup> da li je Rijeka prije 1530. god. imala statut. Herkov čak tvrdi da je "prvobitni statut grada Rijeke donesen mnogo prije i da je postepeno dopunjavani potrebnim propisima".<sup>23</sup> Njegovi dokazi nisu uvjerljivi. Notarska knjiga Antuna de Renno sadrži mnoge odredbe koje imaju opći karakter,<sup>24</sup> ali se ni iz jedne ne može zaključiti da ona mijenja pravni sustav pribilježen u knjizi statuta. Dapače, iz

<sup>20</sup> Npr. II, 3, 4, 5, 20, 27 itd.

<sup>21</sup> F. C. v. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2. izd., 1834-1851, V, XLV, XIV.

<sup>22</sup> Pregled literature vidi u Herkov, n. dj. (bilj. 1), 27-32. Herkovljev pregled literature nije ni potpun ni točan. Npr. S. Gigante, *Fiume nel Quattrocento*, Fiume 1913, 61 ne "stoji na stanovištu, da Rijeka nije prije g. 1530. imala posebnog statuta" kao što to tvrdi Herkov, n. dj. 27, već upravo obratno, dokazuje - doduše sa slabim argumentima, da "anche prima di quello (tj. onaj iz 1530. god.) il comune di Fiume ne aveva uno". To isto opetuje S. Gigante u svom radu *Fiume nel secolo XVI*, Fiume 1918, 27 ("è indubbio che anche prima d'allora la terra di Fiume possedeva propri statuti") i u *Storia del comune di Fiume*, Firenze 1928, 56. Isto tvrdi i E. Susmel, *Fiume nel medio evo*, Bologna 1935, 104. Slično kao i Herkov, ti pisci ne razlikuju "Statut" ili "Statuta" kao zbirku propisa, knjigu, od "statuta" kao odredaba, koje su donesene u razno vrijeme i nisu skupljene u jednoj knjizi.

<sup>23</sup> N. dj., 32.

<sup>24</sup> Obično ili se naziva "pars", a kojiput odredba počinje: "statutum et ordinatum fuit", npr. Gigante I, 316 (15. VII. 1463.), Zjačić III, 356.

zaključka vrhovne gradske vlasti (kapetan, suci i vijećnici) od 3. III. 1458. o pravu slobodnog oporučivanja to posve jasno proizlazi. Isto tako ni u notarskoj knjizi Dominika Ranize (1525.-1529.) nema ni jedne odredbe koja bi upućivala na postojanje statuta kao zbirke propisa. Naprotiv, notarska knjiga Kvirina Tranquillia (1544.-1546.) sadrži izričite vijesti o Riječkom statutu. Tako se, npr., u ispravi od 21. X. 1544. govori o nekoj osobi kao nezakonitom bratu

*vigore legum ac statutorum Fluminis,*

tj. snagom zakona i riječkih statuta, nadalje o postupku

*contra tenorem statutorum Fluminis sub rubrica de venditionibus possessionum, ubi sunt hec verba in videlicet "et quod vendicet cum suis propriis pecuniis et non alterius etc."*,<sup>25</sup>

tj., protivno odredbi Riječkog statuta pod rubrikom "O prodajama nekretnina", gdje se nalaze u paragrafu ove riječi: "i da zahtijeva sa svojim vlastitim novcem, a ne s tuđim" itd.<sup>26</sup> U daljnjem se tekstu iste isprave citiraju još neki dijelovi Statuta iz 1530 god.

Ukratko, prije 1530. god. nema u notarskim knjigama nijednog slučaja pozivanja na Statut (kao knjigu), a nakon te godine notarske bilješke ne samo da se na Statut izričito pozivaju, nego ga čak i doslovce citiraju.

## 2. Imovinsko pravo

### a) Dosjelo

O dosjelo govori jedna notarska zabilješka Antuna de Renno od 3. XI. 1446.<sup>27</sup> Prema toj zabilješki neki kovač Ivan iz Lipe dolazi pred riječke suce i izjavljuje da mu je njegov otac po svojoj posljednjoj volji ostavio vinograd koji se zove Brajda, koji sada po njegovoj volji drži i uživa njegov brat Svetina i njihova majka, pa kako se boji da bi šutnjom izgubio svoje pravo, izriče zabranu i "plijeni" vinograd po utvrđivanju pravnog stanja. Na osnovi odredaba Justinijanova rimskog prava do dosjelo u ovome slučaju ne bi moglo doći, jer posjednik nema ni savjesnost ni naslov. Kovač Ivan ipak drži da mu prijete opasnost da neće moći ponovno doći u posjed svoga vinograda pukim protekom vremena bez naslova i bez *bona fides* kao što je to, uostalom, i inače predviđeno u drugim kvarnerskim statutima: Senjskom, Rapskom, Creskom i Mošćeničkim statutom i to u skladu sa srednjovjekovnim nerimskim načelima.<sup>28</sup> Ni u Tršćanskim statutima iz 1315. i 1350. god. još se ne spominje *titulus*.<sup>29</sup> Tek Tršćanski statut iz 1421. god. uvodi ga, ali ni on ne spominje savjesnost, *bona fides*. Očito je prodiranje shvaćanja konsilijatora na širem kvarnerskom području bilo vrlo sporno. Ali - a to ovdje smatramo osobito značajnim i čak najvažnijim - čak još i po Riječkom statutu iz 1530. god. onaj koji je neku nekretninu posjedovao 15, odnosno 25 godina, neće postati vlasnikom već samo

*non possit inquietari vel molestari ab aliquo aliqua occasione modo vel causa,*<sup>30</sup>

<sup>25</sup> List 5 recto.

<sup>26</sup> Riječ je o II. knjizi, glava 30.

<sup>27</sup> Zjačić I, 111 (3. XI. 1446.).

<sup>28</sup> Vidi Margetić, Srednjovjekovno hrvatsko pravo, Stvarna prava, Zagreb, Rijeka, Čakovec 1983, 65.

<sup>29</sup> N. dj., 36

<sup>30</sup> Herkov, n. dj., (bilj. 1), 398 (knj. II, gl. 26).

tj. ne može ga netko uznemiravati ili smetati bilo kojom prilikom, načinom ili razlogom.

Odakle su preuzeta osnovna načela dosjelnosti u Riječkom statutu? Što se tiče trajanja posjeda potrebnog za dosjedanje (kod pokretnina 3 godine s naslovom, 5 godina bez naslova, a kod nekretnina 15 godina s naslovom, 25 godina bez naslova), ono je bez sumnje preuzeto iz ranosrednjovjekovnog prava u kojem su stoljećima primjenjivani razni rokovi (Porečki statut: 15 godina, Koparski statut: 10 godina protiv domaćeg, a 15 godina protiv stranca, Trst: 15, odnosno 30 godina). Pod utjecajem se kanonista tražilo u srednjem vijeku za savjesnost da ona traje kroz čitavo vrijeme dosjelnosti (a ne samo u početku, kao u rimskom pravu). Razlikovanje dosjelnosti s naslovom i bez njega posljedica je postupnog prodora koncepcije konsilijatora (komentatora). Ukratko, dosjelnost po Riječkom statutu plod je složenih utjecaja, s jedne strane, "barbarskih" shvaćanja langobardskog i langobardsko-franačkog prava, a s druge strane tzv. općeg prava.

#### b) Zalog

Kod Antuna de Renno često nalazimo zalog koji služi za pokriće duga na taj način da se smatra da u slučaju neispunjenja dužnikove obveze, založena stvar prelazi u vlasništvo vjerovnika, npr. *dictus ortus sit et esse debeat dicti creditoris tamquam ipsum emisset ab ipso debitore*,<sup>31</sup> ili u drugom slučaju, ako dužnik o roku ne plati: *dicta domus sit et esse debeat prefati Osvaldi (vjerovnika), tamquam ipsam emisset et de ea domo valeat suam facere voluntatem, tamquam de re propria*.<sup>32</sup> Ovo je u punoj suprotnosti s postklasičnim i Justinijanovim pravom,<sup>33</sup> koje je izričito zabranjivalo *lex commissoria*. Praksa, koju za XV. stoljeće obilato dokazuje notarska knjiga Antuna de Renno, utemeljena je na ranosrednjovjekovnom pravu, osobito na langobardsko-franačkom pravu i interpretatorima toga prava u poznatoj *Liber Papiensis*.<sup>34</sup>

#### c) Općenito o obveznim ugovorima

Najčešći tip ugovora u notarskoj knjizi Antuna de Renno de Mutina ima ovaj oblik:

- 1) datum,
- 2) mjesto,
- 3) svjedoci,
- 4) izjava dužnika da priznaje svoj dug u visini izraženoj u novcu,
- 5) razlog dugovanja,
- 6) izjava dužnika da će u određeno vrijeme vratiti dug,
- 7) ugovorna kazna, najčešće u visini jedne četvrtine duga,
- 8) zalaganje dužnikove imovine radi osiguranja vjerovnika.

<sup>31</sup> Zjačić I, 241 (19. IV. 1449.).

<sup>32</sup> N. dj. 287 (24. XI. 1449.).

<sup>33</sup> Vidi Codex Theodosianus 3, 2, 1 (320.) i Codex Iustinianus 8, 34, 3.

<sup>34</sup> G. H. Pertz, *Liber legis Langobardorum Papiensis dictus* ed. A. Boretius, *Monumenta Germaniae historica, Legum Tomus IV, Hannoverae 1868, 425.*



Evo jednog primjera:

"Devetoga travnja (1436.). U dućanu niže navedenog vjerovnika, u prisutnosti suca Matije, sina pok. gosp. Donata (i) Nikole Raintaler, na to pozvanih i zamoljenih svjedoka i drugih. Tamo su svećenik Aleksandar i njegov otac krojač Vito zajedno i solidarno u svoje ime i u ime baštinka i nasljednika izjavili da su zadovoljni i da priznaju da su opravdano obvezni i da trebaju dati sucu Nikoli Mikoliću, prisutnome, koji to prihvaća i preuzima u svoje ime i u ime svojih baštinka i nasljednika 72 libre i 6 malih soldina, i to za vino koje su dobili od rečena vjerovnika. Tu pak količinu novca obećali su rečeni dužnici dati i platiti zajedno i solidarno rečenom vjerovniku do idućeg blagdana Sv. Martina (11. XI.) pod kaznom u visini jedne četvrtine. Za veću sigurnost rečena vjerovnika rečeni dužnici obvezali su zajedno i solidarno i namijenili kao posebni zalog kuću rečenoga svećenika Aleksandra. Ako bi nešto nedostajalo preko rečenoga zaloga, rečeni vjerovnik može (to) zahtijevati od rečenih dužnika zajedno i solidarno".<sup>35</sup>

Vidi se da je isprava objektivno stilizirana. Da je riječ upravo o ispravi, a ne samo pukom prethodnom upisu u notarsku knjigu, vidi se po čestim marginalnim bilješkama samoga notara, u kojima on taj upis izričito naziva "ova isprava" (*presens instrumentum*). Osnova je nastanka obveze sukladna volja sukontrahenata.<sup>36</sup> Ne radi se o dispozitivnoj ispravi, već o dokaznoj. Kao daljnji dokaz služe u ispravu pribilježeni svjedoci i, dakako, sam notar.

Notar nadalje utvrđuje da je dužnik preuzeo od vjerovnika vino, tako da je isprava ujedno i priznanica. To je ujedno i pravno najzanimljiviji dio isprave. Naime, dug nije apstraktan nego kauzalan. Notar tu kauzu ističe takoreći u svakom ugovoru. Ako neki puta slučajno nema naznake kauze, ona je ispala slučajno, bilo zbog notareve greške bilo zbog brzine, bilo zbog beznačajnosti ugovora. Ali, to su posve rijetki slučajevi, koji ne obuhvaćaju ni 1% ovakvih ugovora.<sup>37</sup> Vidi se da je notar dobro ispekao svoj zanat u školi nekoga vrsnoga talijanskog konsilijatora (komentatora) u Bologni, Padovi ili negdje nedaleko njegovog rodnog mjesta Modene.

Svakako je neobično zanimljivo da su u dubrovačkom pravu prema notarskim knjigama bili poznati apstraktni pravni poslovi. Isto to vrijedi i za kotorsko pravo. To je utoliko čudnije što se prema postklasičnom rimskom pravu, ranosrednjovjekovnoj literaturi o rimskom pravu (npr. *Brachylogus*, pisan sredinom XI. stoljeća), nadalje u *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, važnom glosatorskom radu iz XII. stoljeća i u samoj Akurzijevoj glosi stalno ponavlja da ugovor bez kauze nije valjan. Na drugom smjestu<sup>38</sup> pokušali pokazati odakle je u Dubrovnik i Kotor došla ideja o priznavanju apstraktnih pravnih poslova i nakon sprovedene analize zaključili da se apstraktne zabilješke u dubrovačkim i kotorskim notarskim knjigama iz kraja XIII. i iz XIV. stoljeća mogu objasniti kao etapa u razvoju langobardsko-franačkih forma, s time da su jačanjem utjecaja oživjelog rimskog prava u interpretaciji konsilijatora (komentatora) apstraktni pravni poslovi bili osuđeni nestati, osim u onoj mjeri u kojoj su to priznavali

<sup>35</sup> Zjajić i, 93 (9. iv. 1446.).

<sup>36</sup> O konsenzualnosti kupoprodaje u našim primorskim krajevima vidi L. Margetić, O javnoj vjeri i dispozitivnosti srednjovjekovnih isprava s osobitim obzirom na hrvatske primorske krajeve, Radovi 4 Instituta za hrvatsku povijest, Zagreb 1973, 60 i d. To se vidi po upisima u kojima još nijedna strana nije izvršila svoju šnidbu. Među mnogim primjerima dovoljno je spomenuti Gigante I, 102 (18. II. 1439.).

<sup>37</sup> Takav vrlo rijetki slučaj nalazimo u Gigante I, 95 (9. I. 1439.).

<sup>38</sup> L. Margetić, Osnove srednjovjekovnog obveznog prava u Dalmaciji, Rad HAZU 465, Zagreb 1993, 39-46.

Baldo i drugi, tj. u trgovačkom prometu".<sup>39</sup> Antun de Renno držao se strogo naučanja konsilijatora, čak i u onim poslovima koji su se mogli smatrati trgovačkim poslovima u užem smislu te riječi, tj. praviim trgovačkim poslovima između trgovaca prema naučanju Balda (1320.-1400.). Naš je notar bio očito mišljenja da se ne treba izlagati opasnosti da neka stranka pobija ugovor upisan u notarsku knjigu. Taj se problem vuče još od razvoja stipulacije u rimskom pravu, koja je počela kao pravi apstraktni ugovor, ali je kasnijim krivudavim razvojem preko postklasičnog prava do Justinijana umnogome izgubila tu karakteristiku. Istina je da su isprave upisane u notarsku knjigu našeg notara bile često nepotrebno glomazne, ali su time dobivale na pravnoj sigurnosti, a notar je za veću ispravu mogao tražiti veći honorar.

Na prvi bi pogled izgledalo da je promet robom u Rijeci bio prilično skroman, ali to je tako samo naizgled. Naime, prema knjizi koju proučavamo, u cijelom je mjesecu travnju 1446. god. upisano u notarsku knjigu samo 12 slučajeva.<sup>40</sup> Problem nestaje ako uzmemo u obzir da se daleko najveći broj trgovačkih transakcija sklapao preuzimanjem robe i istodobnim plaćanjem cijene, a za takve ugovore bio bi za stranke nepotreban i skupi luksus ići notaru.

#### d) Zajam

Za Antuna de Renno zajam (*mutuum*) može se dati i u pokretninama, npr. u ulju (*cabros duodecim olei*), s time da ga dužnik mora vratiti na zahtjev vjerovnika (*ad omnem requisitionem ipsius creditoris*).<sup>41</sup> Zanimljiva je i obveza dužnika, po kojoj se, u slučaju nemogućnosti vraćanja ulja, "zajam" ulja pretvara u neku vrstu "prodaje": *teneatur solvere dictum oleum pro illo precio, quo dictus creditor vendet oleum aliis mercatoribus*, dakle po veletrgovačkoj cijeni.

S rimskopravnim pojmom *mutuuma* ovaj ugovor nema nikakve veze, već s *commodatumom*. Ali, kao što je poznato, srednjovjekovno pravo bilo je uglavnom ravnodušno prema nazivu pravnog posla, što je i razumljivo zbog duboke razlike prema rimskom pravu u odnosu na problem pravne zaštićenosti pravnih poslova: u rimskom su pravu u načelu zaštićeni samo točno utvrđeni ugovori, a u srednjovjekovnom općem pravu svi oni koji imaju kauzu.

#### e) Likuf

Iz bogate riznice srednjovjekovnih pravnih instituta preuzet je još jedan pravni institut, kojeg nalazimo i u susjednom Vinodolu još 1288. god. Naime, u sporu o prodaji vina kanonik Antun Višnjčić svjedoči da su stranke sklopile valjan ugovor tako što je jedna od njih izjavila: *compater Theodore facias ferre unum cagnicium vini ex parte amborum pro licoso. Sicqua portatum fuit et biberunt*<sup>42</sup> (kume Theodore, priskrbi jedan kanjić vina u ime obojice za likuf, bilo je doneseno i popilo ga se).

<sup>39</sup> N. dj., 44.

<sup>40</sup> Od tih 12 slučajeva jedan je prokura, jedan sekvestar, a jedan jamstvo, tako da se broj ugovora svodi samo na devet!

<sup>41</sup> Vidi npr. Zjačić I, 283 (30. X. 1449.).

<sup>42</sup> Zjačić I, 118 (12. XII. 1446.).

Vidimo da je i u Rijeci vladao pravni običaj da se u znak sklopljenog ugovora - pa makar se radilo o prodaji pokretnina - popije nešto vina. Likuf je stari srednjovjekovni naziv, izveden iz njemačkoga Leitkauf.<sup>43</sup>

### 3. Obiteljsko i nasljedno pravo

#### a) Iz obiteljskog prava

Prema upisu od 13. XI. 1444.<sup>44</sup> Juraj Rušević darovao je pravnim poslom među živima (*nomine libere, simplicis et irrevocabilis donationis quae fit et datur inter vivos*) svojoj supruzi Nikolini 100 libara:

*nomine boni mane quod dicitur schlaboniçe dobrajutrinjica*, tj. na ime "dobrog jutra", što se naziva na hrvatskom "dobrajutrinjica".

Riječ je o pravnom institutu poznatom u njemačkom pravu pod imenom *Morgengabe*, koji se spominje već u najstarijim vrelima germanskog prava, a u slovenskom pod nazivom *jutrna*. Vijest je izvanredno zanimljiva jer dokazuje da se u hrvatskom jeziku još u XV. stoljeću taj pravni institut nazivao analogno nazivu u germanskom i slovenskom pravu. Akademijin rječnik<sup>45</sup> poznaje samo riječ "jutrenina" i dodaje: Načinjeno u naše vrijeme. Notarska knjiga Antuna de Renno sačuvala nam je obavijest o vrlo starom hrvatskom nazivu, koji je doduše iskovan prema njemačkom uzoru, ali je pravni institut sigurno još mnogo stariji.

#### b) Iz nasljednog prava

Prema odredbama Riječkoga statuta<sup>46</sup> ostavitelja bez oporuke nasljeđivala su u prvom nasljednom redu muška i ženska djeca. Iz Statuta se ne vidi da li je ostavitelj mogao svojom oporukom rasporediti svoju ostavštinu bez obzira na svoju djecu, odnosno, drugim riječima, da li su djeca imala pravo na nužni dio. Pitanje je utoliko opravdano što su prema jednoj odluci vrhovne gradske vlasti (kapetan, suci i vijećnici) od 3. III. 1458.<sup>47</sup> "otac i majka mogli i smjeli u skladu s pravnim običajem (...) grada Rijeke lišiti nasljedstva (...) sina i kćer (...), (ali) s time da otac ili majka ostavi sinu ili kćeri (...) motiku, sjekiru i srp za obrezivanje (*unum lignonem, unam crastinicam et unam falcem a putando*)". Ta je odluka popraćena najoštrijim riječima protiv onih koji "lajući poput pasa" intrigiraju protiv Rijeke i tvrde - na najveću štetu napretka Rijeke - da osoba bez djece i rođaka, koja je u Rijeci umrla, ne može sastaviti oporuku, već se njezina ostavština konfiscira. To su "laži i apsurdne riječi" nastavlja odluka, jer "u Rijeci vlada pravni običaj, zakon i pravni poredak toliko vremena da se ljudi o tome ne sjećaju (*quod memoria hominis non est*)" pune slobode oporučivanja. Kako se u zadnjoj rečenici iste glave o neoporučnom nasljeđivanju govori o tome da majka nasljeđuje svoju djecu umrlu bez oporuke, prema odredbama općeg prava postavlja se pitanje da li se i u pogledu nužnog dijela djeteta primjenjivalo opće pravo ili je postojala puna sloboda oporučivanja uz jedino ograničenje da se oporučitelj mora sjetiti djeteta s ona tri poljodjelska alata, spomenuta u odluci iz 1458. god.

<sup>43</sup> L. Margetić, *Iz vinodolske prošlosti*, Rijeka 1980, 132-133.

<sup>44</sup> Gigante I, 412.

<sup>45</sup> Rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika JAZU, IV, Zagreb 1892-1897, 605.

<sup>46</sup> Riječki statut II, 34

<sup>47</sup> Zjačić III, 356-357.

Na prvi bi se pogled reklo kao da je 1458. god. uvedeno individualno vlasništvo oca kao glave obitelji, i to u još u drastičnijem obliku nego u današnjim pravnim sustavima, u kojima je dijete zaštićeno postojanjem nužnog nasljednog prava i izvjesnom zaštitom od pretjeranih očevih otuđivanja imovine za života. Ali treba uzeti u obzir i bilješku od 30. XI. 1456. prema kojoj otac emancipira (*segregat et emancipat*) svoga sina i daje mu *pro parte omnium bonorum que sibi pertinere possent*,<sup>48</sup> tj. na ime dijela svih dobara koja bi mu mogla pripadati - sva novčana potraživanja prema svim očevima dužnicima u Rijeci i izvan Rijeke. Ovdje nas, dakako, manje zanima očita netrpeljivost prema sinu, koja se očituje u prepuštanju sinu da se uplete u sporove sa svim očevim dužnicima - odnosno sa svima onima za koje otac tvrdi da su mu dužni. Pravno je važno jedino to, da otac daje sinu dio svoje imovine "na ime" (*pro parte*) prava koje ima sin na tu imovinu. I ovdje možemo utvrditi da je riječko pravo u svojim osnovnim koncepcijama slijedilo opći smjer europskog prava. Naime, ranije srednjovjekovno pravo u kasnome se srednjem vijeku postupno modificiralo u prvom redu u sferi imovinskog prava, gdje se stariji ranosrednjovjekovni pravni institut obiteljske imovine (u kojem je otac samo suvlasnik i upravitelj te imovine, s time da su djeca i žena u različitom opsegu također suvlasnici)<sup>49</sup> postupno mijenjalo tako da je otac dobivao sve veća prava pa se njegovo pravo na obiteljsku imovinu sve više pretvaralo u individualno vlasništvo, a prava se ostalih članova uže obitelji sve više smanjivala. U Rijeci sredinom XV. stoljeća prisustvujemo posljednjim prežicima staroga prava: otac može u cijelosti razbaštiniti sina, ali se sina još uvijek osjeća kao ovlaštenika, i to ne kao pukog ovlaštenika na nasljedni dio, nego kao neke vrsti "suvlasnika", kojem, doduše, otac može njegovo pravo "na dio" ukinuti na razmjerno laki način.

Isti smjer zapaža se i u tršćanskom pravu. U Trstu je još po Statutu iz 1350. god. otac mogao emancipiranom sinu ili sinu koji je ostao u obiteljskoj zajednici ostaviti neki mali novčani iznos "na ime blagoslova" (*pro sua benedictione*), a svoj ostaloj djeci namijeniti ostalu ostavštinu.<sup>50</sup> U Tršćanskom statutu iz 1421. god. dolazi do daljnjeg ograničavanja prava djece na očevu ostavštinu, utoliko što prema jednoj dopuni Statuta<sup>51</sup> (dakle odredbi koja je prihvaćena tek kasnije) otac može svoju imovinu raspodijeliti među djecom potpuno slobodno, tj. ne mora ostaviti onima koje nije razbaštinio i to, kako Statut naglašava, *non obstantibus aliquibus legibus tam canonicis quam civilibus et statutis loquentibus in contrarium*, čime se, nesumnjivo, želi reći da otac nije ograničen nikakvim nužnim nasljednim pravom svoje djece.

Analogija s Riječkim statutom toliko je evidentna, da možemo i za Rijeku ustvrditi da ni u njoj po Statutu iz 1530. god. nije prihvaćeno nužno nasljedno pravo.

<sup>48</sup> Zjačić III, 326-327.

<sup>49</sup> Vidi npr. za mletačko pravo L. Margetić, *Il diritto u: Storia di Venezia*, Roma 1992, 679-680. Za hrvatsko pravo npr. Margetić, *Srednjovjekovni itd.* (bilj. 28), 5-6, 57, 74 itd.

<sup>50</sup> M. De Szombathely, *Statuti di Trieste del 1350*, Trieste 1930, 370 (knjiga III, glava 55). Isp. L. Margetić, *Aliquid in contentu et benedictione istarskih statuta*, *Jadranski zbornik VIII*, 1972, 185-213.

<sup>51</sup> Tršćanski statut iz 1421. god. (bilj. 50), 111 (knj. II, gl. 47). Napominjemo da u svezi s time nismo ušli u pojedinosti jer bi nas to predaleko odvelo.

#### 4. Kulturna problematika

Iz kulturnog života Rijeke u ovo doba vrijedi zabilježiti prosvjed što su ga 27. XII. 1444.<sup>52</sup> pred riječkim kapetanom i jednim sucem iznijeli kanonici Velike crkve (*canonici ecclesie Maioris*). Oni iskazuju da je barbanski župnik Bona obećao riječkom kaptolu svoj novi brevijar, pisan glagoljicom (*suum breviarium novum de littera sclava*), zato što je taj kaptol oslobodio njegovu sestru od plaćanja neke najamnine u visini od 4 libre. Po Boninoj smrti kaptol je poslao u Barban jednoga svoga kanonika da preuzme brevijar, ali nije u tome uspio "što čini tim kanonicima najveću štetu i buduću opasnost" (*ipsis canonicis redundat in maximum damnum et praeiudicium*). Kanonici zahtijevaju naknadu štete od 100 dukata i troškove. Prisutni su tom prosvjedu brat i nećak umrlog župnika, koji tvrde da nisu krivi, jer bi oni rado izručili brevijar, "ali općina Barban to ne dozvoljava".

Uvodno se u ispravi o prosvjedu navode imena kanonika koji pokreću postupak: uz arhidakona Matiju spominju se svećenici Gašpar Kresolić, Ivan Mikolić, Vito Školjić i Antun Višnjić, dakle, osobe s hrvatskim imenima. Smatramo da je zahtjev kaptola da dođe u posjed toliko željenog glagoljskog brevijara odraz situacije u kojoj se našao kaptol, u kojem su veliku većinu sačinjavali Hrvati, odani službi božjoj na staroslavenskom jeziku. Naime, ta borba za brevijar bila je dio borbe za očuvanje stare tradicije kojoj je kaptol bio vjerau. Da je tome tako, vidi se po tome što je samo dva dana kasnije, 29. XII. 1443. riječki kapetan, 2 suca i 7 vijećnika jednoglasno zaključeno

*quod omnes unanimiter toto posse laborare debeant quod litera latina debeat esse in ecclesia Sce Marie dicte terre Fluminis et in capitulo et quod aliquis ipsorum non contradicet nec huic rei erit unquam contrarius per iuramentum quod Magnifico domino nostri et dicte terre Fluminis fecerunt,*<sup>53</sup>

tj. da moraju svi složno, kolikogod mogu, poraditi na tome, da latinsko pismo bude u upotrebi u crkvi Sv. Marije i u kaptolu, da se tome neće nitko od njih protiviti i da tome neće biti nikad protivan, i to zbog prisege koju su učinili uzvišenom našem gospodaru i riječkoj općini.

Direktiva je očito došla odozgo, od Ramperta Walsee. Inače se ne bi u odluku uplitalo "zakletvu našega uzvišenoga gospodara". Ako tome dodamo da je riječki kapetan tih godina bio Jakob Raunacher, dakle, osoba njemačkog porijekla, vidimo da su riječka općina i riječka crkva bili izloženi jakom antiglagoljskom pritisku. Rijeka je osvojena vojnički početkom XII. stoljeća, ona je crkveno ostalo pod pulskim biskupom, a civilno najprije pod Devinskom gospodom, pa od početka XV. stoljeća pod grofovima Walsee, da bi još u istom stoljeću došla u feudalni posjed Habsburga. Prosinac 1444. god. možda možemo označiti kao početak pokušaja denacionalizacije, najprije napadom na narodni karakter crkve, a onda postupno i na razne druge načine. Ipak, unatoč svemu, Rijeka je sve do sredine XIX. stoljeća očuvala u cijelosti svoj hrvatski identitet: još 1851. god. u Rijeci je po popisu bilo 92% Hrvata, a tek u drugoj polovici XIX. stoljeća i u prvoj polovici XX. stoljeća dolazi do radikalne denacionalizacije. Kao što smo netom imali priliku utvrditi da su kanonici riječkog kaptola bili Hrvati, tako to isto možemo konstatirati i za gradsku upravu. Uz dva suca, Matiju, Donatova sina i Stjepana Blažinića, spomenuti su 29. XII. 1443. god. ovi vijećnici: Ambrož, Stjepan

<sup>52</sup> Gigante I, 371.

<sup>53</sup> N. dj., 333.

Rušević, Mavro Vidonić, Kuzma Radolić, Vito, Matkov sin, Nikola Mikolić i Tonsa Nikolin sin. Dakle, većinom nesumnjivo Hrvati.

Dodajmo da je u to vrijeme glagoljica bila u tekućoj upotrebi u gradu. Tako 26. V. 1437. god. Stjepan Zorić daje svoga sina Mavra "koji ima oko četiri godine" na naukovanje svećeniku Antunu Višnjiću (kojeg smo već imali prilike upoznati kao kanonika) da ga nauči glagoljicu (*docere litteram sclabonicam*). Višnjić će maloga hraniti i davati mu odjeću, a nakon proteka jedne godine otac će mu platiti 16 libara malog (srebrnog) novca.<sup>54</sup> U to se vrijeme jedan vinograd prodavalo za 28 libara uz otplatu kroz 4 godine. Ako uzmemo u obzir da će Višnjić godinu dana hraniti i odijevati maloga Mavra, čini se da je Višnjićeva učiteljska djelatnost bila razmjerno slabo plaćena, to više što od djeteta od "oko četiri godine" Višnjić nije mogao očekivati da mu radi kao sluga. Svakako je Mavro morao biti iznimno nadareno dijete, ako uzmemo u obzir da su i otac i Višnjić očekivali da će nakon godinu dana, tj. kada će imati oko 5 godina, naučiti glagoljicu.

### *S u m m a r y*

#### **EARLY CHANCELLOR'S REGISTERS - UNAVOIDABLE SOURCE OF RIJEKA'S LAW HISTORY**

The author demonstrates that it is impossible to analyse the early law history of Rijeka without taking into consideration data given by the oldest chancellors' registers, especially those of Anthony de Renno de Mutina, Dominic Raniza and Quirin Tranquillus. In order to prove his thesis, he offers some examples taken from property - contract - family - and inheritance law.

### *R i a s s u n t o*

#### **I LIBRI DEI CANCELLIERI DI FIUME - FONTE FONDAMENTALE PER LA STORIA DEL DIRITTO FIUMANO**

L'autore dimostra che non è possibile analizzare a fondo la storia del diritto fiumano senza tener conto delle notizie pervenuteci dai libri notarili più vecchi (Antonio de Renno de Mutina, Domenico Ranizo, Quirino Tranquilli) e offre alcuni esempi tratti dal diritto patrimoniale, familiare ed ereditario per convalidare la sua tesi.

---

<sup>54</sup> N. dj., 20



## ANTEILSEIGNER UND UNTERNEHMEN

Dr. sc. Marcus Lutter, redovni profesor,  
direktor Instituta za trgovačko i gospodarsko  
pravo, Sveučilišta u Bonnu SR Njemačka

UDK: 347.725(430)  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Izvorni znanstveni članak

- I. Einleitung
- II. Bestellung und Abberufung der Geschäftsführungsorgane
  1. Sicherung weitgehender Unabhängigkeit in der AG
  2. Weisungsabhängigkeit des GmbH-Geschäftsführers
- III. Informationsrecht
  1. Informationsrechte der Aktionäre
  2. Informationsrechte in der GmbH
- IV. Gewinnverwendung
  1. Thesaurierungsrecht der Verwaltung in der AG
  2. Rücklagenbildung durch die Gesellschafterversammlung in der GmbH
  3. Verfahren in der Personenhandelsgesellschaft
- V. Funktionen der Anteilshaber im System dezentraler Organisation
  1. Ordnungsfunktion in Gesamtwirtschaftlichen Gefüge
  2. Instrumentalisierung des Eigennutzes
  3. Fehlentwicklungen beim Fehlen verantwortlicher Eigentümer
  4. Beteiligung der Bewohner der ehemaligen DDR am industriellen Vermögen

*Einer der großen Unterschiede in Recht und Realität der beiden deutschen Staaten bestand in der unterschiedlichen Einschätzung des privaten Eigentums an industriellem und gewerblichen Vermögen. In der Bundesrepublik ist der Staatsanteil an der gewerblichen Wirtschaft ständig zurückgegangen; allein in den letzten drei Jahren hat sich der Bund von seinen Beteiligungen an VEBA, VW und VIAG getrennt. Und mögen die Unternehmen noch so untereinander verbunden sein, letztlich führt alles auf den privaten Eigner, den einzelnen Bürger zurück: Mag Daimler-Benz an AEG und die Deutsche Bank an Daimler-Benz beteiligt sein: Die Deutsche Bank gehört einigen 100000 privaten Aktionären; und einen Großaktionär gibt es bei der Deutschen Bank nicht. Aber in dem "gehören" erschöpft sich nicht der Sinn des privaten Eigentums, sondern in seinen Funktionen. In diesen Tagen gedenken wir des 200. Todestages von Adam Smith; er hat den Satz geprägt, daß der private Egoismus dem öffentlichen Nutzen diene. Und er ist bis heute in dieser These nicht widerlegt, sondern gewiß eher bestätigt worden.*

*In der Bundesrepublik spielt das gewerbliche Einzeleigentum eine bedeutende Rolle in Handwerk und Handel und auch im kleinen bis mittleren Bereich der Industrie. Wirklich einschneidend aber sind die Zusammenschlüsse von einigen bis zu sehr vielen Personen in Gesellschaften. Wie sich in diesen die Rolle des mittelbaren Eigentümers, des Miteigentümers im gesellschaftlichen Verband verwirklicht, davon soll nun die Rede sein.*



## I. Einleitung

Wollte man das Thema "Anteilseigner und Unternehmen" in eine Faustformel pressen, so müßte man formulieren:

"Die Anteilseigner sind die Eigentümer des Unternehmens, mit dem sie in dem durch die Rechtsordnung gezogenen Rahmen nach Belieben verfahren können."

In dieser Faustformel schwingen deutlich wirtschaftsliberalistische Vorstellungen des 19. Jahrhunderts mit. Doch hat die Unternehmensrechtsordnung von heute mit der von damals so wenig gemein wie die Flugmaschinen von Otto von Lilienthal mit einem Airbus oder ein Rechenstab mit einem High-Tech-Computer. Die groben Stricke der Gründerzeit sind durch ein feinmaschiges Netz von Rechtsnormen ersetzt. Die Interessen der Arbeitnehmer, die Rechte der Minderheitsgesellschafter und die Belange der Gläubiger sind hierdurch ebenso "eingesponnen" wie das allgemeine Interesse an sozialer Gerechtigkeit, an schonendem Umgang mit den Gesamtressourcen der Gesellschaft, an umweltverträglicher Produktion, aber auch an hinreichender und kostengünstiger Versorgung der Bevölkerung.

Die Rechtsordnung fordert aber nicht nur von den Unternehmen und ihren Eignern, sie leistet auch. Eine der wichtigsten "Serviceleistungen" ist ein bunter Strauß von Gesellschaftsformen, die den Anteilseignern erlaubt, das für die Verfolgung ihres gemeinsamen Ziels richtige Kleid zu finden. Je nach Differenzierungsziel werden die Gesellschaftsformen in verschiedene Gruppen eingeteilt: Die Personengesellschaften werden von den Kapitalgesellschaften unterschieden; Gesellschaften, die eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter anordnen, von solchen, die allen oder einigen Anteilsinhabern die Beschränkung der Haftung zubilligen; börsennotierte Gesellschaften von denen, deren Anteile nicht an einer Börse gehandelt werden; Familiengesellschaften sind durch ganz andere Kautelen gekennzeichnet als große Publikumsgesellschaften.

Für das Verständnis unseres Themas von besonderer Wichtigkeit ist die folgende Unterteilung: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien sind "Sammelbecken" für Kapital. Hier steht die Funktion der Anteilseigner als Kapitalgeber im Vordergrund. Die Daimler-Benz AG etwa hat von ihren Eigentümern, den Aktionären, gut 2 Milliarden DM an Kapital, an zusätzlichen Leistungen wie Agio etc. noch einmal gut zwei Milliarden DM sowie an einbehaltenen Gewinnen gut 11 Milliarden DM, zusammen also rund 16 Milliarden DM erhalten. Eingeschränkt gilt das gleiche auch für die Kommanditgesellschaft.

Ganz anders dagegen die OHG und die GmbH: Diese sind auf eine personalistische Struktur angelegt, also auf einen kleinen Anteilseignerkreis, der sich untereinander kennt und miteinander kooperiert; der Gesellschafter ist dort - prototypisch gesehen - nicht nur Kapitalgeber, sondern zugleich Mitunternehmer.

Anhand von fünf Problemkreisen

- (1) Fungibilität der Anteile
- (2) Organisationsstruktur
- (3) Bestellung und Abberufung der geschäftsführenden Organe
- (4) Informationsrechte
- (5) Gewinnverwendung

soll in der Folge aufgezeigt werden, wie das Gesetz diese beiden völlig unterschiedlichen Anteilseigner-Funktionen - Kapitalgeber hier, Mitunternehmer dort - in die Unternehmensrechtsordnung integriert hat.

## II. Bestellung und Abberufung der Geschäftsführungsorgane

### 1. Sicherung weitgehender Unabhängigkeit in der AG

Verfestigt wird die horizontale Organstruktur in der Aktiengesellschaft durch die Bestimmungen, die die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder regeln. Soll der Vorstand die Geschäfte eigenverantwortlich und unabhängig führen, muß die Kontinuität des Vorstandsamtes gewährleistet sein. Könnten die Hauptversammlung oder der Aufsichtsrat den Vorstand kurzfristig abberufen und neue Manager bestellen, so wäre der Vorstand faktisch den Weisungen der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats unterworfen. Denn will er im Amt bleiben, muß er wohl oder übel den Vorstellungen derjenigen folgen, die ihn abberufen können. Dem wirkt § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG entgegen: Der Vorstand wird nicht von der Hauptversammlung, sondern vom Aufsichtsrat bestellt. Freilich wird der Aufsichtsrat seinerseits jedenfalls teilweise von der Hauptversammlung gewählt; die Abschirmwirkung des § 84 Abs. 1 Satz 1 ist dennoch unverkennbar. Darüber hinaus werden die Vorstandsmitglieder für bestimmte Amtsperioden, die höchstens 5 Jahre lang sind, bestellt. Innerhalb der Amtsperiode kann das Vorstandsmitglied nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Ein wichtiger Grund kann allerdings schon ein Mißtrauensvotum der Hauptversammlung sein (§ 84 Abs. 3 Satz 2 AktG). Aber selbst wenn ein Mißtrauensvotum gegen den Vorstand vorliegt, sind die Vorstandsmitglieder nicht automatisch aus dem Amt abberufen. Erforderlich ist vielmehr ein Abberufungsbeschluß des Aufsichtsrats. Und der Aufsichtsrat genießt ebenfalls relative Unabhängigkeit von der Hauptversammlung: Er wird wie die Vorstandsmitglieder für bestimmte Amtsperioden gewählt und kann in der Regel innerhalb einer Amtsperiode nur mit 3/4-Mehrheit abberufen werden (§ 103 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Insgesamt kann das Bestellungs- und Abberufungsverfahren des Aktiengesetzes als angemessener Kompromiß angesehen werden, der einerseits die nötige Kontinuität in der Geschäftsleitung sicherstellt, andererseits schädlicher Verkrustung des Managements vorbeugt. Ein Nebenprodukt der Bestellungs- und Abberufungsregelung ist, daß bundesdeutsche Unternehmen vor den in der USA, aber auch im übrigen Europa grassierenden Welle sog. "hostile Takeovers" sicherer sind. Ein Takeover ist ein Übernahmeverfahren, in dem ein sog. "Raider" an alle Aktionäre ein öffentliches Angebot richtet, ihre Aktien zu einem meist erheblich über dem Börsenkurs liegenden Preis zu übernehmen. Von einem "hostile" oder "unfriendly" Takeover spricht man, wenn das Übernahmeangebot ohne oder gegen den Willen des Managements der betroffenen Gesellschaft abgegeben wurde. Die Aktionäre lassen sich ein solches Angebot nicht entgehen, so daß der Raider nach einem Takeover oft uneingeschränkter Herr im Hause der Gesellschaft ist. Die Gewinnchance des Raiders liegt darin, das Gesamtunternehmen in Teileinheiten zu zerlegen, das Management dieser Teileinheiten zu straffen und dann alles wieder in Teilen zu verkaufen. Oft werden aber auch einfach die Rücklagen des Unternehmens geplündert. In der Vergangenheit sind durch Takeover-Verfahren teilweise sehr hohe Gewinne erzielt worden, haben aber ebenfalls oft Unternehmen destabilisiert. Man ist sich daher heute noch uneinig, ob Takeovers volkswirtschaftlich mehr nutzen oder mehr schaden. Natürlich können durch sie verkrustete Strukturen aufgebrochen und ineffektive Unternehmenskonglomerate aufgelöst werden. Takeovers sind aber auch eine Gefahr für mittel- und langfristige Planungen, ebenso für die auf Rücklagen aufbauende Absicherung gegen Unternehmenskrisen.

Fast immer hängt die Attraktivität eines Takeovers davon ab, daß das alte Management sofort und vollständig abgelöst und durch Leute des Raiders ersetzt werden kann. Und genau diese Möglichkeit bietet das deutsche Aktienrecht - wie gesehen - nicht oder nur in geringem Maße.

## 2. Weisungsabhängigkeit des GmbH-Geschäftsführers

Das exakte Gegenteil zum Bestellungs- und Abberufungsverfahren des Aktiengesetzes ist das des GmbH-Gesetzes. § 46 Nr.5 GmbHG regelt schlicht:

"Der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern."

Und § 38 Abs.1 GmbHG bestimmt:

"Die Bestellung der Geschäftsführer ist zu jeder Zeit widerruflich,..."

Jederzeit kann ein Geschäftsführer gegen einen anderen ausgetauscht werden; er ist vollständig vom Vertrauen der Gesellschafter abhängig. Seine Abberufung erfolgt ad nutum, ohne Angabe von Gründen. Seine Abhängigkeit von den Gesellschaftern in der Unternehmenspolitik setzt sich hier in der Instabilität der Organstellung fort.

Freilich ist die dienstrechtliche Stellung des Geschäftsführers - das sei der Vollständigkeit halber bemerkt - unabhängig davon zu beurteilen. Das Gesetz sagt es selbst mit den Worten in dem bereits angesprochenen § 38 Abs. 1 GmbHG:

"..., unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.

## III. Informationsrecht

Der besondere Zuschnitt der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelbecken und der GmbH als Mitunternehmergemeinschaft läßt sich deutlich auch an den Informationsrechten der Anteilshaber ablesen.

### 1. Informationsrechte der Aktionäre

Im Aktienrecht passen sich die Informationsrechte der Aktionäre präzise in die geschilderte Organisationsstruktur ein. Auskunft können die Aktionäre nach § 131 AktG nur in der Hauptversammlung verlangen. Und das Auskunftsrecht ist selbst dann nicht umfassend; die verlangten Auskünfte müssen vielmehr zur sachgemäßen Beurteilung eines Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich sein. Die Parallele zu den §§ 118 und 119 AktG ist unverkennbar. Mit einem derart beschränkten Auskunftsrecht kann man die Unternehmensleitung nur grosso modo kontrollieren, bestimmt aber keine fundierten Unternehmensentscheidungen treffen. Das Informationsrecht verfestigt die klare Kompetenzverteilung zwischen dem unternehmensleitenden Vorstand, dem überwachenden Aufsichtsrat und den nur für wichtige Grundlagenentscheidungen und allgemeine Kontrollen zuständigen Aktionären.

Da dieses Informationsrecht nur in der Hauptversammlung ausgeübt werden kann und in einem Fragerecht der Aktionäre in bezug auf ganz bestimmte Punkte der Tagesordnung besteht, setzt es Initiative und Vorbereitung durch den Aktionär voraus, soll es seinen Sinn und Zweck erfüllen. Dazu dient der umfangreiche und vom Vorstand auch umfangreich zu begründende Jahresabschluß und Konzernabschluß; auch er steht den Aktionären schon einige Wochen vor der Hauptversammlung zur Verfügung und ist die entscheidende Grundlage für Gespräche und Kritik zwischen Aktionär und Verwaltung in der Hauptversammlung.

Dennoch laufen vor allem Klein- und Minderheitsaktionäre in diesem auf Kompetenz und Erfahrung angelegten System Gefahr, ins Hintertreffen zu geraten. In einigen Situationen, in denen ihre Interessen typischerweise in besonderem Maße betroffen sind, hat der Gesetzgeber daher zusätzlich Vorsorge getroffen: So ist der Vorstand verpflichtet, vor Verschmelzungsbeschlüssen und beim Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts nach § 186 Abs.3 AktG einen umfassenden schriftlichen Bericht vorzulegen (§§ 340a, 186 Abs.4 Satz 2 AktG). Der Bericht muß ab Einberufung der Hauptversammlung jedem Aktionär zugänglich sein. Dem Aktionär ist es also möglich, schon im Vorfeld Rat einzuholen, seiner Depotbank eine abgesicherte Stimmweisung zu geben oder aber angemessen vorbereitet persönlich an der Hauptversammlung teilzunehmen. Vor allem ist ihm die Last abgenommen, durch eigene Fragen initiativ zu werden. Der Praxis hat diese Berichtspflicht der Vorstände in den achtziger Jahren viel Kopfzerbrechen bereitet. Wegen der undeutlichen gesetzlichen Bestimmungen war den Vorständen oft nicht klar, in welchem Umfang Bericht zu erstatten war. Das Resultat war eine ganze Welle von Anfechtungsprozessen, die sich allein auf die Frage konzentrierten, ob der Vorstand seiner Berichtspflicht ausreichend nachgekommen ist. Die Aktiengesellschaften haben dabei viele Federn gelassen; doch zeichnet sich ab, daß die Qualität der Berichte heute zunimmt. Der Gesetzgeber plant nach den Erfahrungen mit Vorstandsberichten bei der Verschmelzung und beim Bezugsrechtsausschluß, die Verpflichtung zur Vorabinformation durch Berichte auf eine ganze Reihe weiterer Strukturmaßnahmen im Unternehmen auszuweiten.

## 2. Informationsrechte in der GmbH

Ganz anders sind die Informationsrechte in der GmbH angelegt.

a) Zunächst einmal haben die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit ein umfassendes Informations- und Auskunftsrecht (§ 46 Nr. 6 GmbHG): Sie können durch Mehrheitsbeschluß die Geschäftsführer verpflichten, der Gesellschafterversammlung regelmäßig Bericht zu erstatten, bestimmte Auskünfte zu erteilen, Bücher oder sonstige Unterlagen vorzulegen; ähnlich wie der Aufsichtsrat einer AG können sie auch Zustimmungsvorbehalte schaffen, also allgemein jede Maßnahme zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung anordnen. Bei außergewöhnlichen Maßnahmen und in Krisensituationen haben die Geschäftsführer darüber hinaus von sich aus die Gesellschafter zu unterrichten und notfalls sogar eine Gesellschafterversammlung einzuberufen (§ 49 Abs.2 GmbHG).

b) Diesem kollektiven Informationsrecht der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit hat die GmbH-Novelle von 1980 ein ebenso umfassendes individuelles Informationsrecht jedes einzelnen Gesellschafters zur Seite gestellt. Auf Verlangen haben die Geschäftsführer jeden Gesellschafter über die Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten sowie Einsicht in die Geschäftsbücher und -unterlagen zu gewähren. Anders als bei § 131 Abs.1 AktG ist dieses Informationsrecht nicht auf Auskünfte beschränkt, die zur sachgerechten Ausübung des Stimmrechts erforderlich sind; § 51 a GmbHG begründet vielmehr ein allgemeines, zeitlich nicht eingegrenztes, individuelles Mitgliedschaftsrecht. Zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern gibt es keine Geheimnisse, so der Grundgedanke von § 51 a GmbHG. Durch den Gesellschaftsvertrag kann dieses Informationsrecht nicht ausgeschlossen und nicht eingeschränkt werden. Und in aller Regel kann es auch nicht durch Vertrag mit einem Dritten beschränkt werden: Wer bei Verhandlungen mit dem Geschäftsführer einer GmbH

Betriebsgeheimnisse oder sonst geheimhaltungsbedürftige Tatsachen mitteilt, muß wissen, daß auch die Gesellschafter Kenntnis von der Verhandlungen oder dem Inhalt des Geschäfts erlangen können.

Die Verweigerung der Auskunft und der Einsicht ist nur unter ganz engen Voraussetzungen möglich und bedarf zudem eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung (§ 51 Abs. 2 GmbHG).

Die Regelung des § 51 a GmbHG geht zu weit. Darüber besteht Einigkeit. Der Gesetzgeber hat mit dem an für sich zu begrüßenden Ziel, den Minderheitenschutz zu stärken, deutlich zu tief in die Tasten gegriffen. Soll die Geschäftsführung wirklich jedem von 50 Gesellschaftern jederzeit Auskunft schulden, zeitlich und gegenständlich unbegrenzt, ganz nach deren Belieben? Soll die Geschäftsführung wirklich auch dem Gesellschafter Auskunft und Einsicht schulden, der ein Konkurrenzunternehmen betreibt? Schulden die Geschäftsführer nutzlose Wiederholungen, wenn etwa der Gang der Geschäfte erst vor vier Wochen eingehend erläutert worden ist und sich die Marktlage erkennbar nicht verändert hat? Wäre dem so - was heute einhellig bestritten wird - müßten viele Geschäftsführungen sofort ein Sekretariat für die Beantwortung von Gesellschafterfragen einrichten.

Die unstimmgie Regelung des § 51 a GmbHG können wir hier nicht erschöpfend behandeln. Trotz aller Mängel zeigt aber das individuelle Informationsrecht des § 51 a GmbHG deutlich die Leitvorstellung des Gesetzgebers; er hielt es für gerechtfertigt, weil - ich zitiere aus der Begründung des Regierungsentwurfs - "der Gesellschafter einer GmbH rechtlich und in aller Regel auch tatsächlich eng mit der Gesellschaft verbunden ist und unmittelbaren Anteil an ihrer Entwicklung nimmt."

#### **IV. Gewinnverwendung**

Deutlich wird der Unterscheid zwischen der als Kapitalsammelbecken gedachten Aktiengesellschaft und der als Mitunternehmergemeinschaft gedachten GmbH und OHG schließlich bei der Frage, wer über die Verwendung des Jahresgewinns entscheidet.

##### *1. Thesaurierungsrecht der Verwaltung in der AG*

Sie alle werden mir zustimmen, daß die wirtschaftliche Situation der Unternehmungen in der ehemaligen DDR heute ganz anders aussähe, wenn die Unternehmensleitungen die Hälfte ihrer Gewinne eigenverantwortlich für Investitionen hätten verwenden können. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat diese Möglichkeit: Nach § 58 Abs. 2 AktG kann er mit Zustimmung des Aufsichtsrats die Hälfte des Jahresüberschusses als Gewinnrücklage von der Ausschüttung an die Aktionäre ausschließen. Die Finanzplanung gewinnt dadurch Kontinuität und löst sich deutlich von den augenblicklichen Interessen der Aktionäre. Der Gesetzgeber hat sich bei dieser Regelung offenbar von der Vorstellung leiten lassen, daß nur kapitalistisch beteiligte Anteilsinhaber den schnellen Erfolg einer lang- oder mittelfristigen Unternehmensplanung vorziehen. Der Spatz in der Hand, so meint der Gesetzgeber wohl, ist dem Aktionär lieber als die Taube auf dem Dach. Verständlich wäre das jedenfalls, denn er kann die Taube auf dem Dach mit seinem Informationsstand allenfalls schemenhaft erkennen. § 58 Abs. 2 AktG scheint ein volkswirtschaftlicher Joker zu sein, der die langfristig denkende Vernunft des Vorstands gegen hastige Ausschüttungswünsche der Aktionäre sichert, ein ideales Instrument, um

Neuinvestitionen zu finanzieren, Unternehmen gegen Rückschläge zu sichern und die Leistungskraft der Unternehmen zu steigern. Doch so eindeutig liegen die Dinge nicht. Ökonomische Rationalität hat ihre Grenzen. Jenseits dieser Grenzen läßt unsere Rechtsordnung Raum für unternehmerischen Spürsinn, für "try and error", aber auch für Machtstreben. Wer ohne Rechtfertigungszwang seinen Einflußbereich ausdehnen kann, wird davon Gebrauch machen, ohne immer ein waches Auge für die Risiken zu haben. Geschätzt wird, daß in großen Konzerngesellschaften allenfalls ein Drittel des Konzerngewinns tatsächlich an die Aktionäre ausgeschüttet wird. Die überwiegende Teil der Gewinne wird zur Ausdehnung des Engagements verwendet. Natürlich gibt es auch dafür gute Gründe. In der Bundesrepublik sind so aber auch mitunter höchst erstaunliche Unternehmenskonglomerate entstanden, die oft überhaupt nicht miteinander harmonierten.

Noch eine andere Überlegung liegt § 58 Abs. 2 AktG zugrunde, die kritischer Prüfung bedarf: Die Aktionäre werden - davon geht § 58 Abs. 2 AktG aus - den gesamten Gewinn aus dem Unternehmen abziehen und für ihren privaten Bedarf ausgeben. Beides ist unwahrscheinlich. Näher liegt es, daß das als Gewinn ausgeschüttete Geld nur zu einem kleinen Teil verbraucht, im übrigen aber reinvestiert wird. Die ausgeschütteten Mittel gehen vielleicht dem Unternehmen, nicht aber dem Kapitalmarkt insgesamt verloren. Die volkswirtschaftliche Fragestellung lautet nicht, ob die Unternehmungen insgesamt an Finanzmasse verlieren, sondern welches Unternehmen Finanzkraft verliert und welches von dem Rückfluß der Mittel profitiert. Gewinnausschüttung ist also immer eine Art Teilliquidation des Engagements und ermöglicht Kontrolle des Managements durch "Abstimmung mit den Füßen". Wir werden in Zukunft über § 58 Abs. 2 AktG, vor allem über seine Bedeutung im Konzern, genauer nachzudenken haben. Durch eine stärkere Einbindung der Aktionäre und eine Dynamisierung des Kapitalmarktes können hier noch Strukturverbesserungen erreicht werden.

## *2. Rücklagenbildung durch die Gesellschafterversammlung in der GmbH*

Ganz anders ist das Recht zur Rücklagebildung aus Gewinnen im GmbH-Recht ausgestaltet. Nach § 29 Abs. 2 GmbHG bestimmen die Gesellschafter, ob und in welchem Umfang Beträge aus dem Jahresüberschuß in freie Gewinnrücklagen eingestellt werden. Das paßt nahtlos in das vorgezeichnete bild der GmbH als Mitunternehmergemeinschaft und in die hierarchische Struktur des GmbH-Gesetzes. Wenig sensibel geht § 29 GmbHG allerdings mit den Interessen der Minderheits-Gesellschafter um. Durch Mehrheitsbeschluß können auch ihre Gewinnanteile in die Rücklage eingestellt werden, ja sie haben nicht einmal einen Mindestausschüttungsanspruch. Andererseits haben sie, anders als ein Aktionär, kaum Möglichkeiten, sich gegen das Rücklagendiktat der Mehrheit durch Veräußerung ihrer Anteile zu wehren; denn vielfach sind die GmbH-Anteile vinkuliert oder doch nur schwer handelbar. Eine sachgerechte Einschränkung der Mehrheitsbefugnis aus § 29 GmbHG wird uns künftig sicher noch viel Kopfzerbrechen bereiten. Das kann hier und heute nur angedeutet werden.

## *3. Verfahren in der Personenhandels-gesellschaft*

Eine viel ausgeglichene Gewinnverwendungsregelung bestimmt das Gesetz für die offene Handelsgesellschaft. In der OHG entscheidet nach dem Bild des Gesetzes nicht die Gesellschaftermehrheit, sondern jeder einzelne Gesellschafter, ob er seinen

Gewinnanteil auf dem Kapitalkonto stehen läßt oder aus der Gesellschaft abzieht. Der Anreiz, den Gewinnanteil wenigstens teilweise der Gesellschaft zu belassen, liegt darin, daß seine Gewinnquote zum Teil (§ 121 Abs. 1, Abs. 3 HGB) nach dem Stand seines Kapitalkontos berechnet wird. Läßt sich seinen Gewinnanteil anders als seine Mitgesellschafter auszahlen, muß er im nächsten Jahr mit einer Verringerung seiner Gewinnanteilsquote rechnen. Umgekehrt erhöht sich seine Anteilsquote.

Ergänzt ist diese Gewinnverteilungsregelung durch zwei Besonderheiten: Zum einen bestimmt § 122 Abs. 1 HGB, daß der Gesellschafter ohne Rücksicht darauf, ob Gewinn gemacht wurde, in jedem Geschäftsjahr 4% seines Kapitalkontos abheben darf. Hintergrund dieser sachgerechten Regelung ist, daß die Gesellschafter einer personalistisch strukturierten Gesellschaft häufig einen großen Teil ihres Vermögens und ihrer Arbeitskraft in die Gesellschaft investiert haben und auf Zahlungen aus der Gesellschaftskasse für ihre eigene Lebensführung angewiesen sind. Zum anderen hat § 122 Abs. 1 HGB auch die Interessen der Gesellschaft im Auge: Der über die 4% hinausgehende Gewinnanteil kann nur aus der Gesellschaftskasse entnommen werden, wenn es der Gesellschaft nicht zum offenbaren Schaden gereicht. Die Vernunft dieser Regelung ist evident, wenn auch von ihr in der Praxis der Verträge oft abgewichen wird.

## V. Funktionen der Anteilsinhaber im System dezentraler Organisation

### 1. Ordnungsfunktion im gesamtwirtschaftlichen Gefüge

So unterschiedlich die Funktion der Anteilseigner im Unternehmen ist, so ist dennoch das Verhältnis der Anteilseigner zum Unternehmen durch ein übergreifendes Prinzip gekennzeichnet. Unabhängig von der Rechtsform reicht die Bedeutung der Anteilsinhaber weit über das einzelne Unternehmen hinaus. Sie übernehmen eine wichtige Ordnungsfunktion im gesamtwirtschaftlichen Gefüge: Unsere Wirtschaftsordnung, die soziale Marktwirtschaft, beruht in hohem Maße auf Delegationen und Dezentralisation. Der gesamtwirtschaftliche Bedarf wird zum weit überwiegenden Teil durch privates Wirtschaften in einem System sich selbst verwaltender Unternehmen gedeckt. Trotz aller Unzulänglichkeiten und eines ständigen Korrekturbedarfs leistet das System Erstaunliches: Dezentrales Wirtschaften verbürgt die Freiheit des einzelnen; er entscheidet, ob und an welcher Stelle er in das Karussell wirtschaftlichen Handelns einsteigt. Dezentrales Wirtschaften sichert aber ebenso zuverlässig die Effizienz der Bedarfsdeckung.

### 2. Instrumentalisierung des Eigennutzes

Schwungscheibe für dieses System ist das offenbar den meisten Menschen innewohnende Bestreben, die eigenen Möglichkeiten zum eigenen Nutzen einzusetzen. Das Unternehmensrecht hat in einem langwährenden Prozeß den Egoismus des Einzelnen instrumentalisiert, aber auch rechtlich kanalisiert und ihm damit Legitimität verliehen. Eine Unternehmung lebt aus dem Streben aller Beteiligten, der Arbeitnehmer nicht anders als der Manager und Anteilsinhaber, zur Steigerung ihrer Möglichkeiten. Besondere Bedeutung kommt aber den Anteilsinhabern zu. Sie sind diejenigen, die am unmittelbarsten vom Erfolg oder Mißerfolg des Unternehmens betroffen sind, sie sind der Kulminationspunkt im System dezentralen Wirtschaftens. Fehlentwicklungen treffen zuerst sie, dann erst die Manager, zum Schluß schließlich die Arbeitnehmer und die sonstigen Gläubiger der Gesellschaft.

Ist der Anteilsinhaber zugleich Mitunternehmer, wird er bei Mißerfolgen seine unternehmerischen Entscheidungen überprüfen und ändern. Ist er nur Kapitalgeber, wird er versuchen, auf das Management einzuwirken und die Manager auszuwechseln. Gelingt ihm das nicht, so zieht er sein Kapital aus der Gesellschaft ab, zumindest investiert er kein neues Kapital mehr. Grundlage für den so legitimiten Egoismus, der der Motor des ganzen System ist, ist die Gewinnerzielungsmöglichkeit einerseits und das Haftungsrisiko andererseits. Wo einer dieser Faktoren ausfällt, sind Fehlentwicklungen vorprogrammiert.

### *3. Fehlentwicklungen beim Fehlen verantwortlicher Eigentümer*

Tatsächlich haben wir in der Bundesrepublik eklatante Fehlentscheidungen in Unternehmen erlebt, in denen sich die Anteilsinhaber zu ihrer Eigentümerstellung und zum System der Erwerbswirtschaft nicht bekannt haben. Ich denke vor allem an die sog. gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere an die Neue Heimat AG und die Co op AG. Die Unternehmenskrise der Neue Heimat AG hat ausgerechnet in einer Zeit stattgefunden, in der Wohnraum knapp wurde; die der Co op AG in einer Zeit, in der die Bundesbürger mehr denn je Geld für Lebensmittel und Konsum ausgeben. Tatsächlich fehlte in beiden Unternehmen nahezu jede Kontrolle durch einen verantwortlichen Eigentümer. Die Co op AG hatte ein ganzes Heer von Tochtergesellschaften; das Schachtelsystem war so kompliziert, daß man Wochen benötigte, um es zu verstehen. Der Produktivität kann das nicht gedient haben. Über sie verschwanden unbemerkt riesige Geldsummen, die auch für schöne Reisen der Aufsichtsratsmitglieder ausgegeben wurden; wer so reist, der verliert natürlich den Spaß am Kontrollieren. Möglichst war das aus zwei Gründen: Zum einen reagierte die Gewerkschaftsholding BGAG auf ausbleibende Gewinne praktisch nicht, obwohl andere Lebensmittelunternehmen zur gleichen Zeit große Gewinne erzielten; das war ihr politisch auch kaum möglich: Denn der Fortbestand als gemeinwirtschaftliches Unternehmen war wichtiger als die Gewinnerzielung. Zum anderen war natürlich auch die Auswahl der Kontrolleure, der Aufsichtsratsmitglieder, wenig unternehmensorientiert: Dort saßen keine kühl rechnenden Manager, sondern Gewerkschaftsvorstände, die in erster Linie politische Verantwortung zu tragen hatten. Heute steht fest, daß die Organe der Co op AG so ziemlich alle Sicherheitsregeln für ein funktionsfähiges Unternehmen außer acht gelassen haben. Tausende von Arbeitsplätzen waren gefährdet, weil die Anteilsinhaber am Erfolg und Mißerfolg des Unternehmens nicht wirklich interessiert waren. Die Kontrolle durch einen empfindlichen und wachen Aktionärskreis hätte hier vieles verhindert.

### *4. Beteiligung der Bewohner der ehemaligen DDR am industriellen Vermögen*

Die Sicherung der Leistungsfähigkeit der Unternehmen ist ein allgemeines Anliegen. In einer privaten, auf Privatrecht beruhenden Marktwirtschaft ohne Staatskontrolle und Staatseinfluß macht das den Eigentümer, den Mitgesellschafter und Anteilsinhaber mit seinen abgestuften Möglichkeiten des Einflusses und der Kontrolle unabdingbar. Und weil viele andere und ich die Rolle des privaten Eigentümers in einer richtig organisierten Volkswirtschaft so außerordentlich hoch einschätzen - zu seinem und zu unserer aller Nutzen -, deswegen beschäftigt uns auch so nachdrücklich die Frage der Privatisierung in der ehemaligen DDR. Mit der Umwandlung der VEB in private Rechtsformen (AG und GmbH) ist der erste, mit der Gründung der Treuhandanstalt der zweite Schritt getan. Viele westdeutsche Unternehmer und



Unternehmen und auch eine ganze Reihe unserer europäischen Freunde stehen längst mit den Unternehmen in der ehemaligen DDR und der Treuhandanstalt in Verhandlungen. Das ist alles hoch erfreulich und lebhaft zu begrüßen.

Aber es kann nicht das Einzige und nicht der Endpunkt sein. Auch in der ehemaligen DDR sollten rasch Konzepte für eine Beteiligung der dort lebenden Menschen am industriellen Vermögen entwickelt werden. Denn der Konsum und die allgemeine Besserung der Lebensverhältnisse ist eines, die langfristige Einbindung unserer Mitbürger in der ehemaligen DDR als Eigentümer in das neue System das andere. Wir haben mit dem Verhältnis von Anteilseigentümer zu seinem Unternehmen, von dem dadurch ausgelöstes Interesse und der dadurch bewirkten Motivation gute und fruchtbare Erfahrungen gemacht; und ich wünsche mir, daß unsere Landsleute in den neuen Bundesländern möglichst bald an diesen guten Erfahrungen partizipieren.

### *S u m m a r y*

#### **SHAREHOLDER AND ENTERPRISE**

In this article the author is considering three major issues concerning the position of the shareholder in an enterprise: first of all, power to appoint and revoke company's management, then the shareholder's right to be informed and a profit-sharing considerations.

Author's considerations and suggestions made about position of the shareholder in a system of decentralised running company's bussiness may be regarded as precisous and acceptable in our context. Namely a part of this article is specially devoted to economical problem of new federal state members in Germany who are in "transition".

Regarding that Croatia is now also going through the process

of transition from socialist country towards new economic order, solutions and suggestions offered in this article may well serve as an example for our privatisation process.

### *S a ž e t a k*

#### **VLASNIK UDJELA I PODUZEĆE**

U ovome radu osobito se govori o postavljanju i opozivu poslovnih organa, pravu na obavještenost i podjeli dobiti u društvima kapitala. Razmišljanja i prijedlozi autora o funkcijama vlasnika udjela u sustavu decentralizirane organizacije trgovačkog društva mogu biti vrlo poučni i primjenjivi i za naše prilike, jer se u tom dijelu ovog rada osobita pozornost daje promjenama do kojih je dolazilo u gospodarstvu i pravnim subjektima novih saveznih država-zemalja u Njemačkoj (bivši DDR), što i za naše prilike napuštanja bivšeg socijalističkog samoupravnog sustava i pretvorbu društvenih poduzeća ina i može imati određenu vrijednost.

## PRAVNA PRIRODA ETAŽNOG VLASNIŠTVA U NACIONALNOM I KOMPARATIVNOM PRAVU

Dr. sc. Petar Simonetti, redovni profesor,  
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 347.238+340.13:340.5  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Pregledni znanstveni članak

*Prema hrvatskom pozitivnom pravu, prava etažnog vlasnika (suvlasništvo u pogledu građevne parcele; zajedničko vlasništvo u pogledu zajedničkih dijelova zgrade) proizlaze iz vlasništva na dijelu zgrade - posebni dio zgrade (kao stan ili poslovna prostorija) smatra se glavnom stvari.*

*U komparativnom pravu, naprotiv, etažno vlasništvo se izvodi iz suvlasništva građevne parcele i zajedničkih dijelova zgrade.*

*Prema njemačkom i austrijskom pravu, kao i Nacrtu Hrvatskog zakonika o vlasništvu, od ovog se načela ne može odstupiti čak ni kad je u korist trećeg ili suvlasnika zasnovano superficijarno pravo, budući da se ono, figurativno rečeno, smatra kao "drugo zemljište" pa se stoga i zgrada smatra njegovim priraštajem.*

*U talijanskom se pak pravu, ugovorom može odstupiti od gornjeg pravila. Superficijarno pravo, poništavajući atrakcijski učinak zemljišta, ne preuzima njegovu ulogu. Stoga je moguće da netko može biti etažni vlasnik a da pri tome nije vlasnikom parcele ili zajedničkih dijelova zgrade. Međutim, postoje različita gledišta o prirodi prava koje razdvaja vlasništvo na posebnom dijelu zgrade od suvlasništva na zemljištu.*

*Dakle, u hrvatskom pravu, zakon, a ne ugovor etažnih vlasnika poništava atrakcijski učinak zemljišta i zajedničkih dijelova zgrade. Stoga je moguća koegzistencija sva tri oblika vlasništva na zemljištu i zgradi.*

### Uvod

Prema tradicionalnom načelu *superficies solo cedit*, trajna zgrada je priraštaj zemljišta, jer je zemljište, po prirodi glavna stvar ("*Superficies natura solo cohaeret*" - Paulus, D. 44, 7, 44, 1). I zato, tko je vlasnik zemljišta, vlasnik je i zgrade ("*Semper enim superficies solo cedere*" - D. 13, 17, 3). Ili kako kaže Ulpianus: *Naturale ius, quid superficies ad dominium soli pertinent*. Smatra se da ovo načelo izražava harmonično jedinstvo građanskog i prirodnog prava: "*Civile et naturale iure eius est cuius solum*" (D. 43, 18, 2).

Među romanistima prevladava gledište da je načelo *superficies solo cedit* iz običajnog prava ušlo u Zakonik XII ploča (*Lex duodecim tabularum*)<sup>1</sup>. Suvremeni romanisti pretežito odbacuju tezu svojih prethodnika da su nasuprot načelu *superficies solo cedit*, prema Dionizijevu svjedočanstvu ortaci koji su zajedno izgradili zgradu, mogli je po *Lex licinia* podijeliti između sebe po katovima<sup>2</sup>.

Horizontalna podjela zgrade bila je kompatibilna s feudalnom ustanovom podijeljenog vlasništva, što potvrđuje praksa i u našim srednjovjekovnim gradovima. Ovu praksu uvažavao je i Zakon o osnivanju gruntovnice za Dalmaciju od 7. lipnja 1881. g., koji pojedine dijelove zgrade tretira kao posebna zemljišnoknjižna tijela.

Tradicija etažnog vlasništva u Hrvatskoj i Slavoniji, međutim, bila je definitivno prekinuta Gruntovnim zakonom od 16. listopada 1876.

Jugoslavenski Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga (1930. g.) nije dopuštao etažnu podjelu zgrade (par. 4. st. 3.), ali je priznao zatečeno pravno stanje, tj. pravo vlasništva na kat ili dio kata (horizontalna podjela zgrade) na onim područjima na kojima je ranije bilo dopušteno, sve dok se posebni dijelovi zgrade ne sjedine u imovini iste osobe (par. 74.). Ova pravna ustanova primjenjivala se poslije drugog svjetskog rata temeljem Ukaza Predsjedništva Narodne skupštine FNRJ od 9. siječnja 1947. Ovaj je Ukaz noveliran 2. veljače 1949. (Sl. 1. "FNRJ" br. 18/49) time što je dozvoljeno etažno vlasništvo u korist države. Konačno je etažno vlasništvo podignuto na razinu zakonskog načela, Zakonom o prometu zemljišta i zgrada (Sl. 1. FNRJ br. 26/54) od 1. srpnja 1954. Ustanova etažnog vlasništva, međutim, uređena je Zakonom o vlasništvu na dijelovima zgrada (FNRJ br. 16/59). Oba zakona su i danas na snazi u Republici Hrvatskoj s izvjesnim izmjenama koje proizlaze iz izmjena vlasničkovpravnog uređenja<sup>3</sup>.

Praktična potreba za uređenje ustanove etažnog vlasništva nastala je s nacionalizacijom najamnih zgrada. Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (Sl. 1. FNRJ br. 52/58) od 26. prosinca 1958., pored građevinskog zemljišta u užim građevinskim rajonima gradova i naselja gradskog karaktera, nacionalizirane su i najamne zgrade (čl. 1. st. 2, 13, 34. i 35.)<sup>4</sup>. U vlasništvu dotadašnjih vlasnika mogla su ostati dva ili tri manja stana kao posebni dijelovi zgrade, odnosno jedna obiteljska stambena zgrada i jedan stan kao posebni dio zgrade (čl. 2.)<sup>5</sup>. Nacionalizacija je, dakle, zahtijevala primjenu ustanove etažnog vlasništva u širokim razmjerima.

Prema Zakonu o vlasništvu na dijelovima zgrada, zgrada s više stanova bila je u cjelini u društvenom vlasništvu ako je makar jedan stan ili jedna poslovna prostorija prešla u društveno vlasništvo, iako su ostali dijelovi bili u privatnom vlasništvu (čl. 5.).

<sup>1</sup> F. Pastori, *La superficie nel diritto romano* "Giuffrè" Milano, 1962. str. 31. Suprotnu tezu zastupa I. Puhanić: *Superficies solo cedit* u rimskom pravu "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu" br. 3-4/1953, str. 332-340. Ali to gledište nije dovoljno uvjerljivo (vidi, P. Simonetti: *Pravo građenja*, Sarajevo-Beograd, 1986, str. 13).

<sup>2</sup> Pastori, o. c, str. 34.

<sup>3</sup> Zakon o prometu zemljišta i zgrada (prečišćen tekst - "Sl. 1. SFRJ" br. 43/65, 57/65, 17/67 i 11/74 "Narodne novine" br. 52/73 i 54/80) i Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada (prečišćen tekst - "Sl. 1. SFRJ" br. 43/65 i 57/65 - "Narodne novine" br. 52/73 i 46/90).

<sup>4</sup> Šire, P. Simonetti: *Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu* "Informator" Zagreb, 1985, str. 17-41.

<sup>5</sup> Šire, P. Simonetti: *Pravo građenja* "NIO Sl. 1. SR B i H" Sarajevo i "NIU Sl. 1. SFRJ" Beograd, 1986, str. 268-271.

S nacionalizacijom zgrada nacionalizirane su i izgrađene građevinske čestice izvan građevinskih rajona kada su nacionalizirane zgrade koje su se na njima nalazile (čl. 36. st. 1. i 2.). Ako je nacionaliziran dio takve zgrade, nacionaliziran je i idealni (suvlasnički) dio građevinske čestice razmjerno vrijednosti nacionaliziranog dijela zgrade (čl. 36. st. 3.).

U slučaju kada su zgrada i zemljište u društvenom vlasništvu, na zajedničkim dijelovima zgrade kao i na građevinskoj čestici, po tom zakonu vlasnici posebnih dijelova imaju zajedničko trajno pravo korištenja<sup>6</sup>.

Zakonom o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (NN br. 53/91) preobraženo je trajno pravo korištenja građevinske čestice u pravo vlasništva koje se može "prenositi samo s prijenosom prava vlasništva na zgradu" (čl. 9.). Budući da ZOVO uređuje samo pravne odnose između vlasničkopravnih osoba, trajno pravo korištenja na građevinsku česticu zadržava se samo kao suputnik društvenog vlasništva na zgradu. Ako su samo pojedini dijelovi zgrade u društvenom vlasništvu, idealni dio građevinske čestice, razmjeran vrijednosti tih dijelova, ostaje u društvenom vlasništvu (analogno članku 36. st. 3. Zakona o nacionalizaciji...). Ovo je, svakako, prijelazno pravno stanje, do konačnog ukidanja društvenog vlasništva na zgrade i posebne dijelove zgrada otkupom stanova<sup>7</sup>, kupovinom posebnih dijelova zgrade, pretvorbom društvenog vlasništva i denacionalizacijom, jer Ustav Republike Hrvatske koji zajamčuje pravo vlasništva (čl. 48. st. 1.) ne poznaje društveno vlasništvo.

## 1. Općenito o etažnom vlasništvu

Etažno vlasništvo razlikuje se od općeg prava vlasništva na nekretnini kako po svome objektu tako i po ograničenjima vlasničkih ovlasti koje proizlaze iz specifičnih susjedskih odnosa.

Objekt etažnog vlasništva jest posebni dio zgrade koji predstavlja zaokruženu uporabnu cjelinu namijenjenu i prikladnu za zadovoljavanje stambenih potreba ili za obavljanje određenih djelatnosti, ali i zajednički dijelovi zgrade i građevinska čestica.

Horizontalna podjela zgrade po katovima moguća je i bez derogiranja pravila *superficies solo cedit*, ali je ograničenje tog pravila nužna pretpostavka za etažno vlasništvo. Upravo od toga da li etažno vlasništvo derogira ili samo ograničava pravilo *superficies solo cedit*, ovisi i sadržaj prava na posebnom dijelu zgrade kao i prava na zajedničkim dijelovima zgrade i na građevinskoj čestici.

Vlasništvo na posebnom dijelu zgrade na različite načine vezano je za pravo na zajedničke dijelove zgrade ovisno od toga da li je derogirano ili samo ograničeno pravilo *superficies solo cedit*.

Vlasništvo na posebnom dijelu zgrade trpi veća ograničenja u korist susjeda nego opće pravo vlasništva na nekretninama. Ovo zbog toga što postoji veći intenzitet susjedskih veza i uzajamnosti između etažnih vlasnika nego između "običnih" susjeda. U zgradi koja ima više katova, vlasnik posebnog dijela koji se nalazi iznad prizemlja, a ispod najvišeg kata, ima susjeda iznad i ispod sebe, a po pravilu i bočne susjede (u slučaju podjele kata). Svi su posebni dijelovi međusobno povezani zajedničkim ulazom, stepeništem, dizalom, hodnicima, međukatnim konstrukcijama, pregradnim i konstruktivnim zidovima, zajedničkim krovom i zajedničkim sporednim prostorijama. Postoje i zajednički vodovi za grijanje, električnu energiju, plin, vodovod i kanalizaciju itd.

<sup>6</sup> Šire, Simonetti: *Pravo građenja*, str. 268-280; vidi, čl. 1. st. 1. Zakona o vlasništvu na dijelovima zgrade.

<sup>7</sup> Vidi, Zakon o prodaji stanova na koje postoji stanarsko pravo ("Narodne novine" br. 27/91 i 33/92).

## 2. Priroda etažnog vlasništva

Ustanova etažnog vlasništva izražava odnos između posebnog dijela zgrade i zajedničkih dijelova, a primarno odnos zgrade prema građevinskoj čestici. Na posebni dio zgrade etažni vlasnik ima isključivo pravo vlasništva koje se, u načelu, razlikuje od prava vlasništva na drugoj nekretnini, osim u pogledu ograničenja ovlasti koja prvenstveno proizlaze iz specifičnih susjedskih odnosa etažnih vlasnika, a najviše se izražavaju u odnosu na prava na zajedničke dijelove zgrade i građevinsku česticu.

Zajednički dijelovi zgrade i građevinska čestica su objekt prava suvlasništva, odnosno zajedničkog prava vlasništva ili trajnog prava korištenja, ovisno od uređenja vlasništva na ove nekretnine (pravo vlasništva ili društveno vlasništvo).

### 2.1. Priroda etažnog vlasništva u našem pravnom uređenju

Prema sadašnjem pravnom uređenju pravo vlasništva na posebni dio zgrade, pravo zajedničkog vlasništva na zajedničkim dijelovima zgrade, odnosno pravo suvlasništva na građevinsku česticu u takvoj su međusobnoj vezi da je, zapravo, pravo vlasništva na posebni dio glavno pravo, dok su druga prava akcesorna, bez mogućnosti razdvajanja i zato "sve promjene u pravima na ovom dijelu zgrade odnose se i na ta prava" (čl. 7. st. 2.).

Ovo zbog toga što je trajno pravo korištenja (sada preobraženo u pravo vlasništva) poništilo atrakcijsku snagu zemljišta, a samo nije preuzelo ulogu zemljišta poput njemačkog ili austrijskog prava građenja<sup>8</sup>. Trajno pravo korištenja u tome sustavu razdvajalo je zemljište i zgradu kao dva posve samostalna pravna objekta.

Ustanova etažnog vlasništva ne rastače samo pravno jedinstvo zgrade, nego istovremeno, razdvaja zgradu i zemljište na koje postoji pravo vlasništva, a to se postiže različitim oblicima prava vlasništva.

Ustanova etažnog vlasništva uključuje sva tri oblika prava vlasništva: individualno vlasništvo na posebni dio zgrade, zajedničko (skupno) vlasništvo na zajedničke dijelove zgrada i pravo suvlasništva na građevinsku česticu.

Na posebnom dijelu zgrade može se zasnovati i pravo suvlasništva (npr. nasljeđivanjem), a i zajedničko pravo vlasništva (npr. stjecanjem zajedničkim radom u bračnoj zajednici) koje se može pretvoriti u pravo suvlasništva (ugovorom ili sudskom odlukom)<sup>9</sup>. Pravo suvlasništva na posebni dio zgrade, a pogotovo skupno vlasništvo, nije posljedica prava suvlasništva na zemljište. Obrnuto, pravo suvlasništva na zemljište posljedica je prava vlasništva (suvlasništva, zajedničkog vlasništva) na posebne dijelove zgrade. Zemljište i zgrada, odnosno posebni dijelovi zgrade, i u tom su slučaju, dakle, pravno razdvojeni kao posve samostalni objekti prava vlasništva.

Umjesto jedne pravno homogene nekretnine postoji onoliko nekretnina koliko ima posebnih dijelova zgrade plus dvije: građevinska čestica i zajednički dijelovi zgrade, pa i više, ako postoje zajednički dijelovi zgrade samo za neke samostalne dijelove, a ne za

<sup>8</sup> O njemačkom i austrijskom pravu građenja, vidi P. Simonetti, *Pravo građenja*, Sarajevo - Beograd 1986, str. 50-59 i u članku: *Pravo građenja de lege ferenda "Zakonitost"* br. 2-3/1993. str. 181-186.

<sup>9</sup> Po shvaćanju VSH etažno vlasništvo se ne može preobraziti u pravo suvlasništva sudskom odlukom (Rev. 1062/86 od 2. 7. 1986, PSP br. 33/23). Od ovoga treba učiniti izuzetak u slučaju diobe zajedničke imovine bračnih drugova jer mogućnost preobrazbe zajedničkog vlasništva u pravo suvlasništva je njihovo ovlaštenje koje im je dato prisilnim propisima. Isto vrijedi i za zajedničko pravo vlasništva na nasljednika, koje se preobražava u pravo suvlasništva rješenjem o nasljeđivanju.

sve<sup>10</sup>. Posebne dijelove zgrade u pravilu razdvajaju zajednički dijelovi (međukatna konstrukcija, hodnici, noseći zidovi i pregradni zidovi) koji su pod posebnim pravnim režimom. Različiti pravni režim (oblici prava vlasništva) na zemljište od onoga na zgradu pokazuje da zemljište u odnosu na zgrade nije ni glavna ni sporedna stvar, već posve samostalan objekt prava vlasništva. Pravo vlasništva na zemljište ne proteže se na zgradu, ali ni obrnuto. Ovdje nema priraštaja, pravo vlasništva na posebne dijelove ili skupno vlasništvo na njene zajedničke dijelove ne prostire se na zemljište. Također, u slučaju nadogradnje, pravo zajedničkog vlasništva na zajedničke dijelove zgrade se ne širi na posebni dio zgrade - nadogradnju.

## 2.2. *Priroda etažnog vlasništva u njemačkom i austrijskom pravu*

Njemačko i austrijsko pravo slijede načelo *superficies solo cedit* pa se pravo suvlasništva sa zemljišta širi na zgradu. Pravo vlasništva na posebnom dijelu zgrade samo je specifični izraz prava suvlasništva na zemljište i zgradu kao pravnu cjelinu: ono omogućava određenom suvlasniku da realizira svoje suvlasničko pravo na posebnom dijelu zgrade kao samovlasnik<sup>11</sup>.

Po njemačkom i austrijskom pravu zgrada je bitni sastavni dio prava građenja, a ne zemljišta, u slučaju kada je konstituirano pravo građenja. Pravo građenja, naime, neutralizira atrakcijsku snagu zemljišta i ujedno preuzima ulogu zemljišta kao "drugo zemljište"<sup>12</sup>.

Prema njemačkom Zakonu o vlasništvu na stanovima i o pravu trajnog stanovanja od 15. ožujka 1951. godine (*Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht - Wohnungseigentumsgesetz: WEG*) posebno vlasništvo na stanu (i drugom posebnom dijelu zgrade) u vezi je i srazmjeri sa suvlasničkim dijelom na zgradu i građevinsku česticu (par. 1.). Vlasništvo na stanu ili drugom posebnom dijelu zgrade ne mogu se vezati s pravom suvlasništva na više građevinskih čestica (paragraf 1. st. 4.) jer zgrada i građevinska čestica čine pravno jedinstvo, po principu: jedna zgrada - jedna građevinska čestica.

Ukoliko nasljedno pravo građenja pripada nekolicini po idealnim dijelovima kao nasljedno pravo građenja stanova (*Wohnungserbbaurecht*), oni se mogu sporazumjeti da svako od njih stekne pravo vlasništva na posebni dio zgrade koju će izgraditi ili koja je već izgrađena (par. 3.). Za svaki posebni dio zgrade uspostavlja se po službenoj dužnosti posebni zemljišnoknjižni uložak u zemljišnoj knjizi nasljednog prava građenja.

<sup>10</sup> M. Žuvela, Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (objašnjenja, komentarske napomene, sudska praksa i drugi odgovarajući propisi) treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje "Narodne novine" Zagreb, 1987, str. 579; I. Crnić: Vlasništvo na dijelu zgrade "Zakonitost" br. 9-10/90, str. 1012.

<sup>11</sup> Vidi Komentar Zakona o vlasništvu na stanovima (*Wohnungseigentumsgesetz*) od 15. ožujka 1951, u knjizi, O. Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentare)* München, 1986, str. 2408 i dalje kao i austrijski Zakon o vlasništvu na stanovima od 1975.

<sup>12</sup> J. Ring, *Erbbaurecht*, Staudingers Kommentar zum BGB, III Band, II Auflage, München - Berlin 1956, str. 876, 879, 927 itd. i tamo citirana sudska praksa i literatura. Dvojba da li je po austrijskom pravu zgrada priraštaj prava građenja, kako je smatrao Ehrenzweig (*System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, Wien, 1923, str. 413) ili pripadak (Zubehör) kako je Obuljen shvaćao upotrebu tog izraza u članu 6. austrijskog Zakona o pravu građenja (Obuljen: Pravo građenja "Mjesečnik" 1912, str. 928) prevladana je u korist gledišta Ehrenzweig-a.

### 2.3. *Priroda ustanove etažnog vlasništva prema Nacrtu za prijedlog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Zagreb, listopad 1992. g. (- Nacrt)*

Pravo vlasništva na posebnom dijelu zgrade prema Nacrtu proizlazi iz prava suvlasništva koje se sa građevinske čestice prostire na zgradu kao cjelinu. Ovlasti pojedinog suvlasnika "koncentriraju se u prvom redu na nekom stanu ili drugoj prostoriji" (iz obrazloženja Nacrta). Time se uspostavlja pravo vlasništva na posebnom dijelu zgrade kao derivat prava suvlasništva. Veza između prava vlasništva na posebni dio zgrade i suvlasništva na građevinsku česticu i zajedničke dijelove zgrade trajna je i neraskidiva.

Pravila za ustanovu etažnog vlasništva iz Nacrta formulirana su po uzoru na austrijsko pravo (*Wohnungseigentumsgesetz*) koje je blisko njemačkom pravu.

Nasuprot sadašnjem zakonskom uređenju, prema Nacrtu glavna stvar je zemljište, a zgrada je priraštaj zemljišta. Dosljedno tome, Nacrt zamjenjuje sintagmu "posebni dio zgrade" sa sintagmom "posebni dio nekretnine". Nacrt je izričit: "vlasništvo posebnog dijela nekretnine je povezano s odgovarajućim suvlasničkim dijelom nekretnine te dijeli njegovu pravnu sudbinu; može ga se samo zajedno s njime ograničiti, opteretiti, otuđiti, prenijeti za slučaj smrti i podvrgnuti prisilnom izvršenju". Objekt pravnih poslova, kao instrumenta pravnog prometa i nasljeđivanja jest, dakle, suvlasnički dio nekretnine i "njemu" pripadajući posebni dio nekretnine. Ništa ne mijenja na stvari ako je zgrada pravno odvojena od zemljišta pravom građenja jer u tom slučaju pravo građenja "stoji na mjestu zemljišta" pa je zgrada njegov priraštaj (čl. 216. st. 2. Nacrta). Zakonska koncepcija, prema kojoj je posebni dio zgrade bio glavna stvar, bila je kompatibilna s trajnim pravom korištenja, sada preobraženo u pravo vlasništva koje neutralizirajući atrakcijsku snagu zemljišta nije preuzimalo ulogu zemljišta<sup>13</sup>.

### 2.4. *Priroda etažnog vlasništva po talijanskom pravu*

Talijansko pravo, isto kao i njemačko i austrijsko, slijedi princip *superficies solo cedit*, pa se i po tome pravu pravo suvlasništva sa zemljišta proteže na zgradu. Zato talijanski Građanski zakonik (*Codice civile*) od 1942. godine uređuje ove pravne odnose u poglavlju "O suvlasništvu na zgradama" (*Del condominio negli edifici*). Pravo suvlasništva na zemljištu i na zajedničkim dijelovima zgrade nedjeljivo je (čl. 1119.): *condominio pro indiviso*.

Razlika u odnosu na njemačko i austrijsko pravo postoji u slučaju kada zgradu odvaja od zemljišta superficijarno pravo (*diritto di superficie*). Talijansko superficijarno pravo, naime, poništavajući atrakcijsku snagu zemljišta, ne preuzima ulogu zemljišta (čl. 952-955). Po talijanskom pravu zgrada je pravno odvojena ne samo od zemljišta, nego i od superficijarnog prava, koje omogućava odvajanje. Zato je, po tom pravu, zgrada u superficijarnom vlasništvu pravno odvojena ne samo od zemljišta, nego i od superficijarnog prava, koje omogućava to odvajanje; zgrada je posve samostalni objekt prava vlasništva odvojen od zemljišta - *proprieta superficaria* -<sup>14</sup>.

Budući da zgrada nije priraštaj superficijarnog prava, u talijanskoj literaturi se raspravlja i o pravnom osnovu superficijarnog vlasništva<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> O trajnom pravu korištenja, njegovoj pravnoj prirodi i razlici u odnosu na pravo građenja, šire, Simonetti: Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, str. 193-207 i 219-235.

<sup>14</sup> L. Salis, *La proprieta superficaria* "Cedam" Padova, 1936, st. 154. i dalje.

<sup>15</sup> L. Salis, *La superficie "UTET"* Torino, 1958, str. 7. i dalje; G. Pugliese, *Della superficie in Commentario del Codice civile, Libro terzo, Quarta ed. "Zanichelli"* Bologna - Soc. ed. del Foro italiano, Roma,

### 3. Priroda prava koje odvaja posebni dio zgrade

U pravnom sustavu koji usporedo s ustanovom etažnog vlasništva poznaje i superficijarno pravo - stvarno pravo koje razdvaja zemljište i zgradu, vlasnici pojedinih dijelova zgrade ne moraju biti vlasnici građevinske čestice, jer je moguće da pravo vlasništva na građevinsku česticu pripada trećoj osobi ili samo jednom etažnom vlasniku. Postoji, dakle, samo mogućnost, a ne i potreba da svi etažni vlasnici budu suvlasnici građevinske čestice.

Problem nastaje kada etažni vlasnici imaju pravo suvlasništva na građevinsku česticu, jer se u tom slučaju postavlja pitanje koje pravo sprečava ekspanziju prava suvlasništva sa zemljišta na zgradu. O tome u talijanskoj pravnoj literaturi postoje vrlo divergentna gledišta koja izlazimo u sažetom obliku. Ovo pravo, naime, neposredno određuje prirodu etažnog vlasništva, pa se rasprava o njegovoj prirodi ne može mimoći.

Pod pretpostavkom da su vlasnici pojedinih katova iste zgrade ili horizontalno odvojenih stanova, odnosno poslovnih prostorija (koji stoje jedan prema drugom u vertikalnom odnosu), istovremeno suvlasnici zemljišta na kome je podignuta takva zgrada, Balbi<sup>16</sup> je mišljenja da između njih ne postoji superficijarno - pravni odnos, jer je svaki vlasnik kata (ili horizontalnog posebnog dijela zgrade) ujedno i vlasnik idealnog dijela zemljišta, pa je isključeno da istovremeno bude titular superficijarnog prava, stvarnog prava koje bi opterećivalo i njegov suvlasnički dio zemljišta. Međutim, ako nema superficijarnog prava, primjećuje Salis<sup>17</sup>, koji odbacuje Balbijevu tezu, tada je svaki suvlasnik zemljišta istovremeno i suvlasnik zgrade u istom razmjeru po načelu superficies solo cedit. Kako bi svaki suvlasnik zemljišta, kaže Salis, umjesto suvlasničkog dijela imao pravo vlasništva na realnom dijelu, potpuno samostalnom dijelu zgrade, na cijelom katu ili dijelu kata - stanu, nužno je da između suvlasnika zemljišta, odnosno etažnih vlasnika zgrade, postoji takav ugovor koji neutralizira vertikalnu ekspanziju prava vlasništva (suvlasništva). Zato je na zgradi podignutoj na suvlasničkom zemljištu etažnih vlasnika jedina moguća forma za stjecanje vlasništva na posebnom dijelu zgrade upravo superficijarno vlasništvo.

Kasacioni sud od 1960. godine naovamo također zastupa stav, kao i Salis, da na bazi međusobnog položaja suvlasnika svaki od njih postaje titular superficijarnog prava na osnovu kojeg, u času izgradnje, po samom zakonu stječe pravo vlasništva na unaprijed označenom (ugovorenom) posebnom dijelu zgrade - na katu ili posebnom dijelu kata (stanu).

Nasuprot tome, Apelacioni sud u Milanu je u odluci od 31. listopada 1958. godine, koju je kasirao Kasacioni sud, odlukom od 4. ožujka 1960. godine (od kada datira gore izložen stav toga suda) zauzeo stav da međusobni sporazum suvlasnika zemljišta ne proizvodi stvarnopravne učinke i zato ne sprečava protezanje prava suvlasništva sa zemljišta na zgradu. Neovisno od ugovora stječe se, intermedijalno, jedinstveno suvlasništvo na zemljište i zgradu. Ova suvlasnička zajednica raskida se nakon izgradnje posebnim pravnim poslom (ugovorom) koji se može kvalificirati kao ugovor o diobi zgrade<sup>18</sup>.

---

1976, str. 420, 567-570; F. Messineo: *Manuale di diritto civile e commerciale* Volume secondo, Nona ed. "Giuffrè" Milano, 1965, str. 536; M. Zaccagnini: *L'enfiteusi - La superficie* Gli oneri reali - Gli usi civici, Piacenza, 1970, str. 194. i dalje; G. Balbi: *Il diritto di superficie "Giappichelli"* Torino, 1947., str. 22.

<sup>16</sup> Balbi, o.c, str. 22, 38, 78, 98.

<sup>17</sup> Salis, o.c, str. 18.

<sup>18</sup> Pugliese, o.c, str. 572, bilješka 5.



Kritizirajući stav Kasacionog suda, Branca ističe da je ugovor, zaključen između suvlasnika u biti sporazum o vršenju suvlasničkog prava, koje pripada svakome od njih, a na osnovi tog sporazuma svaki od njih stječe pravo vlasništva na određeni posebni dio zgrade, bez konstituiranja superficijarnog prava, iako ostaju suvlasnici zemljišta<sup>19</sup>.

Pugliese<sup>20</sup> smatra da pravo građenja (*diritto di costruire*), koje međusobnim sporazumom suvlasnika zemljišta stječe svaki suvlasnik, da bi na temelju toga prava pribavio pravo vlasništva na posebni dio zgrade, nije neko potpuno novo pravo, već naprotiv, preobrazba ovlaštenja koje je, prije zaključenja sporazuma pripadalo svim suvlasnicima pro indiviso, dakle, kao nepodijeljena ovlast. Ova preobrazba analogna je onoj koja slijedi iz ugovora o diobi, prema kome se pravo suvlasništva idealnog dijela preobražava u pravo vlasništva na realni dio zemljišta. Razlika je u tome što se u prvom slučaju ne preobražava suvlasničko pravo u cjelini, već se iz prava suvlasništva u korist pojedinih suvlasnika izvlači individualno pravo građenja, koje je i do tada imao, svaki od njih, ali samo zajedno s ostalim suvlasnicima nepodijeljeno, dok zemljište i dalje ostaje u suvlasničkoj zajednici. Zato se ni pravne posljedice međusobnog sporazuma suvlasnika zemljišta radi stjecanja etažnog vlasništva na zajedničkoj zgradi ne mogu izjednačiti s pravnim posljedicama koje nastaju građenjem na osnovu superficijarnog prava, konstituiranog *ex novo* u korist treće osobe koja nije suvlasnik zemljišta. U prvom slučaju građenjem, na osnovu međusobnog sporazuma, suvlasnici stječu pravo vlasništva na posebnim dijelovima zgrade, dok zajednički dijelovi zgrade, ako nije suprotno ugovoreno pripadaju svima razmjerno suvlasničkom dijelu na zemljištu. Kada se sruši ili ukloni zgrada, prestaje etažno vlasništvo i suvlasništvo na zajedničkim dijelovima zgrade, zbog propasti objekta prava etažnog vlasništva, a na zemljištu ostaje pravo suvlasništva. U drugom slučaju s gašenjem superficijarnog prava prestaje superficijarno vlasništvo na zgradi, ukoliko nije propala prije toga, a pravo vlasništva sa zemljišta proteže se na zgradu po načelu *superficies solo cedit*, ako nije ugovoreno da je superficijar može ukloniti. Između sporazuma suvlasnika zemljišta da podignu zgradu u etažnom vlasništvu i ugovora o diobi postojeće zgrade razlika je u tome što se u prvom slučaju ne dijeli zgrada, budući da se građenjem stječe etažno vlasništvo. "Ono što se u tom slučaju dijeli, kaže Pugliese, to je pravo građenja koje je izvučeno iz prava suvlasništva na zemljištu", ili, da nastavimo njegovom logikom, tada dolazi do preobrazbe prava građenja pro indiviso u individualno pravo građenja pojedinih suvlasnika. Radi se, dakle, o dvovalentnom ugovoru u kome preteže diobna funkcija<sup>21</sup>.

Ovo pravo koje Giorgianni naziva "stvarno pravo", nesumnjivo ima pravnu prirodu superficijarnog prava, ograničenog, doduše, utoliko što je prilagođeno kompleksu pravnog režima etažnog vlasništva<sup>22</sup>.

U pogledu egzistencije superficijarnog prava, dakle, Pugliese se slaže sa Salisom. Oni se razilaze utoliko što Salis smatra da ovo pravo stječu suvlasnici *ex novo*, dok Pugliese tumači njegov postanak kao posljedicu preobrazbe postojećeg prava pro indiviso u individualno pravo, tj. da je enukleacija superficijarnog prava iz prava suvlasništva na zemljište, u suštini, posljedica diobe zajedničkog "superficijarnog prava" kao ovlasti koja pripada svim suvlasnicima zemljišta srazmjerno njihovu suvlasničkom dijelu. Teško se može prihvatiti gledište koje zastupa Branca, da je akcesija poništena sporazumom suvlasnika o načinu vršenja prava suvlasništva, a da pri tome nije zasno-

<sup>19</sup> Isti, str. 571. gdje je izloženo mišljenje što ga zastupa Branca.

<sup>20</sup> Isti, str. 571. i dalje.

<sup>21</sup> Isti, str. 574, bilješka 9.

<sup>22</sup> Isti, str. 574. bilješka 10. gdje je izloženo mišljenje koje brani Giorgianni.

vano nikakvo stvarno pravo. Bilo da je to superficijarno pravo, ili neko drugo stvarno pravo, citirana odluka milanskog apelacionog suda proturječna je, jer, s jedne strane odbija mogućnost zasnivanja superficijarnog prava na suvlasničkom zemljištu, polazeći od pravila da niko ne može imati stvarno pravo na vlastitoj stvari, a s druge strane, dopušta da se to pravo zasnjuje na suvlasničkom zemljištu nakon izgradnje zgrade.

Pravo koje daje mogućnost zasnivanja prava vlasništva na posebnom dijelu zgrade uz pravo suvlasništva na zemljištu, poništava priraštaj, te razdvaja posebne dijelove zgrade od zemljišta kao samostalne objekte prava i time prešutno statuirá superficijarno pravo ili neko drugo pravo na suvlasničkom zemljištu; bez takvog prava bi se pravo vlasništva na zemljište protezalo na zgradu, pa bi i zgrada bila suvlasnička kao i zemljište. Budući da se to pravo konstituira po zakonu diobom suvlasničke zgrade na posebne dijelove, ne vidimo prepreku da sami suvlasnici, prije izgradnje, zasnuju pravo koje će pravno razdvojiti zemljište i zgradu. Na taj način suvlasnicima se pruža efikasnija zaštita i prema trećim licima. Time su učinkovitije zaštićena njihova prava i u međusobnom suvlasničkom odnosu nego ugovorom kojim se zasniva samo obligacijsko pravni odnos, jer ako neki od suvlasnika odstupi od ugovora kojim ga obvezuje da zaključi ugovor o diobi zgrade nakon izgradnje, o kome govori citirana odluka milanskog suda, ostali suvlasnici bi bili upućeni da traže diobu u sudskom postupku, koji, po pravilu, dugo traje, a izaziva gubitak dragocjenog vremena i remeti međusobne odnose suvlasnika. Zato je prikladnije gledište prema kome se može konstituirati superficijarno pravo i u korist suvlasnika zemljišta jednako kao i u korist trećeg lica.

Kako vidimo, eminentni talijanski pravnici Salis i Pugliese ističu uvjerljive argumente za svoje teze da u talijanskom pravu samo superficijarno pravo, ili eventualno neko drugo stvarno pravo (Salis) neutralizira atrakcijsku snagu zemljišta - građevinske čestice u suvlasništvu etažnih vlasnika, te ono omogućava koegzistenciju različitih oblika prava vlasništva na zemljište i zgradu.

Slijedeći misao koju u svojim djelima razvija Salis, da pravo držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu ne daje superficijarno pravo, već i neka druga stvarna prava, među kojima i pravo stvarne služnosti, mogli bismo izvesti zaključak da u našem pravu, koje još ne poznaje pravo građenja (superficijarno pravo) na zemljištu na koje postoji pravo vlasništva, upravno pravo stvarne služnosti<sup>23</sup>, vrši onu ulogu neutralizatora atrakcijske snage zemljišta, koju inače vrši pravo građenja (superficijarno pravo). Ova interpretacija se, međutim, ne može prihvatiti ne samo zato što je teško obraniti tezu o stvarnom pravu na vlastitoj stvari (građevinskoj čestici u suvlasništvu) - to je slaba strana gledišta koje zastupaju Salis i Pugliese - nego u prvom redu zbog toga što se naša sadašnja ustanova etažnog vlasništva po jednoj svojoj bitnoj osobini razlikuje od analogne ustanove u talijanskom pravu. Po talijanskom pravu etažni vlasnici ne moraju biti suvlasnici zemljišta. Vlasnik građevinske čestice može biti i samo jedan etažni vlasnik, pa i neko treće lice, u kom slučaju etažni vlasnik, koji nije vlasnik građevinske čestice, ima superficijarno pravo ili (po Salisu) neko drugo stvarno pravo koje mu daje ovlast da drži svoju zgradu (dio zgrade) na tuđem zemljištu. Kada netko gradi zgradu u etažnom vlasništvu s vlasnikom građevinske čestice, ako nije drukčije ugovoreno, uporedo sa stjecanjem prava vlasništva na posebni dio zgrade neće steći pravo suvlasništva na građevinsku česticu, jer dosadašnji vlasnik u cijelosti zadržava pravo vlasništva na zemljište. Po tome pravu kada treća osoba stekne pravo vlasništva na posebni dio postojeće zgrade ili na nadogradnju, također ne stječe pravo suvlasništva na građevinsku česticu. Naprotiv, po našem pravu sa stjecanjem prava vlasništva na posebni dio

<sup>23</sup> O tome u mojoj knjizi, *Pravo građenja*, str. 253-267.

zgrade po bilo kom pravnom osnovu - stječe se po sili zakona i pravo suvlasništva na građevinsku česticu<sup>24</sup>. Tako kada je samo jedan učesnik izgradnje vlasnik zemljišta s izgradnjom zgrade u etažnom vlasništvu, svi ostali učesnici izgradnje stječu pravo vlasništva na posebne dijelove zgrade i pravo suvlasništva na građevinsku česticu. Kada vlasnik postojeće zgrade otuđi poseban dio zgrade, stjecatelj toga dijela po samom zakonu stječe pravo suvlasništva na građevinsku česticu. Imalac prava nadogradnje, također uporedo sa stjecanjem prava vlasništva na nadograđeni dio zgrade po osnovu ugovora stječe pravo suvlasništva na građevinsku česticu, bez obzira što stjecanje toga prava nije bilo ugovoreno. Štoviše, po našem pravu se ne može ni ugovoriti suprotno. Pravno norma koja određuje da vlasnik posebnog dijela zgrade ima pravo suvlasništva na građevinsku česticu razmjerno vrijednosti posebnog dijela zgrade prema ukupnoj vrijednosti zgrade, ima imperativan karakter. Zato i kada bi u ugovoru o nadogradnji ili o otuđenju posebnog dijela zgrade, suprotno zakonu, postojala odredba da stjecatelj prava vlasništva na posebni dio zgrade ne stječe pravo suvlasništva na građevinsku česticu, ili da ga stječe u nekom drugom razmjeru, a ne u onom koji određuje zakon, ta odredba bila bi ništava, odnosno ugovor bi ostao na snazi kao da je i nema (*utile per inutile non vitiatur*). Ugovor bi bio u cjelini ništav samo u slučaju kada bi ugovorna odredba koja odstupa od spomenute zakonske norme bila uvjet ugovora ili odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen (članak 105. stavak 1. Zakona o obveznim odnosima).

Upravo imperativna odredba o stjecanju prava suvlasništva na građevinsku česticu uporedo sa stjecanjem prava vlasništva na posebni dio zgrade, mimo i protiv ugovora, isključuje tezu da u našem pravu postoji stvarno pravo koje neutralizira atrakcijsku snagu zemljišta i razdvaja zemljište i zgradu u etažnom vlasništvu kao dva potpuno autonomna objekta prava vlasništva.

Umjesto takvog prava postoji pravo suvlasništva vlasnika posebnog dijela zgrade. Prema tome, pravo suvlasništva građevinske čestice nije samo korelat prava vlasništva na posebni dio zgrade nego i njegova nužna pretpostavka. Time što smo isključili postojanje stvarnog prava kao neutralizatora atrakcijske snage zemljišta, još nismo dobili odgovor na pitanje zbog čega se pravo suvlasništva na zemljištu po našem pravu ne proteže na zgradu, odnosno na njene posebne dijelove.

Pravno razdvajanje zemljišta i zgrade u etažnom vlasništvu u našem se pravu ne može objasniti ni time da se atrakcijska snaga zemljišta poništava pravnim poslom suvlasnika zemljišta o vršenju suvlasničkog prava (gledišta koje u talijanskom pravu zastupa Branca) jer, kako smo unaprijed utvrdili, suvlasnici ne moraju izraziti volju da hoće takvo razdvajanje, štoviše, ako izraze suprotnu volju: da samo jedan od njih bude vlasnik građevinske čestice ili da se suvlasnički dijelovi ne odrede po kriterijima što ih propisuje zakon, njihova volja neće proizvesti pravni učinak. Takav uglavak, ako ne i pravni posao u cjelini, bio bi pravno ništav. Prema tome, neutralizacija atrakcijske snage zemljišta nije izraz volje vlasnika posebnih dijelova zgrade nego zakonodavca. Po našem pravu, dakle, sam zakon kroz ustanovu etažnog vlasništva poništava atrakcijsku snagu zemljišta - građevinske čestice, a da time ne uvodi na mala vrata pravo građenja (superficiono pravo) na zemljište na koje postoji pravo vlasništva, ili neko drugo stvarno pravo držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu. Ovo se postiže upravo time što se uvjetuje postojanje etažnog vlasništva s pravom suvlasništva na građevinsku česticu, kome se istovremeno oduzima atrakcijska snaga i time omogućava koegzistencija prava vlasništva na zemljište i zgradu u sva tri oblika (vlasništvo,

<sup>24</sup> Međutim ne stječe pravo vlasništva na zgradu (VSH - Rev, 207/81 od 20. 04. 1982, PSP 3/83) već samo skupno (zajedničko) pravo vlasništva na zajedničkim dijelovima zgrade.

svlasništvo i zajedničko vlasništvo). Zakon također oduzima atrakcijsku snagu kako zajedničkim dijelovima zgrade tako i posebnim dijelovima. Pravo na zajedničke dijelove je također pretpostavka za prava na posebni dio. Po talijanskom pravu etažni vlasnici mogu prenijeti pravo vlasništva na zajedničke dijelove zgrade i na samo jednog od njih. U našem pravu je to nemoguće<sup>25</sup>. U talijanskom pravu je, dakle, pravo vlasništva etažnih vlasnika na zajedničke dijelove - dispozitivna norma, kod nas je zajedničko vlasništvo - prisilno. U talijanskom pravu je takvo rješenje moguće jer ono pored ustanove etažnog vlasništva poznaje superficijarno pravo koje neutralizira kako atrakcijsku snagu zemljišta, tako i zajedničkih dijelova zgrade, pa je moguće da jedna osoba bude vlasnik zemljišta, a druga vlasnik zgrade, odnosno da pravo vlasništva zemljišta i zajedničkih dijelova zgrade pripada samo jednom etažnom vlasniku, a ne i ostalima. Upravo zbog međusobnog prožimanja ustanove etažnog vlasništva i superficijarnog prava u talijanskom pravu postoji i treće rješenje koje je tuđe našem pravu, da pravo nadogradnje, ako nije drukčije ugovoreno, pripada samo vlasniku najvišeg kata, odnosno vlasniku krovne ploče - terase (čl. 1127. st. 1. Gradanskog zakonika).

Zbog toga što između etažnih vlasnika postoji superficijarno pravni odnos, ako nije drukčije ugovoreno, atrakcijsku snagu zadržava samo najviši kat, odnosno krovna ploča (lastrico solare). Zato je nadogradnja uvijek priraštaj najvišeg kata ili krovne ploče, osim u dva slučaja: prvo, ako etažni vlasnici nisu drukčije ugovorili (dispozitivna norma); drugo, ako nije konstituirano pravo nadogradnje u korist treće osobe.

### *S u m m a r y*

## **LEGAL NATURE OF CONDOMINIUM IN NATIONAL AND COMPARATIVE LAW**

According to Croatian positive law, condominium owner's rights (of joint ownership, as to a real estate parcel; of common ownership, as to common parts of a building) are derived from the ownership of the part of a building - separate unit of a building (like flat or business office) is considered to be the main legal object.

In comparative law, on the contrary, condominium is derived from the joint ownership of a real estate parcel and common parts of a building.

According to German and Austrian law, as well as to proposed text of Croatian property code, this principle cannot be derogated at all, even if right of "superficies" in third's or coowners favor is established, whereas it is considered as "another soil" in a figurative manner, and therefore, a building is considered to be its accession.

In Italian law, above mentioned rule may be derogated by a contract. Right of "superficies", by abolishing the attractive effect of the soil, does not take its role. Therefore, it is possible that a person could be a condominium owner without being an owner of either real estate parcel or, of common parts of a building. However, there are different views on character of right that separates ownership of a part of a building from joint ownership of the soil.

Therefore, regarding Croatian law, it is not condominium owners' contract but the statute that annuls the attractive effect of the soil and common parts of a building. Therefore, the coexistence of all these three forms of ownership of soil and building, is possible.

---

<sup>25</sup> VSH, Rev. 392/89 od 27. 09. 1989., PSP 49/20; GŽ. 877/85 od 13. 05. 1985., PSP 8/43; Rev. 630/81 od 23. 09. 1983.



## GARANCIJA ZA ISPRAVNO FUNKCIONIRANJE STVARI

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

UDK: 347.751  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Izvorni znanstveni članak

*Pojavom velikog broja roba i po vrstama i po količini masovnih razmjera, kod kojih se zaštita prava i interesa kupca iz ugovora o prodaji nije mogla postići uspješno dotad jedino poznatim pravnim sredstvom - odgovornošću prodavatelja za materijalne nedostatke, u suvremenim je pravnim sustavima dovela do nastanka i razvitka novog pravnog instituta - garancije za ispravno funkcioniranje stvari.*

*Domaće pravo, zahvaljujući prije svega odredbama Zakona o obveznim odnosima, regulira ovu garanciju, međutim, isuviše je bilo ili još uvijek postoje razlozi i okolnosti što su u bivšem sustavu, ali i danas, sprečavali potpuniju i dosljedniju zaštitu kupaca pomoću garancije za ispravno funkcioniranje stvari. Stoga autor, inače opredijeljen da često govori i piše o zaštiti potrošača, u koju, nema dvojbe, na određeni način spada i ostvarivanje zaštite kupaca kroz ovu garanciju, ukazujući na sve značajke i sadržaj ove garancije, daje primjere kako se u razvijenim zemljama, osobito u zemljama-članicama Europske unije, ali i u Europskoj uniji kao cjelini, to postiže. Pravni sustav svake države bit će onoliko sustav koliko su njegove norme sposobne zajednički i koherentno odigrati svoju ulogu društvenih regula. Zbog toga ne treba čuditi isprepletenost normi koje uređuju garanciju za ispravno funkcioniranje stvari i odgovornost za materijalne nedostatke u okviru građanskog i trgovačkog prava, zajedno s onima koje uređuju neloyalnu utakmicu i uopće služe zaštiti "slabijeg" u pravu (i društvu općenito), što je i do danas ostalo kao jedna od značajki za bilo kojeg kupca.*

*Kada jednoga dana Republika Hrvatska zakuca na vrata Europske unije, nadati se je da to neće biti daleko, i ovaj dio pravnog sustava i njegove primjene morat će odgovarati mjerilima i uvjetima koje u okviru iste ostvaruju pojedinci, pa tako i kupac, temeljem garancije za ispravno funkcioniranje stvari.*

## Sadržaj

1. Uvod
2. Pojam, nazivlje i vrste garancija
  - 2.1. Pojam i nazivlje
  - 2.2. Vrste garancija
  - 2.3. Garantna isprava
  - 2.4. Garantni rok
3. Odgovornost po osnovi garancije
  - 3.1. Subjekti garancije
  - 3.2. Sadržaj odgovornosti
    - 3.2.1. Obveza na popravak stvari
    - 3.2.2. Obveza na zamjenu stvari
    - 3.2.3. Obveza na naknadu štete i troškova
  - 3.3. Raskid ugovora i sniženje cijene
4. Odnos prema odgovornosti za materijalne nedostatke
5. Isključenje i/ili ograničenje odgovornosti
6. Zaključak

Garancija za ispravno funkcioniranje stvari jedan je od pravnih instituta koji znakovito dokazuju kako suvremeno pravo brzo i ažurno prati dostignuća suvremene znanosti, tehnike i tehnologije. Uz već ranije poznatu i u najvećem broju zakonskih propisa reguliranu odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, ova garancija pruža zaštitu kupca i njegovih prava i interesa na način i u postupku koji toj zaštiti najdjelotvornije odgovaraju. Nisu rijetka mišljenja da se ovom garancijom štite i prava i interesi prodavatelja i drugih subjekata koji se javljaju u ulozi davatelja garancije bolje i kvalitetnije nego u vrijeme kada ista nije uvedena u poslovnu praksu.

## I. Uvod

Pored i uz postojanje odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, novija kretanja u usporednome ugovornom pravu, pa tako i u nas, sve naglašenije ističu jedan potpuno novi pravni institut - garanciju za ispravno funkcioniranje stvari. Ova garancija zapravo nastaje kao plod poslovne i ugovorne prakse, što će reći najprije se javlja u okviru tzv. autonomnog trgovačkog (građanskog) prava, da bi je na različite načine regulirali pojedini zakonodavci. Vanjski oblik te garancije očituje se putem garantnog lista i/ili ugovora o garanciji.<sup>1</sup>

Ako se odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke stvari javlja njegovom drugorazrednom, sekundarnom obvezom, jer je povrijedio djelomice ili u cijelosti prvobitnu ugovornu obvezu onda je garancija za ispravno funkcioniranje stvari tvrdnja tog istog prodavatelja ili neke treće osobe (u pravilu proizvođača stvari, ali i uvoznika) da stvar koju kupuje kupac ima određena svojstva do kojih mu je stalo i na čije

---

<sup>1</sup> D. Mitrović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, red. (S. Perović, D. Stojanović), Gornji Milanovac-Kragujevac 1980, knjiga druga, str. 115.

postojanje može računati za određeno vrijeme uporabe.<sup>2</sup> Izostane li nešto od te tvrdnje prodavatelja isti je spreman i obvezan na izvjesne činidbe u svrhu otklanjanja smetnji u uporabi i pod određenim uvjetima snositi troškove te naknaditi štetu.

## 2. Pojam, nazivlje i vrste garancija

### 2.1. Pojam i nazivlje

Zakon o obveznim odnosima koji je temeljem Zakona o preuzimanju tog istog Zakona kao republičkog zakona, postao i još uvijek jest dio pravnog sustava Republike Hrvatske<sup>3</sup>, naziva ovaj pravni institut "garancijom za ispravno funkcioniranje stvari" (čl.50l-507 ZOO). Najveći broj pravnih pisaca drži se tog zakonskog naziva, iako ima i onih koji rabe naziv "odgovornost" ili "jamstvo" za ispravno funkcioniranje stvari. Očito da bi neko dalje teorijsko raspravljavanje zahtijevalo više i vremena i prostora, pa ću, u svega nekoliko riječi pokušati opravdati naziv "garancija", za koji, usput rečeno, i ja osobno držim da najbolje odgovara suštini ovog pravnog instituta.

Naime, ova se garancija sadržajno uklapa u odgovornost za materijalne nedostatke kao dio obveza prodavatelja. Tako čini i Zakon o obveznim odnosima. (čl.478 do 507) Čini se zbog toga neprimjerenim u okviru te odgovornosti (za materijalne nedostatke) opet govoriti o još jednoj odgovornosti (sada za ispravno funkcioniranje stvari). Kada se radi o nazivu "jamstvo", isto se i pravno<sup>4</sup>, ali i gramatički<sup>5</sup>, vezuje za onoga tko jamči za drugoga, koji za drugoga pruža materijalnu garanciju, u prvome redu i najčešće, prodavatelj garantira u svoje ime i za svoj račun, naravno zajedno s proizvođačem stvari, o čemu će kasnije biti više riječi, što očito nadvisuje usko tumačenje i poimanje naziva jamstvo.<sup>6</sup>

U njemačkom pravu za ovaj se oblik prodavateljeve (ali i proizvođačeve) odgovornosti rabi naziv "*Gewährleistung*" ili "*Produkthaftung*", a u engleskom (jednako kao i u američkom) pravu "*Product Liability*", prijevodi kojih na hrvatski jezik mogu biti u suglasju s naprijed rečenim, ali i zadovoljiti poklonike nazivlja "odgovornost" odnosno "jamstvo". Međutim, valja odmah istaknuti i to da u tim pravnim sustavima, kao i drugdje, tako brzo napreduje poslovna i sudska praksa, zakonodavac i pravna znanost u tome ništa ne zaostaju, pa se tako i nazivlje i sve ono što se dešava oko garancije za ispravno funkcioniranje stvari u suštini izdvaja iz uskog pojma ugovora o prodaji te obveza i odgovornosti ugovornih strana iz tog istog ugovora.<sup>7</sup>

Glede samog pojma, riječ je o takvom pravnom institutu gdje prodavatelj (često zajedno s proizvođačem stvari ili uvoznikom), ali ne za svaku ili bilo koju vrstu robe,

<sup>2</sup> J. Radišić, *Garancija za trajan kvalitet i odgovornost za štetu od stvari s nedostatkom*, Beograd 192. str. 19

<sup>3</sup> "Narodne novine" 53/91, Broj 1305 str. 1543-1544.

<sup>4</sup> V. Stanković, *Jemstvo*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada Beograd 1978, tom Prvi str. 665:671

<sup>5</sup> V. Anić, *Rječnik hrvatskog jezika* Zagreb 1991. str. 237.

<sup>6</sup> M. Geč-Korošec-Š. Ivanjko-B. Zabel, *Pravna razmerja v prometu blaga in storitev*, Ljubljana 1979. str. 111-114 govore o "jamčenju za stvarne napake" i o "jamčevanju za pravne napake (varstvo pred evikcijo)", ali i o "garanciji za brežhibno delovanje prodane stvari."

<sup>7</sup> Za austrijsko, njemačko i švicarsko pravo vidjeti i kod E. Kramer, *Der Ersatz des Erfüllungsinteresses bei Sachmangelhaftung*, *RabelsZ* 36 Jahrgang 1972 Heft 4 ss. 653-674, a za američko pravo E. A. Farnsworth, *Uvod u pravni sistem SAD*, Beograd 1973.



već za tzv. tehničku robu, garantira za određeno vrijeme ispravno funkcioniranje konkretne stvari, a za uzvrat, ako se ta ispravna funkcija izgubi, ograniči ili nestane, kupac stječe pravo na popravak ili na isporuku stvari koja ispravno funkcionira. Kao daljnja posljedica neispravnog funkcioniranja javlja se i pravo kupca na sniženje cijene, na raskid ugovora i u svakome slučaju na naknadu štete zbog toga jer određeno vrijeme nije mogao koristiti kupljenu stvar.

## 2.2. Vrste garancija

U vrijeme nastajanja i uvođenja ove garancije (za ispravno funkcioniranje stvari) u našem pravu tj. prije stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima bilo je pravnih pisaca koji su nastojali opravdati podjelu ove garancije na proizvođačku i trgovačku i na dobrovoljnu (ugovornu) te na zakonsku garanciju<sup>8</sup>. Obrazloženje takvih podjela danas nema, barem kada je riječ o pozitivnome hrvatskom pravu, nikakva opravdanja jer garancija za ispravno funkcioniranje stvari kakvu poznaje Zakon o obveznim odnosima *ipso iure* je zakonska, ali i ugovorna istovremeno, jer do te garancije dolazi sklapanjem ugovora o prodaji onih stvari (tehničke robe, prije svega) gdje se isporukom robe i predajom garantnog lista pojavljuje i garancija da će računajući od isporuke te stvari kupcu ista funkcionirati ispravno tijekom određenog (zapravo garantnog) roka. (čl.50l st.1 ZOO)

Ovdje valja svakako priznati razlikovanje ove garancije (za ispravno funkcioniranje stvari) i garancije za tzv. garantiranu trajnost određenih proizvoda, lijekova i sl. Iako se u oba slučaja garancija vezuje za određeno vremensko razdoblje (garantni rok), kod garancije za ispravno funkcioniranje stvari u pitanju je tzv. dinamička trajnost svojstvena nepotrošnim stvarima i koje svoja svojstva zadržavaju cijelo to vrijeme, za razliku od garancije za garantiranu trajnost, kojom se garantira da će u vrijeme uporabe (uvjetno rečeno "funkcioniranja") ta roba (hrana, lijekovi i sl.), i u okviru određenog roka, imati sva ona bitna svojstva na koja neće imati utjecaja bilo izvanjski bili unutarnji procesi ili drugi uvjeti.<sup>9</sup>

## 2.3. Garantna isprava

Kupac dokazuje postojanje svog prava iz (i na) garancije za ispravno funkcioniranje stvari garantnim listom kao ispravom i u tom slučaju ima višestruko povoljniji položaj nego onaj kupac koji je bez garantnog lista.<sup>10</sup> Najprije treba otkloniti dvojbe o tome može li ili ne kupac koji nije u mogućnosti predložiti garantni list ostvariti svoja prava temeljem garancije za ispravno funkcioniranje stvari. Uz određeni broj pravnih pisaca koji su protiv postojanja zakonskih odredbi koji izričito navode u nekim zemljama (to se odnosi prije svega na sada više-manje bivše tzv. socijalističke zemlje) da se to pravo bez garantnog lista ne može niti ostvarivati, priklanjam se onima pravnim piscima (koji su kao i pravni sustavi takvog opredjeljenja u većini), koji

<sup>8</sup> J. Radišić, *Garancija za ispravno funkcionisanje stvari*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd 1978. tom Prvi str. 387-388.

<sup>9</sup> J. Radišić, *Ibid.* str. 386

<sup>10</sup> I. Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd 1981. str. 295

izričito priznaju kupcu pravo ostvariti njegova prava iz garancije za ispravno funkcioniranje stvari kada nije u prilici predočiti garantni list.<sup>11</sup>

Kada se znade da prodavatelj predaje kupcu garantni list u vrijeme sklapanja ugovora i ispostavljanja računa, unoseći u tom smislu potrebite podatke u garantni list, bit će, istina teže i sporije, ali ne i nemoguće, ustanoviti postojanje tog kupčeva prava prema davateljima garancije, kada nema tog garantnog lista.<sup>12</sup>

Kupac koji ima garantni list, ima prema sebi dva dužnika, prodavatelja i proizvođača stvari, time da prodavatelj odgovara kupcu i po osnovi odgovornosti za materijalne nedostatke stvari i po osnovi garancije za ispravno funkcioniranje stvari, dok proizvođač stvari, odnosno uvoznik garantira temeljem garantnog lista. Kupac ima pravo izbora osobe od koje će tražiti ispunjenje odgovarajuće činidbe kao i vrstu zaštite, bilo po osnovi odgovornosti za materijalne nedostatke bilo po osnovi garancije za ispravno funkcioniranje stvari.<sup>13</sup>

Garancija za ispravno funkcioniranje stvari sastavni je dio ugovora o prodaji, i da nije došlo do sklapanja ugovora o prodaji<sup>14</sup>, ne bi bilo mogućnosti za ostvarivanje zahtjeva iz osnove garancije. To posebno vrijedi za garantni list, tako da se rasprave o pravnoj prirodi garantnog lista bilo kao zasebnog ugovora ili pak jednostrano obvezujuće izjave doista čine suvišnim.<sup>15</sup> To je isprava koja je sastavni dio ugovora o prodaji, ona ga prati u onome konkretnom ugovoru gdje je predmet ugovora i stvar поближе opisana u garantnom listu. Da to nije samo izraz jednostrane volje, dokaz su, npr., odredbe par. 11 t. a i b njemačkog AGB-Gesetz-a gdje se pravno nevaljanim, bez mogućnosti rasprave označuju i odredbe o isključenju i/ili ograničenju zahtjeva iz osnova garancije za ispravno funkcioniranje stvari. Nešto slično predviđa, doduše u fazi radnog materijala, nacrt hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača. (čl. 29 t. 1a i t. 3a i b.)

#### 2.4. *Garantni rok*

Kupac ne može neograničeno vrijeme vezati davatelja garancije svojim pravom na ispravno funkcioniranje stvari, a niti bi to odgovaralo načelima pravne sigurnosti koja priznaje svaki pravni sustav ovoga vremena. To pravo (iz i na osnovi garancije) može se ostvarivati samo unutar roka koji uobičajeno se nazivlje garantni rok, unutar kojega se javlja i pravo zahtijevati i obveza ispuniti obećanje da će prodana stvar u tome roku ispravno funkcionirati.

Ovaj rok često određuje i zakonodavac, bilo da propisuje njegovo najkraće vrijeme trajanja<sup>16</sup>, bilo da na drugi način pruža zaštitu kupcu od nepravedno i neosnovano

<sup>11</sup> Tako izrijekom i čl. 43 st. 2 nacrta hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača. Za njem. pravo vidjeti K. Lahrenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II Besonderer Teil, II. Auflage, Verlag C. H. Beck Muenchen 1977. s. 68 i dalje.

<sup>12</sup> D. Ledić, Kontrola općih uvjeta poslovanja kod ugovora o prodaji, dokt. disertacija, Banjaluka 1983. str. 101.

<sup>13</sup> D. Ledić, Ibid. str. 101

<sup>14</sup> L. Spirović-Jovanović, Garantija za ispravno funkcionisanje stvari, Beograd 1975. str. 34, iako ima autora koji ovu garanciju vide bilo garantnom klauzulom (tako već citirani J. Radišić, gore fusnota br. 8).

<sup>15</sup> D. Mitrović, Ibid. str. 117.

<sup>16</sup> Zakon o trgovini (SL SFRJ 46/90) temeljem Zakona o preuzimanju saveznih zakona iz područja trgovine, tržišta i cijena ... (NN 53/91) primjenjuje se kao republički zakon. U poglavlju III (Zaštita potrošača) naznačava se što sve treba sadržavati garancija i druge isprave (čl. 12).

određenog garantnog roka sa strane davatelja garancije<sup>17</sup>. Stajalište da garantni rok čini bitni element ove garancije, može se brojnim razlozima pravdati. Ovdje je dovoljno samo reći to da bi i neuobičajeno kratki, a još više na takav isti način određeni dulji garantni rokovi često došli u sukob i s propisima stroge naravi koji u pojedinim zemljama reguliraju nelojalnu utakmicu.<sup>18</sup> Već spomenuti nacrt hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača (čl.41) predviđa da ministar nadležan za poslove trgovine, posebnim propisom, utvrđuje najkraći rok u kojemu je davatelj garancije u obvezi postupati po zahtjevu kupca (potrošača), otkloniti nedostatke na kupljenoj stvari, ili zamijeniti istu novom i ispravnom. Osim ovoga roka predviđa se i propisivanje vremena u kojemu će i po isteku garantnog roka postojati obveza na osiguranje održavanja, rezervnih dijelova i priključnih aparata.

Garantni rok ne mora in continuo isteći za pojedine kupljene stvari za koje je predviđena i ugovorena garancija za njeno ispravno funkcioniranje. Ovisno o tome kakvi će se nedostaci pojaviti na kupljenoj stvari tijekom garantnog roka, odnosno kakve će sve posljedice imati za njenu daljnju uporabu, može se raditi o njegovu mirovanju i ponovnom nastavljanju računanja (zakonski: produljenje roka ili pak o prekidu i računanju roka iznova).

Do prve situacije, tj. mirovanja, pa onda nastavljanja garantnog roka dolazi u slučajevima tzv. manjih popravaka, tako da garantni rok nastavlja teći i s produljenjem koje odgovara vremenu za koje je kupac bio onemogućen uporabe kupljene stvari. Tumačenjem in favorem kupca dotične zakonske odredbe (čl.5o3 st.1 ZOO), to nije samo onaj rok koji se računa od trenutka podnošenja zahtjeva za popravak ili zamjenu stvari do obavljenog popravka i/ili zamjene, to je, zapravo, cijelo vrijeme od kada je nastupila činjenica koja kupcu sprečava uporabu stvari pa sve do predaje-isporuke popravljene ili zamijenjene stvari.

Kada je, međutim, neispravnost u funkcioniranju stvari takve naravi da zahtijeva zamjenu stvari ili njenog bitnog dijela, garantni rok počinje teći od početka (u ZOO: ponovo) od zamjene, odnosno povrata popravljene stvari. Problemi u praksi mogu nastati zbog primjene stavka 3 članka 5o3 ZOO, gdje se kaže: "ako je zamijenjen ili bitno popravljen samo neki dio stvari, garantni rok počinje teći ponovo samo za taj dio." Naime, *questio facti* u svakome pojedinom slučaju, ali u svezi s ocjenom što je to bitni, a što opet nebitni dio, odnosno popravak, može dovesti do suprotstavljenih stajališta, nespornosti pa i sudskih sporova glede ocjene o bitnosti odnosno nebitnosti dijela kupljene stvari i veličine popravka s tim u svezi.

Ovdje valja istaknuti još nešto: u najvećem broju slučajeva kupcu je stalo da se čim prije kupljena stvar dovede u ispravno stanje i uspostavi njena uporaba sukladno takvom ispravnom funkcioniranju. Garant, ovlaštenu servis ili netko treći može, ali i ne mora, imati istovrsni interes. Rijetki su propisi u tom smislu,<sup>19</sup> pa bi prilikom

<sup>17</sup> J. Radišić, *Garancija za ispravno funkcioniranje stvari*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, str. 388.

<sup>18</sup> Primjere iz sudske prakse za njemačko pravo vidjeti u Nirk/Kurte, *Wettbewerbsstreitigkeiten*, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1980.

<sup>19</sup> J. Radišić, *Ibid.* str. 3290., smatra da je u nas uobičajeni rok u praksi ostao i poslije prestanka valjanosti Naredbe o određivanju posebnih uvjeta pod kojima se mogu stavljati u promet pojedini industrijski proizvodi (SL FNRJ 17/62). Zakon o trgovini ne govori o tome roku, dok nacrt hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača predviđa da će posebni propis ministra nadležnog za trgovinu odrediti i najkraće trajanje roka u kome se ima popraviti ili zamijeniti stvar kod koje je došlo do prestanka ispravno funkcioniranja.

zakonodavne ili druge regulative ovoga, i o vremenu u kome se ima obaviti popravak i/ili zamjena valjalo voditi računa.<sup>20</sup>

### 3. Odgovornost po osnovi garancije

Naziv ovog poglavlja ne znači da autor odustaje od uvodnog razlikovanja i priklanjanja nazivu garancija u korist tamo odbačenog naziva "odgovornost". Riječ je o tome da se ovdje želi ukazati kako tu garanciju imaju doživjeti i ostvariti subjekti na koje pada teret izdane garancije za ispravno funkcioniranje stvari, što čini sadržaj iste i kakve su im obveze iz tog sadržaja stipulirane.

#### 3.1. Subjekti odgovornosti

Tko stoji iza tvrdnje koju sadrži garantni list da će kupljena stvar ispravno funkcionirati u garantnom roku? Ima autora koji tu obvezu u našem pravu, i prije i poslije stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima, isključivo stavljaju na teret garanta.<sup>21</sup> Autor ovog rada, ali ne usamljen, izvodi zaključak na koji ga upućuje odredba čl. 501 st.1 ZOO da je to istovremeno solidarna obveza i prodavatelja i proizvođača,<sup>22</sup> jer "...kupac može, ako stvar ne funkcionira ispravno, zahtijevati kako od prodavatelja tako i od proizvođača da stvar popravi..."

Uostalom, takvo poimanje odgovornih subjekata za ispravno funkcioniranje stvari u potpunosti je sukladno i rješenjima u razvijenim zemljama gdje, primjerice, u okviru Europske unije odredbe Smjernica tadašnje EEZ iz 1976. godine, odnosno Smjernica od 25.07.1985 godine o garanciji (odgovornosti) za štetu od proizvoda s nedostatkom, pa posebno u njemačkom pravu odredbe Zakona o garanciji za proizvode s nedostatkom (*Gesetz über die Haftung für fehlerhaftende Produkte*), koji je stupio na snagu ol. ol. 1990. godine, izrijeком stoji garancija i prodavatelja i proizvođača stvari za njene nedostatke i ispravno funkcioniranje.

Ako jest, a jest, garancija za ispravno funkcioniranje kupljene stvari obvezatni dio ugovora o prodaji stvari koje se tek primjerice (ili po rodu, njem. in Gattung) navode u čl. 501 st. 1 ZOO, onda su prodavatelj takvih stvari, jednako kao i njihov proizvođač (odn.uvoznik), solidarno preuzeli na sebe tvrdnju kojom obećavaju kupcu dotične stvari upravo ona svojstva i ispravno funkcioniranje u garatnom roku. Smatra li bilo tko od tih subjekata da mu onaj drugi "smeta" u obavljanju uloge u kojoj se nalazi, to moraju riješiti oni sami između sebe. Bilo da će proizvođač biti i isključivi prodavatelj vlastitih proizvoda bilo da prodavatelj preuzme mjesto i ulogu proizvođača. Nema dvojbe da je to danas s obzirom na izuzetno brz, masovan i dinamičan razvitak znanosti, tehnike i tehnologije te neizbježno sudjelovanje brojnih čimbenika u smišljanju, oblikovanju i nastajanju pojedinih proizvoda (što je s ulogom kooperanata!) više apstraktna i teorijska nego praktična i stvarno moguća rješidba nastalog problema, što opet dovodi do polaznog opredjeljenja: prodavatelj i proizvođač (umjesto ovoga to će u slučaju uvoznih roba biti uvoznik) odnosno kooperanti stoje naspram kupca glede danog obećanja iz garancije za ispravno funkcioniranje stvari.

<sup>20</sup> To je važno i za pravo raskida ugovora od strane kupca.(v. dolje pod 3.3).

<sup>21</sup> J. Radišić, Enciklopedija str. 390.

<sup>22</sup> D. Ledić, Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji, Banjaluka 1987. str. 89, u istome smislu M. Geč-Korošec-Š. Ivanjko-B. Zabel, Ibid. str. 115.

### 3.2. Sadržaj odgovornosti

Garantni list, u pravilu, određuje da će svoja prava iz garancije kupac ostvariti zahtjevom za popravak i/ili zamjenu kupljene stvari kod koje u garantnom roku dođe do gubitka ispravnosti funkcioniranja. To, međutim, nikako ne čini cjelokupni sadržaj odgovornosti prodavatelja i proizvođača iz osnove garancije za ispravno funkcioniranje stvari. Njen sadržaj čine: obveza na popravak, obveza na zamjenu i obveza nadoknaditi troškove i štetu što ih je zbog gubitka (prestanaka) ispravnog funkcioniranja stvari pretrpio kupac.

#### 3.2.1. Obveza popravka stvari

Životno iskustvo uči, ali i logika stvari nalaže, da prije svega treba uznastojati već ranije isporučenu stvar osposobiti za njeno daljnje ispravno funkcioniranje. To je više-manje uhodani postupak obavijesti ili tzv. reklamacije koju šalje kupac prodavatelju, proizvođaču ili, pak, najčešće ovlaštenom servisu. Mjesto popravka je tvornica, ili, u pravilu, kupcu najbliži ovlašten servis. Ako se radi o popravku stvari prijevoz koje bi bio s obzirom na težinu, angažman prijevoznog sredstva pa i s tim u svezi nerazmjernim troškovima suviše skup i dugotrajan, onda će mjesto popravka biti tamo gdje se ta stvar nalazi, na licu mjesta, rekli bi ljudi iz prakse. Zakon predviđa nastupanje svih rokova koji terete davatelje garancije odnosno koji idu u korist kupca, od trenutka podnijetog zahtjeva za popravak (i/ili zamjenu) kupljene stvari, pa je s tim u svezi potrebno naglasiti i ovo:

1. Ukoliko bi kupac bez odgode reagirao i podnio isti zahtjev, da li bi mu određeno pravo i interes trebalo priznati od vremena kada je kupljena stvar prestala ispravno funkcionirati ili upravo onako kako Zakon o obveznim odnosima određuje, a to je od dana kada je kupac podnio zahtjev za popravak i/ili zamjenu stvari kod koje je prestalo njeno ispravno funkcioniranje, i

2. Iako za vrijeme popravka ne teče garantni rok i bez obzira da li će se on nastaviti od dana kada kupac bude ponovo u prilici nastaviti s uporabom kupljene stvari, valjalo bi odrediti barem primjeren, razuman rok u kome se ima obaviti popravak. Najčešće to bi trebao biti i interes one druge strane, a ne samo kupca. Praksa, međutim, znade govoriti i o drugačijem ponašanju.

Kada se kupcu isporuči popravljena stvar, rok se produljuje onoliko koliko je kupac bio uskraćen u svome pravu njene uporabe.

#### 3.2.2. Obveza zamjene stvari

Kod ove obveze dolazi u praksi, pa i u pravnoj literaturi, do često suprotnih stajališta. Tko će, prije svega, biti pozvan ocijeniti je li potrebno zamijeniti stvar ili samo neki njen dio, da li uz očito oštećeni, razbijeni ili na drugi način više neuporabiv dio, valja zamijeniti i, koje, još dijelove, te da li je s obzirom na brojnost, vrijednost i veličinu dijelova koje treba pojedinačno popraviti i/ili zamijeniti, najbolje onda zamijeniti cijelu kupljenu stvar kod koje je izostala njena daljnja ispravna uporabljivost.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> J. Radišić, *Ibid.* str. 390-391.

Ovome treba dodati i bezuspješni protek roka za popravak stvari, o čemu je bilo naprijed govora. Mora li kupac čekati "milost" da kupljena stvar bude popravljena, ili protekom određenog roka ima pravo zahtijevati isporuku nove stvari, što znači da na strani davatelja garancije za ispravno funkcioniranje stvari obveza na popravak stvari prelazi u novu kvalitetu (obvezu), na zamjenu, odnosno isporuku nove stvari.<sup>24</sup>

Nije sporno da u slučaju zamjene stvari ili njezinog bitnog dijela garantni rok počinje teći iznova od predaje stvari kupcu.<sup>25</sup> Problem će nastati onda kad se zamijeni samo neki dio stvari, a kupac i ona druga strana ne mogu se suglasiti oko toga je li to ili nije bitni dio stvari. Posljedice su posve različite: zamjena bitnog dijela dovodi do toga da za taj dio teče iznova garantni rok, ako to nije slučaj, od dana kada se stvar preda kupcu, garantni rok nastavlja teći uz njegovo produljenje za onoliko vremena koliko je kupac bio uskraćen u svome pravu njene uporabe.

### 3.2.3. Obveza naknade štete i troškova

Naprijed opisane dvije obveze davatelja garancije za ispravno funkcioniranje stvari u praksi se, unatoč dvojbama i razlikama u njihovoj primjeni, ostvaruju uz veće ili manje zadovoljstvo i jedne i druge ugovorne strane. Glede pak naknade štete i troškova, nastaju problemi pa i onda kada ih, *stricto iuris*, ne bi trebalo ni biti.

Prije svega kupac stvari kod koje je došlo do prestanka njenog ispravnog funkcioniranja, mora ostvariti i pravo na naknadu štete. Za ovog autora to je također dio solidarne obveze prodavatelja i proizvođača, odnosno uvoznika. Nema sumnje da je osnovu za to pravo odredio čl.5o2 st.2 ZOO. To uopće nije sporno u pravima razvijenih zemalja, jer se ista šteta javlja posljedicom neuporabe stvari od trenutka zahtjeva upućenog od strane kupca za popravak i/ili zamjenu do predaje popravljene ili zamijenjene stvari.<sup>26</sup> Kako osoba kupca može biti i krajnji korisnik-potrošač, ali i osoba (fizička ili pravna) kojoj određena stvar služi u gospodarske svrhe ostaje otvoreno pitanje opsega i vrste naknade štete (samo imovinske, naravno!), tj. da li se ima naknaditi samo stvarna šteta (*damnum emergens*) ili i izgubljena dobit (*lucrum cessans*).

Troškovi koji nastanu oko ili u svezi popravka odnosno zamjene stvari kod koje se ostvaruje pravo iz garancije za ispravno funkcioniranje stvari, treba snositi davatelj garancije, što znači bilo prodavatelj bilo proizvođač stvari, odnosno uvoznik. Odredba čl.5o5 ZOO u tom pogledu posve je jasna i nema potrebe njome se više baviti. Ista je odredba posve identična normama što ih sadrže postojeći pozitivni propisi razvijenih europskih i drugih zemalja. Misli se na troškove prijenosa (prijevoza) stvari do mjesta gdje će se stvar popraviti i/ili zamijeniti, odnosno gdje će se popravljena i/ili zamijenjena stvar predati kupcu. Jedino što treba istaći jest to da ovu normu nije opravdano usko tumačiti i priznati samo troškove prijenosa (prijevoza) stvari, već tu valja uračunati i troškove prijevoza kupca skopčane s gore opisanim radnjama.

<sup>24</sup> Znači li to da poslije isteka roka za popravak stvari kupac mora dati još jedan, naknadni rok u kome će ostvariti svoje pravo na zamjenu odnosno isporuku nove stvari.

<sup>25</sup> Takvo je računanje preciznije i u interesu kupca nego onako kako stoji u čl. 503 st. 2 ZOO: "... počinje teći ponovo od zamjene odnosno povrata popravljene stvari."

<sup>26</sup> Da li kupcu priznati pravo na naknadu štete od trenutka kada zbog neispravnosti nije mogao više računati na uporabu stvari, ili samo od trenutka kada je podnio zahtjev. (vidi D. Ledić, Kontrola općih uvjeta poslovanja kod ugovora o prodaji, str. 100-101.)

Cijelo vrijeme dok je stvar bila kod prodavatelja, proizvođača ili ovlaštenog servisa radi njenog popravka ili zamjene, rizik za propast ili oštećenje stvari leži na tim osobama. (čl. 5o5 st. 2 ZOO)

### 3.3. Raskid ugovora i sniženje cijene

Svojevremeno je prof. Barbić ukazujući na problem zaštite potrošača, a to znači i na problem garancije za ispravno funkcioniranje stvari<sup>27</sup>, te analizirajući stanje u usporednome pravu i u nas, došao do zaključka da naše pravo, a to se mislilo na Opće uzance za promet robe i Osnovni zakon o prometu robe, daje kupcu pravo na: a) zahtijevati zamjenu isporučene robe (s nedostatkom) za ispravnu, b) odustati od ugovora i c) tražiti otklanjanje nedostataka na robi. Nije, međutim, kupac imao pravo na smanjenje kupovne cijene, dok se to pravo u usporednom pravu često susreće.<sup>28</sup>

Zakon o obveznim odnosima na najbolji način, izričito i nedvosmisleno priznaje i ovo pravo kupcu-potrošaču, bilo da se radi o garanciji za ispravno funkcioniranje stvari (čl. 5o4 ZOO) bilo da je u pitanju odgovornost za materijalne nedostatke (čl. 488 ZOO), odnosno da je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke. (čl. 5lo ZOO).<sup>29</sup>

Istina je da Zakon o obveznim odnosima u čl. 5o4 priznaje kupcu pravo raskinuti ugovor ili sniziti cijenu i zahtijevati naknadu štete ukoliko "u razumnom roku" ne uslijedi popravak i/ili zamjena stvari. Govori se, međutim, samo o prodavatelju na kome je obveza obaviti popravak i/ili zamjenu stvari. Stojim na stajalištu da je (o čemu sam ovdje već više puta govorio) u pitanju solidarna obveza i prodavatelja i proizvođača stvari odnosno uvoznika cijelo vrijeme od sklapanja ugovora o prodaji i izdavanja garancije za ispravno funkcioniranje stvari do konca njenog (misli se na garanciju, op.D.L.) trajanja, a ne samo i isključivo na prodavatelja. I drugo, kupac to svoje pravo valja također "u razumnom" roku ostvariti, a ne bilo kad i u nevrjeme za onu drugu stranu. Mislim da ovo pravo kupca (raskinuti ugovor) valja dovesti u svezu s odredbom čl. 124-128 ZOO, a to znači da kupac, ako želi raskinuti ugovor, mora ostaviti primjeran (razuman) naknadni rok za ispunjenje, jer popravak i/ili zamjena stvari za slučaj garancije za ispravno funkcioniranje stvari nisu određeni rokovima koji predstavljaju bitan sastojak ugovora (čl. 125 ZOO). Ako se, međutim, iz ponašanja one druge strane (prodavatelja, proizvođača stvari odnosno uvoznika) dade zaključiti da ona svoju obvezu neće ispuniti u naknadnom roku, kupac može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog roka. (čl. 127 ZOO)

Pod istim uvjetima koji kupcu daju pravo raskinuti ugovor, kupac može ostvariti i pravo na sniženje cijene. Ne treba se zavaravati da su to situacije u kojima ne postoji dosta nejasnoga i spornog između kupca s jedne strane i davatelja garancije (uključujući tu i ovlašteni servis) s druge strane. Izlaz iz takve situacije rijetko će se naći bez angažiranja suda. Nažalost, za razliku od usporednog prava, teško je bilo pronaći objavljene sudske odluke o ovim i sličnim sporovima iz osnove garancije za ispravno funkcioniranje stvari, kako bi o istima bilo moguće raspravljati i cijeliti njihovu ispravnost i učinkovitost, već u ovome radu.

<sup>27</sup> J. Barbić, O zaštiti potrošača u građanskom i privrednom pravu, *Naša zakonitost* 4/1967 str. 346.

<sup>28</sup> J. Barbić, *Ibid.* str. 349-350.

<sup>29</sup> V. Kapor, *Garancija za ispravno funkcionisanje stvari*, Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, red. B. T. Blagojević-V. Krulj, Beograd 1980. str. 998-1103.

Na strani kupca je pravo izabrati ili raskid ugovora ili sniženje cijene. On se nakon izvršenog izbora koji je valjan i djelotvoran u odnosu na drugu stranu tog izbora, ne može odreći niti od njega odustati.<sup>30</sup>

#### 4. Odnos prema odgovornosti za materijalne nedostatke

Jedan pravni pisac dovodeći u odnos garanciju za ispravno funkcioniranje stvari i odgovornost za materijalne nedostatke isključivo zaključuje: "Kad izabere jedan put, drugi mu se automatski zatvara."<sup>31</sup> "Ne stoji ova tvrdnja, ne samo jer tako misli i autor ovoga rada, već zato, prije svega, što zahtjev iz garancije za ispravno funkcioniranje stvari i odgovornost za materijalne nedostatke predstavljaju dva konkurentna prava na strani kupca, što se dopunjuju i time položaj kupca čine sigurnijim i poboljšanim."<sup>32</sup>

Slično je stanje i u usporednome pravu. Tako se primjerice u USA izvanugovorna odgovornost proizvođača temelji na općoj deliktnoj normi, poglavito kada su u pitanju stvari s nedostatkom. Ranije se ova odgovornost mogla podvesti pod nemarnost (negligency) dok se sada ova odgovornost temelji na odgovornosti bez krivice (strict liability).<sup>33</sup>

Ugovorna odgovornost za štetu, pak, ostvaruje se po odredbama Uniform Commercial Code (UCC), gdje se za robu uobičajene kvalitete koristi naziv "merchantable". Iz jednog te istog ugovora mogu izvirati dvije vrste garancija: da roba ima uobičajena svojstva i da ima svojstva za posebnu namjenu, o čemu je prodavatelj znao u vrijeme sklapanja ugovora, a na njegovu stručnost u tom pogledu kupac se posebno oslonio.<sup>34</sup>

Njemačko pravo također operira s dvije vrste garancija-odgovornosti proizvođača roba: izvanugovorna odgovornost temelji se na par. 823 st. 1 BGB, prema kojemu stoji pravo oneine život, tijelo, zdravlje i sloboda kojega je ugroženo tuđom štetnom radnjom.<sup>35</sup>

Po mišljenju drugih autora<sup>36</sup>, proizvođač je samo u pravnom odnosu s korisnicima i potrošačima te se ne radi o deliktним, već i o drugim, a to će reći, ugovornim odnosima.

Na kraju, ali ništa manje znakovito, valja ukazati na kretanja u okviru EZ sada Europske unije. 1977. godine donesena je Konvencija o odgovornosti proizvođača koja se temelji na odgovornosti bez krivice, bez definiranja pojma nedostatka i uz prisustvo čitavog niza problema i primjedbi koju ovu Konvenciju čine u priličnoj mjeri nekorektnom.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> A. Goldštajn, Ibid. str. 454:461.

<sup>31</sup> J. Radišić, Garancija, u Enciklopediji str. 394.

<sup>32</sup> Lj. Milošević, Obligaciono pravo str. 214.

<sup>33</sup> J. Radišić, Garancija za trajan kvalitet i odgovornost za štetu od stvari s nedostatkom, Beograd 1972. str.

<sup>34</sup> W. Frhr. von Marschall, Bedenken zum Produkthaftungsgesetz, Produkthaftspflicht international Heft 5/91 s. 170. 172, isto još i ranije Palandt, Buergerliches Gesetzbuch 41. neubearbeitete Auflage, Muenchen 1982. s. 692-694.

<sup>35</sup> J. Sekolec, Odgovornost za štetu, dokt. disertacija Novi Sad 1978. str. 188

<sup>36</sup> Diederchsen, Die Haftung des Warenherstellers, citirano kod J. Radišića, Ibid. str. 94

<sup>37</sup> J. Vilus, Evropska unifikacija pravila o odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda, Novi Sad 1977. str. 91.



Kao što je već spomenuto, u okviru Europske zajednice utvrđene su Smjernice od 25. o7. 1985. godine o odgovornosti (garanciji) za proizvode s nedostatkom. Rok za usuglašavanje nacionalnih propisa zemalja: članica s odredbama iz ovih Smjernica bio je ol. o7. 1988. godine, međutim, i poslovično pedantna i uredna Njemačka ovaj je rok produljila za ravnih 17 mjeseci.<sup>38</sup>

Ono što je važnije reći kada se spominje ovaj zakon jest to da, i poslije njegovog stupanja snagu (ol. ol. 1990.), kupac-potrošač može jednako uspješno svoja prava ostvarivati kako po osnovi garancije za ispravno funkcioniranje stvari koju ova zakon izričito uređuje, tako i po općim odredbama par. 823 st. I BGB ili onima iz par. 459 i dalje BGB.<sup>39</sup>

## 5. Isključenje i/ili ograničenje odgovornosti

Iako se ne može svrstati u razloge isključenja i/ili ograničenja garancije za ispravno funkcioniranje stvari, mora se ovdje spomenuti, ako već o njemu nije bilo dovoljno govora kao o jednome od preduvjeta za ostvarivanje prava na istu garanciju, način uporabe kupljene stvari. Sve ove obveze, odgovornosti i tereti koji padaju na drugu ugovornu stranu (davatelje garancije), neće za kupca ništa značiti ukoliko je on stvar za koju ima garanciju za njeno ispravno funkcioniranje koristio na nepropisan, neuobičajen način, način suprotan uputstvima što ih je dobio ili mora dobiti prilikom isporuke iste stvari.

Takvo je ponašanje jednostavno rečeno *conditio sine qua non* garancije za ispravno funkcioniranje stvari. To znači da se na primjenu ove garancije neće moći uspješno pozivati kupac koji je sam ili služeći se trećim osobama uporabu stvari realizirao pod uvjetima, na način i u okolnostima koje su u suprotnosti s očekivanim, propisanim ili uobičajenim ponašanjima. Kada je teret dokazivanja u pitanju, mislim da on treba pasti na davatelja garancije, a ne na kupca za koga se ima pretpostavljati da je pravilno koristio stvar na kojoj želi ostvariti pravo na garanciju. U protivnome, on bi morao dokazivati nešto što njemu u krajnjem slučaju može i naškoditi.

Ugovorno isključenje i/ili ograničenje garancije može se postići samo u okviru onoga što zakonski propisi (ako i kada ih ima) takvo što izrijeком dopuštaju.

Tako, primjerice, Zakon o trgovini ne dopušta isključenje ili ograničenje odgovornosti prodavatelja prema kupcu, a što predviđa i nacrt hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača, kada u čl. 71 st. I određuje: "Odgovornost proizvođača na temelju ovog Zakona ne može se sporazumom (valjda: ugovorom) stranaka u odnosu na oštećenog (kupca, ili na neku treću osobu, op. D. L.) ograničiti ili isključiti." Isti zakonski nacrt izrijeком određuje da su ugovorna utanačenja suprotno citiranoj odredbi ništava, (čl. 71 st. 2)

I za ove, ali i za sve ostale slučajeve načelo ugovornog prava da radnje i propusti učinjeni namjerno ili iz grube nepažnje ne mogu osloboditi počinitelje njihove odgovornosti, vrijedi i ovdje, kada je u pitanju postojanje garancije za ispravno funkcioniranje stvari.

<sup>38</sup> W. Frhr. von Marschall, Ibid. s. 170. Bogatiji prikaz kretanja u okviru EZ (EU sada!) daje H. G. Landfermann, Die geänderte Richtlinienenvorschlag der EG1 Kommission zur Produkthaftung, RIW 26 Jahrgang Heft 3 Maerz 1980 s. 161-164, a u USA kod K. H. Jander, Erstellung und Produkthaftpflichtrecht in den USA, RIW 38. Jahrgang Februar 1992 Heft 2 ss. 105-112.

<sup>39</sup> W. Frhr. von Marschall, Ibid. ss. 171. 172.

## 6. Zaključak

Za razliku od odgovornosti za materijalne nedostatke gdje se bitnim, ključnim trenutkom za utvrđivanje postojanja iste, ima smatrati trenutak prijelaza rizika na kupca, bilo da se radi o vidljivim ili skrivenim nedostacima,<sup>40</sup> kod garancije za ispravno funkcioniranje stvari bitan je određeni vremenski tijek (garantni rok) u komu stvar ne funkcionira ispravno, da bi se pojavila odgovornost odnosno garancija prema kupcu.

Što znači ova garancija za kupca? Kod garancije za ispravno funkcioniranje stvari radi se o tomu da prodavatelj i proizvođač garantiraju kupcu izvjesna svojstva za određeno vremensko razdoblje (garantni rok), i ukoliko se unutar tog roka pojave nedostaci koji sprečavaju ispravno funkcioniranje stvari, u obvezi su stvar popraviti ili umjesto nje predati kupcu stvar koja ispravno funkcionira.<sup>41</sup>

Kupac može zahtijevati popravak ili zamjenu stvari tijekom garantnog roka zbog toga što stvar neispravno funkcionira (ili nikako ne funkcionira), bez obzira kada se nedostatak u funkcioniranju pojavio. Istovremeno on ima pravo i na naknadu štete koja se javlja kao posljedica neuporabe, odnosno nekorištenja stvari od trenutka podnjetog zahtjeva (da li i od trenutka kada je došlo do gubitka funkcioniranja i to ispravno!) do predaje popravljene ili zamijenjene stvari.<sup>42</sup>

Kako se ovdje pokušalo objasniti suštinu same garancije za ispravno funkcioniranje stvari, kao relativno novijeg pravnog instituta, u odnosu na odgovornost za materijalne nedostatke bez dvojbe ranijeg i provjerenijeg pravnog instituta, i njegovu ulogu u zaštiti interesa i prava kupca, mora se naglasiti i to: postojanje garancije za ispravno funkcioniranje stvari nikako ne sprečava kupca ostvariti i ona prava prema prodavatelju koja su predviđena zbog njegove odgovornosti za materijalne nedostatke. Nema dvojbe da ostvarenje prava po oba ova osnova ne smije dovesti do neopravdanog stjecanja ili neosnovanog bogaćenja kupca. Konkurentnost te dvije osnove (iz garancije i odgovornosti za materijalne nedostatke) znači samo to da je kupac onaj koji odlučuje koju će osnovu i u kojem obliku i visini iskoristiti za zaštitu svojih prava do čijeg ugrožavanja je došlo iz jednog te istog ugovornog odnosa, bilo iz osnove odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke, bilo iz osnove garancije za ispravno funkcioniranje stvari.<sup>43</sup>

Garancija za ispravno funkcioniranje stvari, prema tome, ne isključuje niti dokida ranije nastalu i sveobuhvatno u zakonodavstvu, sudskoj i poslovnoj praksi te pravnoj znanosti uređenu i priznatu odgovornost za materijalne nedostatke, ona je, kako je to u uvodu rečeno, reakcija prava na dostignuća suvremene znanosti, tehnike i tehnologije radi bolje i svrhovitije zaštite prava i interesa kupaca.

<sup>40</sup> A. Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb 1990. str. 365.

<sup>41</sup> Lj. Milošević, *Ibid.* str. 213, isto i S. Carić, *Garantija za svojstva i funkcionisanje stvari*, *Privredno-pravni priručnik 12/1966* str. 31

<sup>42</sup> D. Ledić, *Kontrola općih uvjeta poslovanja kod ugovora o prodaji*, str. 100. 101.

<sup>43</sup> M. Geč- Korošec - Š. Ivanjko - B. Zabel, *Ibid.* str. 115 to potvrđuju mišlju koju da i ne treba prevoditi na hrvatski: "Izbral (kupac, op. D. L.) bo tiste, ki mu najbolj ustrežajo."

*S u m m a r y***GUARANTEE FOR THE PROPER FUNCTIONING OF THE GOODS**

With the appearance of the mass production, protection of the consumer under the statutory implied terms rules in favour of the buyer was no longer successful. Therefore, the modern comparative law of sale has developed an additional mean of protection of the buyer - so called guarantee for the proper functioning of the goods.

The example was followed by our domestic legislation. In our Law of Obligation Act, there are some provisions dealing with guarantee for the proper functioning of the goods. However, for a various reasons the complete protection of the buyer on this ground is missing. Author suggests that this particular question has to be regarded within a broader concept of the consumer protection law, and points toward the legal practices in European community in general, as well as in its member states. Therefore, for the proper evaluation of the particular legal system regarding a position of the buyer in the contract of the sale, one has to consider also rules on the protection of the weaker party in general such as unfair competition regulations, not only statutory "contract-out" rules.

In order to achieve compatibility, our regulations have to be adjusted to the European's community standards when the protection of the buyer is concerned.

## **PRIJEŠKA POTREBA UVOĐENJA SUSTAVA BONITETNE KONTROLE BANAKA U REPUBLICI HRVATSKOJ**

Dr. sc. Antun Jurman, redovni profesor,  
Ekonomski fakultet Rijeka

UDK: 336.71.078.3:336.77(497.5)  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Prethodno priopćenje

*Gospodarstvu Hrvatske potreban je efikasan i zdrav bankovni sustav. Intervencijom države treba sanirati gubitke u aktivi banaka, nastale s jedne strane kao rezultat objektivnih teškoća izazvanih trogodišnjim ratom, a s druge strane kao posljedica dugogodišnjeg provođenja neadekvatne poslovne politike u bankarstvu. Narodna banka Hrvatske i revizorske tvrtke kao vanjske institucije, unutrašnja kontrola i odbor za aktivu i pasivu kao interni organizacijski dijelovi banke trebaju na temelju podataka iz poslovnih knjiga i drugih izvora provoditi trajni nadzor poslovanja banke. U tim kontrolama ne treba se ograničavati samo na ispitivanje usklađenosti poslovanja s važećim propisima, već poseban značaj valja dati ispitivanju doslovne primjene klasičnih načela bankovnog poslovanja. Efikasan sustav bonitetne kontrole banaka bitan je preduvjet izgradnje zdravog bankovnog i zdravog gospodarskog sustava Hrvatske.*

### **1. Uvod**

Da bi se proces društvene reprodukcije, koji obuhvaća proizvodnju, razmjenu, raspodjelu i potrošnju, mogao nesmetano odvijati potrebna je odgovarajuća količina novca. Zadatak je poslovnih banaka i Narodne banke Hrvatske kao središnje monetarne institucije da taj proces opskrbljuju upravo onom količinom novca koja je potrebna, ali da se pri tom vodi briga o stabilnosti unutrašnje i međunarodne vrijednosti domaće valute. U tom kontekstu posebice je važno da banke budu sigurne i stabilne institucije, te da njihovo poslovanje bude orijentirano podupiranju trajnog gospodarskog razvoja zemlje. Dugi niz godina vode se u nas rasprave da li su banke samostalni gospodarski subjekti prepušteni tržištu ili institucije koje trebaju biti pod nadzorom. Bankari su najčešće zastupali mišljenje da trebaju biti samostalni, da im se država ne miješa u posao, a država je nastojala imati kontrolu vjerujući da će dobrim nadzorom nad bankama, ali i svojim utjecajem putem bankovnog sustava riješiti probleme u gospodarstvu. Pritom su ponekad utvrđivane i nerazumne mjere. Jedna i druga krajnost nisu dobre.

Svrha ovog rada je ukazati na situaciju u bankama, ali i predložiti kadrovske, organizacijske, metodologijske i informacijske preduvjete potrebne za uvođenje učinkovitog sustava bonitetne kontrole u bankarstvu Republike Hrvatske.

## 2. Osvrt na sadašnje stanje

Banke su samostalne financijske organizacije osnovane kao dionička društva, koje obavljajući depozitne, kreditne i druge bankovne poslove na načelima likvidnosti, sigurnosti i rentabilnosti trebaju ostvarivati dobitak. Banke svoje poslovanje temelje na vlastitim sredstvima kao i na tuđim, prikupljenim i pribavljenim sredstvima od domaćih i stranih pravnih i fizičkih osoba. Tuđa sredstva imaju rok vraćanja i banke ih moraju staviti na raspolaganje vlasnicima prema dospjeću kako je to ugovoreno. Tako prikupljena i pribavljena sredstva, po odbitku rezervi likvidnosti, banke ulažu u kreditne i nekreditne plasmane. Iz toga proizlazi da su banke posrednici koji mobiliziraju slobodna novčana sredstva onih subjekata koji ih imaju, ali im nisu potrebna, i posuđuju onim subjektima koji sredstva trebaju, ali ih momentalno nemaju.

Da bi banke bile uspješne u svom poslovanju, trebaju se držati određenih načela<sup>1</sup>.

1. Načelo likvidnosti znači da banke prikupljena i pribavljena sredstva usmjeravaju onim dužnicima koji uredno vraćaju glavnici i plaćaju kamatu, kao i da pri tom budu usklađeni rokovi naplate plasmana i kamata s rokovima vraćanja sredstava njihovim vlasnicima. Pri tome banke trebaju biti solventne, što znači da su u svakom momentu sposobne podmiriti sve svoje dospjele obveze kako prema vjerovnicima, tako i prema korisnicima kredita.

2. Načelo sigurnosti znači da su sredstva usmjerena solventnim dužnicima i da banke posjeduju sigurne instrumente naplate svojih potraživanja.

3. Načelo rentabilnosti znači da u svakom poslu naknada na uložena sredstva koja čini prihod (kamata, tečajna razlika, provizija itd.), treba biti veća od troškova na prikupljena i pribavljena sredstva, kako bi banke ostvarivale pozitivnu razliku - zaradu iz koje se podmiruju materijalni troškovi, amortizacija, plaće zaposlenih, porezi, dividenda, formiraju rezerve itd.

4. Načelo poslovnosti znači da banke prilikom donošenja odluka postupaju razborito. U bankama ne bi trebalo donositi odluke brzopleto, olako i pod bilo kakvim pritiskom, već temeljem stručne analize boniteta i kreditne sposobnosti tražioca kredita, vodeći pritom računa o kretanjima na domaćem i međunarodnom tržištu kao i poslovanju komitenta u sklopu tih kretanja. Pri tome banke trebaju predviđati buduće tijekove kako njihova uložena sredstva ne bi postala "zaleđena" kod komitenta u obliku nenaplativih kredita, vrijednosnih papira, vlasničkih uloga itd.

5. Načelo urednog poslovanja znači da banke posluju stručno, racionalno i ekonomično, da se pridržavaju ugovora i poslovnih običaja, da poslove obavljaju točno i ekspeditivno, da poštuju moralna načela i društvene interese, da čuvaju svoj ugled i ugled zemlje, da se pridržavaju propisa, a posebice mjera monetarno-kreditne politike.

6. Načelo efikasnosti ulaganja znači da banke, bez obzira na pojedinačne interese, sredstva ulažu u efikasne i profitabilne projekte i poslove, kako bi na taj način financijski podupirale one subjekte čije poslovanje znači razvoj i unapređenje ukupnog gospodarstva. Na taj način banke obavljaju i društvenu funkciju selekcioniranja profitabilnih razvojnih projekata od onih ulaganja koja bi se pretvorila u gubitke.

Pridržavanje navedenih načela potrebno je kako se niti u jednom momentu ne bi dovelo u pitanje povjerenje vlasnika sredstava uložениh u banke. S pravom se može reći

<sup>1</sup> Usporediti: Dale, R, *International Banking Deregulation The Great Banking Experiment*, Oxford, 1992.

da na svijetu nema banke koja se bavi primanjem depozita i koja bi u situaciji nepovjerenja mogla isti trenutak naplatiti kreditne i nekreditne plasmane kako bi isplatila svoje deponente. Uzevši u obzir da čak intervencija države, centralne banke i agencije za osiguranje štednih uloga ne bi bile dostatne za sprečavanje širenja nepovjerenja štediša na cjelokupan bankovni sustav, potrebno je u svim zemljama, pa tako i u nas, preventivno djelovati kako do nepovjerenja i pauke nikada ne bi došlo.

Ocjenjujući situaciju u hrvatskom bankarstvu, mora se reći da se prilikom provođenja poslovne politike u bankama ne respektiraju dovoljno temeljna bankovna načela i da su poteškoće u bankama jednim dijelom izazvane općom političkom i gospodarskom situacijom, ali su drugim dijelom i posljedica često pogrešno vođene poslovne politike u pojedinim bankama.

1. Tijekom protekle tri ratne godine društveni proizvod u Hrvatskoj prepolovljen je u odnosu na 1990. godinu, zaposlenost je smanjena za jednu četvrtinu, industrijska proizvodnja je u opadanju, investicijska aktivnost gotovo je zamrla, a standard stanovništva drastično je smanjen, što ilustriraju podaci da je prosječna plaća zaposlenih u prvih osam mjeseci 1993. godine 37,2% u odnosu prema 1990. godini, a primanja stanovništva imaju pad na samo 29,2% predratne razine.<sup>2</sup> Takva su kretanja u bankama Hrvatske uzrokovala niz negativnih posljedica: smanjen je obim poslovanja, gospodarski subjekti ne podmiruju dospjele obveze prema bankama, depoziti domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba ne povećavaju se kako je to očekivano, banke izvršavaju fiksne i garantne obveze prema inozemstvu umjesto komitenata, a nelikvidnost i gubici u bankama sve su veći.

2. Dugi niz godina banke su bile "asocijacije udruženog rada", pod snažnim utjecajem dužnika, koje su politikom nereálnih kamatnih stopa prelijevale imovinu od vlasnika sredstava korisnicima kredita. Na taj su način banke podupirale neracionalna ulaganja sredstava u projekte i poslove, što je najčešće završavalo otpisivanjem datih kredita.

3. Politika revalorizacije i formiranje obračunskih prihoda na plasmane i stvarnih rashoda na obveze stvorila je u bankama ogromne knjigovodstvene obračunske prihode nepokrivene zdravim novcem, a koje su banke nepromišljeno koristile za otpis kredita i doznake sredstava iz raspodijeljenog zajedničkog dohotka na žiro-račune komitenata. Posljedica takve politike jesu stvarni gubici i nelikvidnost banaka.

4. Podmirivanje dospjelih i nedospjelih obveza prema bankama obveznicama za restrukturiranje gospodarstva Republike Hrvatske<sup>3</sup> tijekom 1991. i 1992. godine značilo je za banke formiranje izravnavajućih potraživanja umjesto iskazivanja gubitka po kreditima datim lošim dužnicima. Međutim, neke su banke u Hrvatskoj uzimale takve obveznice i njima izvršile prijeboj kvalitetnih plasmana (trgovina, turizam i sl.). Na taj su način potkapale svoju buduću likvidnost i profitabilnost, a posljedice osjećaju i danas.

<sup>2</sup> Usporedi: Crkvenac, M., *Hrvatsko gospodarstvo 1990.-1993.*, Računovodstvo i financije, broj 2, Zagreb, 1994.

<sup>3</sup> Na temelju Zakona o izdavanju obveznica za restrukturiranje gospodarstva u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, broj 27/1991. i 5/1992.) Republika Hrvatska izdala je obveznice i dala ih određenim poduzećima koja su njima podmirila obveze prema bankama. Obveznice se amortiziraju u 20 godina, nose 5% kamata godišnje i to je jedini priljev sredstava. Glavnica se ne vraća niti jednokratno, niti serijski, već se knjigovodstveno otpisuje.

5. U procesu pretvorbe društvenog vlasništva banke transformiraju svoja kreditna potraživanja u vlasničke uloge, odnosno preuzimaju na sebe njihova kreditna zaduženja u inozemstvu, a prema poduzećima formiraju vlasničke uloge. Banke koje imaju zadovoljavajuću likvidnost, na taj način vežu uz sebe poslovanje poduzeća, ali banke koje imaju poteškoće u uvjetima nefunkcioniranja tržišta vrijednosnih papira, još više zaleđuju svoju aktivu i upadaju u još veću nelikvidnost.

6. Tijekom 1993. godine tečaj njemačke marke prema dinaru povećan je za približno 7,7 puta, dok je rast cijena industrijskih proizvoda kao jedan od pokazatelja inflacije i parametar na temelju kojeg se utvrđivala kamatna stopa u bankama, bio oko 10,8 puta. Taj nesklad u kretanju prouzročio je bankama koje su davale kredite uz valutnu klauzulu i, primjerice, kamatu od 10% godišnje, gubitak u prihodima i izostanak likvidnih sredstava u visini od 50 do 60% godišnje u odnosu na kredite odobrene bez valutne klauzule uz uobičajene tržišne kamatne stope koje su banke utvrdile.

Ovih nekoliko primjera ukazuje da položaj banaka na tržištu može biti ponekad uvjetovan objektivnom gospodarskom situacijom na koju pojedina banka može malo djelovati, a ponekad su problemi i poteškoće izazvani i odlukama samih banaka. Znajući da je pretežiti dio bankovnog sustava Hrvatske u društvenom, odnosno državnom vlasništvu, da je sustav odgovornosti još uvijek neizgrađen i da se ne može očekivati da će se u dovoljnoj mjeri izgraditi sve dok se ne provede privatizacija, postavljaju se pitanja: (1) da li se može spriječiti donošenje pogrešnih odluka, (2) može li se poslovanje banaka popraviti, te (3) tko, kada, na koji način i što bi trebalo kontrolirati u poslovanju banaka kako bi se preveniralo moguće negativne situacije u kojima se banke ponekad nadu.

### 3. Preduvjeti za provođenje bonitetne kontrole banaka

Da bi se uspostavio sustav i trajno provodila efikasna bonitetna kontrola banaka, potrebno je utvrditi što će biti predmet kontrole, na temelju kojih podataka i na koji način će se ta kontrola obavljati, kao i tko će sve učestvovati u nadzoru nad poslovanjem banaka.

#### 3.1. Metodološki i informacijski preduvjeti

Zakonom o Narodnoj banci Hrvatske<sup>4</sup> kao i Zakonom o bankama i štedionicama<sup>5</sup> predviđeno je da Narodna banka Hrvatske daje odobrenje za osnivanje banke i prema njenoj ocjeni može oduzeti dozvolu za obavljanje dijela ili svih poslova banke. Prilikom davanja odobrenja za rad banke Narodna banka Hrvatske posebnu pažnju poklanja ocjeni da li su osnivači osigurali propisani minimalni iznos kapitala (protuvrijednost od 5 milijuna DEM), da li banka ima potrebite organizacijske, tehničke i kadrovske preduvjete za rad kao i da li će, obavljajući planirane poslove, uspješno poslovati barem dvije godine unaprijed. Pritom se posebna pažnja poklanja ocjeni budućih rukovoditelja banke. Narodna banka Hrvatske dužna je spriječiti osnivanje banke čije bi poslovanje moglo dovesti u pitanje očuvanje vrijednosti osnivačkih uloga, sredstava budućih deponenata, ugled bankarstva u Hrvatskoj i, u krajnjem slučaju, ugled zemlje. Banka

<sup>4</sup> Narodne novine, broj 74/1992.

<sup>5</sup> Narodne novine, broj 94/1993.

mora radi osiguranja obveza prema svojim vjerovnicima raspolagati s odgovarajućim kapitalom, a poslovanje banaka uobičajeno u svijetu, pa i u nas, regulira se parametrima koji se izračunavaju u zavisnosti od veličina kapitala. Odredbama članka 19 i 20 Zakona o bankama i štedionicama kao i pratećim propisima<sup>6</sup> utvrđeno je:

– da se jamstveni kapital banke sastoji iz temeljnog i dopunskog, koji ne prelazi iznos od 50% temeljnog kapitala;

– da se temeljni kapital sastoji iz ukupnog iznosa kojeg je banka ostvarila emisijom dionica, kapitalne dobiti ako je dionice prodavala po cijeni većoj od nominalne, rezervi banke, kao i neraspoređene dobiti;

– da se temeljni kapital umanjuje za vrijednost otkupljenih vlastitih dionica i za iznos eventualnog gubitka tijekom godine;

– da se dopunski kapital sastoji iz posebne rezerve za neidentificirane (opće) rizike, kao i od primljenih dugoročnih sredstava namijenjenih za pokriće eventualnih gubitaka i sredstava prikupljenih emisijom vrijednosnih papira s rokom dospijanja od najmanje 5 godine, s tima da se u razdoblju dvije godine prije dospijanja ne priznaju u dopunski kapital, te

– da se od utvrđenog jamstvenog kapitala oduzimaju ulaganja u vlasničke uloge u bankama i štedionicama.

Banke u Hrvatskoj dužne su usklađivati svoje poslovanje prema visini jamstvenog kapitala, održavati likvidnost i propisanu ročnost, kao i maksimalno smanjivati otvorenost u odnosu na moguće rizike promjena valutnog tečaja, kamatnih stopa i sl.

1. Banka mora imati visinu jamstvenog kapitala najmanje 8% od ukupnog iznosa aktive i aktivnih izvanbilančnih stavaka raspoređenih i ponderiranih po stupnjevima rizika. U izračunavanju rizične aktive svaka pozicija ima svoj ponder. Tako, primjerice, potraživanja od Narodne banke Hrvatske i plasmani Republici Hrvatskoj ili garancije pokrivene depozitom imaju ponder 0%, avansi mjenjačima 20%, krediti dati javnim poduzećima imaju ponder 75% itd.<sup>7</sup> Ovo je opći pokazatelj adekvatnosti kapitala uobičajen u mnogim zemljama svijeta.<sup>8</sup>

2. Najveći je kredit jednom zajmoprimcu kredit, odnosno drugo pojedinačno potraživanje koje iznosi 30% jamstvenog kapitala, dok je velik kredit potraživanje prema jednom zajmoprimcu koje prelazi 20% jamstvenog kapitala. Banka ne bi smjela biti angažirana putem kredita ili na drugi način kod jednog dužnika više od iznosa koji je jednak 30% jamstvenog kapitala.

3. Ukupni iznos svih velikih i najvećih mogućih kredita ne bi smjeli prelaziti dvostruki iznos jamstvenog kapitala. Ovi parametri prisiljavaju banke na disperziju njihovih ulaganja u mnoštvo manjih kredita većem broju komitenata. Potrebe većih komitenata treba pratiti konzorcijski, dakle, putem više banaka a sve s ciljem disperzije mogućih rizika.<sup>9</sup>

<sup>6</sup>Odluka o utvrđivanju pojedinih oblika kapitala banaka i štedionica, Narodne novine, broj 107/1993.

<sup>7</sup>Prema Odluci o uvjetima primjene odredbi članka 18 Zakona o bankama i štedionicama, Narodne novine, broj 107/1993

<sup>8</sup>Usporedi: Dale, R., *International Banking Deregulation The Great Banking Experiment*, Oxford, 1992.

<sup>9</sup>Bez obzira što su te odredbe u nekom od oblika na snazi već od 1989. godine, banke nikada nisu bile spremne poštivati ih tako da su poteškoće velikih komitenata dovele neke banke u Hrvatskoj u stanje nelikvidnosti.



4. Budući da su banke institucije i kojima novčana sredstva trebaju neprestano cirkulirati, ulaganja u zemljišta, zgrade, opremu i uređenje poslovnog prostora ne smiju premašiti iznos od 30% jamstvenog kapitala.

5. Isto tako ulaganja u zgrade, opremu, ali i vlasničke uloge u bankama i drugim trgovačkim društvima ne smiju prelaziti 70% jamstvenog kapitala. Ako bi neka banka premašila navedene iznose, ona je dužna u roku od godinu dana riješiti se takvih ulaganja.<sup>10</sup>

6. Radi pokrića rizika iz poslovanja banke formiraju rezerve. Sredstva rezervi, može ih se nazvati "rezerve I", služe za otpis nenaplativih potraživanja, za pokriće gubitaka iz poslovanja i drugih rizika.<sup>11</sup> Takve "rezerve I" banke su već ranije formirale, a iz konteksta Zakona o bankama i štedionicama i Zakona o računovodstvu<sup>12</sup> moglo bi se razumjeti da se one formiraju raspodjelom dobitka. Budući da su "rezerve I" sastavni dio temeljnog kapitala, bankama se može preporučiti da ih jačaju i dalje, bez obzira što to niti jednim zakonom nije propisano kao posebna obveza.

7. Banke su dužne procjenjivati naplativost datih kredita, drugih potraživanja kao i vjerojatnost da će izvršiti plaćanja po izdatim garancijama, jamstvima, avalima i sl. umjesto pojedinih komitenata. U ovisnosti o stupnju naplativosti banke raspoređuju svoja potraživanja u rizične skupine A,B,C,D i E<sup>13</sup> i izračunavaju potencijalne gubitke u postotku (0% za A, 25% za B, 50% za C, 75% za D i 100% za E) od visine potraživanja izuzev potraživanja po osnovi kamata i naknada raspoređenih u C,D i E, gdje su potencijalni gubici 100%.

Na taj se način izračunavaju potencijalni gubici za identificirane ili pojedinačne rizike,<sup>14</sup> a banke su dužne na teret svojih rashoda formirati posebne rezerve, može ih se nazvati "rezerve II". Takve posebne rezerve ne ulaze u temeljni kapital banaka i one su specifičnost hrvatskog bankarstva.<sup>15</sup> Na temelju toga prozlaži, da za onaj iznos koliko su formirane takve posebne rezerve, ne bi trebalo umanjivati aktivu banke.

8. Banke su dužne formirati i posebne rezerve u visini 0,5%<sup>16</sup> od iznosa ukupne rizične aktive i aktivnih izvanbilančnih stavki. To su rezerve za neidentificirane gubitke ili opći rizik, može ih se nazvati "rezerve III", koje se formiraju na teret rashoda tekuće

<sup>10</sup> Banci koja ne poštuje odredbe Zakona o velikim kreditima, najvećem mogućem kreditu jednom zajimoprincu kao i ograničenja u ulaganju u vlasničke uloge, zgrade, opremu i sl. Narodna banka Hrvatske može ograničiti, odnosno zabraniti isplatu dividende i odobravanje kredita za vrijeme dok ne udovolji traženim uvjetima.

<sup>11</sup> Bankama ne bi trebalo ograničavati korištenje sredstava "rezervi I". Nema razloga da ih one ne koriste, primjerice, za privremeni otkup do ponovne prodaje vlastitih dionica, kako se ne bi smanjivao dionički kapital banaka i za druge namjene.

<sup>12</sup> Narodne novine, broj 90/1992.

<sup>13</sup> Prema Odluci o načinu raspoređivanja rizične aktive i odgovarajućih izvanbilančnih stavki banaka i štedionica (Narodne novine, broj 107/1993.)

<sup>14</sup> Ovakvi postupci uobičajeni su u bankama u gospodarski razvijenim zemljama.

<sup>15</sup> U međunarodnoj bankovnoj praksi postupa se na nešto drugačiji način: (1) potraživanja banke rasporede se u rizične skupine od A do E; (2) ispravi se vrijednost potraživanja za odgovarajući postotak rizika na teret rashoda tekuće godine; (3) ako bi prihodi tekuće godine bili nedostadni, iskazuje se gubitak koji se pokriva sredstvima rezervi, a ako ona nisu dovoljna, dioničkim kapitalom. Dakle, aktiva banaka umanjuje se za visinu potencijalnih gubitaka.

<sup>16</sup> U međunarodnoj bankovnoj praksi rezerve za opći rizik formiraju se u visini 1, 2, pa sve do 5% od iznosa rizične aktive ovisno o procjeni situacije u svakoj banci pojedinačno. (Usporedi: Graham Bannock and William Manser, *Dictionary of Finance*, Penguin Books, London, 1990.)

godine. Ove rezerve smatraju se dijelom dopunskog kapitala, odnosno čine jamstveni kapital banaka.

9. Banke su dužne usklađivati strukturu plasmana sa strukturom izvora sredstava po ročnosti<sup>17</sup> i to tako da su dužne od ukupnih kratkoročnih izvora sredstava najmanje 85% koristiti za kratkoročne plasmane s rokom vraćanja do jedne godine. Mađutim, taj parametar ne treba shvatiti kao formalno udovoljavanje propisu, već kao pravilo da se sredstva ulažu na rokove koji su kraći od rokova pribavljenih i prikupljenih sredstava. Samo iskustvo i realna procjena, vodeći računa o oscilacijama visine izvora, mogu biti pokazatelj koliko sredstava po viđenju banka može uložiti na duži rok, a da pri tom ne ugrozi svoju likvidnost.

10. U redovnom poslovanju radi promjene intervalutarnih odnosa, a pogotovo u inflatornim odnosima, banke su dužne dnevno usklađivati devizna potraživanja prema deviznim obvezama<sup>18</sup> kako bi valutni rizik svele na minimum, a to znači, otklonile moguće gubitke u prihodima i izostanak budućih likvidnih sredstava. Odlukom o sprečavanju izloženosti devizne pozicije banaka valutnom riziku<sup>19</sup> utvrđeno je da devizne obveze ne smiju biti veće od deviznih potraživanja u iznosu koji prelazi 30% jamstvenog kapitala.<sup>20</sup>

11. Da bi banke uredno održavale likvidnost u plaćanjima s inozemstvom moraju na računima u inozemstvu ili u likvidnim deviznim plasmanima podržavati iznos u visini najmanje 70% deviznih obveza.<sup>21</sup> Na taj način ne samo da se izbjegavaju problemi potencijalne devizne nelikvidnosti, već se smanjuje i mogući rizik promjena valutnih tečajeva.

12. Svaka banka pojedinačno prema svojim iskustvima treba procijeniti koliki iznos sredstava treba držati na žiro-računu i u blagajnama kako bi se njeno poslovanje i poslovanje njenih komitenata uredno odvijalo. Narodna banka Hrvatske utvrdila je ovu obvezu u visini najmanje 3,5% od dinarskih kratkoročnih izvora s tim da dozvoljava da se dio sredstava drži i u obliku blagajničkih zapisa<sup>22</sup> koji se brzo mogu pretvoriti u novac, odnosno koji mogu biti osnov za povlačenje kredita za likvidnost od Narodne banke Hrvatske.

Održavanjem minimalne dinarske i devizne likvidnosti ne treba shvatiti samo kao formalnu mjeru Narodne banke Hrvatske, već kao preduvjet redovitog funkcioniranja banke.

13. Posebnim propisom nije utvrđeno, ali se može preporučiti bankama sagledavanje dinamičke ročne otvorenosti dinarskih, deviznih i ukupnih pozicija u aktivni i pasivi bilance. To znači da bi banke trebale grupirati prema dospijećima pozicije u aktivni i pasivi, primjerice dospijeća do 7 dana, od 7 do 30 dana, od 1 do 3

<sup>17</sup> Prema Odluci o usklađivanju strukture plasmana sa strukturom izvora sredstava banaka po ročnosti, Narodne novine, broj 51/1991.

<sup>18</sup> U devizna potraživanja i devizne obveze uključene su i dinarske pozicije ukoliko se na njih primjenjuje valutna klauzula utvrđena ugovorom.

<sup>19</sup> Narodne novine, broj 26/1994.

<sup>20</sup> Upravo zato što su banke u bivšoj Jugoslaviji zanemarivale usklađivanje deviznih potraživanja s deviznim obvezama, a dinarska sredstva plasirale uz realno negativne kamatne stope, stvorile su ogromne gubitke u svojoj aktivni i postale nelikvidne. To se više ne bi smjelo ponoviti.

<sup>21</sup> Prema Odluci o obvezi banaka da drže određeni iznos u devizama ili likvidnim deviznim plasmanima, Narodne novine, broj 26/1994.

<sup>22</sup> Odluka o održavanju minimalne likvidnosti banaka, Narodne novine, broj 61/1991. i kasnije izmjene i dopune.

mjeseca, od 3 do 6 mjeseci, od 6 mjeseci do 1 godine i preko 1 godine, kako bi utvrdile da li su dospjeća potraživanja u pojedinim razdobljima veća od dospjeća obveza, kao i koje će mjere poduzeti da eventualne neusklađenosti otklone, a da ne bi u nekom momentu nastupila nelikvidnost.

14. Isto tako propisom nije određeno, ali se može preporučiti bankama, sagledavanje otvorenosti dinarskih i deviznih pozicija u aktivi i pasivi sa stajališta mogućih promjena kamatnih stopa. Grupiranje bilančnih pozicija prema kamatnim stopama i usporedba tih pozicija daje odgovor na pitanje da li je poslovanje banke elastično na eventualno poskupljenje izvora sredstava i može li se, uolikoj mjeri i u kojem roku takvo poskupljenje prevaliti na korisnike kredita ili će banka imati gubitak u poslovanju.

15. U ocjeni mogućih posljedica negativnih promjena banke trebaju utvrditi kakva je njihova osjetljivost na pad tržišne vrijednosti vrijednosnih papira koje drže u portfelju, kao i pogoršanja stupnja naplativosti raznih oblika njihovih potraživanja. Imaju li banke u takvim slučajevima dovoljan portfelj kratkoročnih potraživanja koja će koristiti za održavanje likvidnosti i dovoljne rezerve u prihodima ili u jamstvenom kapitalu za pokriće takvih gubitaka?

16. Radi usporedbe poslovanje jedne banke s drugim preporuča se izračunavanje raznih pokazatelja kao primjerice:<sup>23</sup>

a) koeficijenti adekvatnosti kapitala (odnos kapitala prema ukupnoj aktivi, prema ukupnim izvorima, prema tuđim izvorima, prema kreditima i drugim plasmanima, prema stanju garantnih obveza itd.);

b) koeficijenti kvalitete aktive (ispravci vrijednosti kredita prema prosječnom stanju kredita, rezerve za identificirane gubitke prema ukupnom stanju kredita, krediti po kojima se ne plaćaju kamate prema ukupnom stanju kredita);

c) koeficijenti likvidnosti (odnos kratkoročnih kredita prema kratkoročnim depozitima, odnos likvidnih dinarskih i deviznih sredstava prema kratkoročnim obvezama u dinarima i u devizama, odnos likvidne aktive prema ukupnoj aktivi itd.);

d) koeficijenti profitabilnosti (odnos neto i bruto dobitka prema dioničkom kapitalu, odnos neto i bruto dobitka prema ukupnoj aktivi, odnos razlike prihoda i rashoda prema ukupnoj aktivi i aktivi koja donosi kamatu, odnos materijalnih troškova, amortizacije i plaća zaposlenih prema ukupnim prihodima i prema ukupnoj aktivi itd.).

Navedeni ali i drugi pokazatelji mogu ukazivati na bolju ili lošiju poziciju neke banke u odnosu na druge i biti upozorenje u kom pravcu treba poduzimati odgovarajuće mjere bilo radi pospješivanja situacije, bilo radi sprečavanja ili uklanjanja nastalih problema. Poslovne knjige banaka i izvještaji koji se izrađuju na temelju podataka sadržanih u njima, čine informacijsku osnovu za izračunavanje raznovrsnih parametara i sagledavanje da li se banke pridržavaju zakona i odluka Narodne banke Hrvatske. Pretpostavka brzine i točnosti je informatička podrška vođenja svih bankovnih evidencija na analitičkoj i sintetičkoj razini. Izradba izvješća i izračunavanje pokazatelja obavlja se dnevno, dekadno, mjesečno, kvartalno, godišnje i povremeno prema potrebi.

Kvalitet poslovanja banaka u Hrvatskoj može se ocijenjavati temeljem navedenih pokazatelja, koji uglavnom imaju zbirno obilježje, veći dio ih je temeljen na podacima

<sup>23</sup> Usporedi: Bank Supervision: Suggested Guidelines Formal Enforcement Powers; Asset Classification, Provisioning and Capital Adequacy

iz prošlosti i sadašnjosti, a manji dio sadrži procjenu budućeg poslovanja. Međutim, bonitet poslovanja banaka potrebno je vrednovati i ocjenom poslovne politike temeljenom na usporedbi s klasičnim načelima bankovnog poslovanja i neovisno od važećih zakona i odluka Narodne banke Hrvatske. Pozitivni efekti, kao i eventualne pogreške poslovne politike u pravilu imaju dugoročne, ali značajne posljedice na poslovanje banaka, komitente i dioničare banaka. U kontekstu takvih ocjena poslovne politike može se postaviti niz pitanja, kao primjerice:

1. Da li je za banke bolje financijski pratiti posao i sa završetkom posla naplatiti kredit i kamatu ili pratiti sveukupne potrebe komitenta?

2. Da li je za banke bolje financijski pratiti prijenos vlasništva od jedne osobe na drugu i odlijevati sredstva iz depozitnog sustava ili ulagati sredstva u praćenje tekućeg poslovanja njihovih komitenta, izgradnju stanova, otvaranje novih radnih mjesta, razvoj itd.?

3. Je li za neku banku bolje odobravati kredite komitentima koji svoje cjelokupno poslovanje obavljaju putem nje i mikromultiplikacijom depozita i kredita jačati svoj financijski potencijal ili komitentima koji sredstva drže kod drugih banaka, devizni priljev usmjeravaju na druge banke itd.

4. Da li je za banke bolje njihov bonitet i kreditnu sposobnost kod inobanaka koristiti za uzimanje kredita i sredstva ulagati u podupiranje pretvorbe vlasništva ili za nabavu opreme, repromaterijala, a što znači pospješivanje proizvodnje i stvaranje novih vrijednosti?

5. Je li za banke bolje odobravati devizne kredite u zemlji na kratke rokove za plaćanja prema inozemstvu za uvoz repromaterijala i tako ubrzavati obrt sredstava ili kreditirati uvoz opreme na višegodišnje rokove?

6. Što znači davati garancije, avale i otvarati akreditive s odloženim polaganjem pokrića ako se unaprijed zna da će obveza pasti na teret banke i da će nakon toga regresni zahtjev banke teško uspješno realizirati?

7. Što znači za banke prodaja potraživanja po javnom dugu Republike Hrvatske za oročene devizne depozite ("stara" devizna štednja) uz diskont za gotov novac i ulaganje tih sredstava uz tržišnu kamatu u tekuće poslovanje poduzeća u odnosu na odobranje kredita za kupnju dionica uz valutnu klauzulu i 6 do 8% godišnje kamate.

8. Što znači za banke prijevremena naplata kredita odobrenih na rok vraćanja do 5 godina sa "starom" deviznom štednjom po nominali s rokom dospjeća do 2005. godine, čija je stvarna tržišna vrijednost 20 do 35%, a ponekad i preko 40% manja od nominalne?

9. Što znači za banke prodaja "stare" devizne štednje uz diskont korisniku kredita za kupnju dionica (korisniku managerskog kredita) i istovremeno uzimanje tih istih potraživanja natrag u banku za smanjenje kredita, ali sada bez diskonta po nominali?

10. Da li banke imaju sigurne i lako unovčive instrumente osiguranja vraćanja kredita ili za naplatu treba voditi beskonačno dugačke i neizvjesne sudske sporove?

11. Da li se ocjena boniteta i kreditne sposobnosti zajmotražilaca zasniva na realnoj procjeni budućih novčanih tijekova ili na vrijednosnim papirima i imovini koja se teško pretvara u novac i čija je tržišna vrijednost upitna?

Iz navedenih pitanja mogu se razabrati različite dileme s kojima se sreću bankari prilikom donošenja poslovnih odluka, gdje su sve odluke zakonite, ali imaju različite efekte na poslovanje banaka u kraćem ili dužem razdoblju.

### 3.2. Organizacijski i kadrovski preduvjeti

Područje ocjenjivanja boniteta banaka veoma je široko i sastoji se od kontrole primjene zakona, odluka Narodne banke Hrvatske, bankovnih načela, ali i poslovne politike koju utvrđuju dioničari - vlasnici banaka. Učesnici bonitetne kontrole banaka jesu Narodna banka Hrvatske, ovlaštene revizorske tvrtke kao vanjske institucije, a interno unutar banaka to mogu biti odbor za aktivu i pasivu i unutrašnja kontrola.

U skladu s zakonskim ovlastima<sup>24</sup> Narodna banka Hrvatske može bankama kod kojih je utvrdila nepravilnosti ili uočila probleme, predložiti poduzimanje različitih mjera kako bi se situacija u bankama poboljšala. To mogu biti:

- povećanje temeljnog kapitala,
- ukidanje određenih poslovnih jedinica,
- privremena obustava kreditiranja nekih komitenata,
- obustava obračuna kamate na dijelove nenaplative aktive ili otpis nenaplativih potraživanja,
- promjenu rukovodećih radnika itd.

U krajnjem slučaju Narodna banka Hrvatske može postaviti svojeg službenika koji će izdavati naloge odgovornoj osobi u banci, odnosno Narodna banka Hrvatske može povući odobrenje dato za osnivanje banke. Iz navedenog proizlazi da stručnjaci središnje monetarne institucije mogu poduzimati različite mjere, sve do prestanka rada banke ukoliko bi rukovodstvo banke svojim aktivnostima ugrozilo sredstva deponenata i dioničara.

Revizorske tvrtke obavljaju pregled poslovanja banaka u skladu s propisima, bankovnim standardima, a posebno Zakonom o reviziji<sup>25</sup> Osnovni zadaci revizora jesu: (1) ustanoviti da li su sve pozicije u aktivi i pasivi realno utvrđene, (2) da li su te pozicije usklađene i prikazane prema međunarodnim računovodstvenim standardima<sup>26</sup> odnosno prema zakonu o računovodstvu<sup>27</sup>, (3) da li su prihodi i rashodi realni, kao i (4) da li poslovne knjige banaka odražavaju stvarno stanje. Izvještaj revizora je dokument koji služi poslovnim partnerima banaka kao jedan od pokazatelja prilikom odlučivanja da li će s tom bankom stupiti u poslovni odnos ili ne. S obzirom da revizori obavljaju vrlo detaljno pregled poslovanja i pri tom uočavaju razne nedostatke, uobičajeno je da pored izvještaja o poslovanju daju korisne preporuke za poboljšanje poslovanja banaka.

Odbor za aktivu i pasivu bila bi neformalna grupa rukovodećih radnika u bankama, koja bi u slučaju da su ovlasti za donošenje odluka prenijeta na niža rukovodstva, povremeno ocjenjivala donijete odluke sa stajališta kakve posljedice one donose na aktivu i pasivu, odnosno prihode i rashode. Sagledavanja tih posljedica treba poslužiti kao orijentacija za utvrđivanje buduće poslovne politike banaka.

<sup>24</sup> Prema Zakonu o Narodnoj banci Hrvatske, Narodne novine, broj 74/1992.

<sup>25</sup> Narodne novine, broj 90/1992.

<sup>26</sup> Međunarodni računovodstveni standardi, Narodne novine, broj 36/1993.

<sup>27</sup> Narodne novine, broj 90/1992.

Služba unutrašnje kontrole treba obavljati stalan nadzor nad cjelokupnim poslovanjem banke. Ona kontrolira da li je poslovanje banaka u skladu s propisima, odredbama statuta i drugih općih akata, te planova i akata poslovne politike. Poseban zadatak unutrašnje kontrole u bankama je ispitivanje da li su bankovni prihodi realno prikazani, da li su pozicije u aktivni osigurane kvalitetnim instrumentima naplate, da li se poštuju interno utvrđene procedure i standardi u poslovanju, na koji se način sprečavaju moguće prijevare i nepravilno poslovanje.

Dioničari biraju upravni i nadzorni odbor među dioničarima, odnosno istaknutim stručnjacima, a upravni odbor imenuje direktora banke koji postavlja rukovodioce. Direktor banke zajedno sa suradnicima treba provoditi poslovnu politiku utvrđenu na skupštini. Pretpostavlja se da bi rukovodstvo banke trebalo poduzimati sve one mjere koje su u interesu očuvanja vrijednosti dioničkog kapitala, ostvarenja dividende, trajnog i stabilnog jačanja potencijala banke, ali i očuvanja realne vrijednosti sredstava svih deponenata koji su sredstva uložili u banku.

Nakon osamostaljivanja Republike Hrvatske 1991. godine Narodna banka Hrvatske organizirala se kao središnja monetarna ustanova i formirala je Direkciju bonitetne kontrole banaka prema uzoru na slične institucije u inozemstvu.

Reorganizacijom Službe društvenog knjigovodstva Hrvatske formirano je niz revizorskih tvrtki organiziranih pretežito kao privatna dionička društva. Mnogi revizori već nekoliko godina uspješno surađuju sa stranim revizorskim tvrtkama i osposobljeni su za kvalitetno obavljanje svog posla.

Budući da su banke u Hrvatskoj pretežito u društvenom, odnosno državnom vlasništvu, a društveno vlasništvo često je ranije shvaćeno kao "ničije, odnosno svačije vlasništvo" o kojem baš i nije bilo potrebno voditi mnogo računa, sve do privatizacije bankarstva nije moguće očekivati jasan i čvrst zahtjev vlasnika banaka prema rukovodstvu, da se baš svaki poslovni potez treba ocijeniti da li je on koristan za banku, što joj donosi, te da li bi alternativna odluka bila bolja i koliko je u funkciji ostvarenja profita banke.

Međutim, privatizacijom ukupnog gospodarstva provodi se postupno i privatizacija hrvatskog bankarstva. Uspostava kvalitetnog sustava bonitetne kontrole banaka nije samo zahtjev države, već svakim danom i sve više izražena potreba deponenata i dioničara da im sredstva uložena u banke budu sigurna i profitabilno uložena.

#### **4. Zaključak**

1. U gospodarstvu Republike Hrvatske sprovodi se pretvorba društvenog vlasništva u privatno s ciljem da se izvrši restrukturiranje i bitno poboljša učinkovitost gospodarskih subjekata. Da bi se ti procesi uspješnije obavili kao i da bi se hrvatsko gospodarstvo snažnije i više uključilo u europske i svjetske tijekove, potreban je zdrav i efikasan bankovni sustav.

2. Bankovni sustav Hrvatske bremenit je nizom problema uzrokovanih ratnom situacijom, ali i subjektivnim razlozima kao rezultat dugogodišnjeg provođenja neadekvatne poslovne politike. U jednom dijelu banaka potrebna je državna intervencija kako bi se sanirali gubici u aktivni i poboljšala njihova likvidnost i profitabilnost. Sredstva kojima treba intervenirati država, sredstva su koja izdvaja hrvatski narod i

gospodarski subjekti i sasvim je logično da se traži kontrola kako će banke gospodariti dobivenim sredstvima.

3. Proces privatizacije hrvatskog bankarstva trajat će duže vrijeme i teško je očekivati da će se brzo radikalno promijeniti filozofija odlučivanja i ponašanje u bankama. Organi upravljanja bankama, službe unutrašnje kontrole u bankama, odbori za aktivu i pasivu postupno će mijenjati svoj pristup i treba činiti sve da s njihovim radom budu upoznati dioničari - vlasnici banaka.

4. Ocjenjujući sadašnju situaciju u bankarstvu, najveći bi zadatak trebala imati bonitetna kontrola Narodne banke Hrvatske, jer je ona nezavisna i pod najmanjim utjecajem banaka ili nebankarskih činilaca. Područje njezinog nadzora ne bi trebalo ograničavati samo na provjeru usklađenosti poslovanja banaka s odredbama zakona i odluka donijetih u sklopu provođenja monetarne politike, već bi ona trebala svoj nadzor proširiti na ispitivanje koliko i kako banke primjenjuju klasična načela bankovnog poslovanja. Njihova bi izvješća trebala biti upućena svim dioničarima - vlasnicima banke. Široki nadzor i javnost rada uz poštivanje bankovne tajne za vlasnike sredstava deponiranih kod banaka bili bi garancija da će se uspostaviti efikasan sustav bonitetne kontrole banaka, da će se nastaviti izgradnja kvalitetnog bankovnog sustava u Hrvatskoj i da će se brže ostvariti preduvjeti za šire uklapanje našeg bankarstva u europske i svjetske tijekove.

### *S u m m a r y*

## **NECESSARY IMPLEMENTATION OF CREDIT RISK EVALUATION IN CROATIAN BANKS**

Croatian economy needs efficient and healthy banking system. State's intervention has to restructure (reform, reorganize) bank's assets losses which have been arisen on the one hand as result of impartial hardships (troubles, difficulties) challenged by three year war and on the other hand as a consequence of carrying out for long years an inadequate banking policy. Central bank of Croatia and auditing firms as external institutions, internal control and Committee for assets and liabilities as internal parts of a bank have to carry out permanent supervision of bank's business based on information from books of a business concern and other relevant sources. Those controls have not to be limited only on inspectioning of adjustment of business activity with actual regulations but special significance ought to be given to studying (examining) of literal application of classic banking business principles. Efficient bank's credit risk evaluation is the essential prerequisite for healthy banking system and healthy economic system of Croatia

## SOCIJALNE PRESTACIJE IZMEĐU DATOG (DE LEGE LATA) I OČEKIVANOG (DE LEGE FERENDA)

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, izvanredni profesor,  
Pravni fakultet u Rijeci

UDK.: 349.3/351.84(497.13)  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Pregledni članak

*Zatečeni socijalnopravni odnosi nose svojim sadržajem pečat vremena u kome su nastali i propisa heteronomne naravi, koji su, u fazi stvaranja, realiziranja i zaštite, manje-više poznati. Ovo vrijeme je, prvenstveno, vrijeme uređivanja i ustrojstva oblika i sadržaja u "novim" socijalnopravnim institucijama, s orijentacijom na ustavna određenja tržišta i poduzetničke inicijative, ali i sa teretima koje sa sobom nosi "socijalna država".*

*Nejednake mogućnosti zadovoljavanja potreba ne mogu se nadomjestiti normama u propisnicima i njihovim brojem. Nazočna je restrikcija i distribucija socijalnih prestacija: neke nestaju, a malo ih nastaje.*

*To se u ovom radu nastoji obrazložiti u dijelovima koji govore o: osnovama i okvirima socijalnih prestacija, kriterijima razvrstavanja socijalnih nepovoljnih slučajeva i komentarom normi o promjenama u odnosima socijalnog osiguranja, socijalne skrbi i pojavom "novih" titulara socijalnih prava. Usporedo s time, daje se i "projekt" mogućih rješenja u propisnicima (rješenja de lege ferenda).*

### 1. Uvod

Još traje iznalaženje novih i većih sredstava za normalan život čovjeka - pojedinca i grupa kojima pripada. On to čini vlastitim radom i sredstvima rada u datim uvjetima ili zahvaćanjem u druga sredstva (dobra) onih koji ih imaju. Ta podjela nije tako stroga, kombinacije su brojne. Ne radi se samo o identifikaciji onih koji imaju i onih koji nemaju, već pokušajima stvaranja uvjeta da se ovim drugima uspostavi makar i privremena "ravnoteža" u zadovoljavanju potreba.

Zahvat u ovo područje, ili bolje reći, pokušaj da se dade barem približan odgovor, više je želja i napor nego adekvatan rezultat. Približavanje tom rezultatu omogućava uzimanje određenja onih pojmova, kategorija, institucija i odnosa koji pojašnjavaju sadržaj teme o utvrđenim i očekivanim socijalno-pravnim odnosima ili, još preciznije, socijalnim prestacijama kao sadržaju tih odnosa.

Nejednake su mogućnosti svih građana da zadovolje svoje potrebe. To je polazište i u Ustavu Republike Hrvatske "kao socijalne države", koja time, pored ostaloga, štiti nejake, pomaže slabijima u garancijama privatnog vlasništva, u slobodnoj utakmici (konkurenciji) na tržištu, u privatnoj (individualnoj) inicijativi i poduzetništvu s tendencijama smanjenja uloge države u gospodarstvenoj sferi, u dobiti kao cilju svake gospodarske aktivnosti, ali i u građanskoj jednakosti. Podjele su neizbježne,



nejednakosti također: siromašni slabiji i nejak i na jednoj, a bogatiji na drugoj, uz zadovoljavanje naraslih potreba. Potrebe su evidentne, a dobra nedostatna. Država mora tražiti "mjeru" podjele tih dobara među pojedincima i socijalnim grupama. To se odnosi na potrebe u hrani, odijevanju, stanovanju i obrazovanju, zdravlju, odmoru, brojnim oblicima davanja i činjenja prema onima kojima je to najpotrebnije (nejaki, stari, bolesni, siromašni i sl.).

Kao pokretači raznih oblika socijalnih djelatnosti: vjerske institucije i crkva i danas su važan čimbenik u tim djelatnostima (pomoći, milosrđe, briga o nemoćnima).<sup>1</sup>

Pri tome se moraju očuvati osnovni čimbenici koji uvjetuju i omogućavaju napredak u svakom pogledu.

Govoreći o socijalno-pravnim odnosima u ovom radu se, prvenstveno, misli na aktivnosti države i drugih državnih (socijalnih) tijela u skladu s propisima "na snazi" (rješenja *de lege lata*), ali se sugeriraju i neka moguća rješenja ubuduće (*de lege ferenda*). U tom smislu govori se o socijalnim subjektima, titularima socijalnih prava u životu, egzistenciji, zdravlju i brojnim socijalnim slučajevima (socijalnim nezgodama, socijalnim rizicima) koji su pokriveni različitim oblicima socijalnih prestacija.

Društvene promjene u Republici Hrvatskoj utječu na sadržaj socijalne politike i organizirane aktivnosti s predviđenim ciljem: briga o zadovoljavanju potreba ljudi, odnosno o životnim i radnim uvjetima ljudi i društvenih grupa, jer socijalna politika ima "zaštitničku" funkciju.

Iz ovako "organizirane" socijalne politike "izvire" određena socijalna zaštita u najširem smislu riječi.<sup>2</sup> Sva davanja i činjenja imaju svoju "materijalnu" mjeru, jer moraju biti usklađena s ekonomskom moći države, naporima za stabiliziranje tržišta i cijena i drugim u sve većim i naraslim potrebama življenja, te radnih i životnih uvjeta u kojima se taj proces odvija. Njima je za cilj sprečavanje nastajanja, a kad već postoje, razrješavanje socijalnih slučajeva, pa i socijalnih problema.

Istaknuti je direktnu determiniranost određenih socijalnih prava radnim odnosom i radnim angažiranjem uopće, a posebice onih u oblasti socijalnog osiguranja (u slučaju bolesti, nezgode na radu, invalidnosti i dr.). Tu je razlika najveća između onih koji su, odnosno onih koji nisu, pogođeni socijalnim slučajem.

Inače, razlike postoje u položaju pojedinaca u našoj društvenoj strukturi, koje se odnose na njihove potrebe i interese. U sadržaju ovoga rada treba precizno razlikovati pojmove: potreba i interes. Potrebe su ono što navedenim subjektima treba, a tiče se njihove egzistencije i napretka.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ivan Pavao II, Veritatis splendor, Prvo poglavlje, "Učitelju, koje mi je dobro činiti...?" - Evanđelje po Mateju 19, 16-21... Reče mu Isus: "Hoćeš li biti savršen, idi, prodaj što imaš i podaj siromasima pa ćeš imati blago na nebu. A onda dođi i idi zamnom."

<sup>2</sup> "Socijalna zaštita je zaštita lica pogođenih socijalnim slučajevima (socijalnim nezgodama) ostvarivana djelatnošću državnih organa odnosno delegiranih i ovlaštenih organa društvenih i drugih organizacija i sa sredstvima (ustanove, administrativne organizacije, financijska i druga materijalna sredstva, kadrovi, zakonodavstvo) države odnosno delegiranih ili ovlaštenih društvenih i drugih organizacija." - STUPAR, M., Socijalna politika, Beograd, 1960., str. 30.

<sup>3</sup> "... za socijalno pravo je od najvećeg značenja da se ono odnosi na one intervencije, akcije, rješenjem kojih bi se putem društva, zadovoljile potrebe čovjeka - u pravcu njegove egzistencije i napretka. Težište je na izrazu "potreba" (a ne interesi), jer taj pojam bolje nego pojam interes izražava položaj čovjeka u odnosu na sve ono što je nužno i razumno za život čovjeka (materijalno i moralno), i jer izraz "potrebe" ima ne samo čisto empirijsko značenje ("živjeti bolje"), već ima i spekulativni smisao ("živjeti sretno", "zadovoljno - bez straha - neizvjesnosti za budućnost, bez oskudice"). TINTIĆ, N., Socijalno pravo i socijalna sigurnost, Godišnjak Pravnog fakulteta Banja Luka, 1977, str. 233.

Kada država uređuje socijalnopravne odnose i određuje socijalne prestacije mora polaziti od stanja pojedinaca ili socijalnih grupa ljudi koji imaju ili nemaju zadovoljene biološke i psihološke potrebe, odnosno primarne i sekundarne potrebe. Ako je materijalna osnovica manja, a broj potencijalnih korisnika socijalnih prestacija veći, država će nastojati zadovoljiti prvenstveno biološke (primarne) potrebe "bez kojih se ne može", pa tek onda one "bez kojih se može" (sekundarne, psihološke, aspiracijske). Potpuno ostvarivanje ljudskih potreba nemoguće je jer svaki čovjek ima određene potrebe sa "svojom" skalom vrednovanja tih potreba i prioritetima u njihovu ostvarivanju. On teži ostvariti što više potreba po kvalitetu i kvantitetu, a nove planira i zalaže se za njihovo realiziranje.

Brojne potrebe čovjek sam zadovoljava. Međutim, ne manje brojne su one koje može zadovoljiti samo uz (veću ili manju) suradnju (pomoć, kooperaciju) drugih subjekata: pojedinaca ili zajednica (grupa, tijela, države i dr.). Ako se ne osiguraju i stvore odnosi u kojima će čovjek svojim radom zadovoljiti najveći broj potreba, mora "stupiti" država i drugi da pomogne u zadovoljavanju tih potreba (hrana, stanovanje, školovanje, zaštita zdravlja i dr.). Kod "normalnih" situacija to bi se riješilo politikom plaća, visinom plaća i drugih novčanih primanja po osnovi rada i radnog odnosa. Zbog toga je značajno pitanje uređivanja odnosa plaća u heteronomnim i autonomnim propisima. Između normativnog i stvarnog postoji određeni stupanj nepodudarnosti.

Zadovoljavanje potreba uz pomoć države i drugih socijalnopravnih tijela (organa) uvjetovano je položajem pojedinca zbog njegovih osobnih, obiteljskih, profesionalnih, prirodnih i drugih uzroka, na koje se nadovezuju i društveni uzroci (u posljednje vrijeme naročito naglašeni).

Zbog tih i drugih uzroka pojedinac dolazi u "nepovoljno stanje", "rizik", "nezgodu", odnosno, postaje "socijalni slučaj" ili, bolje reći pogođen je određenim socijalnim slučajem. U tom stanju pojedinac je "nejednak" u odnosu na druge jer je i stanje različito od onoga očekivanoga ili željenoga. Njega se ne smije ostaviti u neizvjesnosti, nemogućnosti aktivnosti, bez nade i suradnje da se ta situacija sanira uz pomoć drugih, njihovu solidarnost i što pravednije postupanje. Odnos između pojedinca pogođenog socijalnim slučajem i onoga koji pruža pomoć, u biti je upravljen na "dare", jer rad pojedinca izostaje, on nije aktivan, pa aktivnost "sa strane" otklanja nepovoljne posljedice koje su zadesile tog pojedinca i nastoji uspostaviti poremećenu ravnotežu između pojedinca i drugih članova društva. Štetna stanja pojedinaca u neposrednoj su vezi s ukupnim ekonomskim mogućnostima ostalih. U Hrvatskoj će se mijenjati različiti oblici i događaji koji će biti okvalificirani kao socijalni slučajevi. Jedni će nestajati, a drugi će nastajati, a i država će biti društveno, politički, tehnički, gospodarski, kulturno i prosvjetno razvijenija. No, ne radi se samo o "budućim i neizvjesnim događajima, čije nastupanje ne ovisi potpuno od volje korisnika", već i o "realiziranim, već postojećim događajima koji umanjuju sredstva za egzistenciju i standard života osobe".

Ljudi se rađaju jednaki, a k tomu i slobodni. Tako je upisano u brojnim deklaracijama kojima se određuje položaj čovjeka.<sup>4</sup> Fizička nejednakost je imanentna čovjeku, jednako i psihofizička, pa i biološka. Dio ljudske populacije rađa se sa trajnim manama (gluhoća, sljepilo, nijemost, nedostatak ekstremiteta), ali i bolestima, pa od samog početka i nesposobnih za rad. Bolesti i povrede pratilac su čovjeka tijekom cijelog života. Najveći broj tih stanja ne može se pripisati u krivicu čovjeka. Ti rizici stvaraju "nejednakost" i umanjuju "šanse za jednakost", iako su ove svima jednake.

<sup>4</sup> Vidi Deklaraciju o pravima čovjeka, 1948.

Država propisima i mjerama temeljem tih propisa mora stvarati uvjete za promjenu položaja onih koji su "nejednaki" u jednakosti. Sposobnima za rad treba dati jednake izgleda za rad: pripremu za rad, uvjete rada i plasman rezultata rada. Radni odnos je samo jedan od oblika "uključivanja u radni proces" i ne mogu se samo oni u radnom odnosu smatrati zaposlenima.

Država mora osigurati opipljive mogućnosti i uvjete za život građana. Mogućnosti za život su potrebe - dobra koja se osiguravaju da bi se živjelo. Radna zbilja stvorila je brojne izbjeglice i prognanike koji "preživljavaju" - fizički održavaju život s datim životnim minimumom. Druge su potrebe za "normalan život", što se pojašnjava pojmom životnoga standarda. Grupa stručnjaka Ujedinjenih naroda nabrojila je pedesetak elemenata kojima se mjeri i iskazuje životni standard u pojedinim zemljama. Njih prije svega čine: zdravlje, potrošnja hrane i ishrana, obrazovanje, zaposlenost i uvjeti rada, stanovanje, odijevanje, rekreacija i zabava, te ljudske slobode i socijalna zaštita. "Mogućnost življenja" obuhvaćaju tri aspekta standarda: biološki, kulturni i socijalni. Oni svi zajedno tvore stanje u kome čovjek jest ili kome teži. Taj standard moraju uživati svi u opsegu i nivou datih društvenih odnosa.<sup>5</sup>

Pored radno sposobnih postoje i oni koji zbog bilo kojih razloga ne mogu svojim radom osigurati sredstva za život, a kod kojih ništa manje nije izražena "želja za životom", ali i želja za "mogućnostima življenja". Jedno su oni koji su radili pa više ne mogu; drugo su oni koji rade i od plaće i drugih primanja ne mogu pokrivati dostignuti stupanj životnoga standarda; treće su oni koji koji uopće nisu radili ili nisu mogli raditi. Odnosi među njima se uspostavljaju i održavaju različito, a u socijalnopravnom smislu najčešće se stvaraju odnosi na principima uzajamnosti i solidarnosti.

Onima koji nemaju dostatna sredstva za život, pomažu obitelj, socijalne grupe, pojedinci, fizičke i pravne osobe, humanitarne i druge organizacije (pomoć, milosrđe i sl., samilost, karitativnost, hipokratovo milosrđe itd.).

Solidarnost je vrijednosni sustav društva, pravo i obveza čije osnove valja tražiti u etičkim principima, u moralu. Humano društvo oslobađa čovjeka od svih neizvjesnosti oslanjanjem na druge ljude.

Svjetlo našeg reflektora više je, u ovom radu, usmjereno na onaj dio socijalne politike na zaštiti nemoćnih (defektnih, bolesnih, starih i sl.), ali i zaštitu čovjeka u odnosu na druge (pojedince, grupe, društvo), čovjeka u društvenom, socijalnom odnosu. Zbog toga se analiziraju propisi i sugeriraju "idejni projekti" koji će pokazati odgovarajuća sredstva socijalne politike.<sup>6</sup>

Nezamjenjive su pojedine institucije socijalne zaštite, kao sredstva socijalne politike, a prije svega: obitelj, organizacije poslodavaca, interesne, političke, vjerske, poslovne i stručne organizacije, ali i država kao osnovna institucija socijalne politike.

<sup>5</sup>"U nas prevladava gledište po kojem se pod životnim standardom podrazumijeva nivo životnih i radnih uslova ljudi odnosno stepen zadovoljavanja ljudskih životnih potreba, a ove su materijalne, i nematerijalne prirode." LAKIČEVIĆ, D., *Uvod u socijalnu politiku*, Beograd, Savremena administracija, str. 18.

<sup>6</sup>Sredstva socijalne politike su: a) ustanove socijalne zaštite (socijalne politike) (ustanove za dnevni boravak djece, školske kuhinje, centri za smještaj obitelji, dječje ustanove, centri za socijalni rad, prihvatilišta za prolaznike i sl.); b) kadrovi socijalne zaštite; c) administrativna organizacija socijalne zaštite; d) financiranje socijalne zaštite; e) socijalno pravo; f) socijalno-politički elementi u drugim granama prava (radno pravo, krivično pravo, građansko pravo i dr.). Tako i Stupar, cit. str. 124. i dr.

Utemeljene u međunarodnim deklaracijama brojne odredbe Ustava i zakona u Republici Hrvatskoj pisana su duhovna opredjeljenja u socijalnoj politici.<sup>7</sup>

Zbog toga Hrvatska nije socijalna država - izdvojeno, već zajedno, kumulativno i uzajamno sa svim atributima države uopće (u ekonomskom, državnom, političkom smislu). Cilj socijalne politike svodi se na radne i životne uvjete, socijalna sigurnost ljudi u najširem smislu riječi.

Jednakost mogućnosti življenja za sve pripadnike date zajednice cilj je socijalne politike: od pojedinca doživljena objektivna izvjesnost da će on, na temelju mogućnosti rada, mogućnosti raspolaganja rezultatima rada i mogućnosti solidarnosti i uzajamnosti sa drugima zadržati i unaprijediti svoj ukupni položaj (socijalna sigurnost).<sup>8</sup>

## 2. Osnovi i okviri socijalnih prestacija

Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90.) postavlja osnove socijalno-pravnih odnosa, u nekim odredbama definira, odnosno utvrđuje prava i nominira subjekte prava. Uz ostalo, tu su:

zaštita djece i nemoćnih osoba (čl. 64);

pravo na pomoć za podmirenje osnovnih životnih potreba (čl. 57);

socijalno osiguranje zaposlenih i socijalna sigurnost (čl. 56);

ostvarivanje socijalne sigurnosti svakom zaposlenom i članovima njihovih obitelji (čl. 55) i dr.

Model socijalne politike ovisi o načinu uređivanja tržišnih gospodarskih odnosa i socijalnih prava koja se osiguravaju i realiziraju u područjima zapošljavanja, zdravstvenog osiguranja i zdravstva, mirovinskog i invalidskog osiguranja i drugim.

Republika Hrvatska prihvatila je Europsku povelju o osnovnim socijalnim pravima radnika, kojom su uređeni: sloboda kretanja (t.1-3), zapošljavanje i nagrađivanje (t.4-6), unapređenje životnih i radnih uvjeta (t.7-9), socijalna zaštita (t.10), sloboda udruživanja i kolektivnog pregovaranja (t.11-14), stručno osposobljavanje (t.15), jednak položaj za muškarce i žene (t.16), informiranje, konzultiranje i sudjelovanje radnika (t.17 i 18), zdravstvena zaštita i sigurnost na radu (t.19), zaštita djece i omladine (t.20-23), stare osobe (t.24 i 25), invalidi (t.26).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> - Opća (univerzalna) deklaracija o pravima čovjeka - Generalne skupštine UN, Pariz, 10. prosinca 1948. godine

- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, od 16. prosinca 1966. godine;

- Deklaracija o pravima djeteta, od 20. studenog 1959.;

- Deklaracija UN o socijalnom napretku i razvoju djeteta, od 11. prosinca 1969. godine.

<sup>8</sup> - TINTIĆ, N., *Socijalna pravda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2, 1982., str. 11.

- Zakon o formiranju i korištenju sredstava solidarnosti za osiguravanje zaštite životnog standarda socijalno ugroženog stanovništva, Narodne novine, br. 18/1989.

- Odluka o socijalnom minimumu, Narodne novine, br. 71/92., 29/93., 113/93.

<sup>9</sup> - Zaključci o prihvaćanju Europske Povelje o osnovnim socijalnim pravima radnika, Narodne novine, br. 37/91.;

- Povelja Zajednice (Europske) o osnovnim socijalnim pravima radnika, Narodne novine, br. 37/91.;

- Dogovor o zajedničkim osnovama za uređivanje ostvarivanja socijalno-zaštitnih prava, Narodne novine, br. 19/89.

Republika Hrvatska mora polaziti i od međunarodnih pravnih dokumenata koji uređuju socijalnopravne odnose. Ratificirane Konvencije MOR-a izvorom su prava direktno.<sup>10</sup>

Direktan utjecaj na socijalnu politiku, a time i na sve odnose socijalne sigurnosti, socijalne zaštite (i socijalne skrbi) te socijalnog osiguranja u svakoj državi, pa i u Republici Hrvatskoj imaju: industrijska proizvodnja, trgovina, cijene, zaposlenost (nezaposlenost), uvoz-izvoz i drugi elementi u gospodarskoj i društvenoj sferi odnosa.

Ne može se očekivati veći broj i veći kvalitet socijalnih prestacija u okolnostima u kojima je:

- prosinački pad (1993.) maloprodajnih cijena od 0,5% (koje padaju već treći mjesec u odnosu na listopad 1993., u kojem je zabilježena velika inflacija). U odnosu na listopad 1993., proizvođačke cijene su pale 7,2% (opreme 9,6%, repromaterijala 8,9%, a robe široke potrošnje 3,7%). Pad proizvođačkih cijena robe široke potrošnje od 3,7% za posljednja tri mjeseca (XI., XII./93. i I./94.) nije pratio adekvatan pad maloprodajnih cijena. Pad maloprodajnih cijena u prosincu 1993. i siječnju 1994. iznosi zajedno 1,7%. Cijene usluga su u siječnju 1994. pale za 1,4%. U siječnju 1994. povećane su cijene (maloprodajne) prehrambenih proizvoda za 1,2%.

Troškovi života rastu po mjesečnoj stopi od 0,8%. Za prehranu je zabilježen veći porast od 2,2%. Porast troškova stanovanja je 1%.

- u prosincu je proizvodnja manja 6% nego u studenom 1993. Prosinačka razina proizvodnje manja je čak 11,9% nego u istom mjesecu 1992. Međugodišnji prosinački pad proizvodnje najmanji je u proizvodnji robe široke potrošnje (4,2%).

- prosinačka razina izvoza ostala je na razini iz studenog 1993. (90 miliona USD ili 21,3% manje od prosinca 1992.). Kumulativno razina izvoza 1993. iznosila je 3.904 miliona USD, što je 15,1% manje nego 1992. godine. Ostvarena razina izvoza u 1993. godini trećinu je manja od onoga u 1990. godini.

Ukupan uvoz u 1993. godini iznosi 4.666 miliona USD ili 4,6% više nego u 1992..

- prosinac je mjesec s najvišim godišnjim prometom u maloprodaji. Međugodišnji prosinački fizički obujam prometa u maloprodaji manji je 26,7%. Potrošnja stanovništva u domaćoj maloprodaji smanjena je više od četvrtine u prosincu 1993. u odnosu na 1992. Ukupni promet 1993. u maloprodaji bio je manji 26,7% nego 1992.

Pad kupovne moći stanovništva suzio je domaće tržište na trećinu onoga iz 1990. Ostvareni promet u trgovini na malo u 1993. godini iznosi svega 32,9% prometa ostvarenoga u 1990. godini. (I pored toga 50% od ukupnog broja registriranih poduzeća 39.618 (50%) čine trgovačka poduzeća.<sup>11</sup>

Poseban je problem stanovanje. U Hrvatskoj danas ima 1.379.103 privatna stana i 362.742 "društvena" stana. U evidenciji se vodi 30.500 nacionaliziranih i konfisciranih stanova na kojima postoji stanarsko pravo. Ukupno je u Republici stanova 772.345. Kada bi taj stambeni fond bio "pravilno" raspoređen i korišten, to bi donekle zadovoljilo

<sup>10</sup> Odluka o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 31/91.

<sup>11</sup> KNEŽEVIĆ, A., *Gospodarska kretanja u Hrvatskoj*, Zagreb, Informator, broj 4169 od 19.2.1994. str.

stambene potrebe 4.800.000 stanovnika u Republici Hrvatskoj.<sup>12</sup> Posebna tema je stvaranje novih odnosa nakon prodaje stanova na kojima postoji stanarsko pravo.

Postavlja se pitanje: postiže li se svrha socijalnih prestacija u smislu kako su one "postavljene" de lege lata danas u Republici Hrvatskoj. Odgovor ne može biti potpun ako se ne dobije odgovor na pitanje što je, koja je svrha socijalnih prestacija. Ako je svrha socijalnih prestacija da se s njima ublaži stanje socijalne potrebe osobama koje su pogođene socijalnim slučajevima, ili, pak, da se njima preventivno djeluje, da se spriječi nastupanje socijalnih slučajeva, onda je konstatirati da se, u objektivno datim okolnostima, to u ovom vremenu ne može postići. Istina, svakom socijalnom prestacijom pojedincima se pomaže u osiguravanju životne egzistencije uz tendenciju ka stvaranju uvjeta za napredovanja tog pojedinca uopće. Još preciznije: nisu svi socijalni slučajevi "pravno pokriveni", ili ne adekvatno, odnosno potpuno. Pojedinci pogođeni socijalnim slučajevima, ovim prestacijama prevladavaju u određenoj mjeri stanje socijalne potrebe, to im se stanje ublažava, nastoji zadovoljiti. To se, prije svega, odnosi na osiguravanje sredstava za život.

Jesu li sva socijalna stanja, te objektivne potrebe koje ugrožavaju zadovoljavanje životnih potreba čovjeka i njegovu socijalnu sigurnost, pravno pokrivena? Nisu. Zbog toga se može reći da jedan broj građana živi i dalje u tom stanju, u pogoršanim uvjetima za napredovanje u životu i uvjetima rada, zbog umanjenja sredstava za život, a time im se pogoršava osobni i društveni status, a katkada i sam život.

Stanja u kojima se čovjek nalazi, koja za njega predstavljaju smetnje u životu različita su, bila ona očekivana ili neočekivana, nezgodna i nepovoljna ili željena i sretna. Ako čovjeka dovode u stanje socijalne nužde, država ih mora pravno pokriti, osigurati. To se ne može reći za propise koji su vrlo restriktivni i dokidaju i neka od prava koja su uspostavljala kakvu-takvu ravnotežu (prava za vrijeme nezaposlenosti, za vrijeme bolesti i dr.).

Termin "socijalna nezgoda" ili "nesretni slučaj" označava pojave koje su za čovjeka nezgodne, nepovoljne, nesretne, kao što su: bolest, invalidnost, nezaposlenost i smrt, ali socijalni slučaj je povoljan događaj za čovjeka, željen, sretan, iako mu pričinja određene teškoće: majčinstvo, rođenje djeteta, starost i sl.<sup>13</sup>

Država mora u socijalnom zakonodavstvu utvrditi socijalne prestacije na koje će osigurana osoba ili osoba u stanju socijalne potrebe imati pravo ne samo kada je zadesi socijalni slučaj, već i one koje će ostvarivati građanin da nenastupi osigurani slučaj.<sup>14</sup> Socijalni slučaj može biti i budući i eventualni događaj. Bilo da se radi o postojećim ili budućim socijalnim slučajevima, država bi trebala favorizirati načelo sveobuhvatnosti. Na taj način ulazi se u sustav socijalne sigurnosti koji, podrazumijeva socijalno pravo koje obuhvaća sve ili gotovo sve rizike.

U ovom radu se ne govori detaljnije o socijalnim problemima kao društvenim pojavama "koje privlače pažnju znatnog dijela društva koje je svjesno da takva pojava negativno djeluje na društvo i njegove članove i da zbog nje je potrebna izvjesna društvena akcija... Mnoštvo socijalnih slučajeva predstavlja socijalni problem (nezaposlenost, alkoholizam, skitnja, prostitucija i sl.)"<sup>15</sup>

<sup>12</sup> "Glas Istre - Novi list". Rijeka, 16.2.1994., str. 23.

<sup>13</sup> LAKIĆEVIĆ, op. cit., str. 20.

<sup>14</sup> JELIČIĆ, V., Socijalno pravo, Zagreb, Informator, 1982., str. 3.

<sup>15</sup> LAKIĆEVIĆ, op. cit., str. 22.

Ovi i drugi problemi samo po brojkama mogu biti "slični" nekima od drugih država, ali se moraju vidjeti i rješavati u kontekstu postojećih odnosa. Tako u Republici Hrvatskoj do 14 godina imamo više djece i mladeži od Švicarske, Italije, Danske i Austrije, u odnosu na ukupan broj stanovnika, odnosno, manje od Belgije, Francuske i Nizozemske. Odnos onih od 14-64 "bolji" je od drugih država Europe (osim Švicarske).

Tu je, dakako, i jedan od nezaobilaznih problema u "sanaciji" socijalnopravnih odnosa u mirovinsko-invalidskom osiguranju pripadnika bivše JNA. Posebnim zakonom uređen je način i uvjeti preuzimanja ostvarenih prava na mirovinu, doplatak za pomoć i njegu i novčanu naknadu za tjelesno oštećenje pripadnika bivše JNA, ostvarenih prije 8.X. 1991., te način i uvjeti ostvarivanja ovih prava osoba kojima je prestalo svojstvo aktivne vojne osobe do 31.XII.1991.<sup>16</sup>

### 2.1. *Socijalnopravni odnos i brojnost "socijalnih tijela"*

Osnovni sadržaj socijalnog prava je socijalnopravni odnos koji nastaje između fizičke osobe, kao korisnika određene socijalne prestacije i dok se nalazi u stanju socijalne potrebe, pod utvrđenim uvjetima, i državnog i drugog socijalnog tijela koje je obvezno pružiti socijalnu prestaciju.

Broj fizičkih osoba u stanju socijalne potrebe sve je veći. Ali i na drugoj strani pojavljuje se sve više socijalnih tijela koje ne prati i veći broj prestacija.

Budući da opseg i razina socijalnih prava ovisi o gospodarskom razvitku države (kako je već navedeno), socijalne mjere se u socijalnopravnim odnosima usklađuju s mjerama gospodarske stabilizacije i materijalnim mogućnostima, ali i u skladu s politikom prema obitelji, politikom rada i zapošljavanja, politikom zdravstvenog osiguranja i zdravstva, stambenom politikom i drugim područjima socijalne politike, a posebice poreznom politikom.

Za djelotvorne, racionalne, fleksibilne, decentralizirane i profesionalne sustave socijalne sigurnosti i socijalnih skrbi, potrebit je adekvatan sustav "socijalnih tijela" u socijalnopravnim odnosima koji polaze od socijalnih potreba, ali i od mogućnosti Republike Hrvatske.

Preduvjeti su stabilizacija obitelji i gospodarstva u najširem smislu riječi. To je, tzv., rezidualni ili selektivni model ublažavanja socijalnih teškoća. Restrikcije idu u pravcu, tzv., zajamčenog minimalnog prihoda, gdje se naknada u slučaju socijalne potrebe daje tek na osnovi provjere i kontrole (zdravlja, radne sposobnosti, prihoda, imovinskog stanja itd.) svih elemenata koji određuju pojam "socijalno ugrožene" osobe, obitelji ili socijalne grupe.

Brojnost potreba "zadovoljava" se: raznim pomoćima i intervencijama (usmjerenim ublažavanju, očuvanju, te uspostavljanju socijalne sigurnosti najugroženijeg dijela pučanstva); skupom socijalnih djelatnosti čiji je cilj poboljšanje životnih i radnih uvjeta, te društvenog položaja svih skupina pučanstva i politikom ukupnog socijalnog razvitka društva u političkoj, gospodarskoj, socijalnoj, kulturnoj i drugoj dimenziji.<sup>17</sup>

Analiza svih elemenata podloga je za pravilno vrednovanje stanja, uvjeta i mjerila u područjima socijalne sigurnosti kao objektivne pretpostavke za izradbu novog

<sup>16</sup> Zakon o ostvarivanju prava iz mirovinskog i invalidskog osiguranja pripadnika bivše JNA, Narodne novine, br. 96/93.

<sup>17</sup> "Socijalni program" Vlade Republike Hrvatske, III/93.

"socijalnog zakonodavstva". To se odnosi na: zaposlenost i nezaposlenost (organizacija "državne" službe za zapošljavanje, kretanje zaposlenosti i nezaposlenosti, prava, uvjete za ostvarivanje, razinu i broj korisnika određenih socijalnih prestacija osoba koje se nalaze na evidenciji privremeno neskrivljeno nezaposlenih (pasivna politika u zapošljavanju): novčanu naknadu za nezaposlenost; pravo na naknadu putnih i selidbenih troškova za nezaposlenog i članove njegove obitelji, pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na mirovinsko i invalidsko osiguranje, pravo na doplatak na djecu i dr. Posebno se evidentira i naglašava socijalna ugroženost nezaposlenih osoba (podstanari, kućanstva bez prihoda ili s приходima manjim od minimalne plaće, odnosno višečlane obitelji). Nezaposlenima se, u okviru aktivne politike zapošljavanja osigurava prekvalifikacija, profesionalna rehabilitacija, osiguranje sredstva za zapošljavanje i dr.

U mirovinsko-invalidskom osiguranju slijede brojne promjene. Prije toga nužna je temeljita analiza organizacije mirovinsko-invalidskog osiguranja u Republici Hrvatskoj (sada u Republičkom Fondu mirovinskog i invalidskog osiguranja radnika, Republički fond mirovinskog i invalidskog osiguranja individualnih poljoprivrednika i Republički Fond mirovinskog i invalidskog osiguranja samostalnih privrednika). Slijedi složeno pitanje prava na starosnu, invalidsku i obiteljsku mirovinu, prava na zaštitni dodatak uz mirovinu, prava na novčanu naknadu za tjelesno oštećenje i prava na doplatak za pomoć i njegu. Umirovljenici koriste doplatak za djecu, zdravstvenu zaštitu, ortopedske dodatke, dodatke za pomoć i njegu i dr.

Sadržaj upotpunjuje sustav socijalne skrbi u Republici Hrvatskoj, odnosno prava i oblike, uvjete, opseg, razinu i način ostvarivanja socijalne skrbi. Izrazite prestacije u ovoj oblasti jesu: naknada za socijalni minimum, stalna novčana pomoć, privremena socijalna pomoć, jednokratna novčana pomoć, pomoći u naravi, doplatak za pomoć i njegu i novčana pomoć za opremu djeteta, pomoć za osposobljavanje za rad, smještaj u druge obitelji i ustanove socijalne skrbi.

## 2.2. Uvjeti za ostvarivanje prava na socijalne prestacije

Uvjeti za ostvarivanje prava na socijalne prestacije klasificiraju se na osnovne i posebne.

Osnovni su oni uvjeti koji su vezani za rizike neposredno, bez obzira o kakvom je sustavu i zaštiti riječ. Ti uvjeti mogu biti vezani uz postojanje određenih okolnosti koje postoje prije ili u vrijeme nastanka socijalnog slučaja. Rjeđe su vezani na okolnosti poslije nastanka socijalnog slučaja.

a) Uvjeti koji se zahtijevaju prije nastanka socijalnog slučaja jesu npr. uvjeti koji se tiču profesionalnih pitanja kao što su: radni staž, sposobnost za rad, uplaćeni doprinosi i dr. Sve je više propisa koji "postrožuju" ove uvjete za ostvarivanje prava na određenu socijalnu prestaciju;

b) Uvjeti koji se zahtijevaju poslije nastanka socijalnog slučaja (npr. rok za stjecanje određenih prava, određivanje dužine trajanja korištenja socijalne prestacije, zahtjevi od korisnika socijalne prestacije da nešto učine ili ne učine).

Posebni uvjeti koje titular prava na određenu socijalnu prestaciju treba ispunjavati, određuju se za svaku pojedinu vrstu ovih prestacija zakonom i drugim propisima koji reguliraju te socijalne prestacije. To je sve restriktivnije regulirano.

Primjetna je tendencija da se novim propisima pooštravaju posebni uvjeti (naročito u zdravstvenom osiguranju i socijalnoj skrbi).



### 3. Kriteriji razvrstavanja socijalnih - nepovoljnih slučajeva

Nepovoljni slučajevi mogu se razvrstati po dva kriterija: (1) po kriteriju uzroka koji su doveli do nepovoljne situacije i (2) po prioritetima u redu pokrivanja, saniranja tog nepovoljnog slučaja (stanja).

(1) Uzroci nastanka socijalnih slučajeva jesu: fiziološki, profesionalni, obiteljski, (socijalna) društvena okolina i fizička okolina.

(1).1. Na tradicijama socijalnog zakonodavstva uređeni su brojni socijalni slučajevi nastali zbog fizioloških uzroka, kao što su: bolest, materinstvo, invalidnost, starost, smrt i prirodni invaliditet.

Novo zakonodavstvo u grani zdravstvenog osiguranja i zdravstvenoj zaštiti uređuje prava i obveze u tim socijalnopravnim odnosima, te uvjete i postupak ostvarivanja i zaštite reguliranih prava.<sup>18</sup>

(1).2. Određene promjene u zakonodavstvu učinjene su u uređivanju socijalnih slučajeva nastalih zbog obavljanja određene profesije: nezaposlenost, nezgoda na poslu, profesionalna bolest, opasnost od nastupanja invalidnosti u svezi s radom u određenom zanimanju.<sup>19</sup>

Istina, najviše je onih propisa koji uređuju prava i obveze nezaposlenih osoba i koji utvrđuju postupak za ostvarivanje određenih socijalnih prestacija nezaposlenih osoba. U radnom i socijalnom zakonodavstvu socijalni slučajevi nezgode na poslu i profesionalne bolesti do sada nisu na nov način uređeni. To se očekuje u "paketu" radnog i socijalnog zakonodavstva. Neka rješenja su učinjena u dijelu koji se odnosi na socijalni slučaj opasnosti od nastupanja invalidnosti u svezi s radom u određenom zanimanju.

(1).3. Socijalni slučajevi nastali zbog obiteljskih uvjeta i okolnosti su: brojnost djece, zdravlje djece i roditelja, zaposlenost roditelja, prihodi roditelja itd. I ovdje je zakonodavstvo (radno, socijalno, financijsko i dr.) učinilo stanoviti zahvat, ali manji od očekivanoga.

(1).4. Socijalni slučajevi nastali zbog društvene okoline evidentni su kao posljedica rata i sam rat. Međutim, tu su i oni nastali promjenom političkih odnosa, imigracijom, progonima i dr.

(1).5. Nezanemarljivi su i socijalni slučajevi nastali zbog fizičke okoline. To su oni koji su nastali geofizičkim i meteorološkim djelovanjem - potres, erozija, poplave, požari itd. Oni nisu predmetom obrade u ovom radu, ali je istaći da su poplave i požari uveliko "doprinjeli" da se poveća broj socijalnih slučajeva uopće.

<sup>18</sup> - Zakon o zdravstvenom osiguranju, Narodne novine, br. 75/93.;

- Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine, br. 75/93.;

- Statut Hrvatskog Zavoda za zdravstveno osiguranje, Narodne novine, br. 1/94.;

- Pravilnik o standardima i normativima obveznog zdravstvenog osiguranja za 1994. godinu, Narodne novine, br. 3/94., 9/94.

<sup>19</sup> - Zakon o mirovinskom i invalidskom osiguranju, Narodne novine, br. 26/83.- 26/93.;

- Statut Republičkog fonda mirovinskog i invalidskog osiguranja radnika Hrvatske, Narodne novine, br. 58/90.- 116/93.;

- Uredba o utvrđivanju najviših iznosa mase sredstava za isplatu mirovina, Narodne novine, br. 114/93.;

- Odluka o osnivanju Komisije za invalide u Republici Hrvatskoj, Narodne novine, br. 6/93.;

- Pravilnik o visini, načinu i rokovima usklađivanja mirovina i drugih novčanih primanja iz mirovinskog i invalidskog osiguranja, Narodne novine, 35/93.

Objektivni razlozi prvenstveno onemogućavaju da se namnoženi broj socijalnih slučajeva pokrije različitim socijalnim prestacijama i sve širom mrežom državnih i drugih aktivnosti. Daleko je vrijeme potpune izvjesnosti, potpune sigurnosti da će pojedinac steći određeni položaj, da će ga zadržati i unapređivati i realizirati sve svoje potrebe.

#### **4. Neke promjene u ostvarivanju i zaštiti prava u socijalnim slučajevima nastalim zbog fizioloških uzroka: bolesti i majčinstva**

Već je navedeno da su, uz invalidnost, starost, smrt i prirodni invaliditet, bolest i majčinstvo najčešći socijalni slučajevi nastali zbog fizioloških uzroka.

Brojni su elementi koji pogoduju fiziološkim uzrocima. To su i uvjeti rada za one koji rade (zaštita psihičkog i fizičkog integriteta radnika).

Obzirom na trošnost čovjekova tijela, sva dostignuća na području zdravstva i zdravstvene zaštite također moraju u jednakoj mjeri biti dostupna svima. Zdravlje je osnovno dobro čovjeka i štiti se cijelim "arsenalom" dostignuća ljudskog uma, jednaka za sve ljude, bez obzira na njihov status. Obzirom na fizičku konstituciju djece i žena, ovi su zahtjevi kod njih još istaknutiji. Otuda posebna zaštita djece i žena (majčinstvo napose).

U zakonodavstvu se često preuzima iz prakse mišljenje da je nesposobnost za rad vezana za radni odnos, za rad za drugoga po ugovoru o radu. Međutim, u općem smislu nesposobnost za rad znači nemogućnost obavljanja bilo koga posla zbog bolesti, defektnosti itd. Uzimaju se u obzir kriteriji sposobnosti i nesposobnosti. Propisi favoriziraju nerad zbog nesposobnosti za rad zbog bolesti, pa makar pojedinac raspolaže s preostalom sposobnošću. Izmjena propisa u tom smislu nužna je: svatko je dužan upotrebljavati svoje postojeće (preostale) radne sposobnosti u nekoj korisnoj aktivnosti, pa makar to bila i posebno zaštićena kategorija.

Sva davanja i činjenja kao zakonom određene prestacije ne mogu biti dovoljne pojedincu pogođenom socijalnim slučajem. Nezamjenljiva je tzv. obiteljska solidarnost (solidarnost u obitelji), kao najstariji i najtrajniji oblik povezanosti i međuzavisnosti ljudi. Obitelj je "osnovna društvena grupa".

##### *4.1. Solidarnost u zaštiti zdravlja*

Bolest je stanje koje može zahvatiti svakog čovjeka, a njezino nastupanje neizvjesno je. Bolest negativno djeluje na više aspekata čovjekova života. Bolest je napad na život i najčešće ga isključuje iz radne aktivnosti. Prema opstanku čovjek je najosjetljiviji. Bolest pojedinca stavlja u nepovoljan položaj, pa on sam ne može otkloniti nepovoljno stanje. Zbog toga je upućen na druge ili da mu osiguraju sredstva za život ili da poduzmu mjere liječenja. Zbog toga solidarnost je u prvom planu, sve manje kao milosrđe (dobrovoljna pomoć drugih), a sve više kao pravo na zdravstvenu zaštitu.

Zdravstveno osiguranje je pravo u kome su uređeni odnosi nastali povodom bolesti pojedinca, ozljede na radu, trudnoće i porođaja i smrti. To znači, kada nastupi jedan od ovih slučajeva, pojedinac ima pravo tražiti intervenciju drugih, a ovi su dužni to učiniti. Objekt odnosa je prestacija (davanje i činjenje) na koju pojedinac ima pravo kao

osiguranik ili osigurana osoba. Izvori prestacija zasnovani su na solidarnosti i uzajamnosti svih onih koji su osiguranjem obuhvaćeni.<sup>20</sup>

Najznačajnije pravo iz materijalnog osiguranja u slučaju bolesti jest pravo na naknadu plaće za vrijeme privremene spriječenosti za rad. Pored toga tu su i ova: pravo na naknadu putnih troškova u svezi s korištenjem zdravstvene zaštite; pravo na novčana primanja za slučaj rođenja djeteta; pravo na pogrebne troškove i pravo na posmrtnu pomoć. Da nije načela solidarnosti, teško bi se mogla priznati i realizirati prava iz materijalnog osiguranja.

Zdravstveno osiguranje obvezno je i dobrovoljno. Dobrovoljno zdravstveno osiguranje provode druge pravne osobe - osiguravatelji koji posluju po principima tržišta.<sup>21</sup>

Zaštitu zdravlja i zdravstveno osiguranje u Republici Hrvatskoj determiniraju i tržišna orijentacija u kojoj sve više ima tzv. "privatne prakse" (u općoj medicini, specijalističkim ambulantomama, stacionarnim lječilištima i sl.). U bolnicama (državnim i drugim) moći će se angažirati istaknuti specijalisti u svojevrsnom dopunskom radnom odnosu koji će "ugovorno" pružati određene usluge "privatnim pacijentima".

Nitko u Republici Hrvatskoj ne može ostati bez osnovne zdravstvene zaštite koju jamči država putem Hrvatskog zavoda za zdravstvo. Minimalni zdravstveni standard utvrđuje se jedanput u godini i ovisi o gospodarskoj snazi države. Obvezno osiguranje temelji se na doprinosima i drugim izvorima, a dobrovoljno osiguranje po tržišnim načelima za one koji žele viši standard u liječenju (npr. mogućnost odabira liječnika na specijalističkom odjelu klinike, veći komfor u jednokrevetnim sobama u bolnicama i sl.).

Zdravstvena zaštita obuhvaća sustav državnih, skupnih i individualnih mjera za unapređenje, čuvanje i vraćanje zdravlja. Svi građani dužni su brinuti se o svom zdravlju. Zakon o zdravstvenom osiguranju određuje ova prava:

- građanin može slobodno izabrati liječnika medicine i liječnika stomatologije, u skladu s odredbama ovoga Zakona i Zakona o zdravstvenom osiguranju (čl. 5);
- jednakost u cjelokupnom tretmanu prilikom ostvarivanja zdravstvene zaštite (čl. 25. st.1. t.1.);
- zdravstvenu uslugu standardizirane kakvoće i jednakog sadržaja kao i pravo na naknadu štete koja mu je nanesena pružanjem neodgovarajuće zdravstvene usluge (čl. 25. t.3.);
- hitnu pomoć i neodgodivu medicinsku pomoć u trenutku kada mu je ona potrebna (čl.25. st.1.t.4);
- slobodan izbor između više mogućih oblika medicinskih intervencija, koje mu ponudi doktor medicine odnosno doktor stomatologije ... (čl. 25. st.1. to.5.);
- ishranu u skladu sa svojim svjetonazorom za vrijeme boravka u zdravstvenoj ustanovi (čl. 25. st.1. to.12);
- i druga (vidi čl. 25. i dr.).

<sup>20</sup> Prema Statutu Svjetske zdravstvene organizacije zdravlje je stanje potpunog fizičkog, psihičkog i socijalnog "zdravlja" (blagostanja), a to znači ne samo odsustvo bolesti i nesposobnosti.

<sup>21</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju, Narodne novine, br. 75/93., članak 2. st.1. i 5.

### *Obvezno zdravstveno osiguranje*

Prava po osnovi obveznog zdravstvenog osiguranja osobna su, neprenosiva na druge i nenasljediva prava. Mogu se nasljeđivati prava na novčana primanja koja su dospjela za isplatu, a ostala su neisplaćena zbog smrti osigurane osobe.

Osigurane su osobe: osiguranici (čl.5 Zakona o zdravstvenom osiguranju); članovi obitelji osiguranika (čl.6.); druge osobe osigurane u određenim okolnostima (čl. 10-14).

### *Prava iz obveznog zdravstvenog osiguranja*

Prava iz obveznog zdravstvenog osiguranja obuhvaćaju: pravo iz zdravstvene zaštite i pravo na novčane nadoknade i pomoći (čl. 15 Zakona o zdravstvenom osiguranju).

### *Zdravstvena zaštita*

Pravo osiguranih osoba (osiguranika, članova obitelji osiguranika i drugih osoba osiguranih u određenim okolnostima) na zdravstvenu zaštitu obuhvaća: primarnu zdravstvenu zaštitu, specijalističko-konzilijarnu zdravstvenu zaštitu i bolničku zdravstvenu zaštitu.

Prava (socijalne prestacije) u naturi jesu: ortopedska i druga pomagala, stomatološko-protetski nadomjesci; pravo na lijekove koji se stavljaju u promet (a liste lijekova koje se osiguranim osobama mogu propisivati na teret sredstva Zavoda za zdravstveno osiguranje).

Novčane nadoknade i pomoći u sklopu obveznoga zdravstvenog osiguranja jesu: nadoknada plaće za vrijeme bolovanja, nadoknada putnih troškova u svezi s korištenjem zdravstvene zaštite, pomoć za opremu novorođenog djeteta i nadoknada za pogrebne troškove.

### *Izvori sredstava obveznog zdravstvenog osiguranja*

Zakon taksativno određuje preko deset posebnih "izvora" sredstava obveznog zdravstvenog osiguranja. Uz "standardne" izvore, u novim propisima najviše pažnje posvećuje se onima koji su regulirani pod "sudjelovanje osiguranih osoba u pokriću dijela troškova zdravstvene zaštite". To se odnosi na: lijekove na recept, kućnu posjetu, dijagnostičke, terapijske i rehabilitacijske postupke u specijalističko-konzilijarnoj zdravstvenoj zaštiti; ortopedska pomagala te sanitarne sprave; stomatološko-protetsku pomoć i stomatološko-protetske nadomjestke; svaki pregled u primarnoj zdravstvenoj zaštiti; smještaj i prehranu u bolničkoj zaštiti i u lječilištima, te prijevoz sanitetskim vozilom.

#### *4.2. osigurane osobe koje ne sudjeluju u pokriću dijela troškova zdravstvene zaštite*

Bez obzira na oblik socijalne prestacije u zdravstvenoj zaštiti, osigurane osobe ne sudjeluju u pokriću dijela troškova zdravstvene zaštite: kada zdravstvenu zaštitu koriste poradi ozljede na radu i oboljenja od profesionalnih bolesti; kod preventivnih mjera utvrđenih planom i programom mjera zdravstvene zaštite; prilikom liječenja od zaraznih bolesti; materinstva i djece do navršene 15-e godine života; prilikom liječenja

od duševnih bolesti koje predstavljaju opasnost za njihov život, život građana i imovinu; ako su bile sudionici domovinskog rata (vojni invalidi domovinskog rata, osobe kojima je aktom potvrđeno sudjelovanje u domovinskom ratu te priznat status pripadnika hrvatske domovinske vojske); osigurane osobe do određenog cenzusa prihoda; osiguranici - članovi obitelji poginulih ili umrlih od posljedica ranjavanja u domovinskom ratu; osiguranici-dobrovoljni davaoci krvi (50 i više davanja), te davaoci organa ljudskog tijela u svrhu liječenja; osiguranici - štice socijalnih ustanova za koje nadležno tijelo socijalne skrbi u cijelosti ili djelimice snosi troškove skrbi i osigurane osobe kada zdravstvenu zaštitu koriste kao hitnu medicinsku pomoć, samo dok takva pomoć traje.

Osigurane osobe mogu biti oslobođene sudjelovanja u pokriću dijela troškova zdravstvene zaštite trajno ili jednu godinu, odnosno do kada su prestali razlozi zbog kojih je to pravo priznato uz mogućnost produžavanja ako za to postoje i dalje razlozi.<sup>22</sup>

#### 4.3. Nadzor u svezi ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu

Zakon o zdravstvenom osiguranju predviđa provođenje nadzora u svezi ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu. U tom nadzoru sudjeluju kontrolor i liječnička komisija.

Kontrolor ima posebne ovlasti: obavlja nadzor nad radom liječnika medicine i stomatologa primarne zdravstvene zaštite, a posebice nadzora u svezi korištenja bolovanja osiguranika, te drugih poslova utvrđenih propisima.

Liječnička komisija je tijelo Hrvatskog Zavoda za zdravstveno osiguranje za stručno-medicinsko vještačenje i odlučivanje u slučajevima predviđenim propisima.<sup>23</sup>

Strogost propisa karakterizira i propisivanje prekršaja i zapriječena novčana kazna u dinarskoj protuvrijednosti od 250 do 400 DEM, građaninu: ako je svjesno prouzročio privremenu nesposobnost za rad, ako namjerno sprečava ozdravljenje, odnosno osposobljavanje ako radi, ako bez opravdanog razloga ne odgovori na poziv za liječnički pregled, ako se ne pridržava uputa za liječenje, odnosno bez dozvole liječnika otpuće iz mjesta prebivališta ili u roku od tri dana nakon početka bolesti ne izvijesti izabranog liječnika primarne zdravstvene zaštite da je obolio; te ako je ostvario pravo na nadoknadu putnih troškova u svezi s liječenjem, a nije imao pravnog osnova (čl. 100. Zakona o zdravstvenom osiguranju).<sup>24</sup>

Brojnost tijela nadzora i brojnost prekršajnih djela govori o namjeri zakonodavca da manji broj prestacija prati i nadzire, a njihovu povredu kažnjava.

Restriktivnost prava proizlazi iz brojnih ograda, zapreka, uvjeta za ostvarivanje tih prava. U obveznom zdravstvenom osiguranju to su: zdravstveni standard u primarnoj, specijalističko-konzilijarnoj i bolničkoj zdravstvenoj zaštiti; opseg prava kojeg za svaku kalendarsku godinu utvrđuje ("donosi") Vlada Republike Hrvatske na prijedlog ministra zdravstva (st.2. čl. 17. Zakona o zdravstvenom osiguranju); način ostvarivanja prava osiguranih osoba za svaku kalendarsku godinu (što donosi Zavod za zdravstveno osiguranje uz suglasnost ministra zdravstva). Jedan broj prestacija prenosi

<sup>22</sup> Odluka o sudjelovanju osiguranih osoba u pokriću dijela troškova zdravstvene zaštite, Narodne novine, br. 9/94.

<sup>23</sup> Pravilnik o sastavu, ovlastima i načinu rada kontrolora i liječničkih komisija Hrvatskog Zavoda za zdravstveno osiguranje, Narodne novine, 9/94.

<sup>24</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju, op. cit. čl. 100.

se u većoj mjeri na poslodavca (fizičku ili pravnu osobu), npr. kod nadoknade plaće do 42. dana zbog bolovanja; smanjuje se trajanje prava na naknadu plaće, "najviše do šest radnih dana", radi njege supružnika i djeteta (za djecu do 7. godina starosti do 12 radnih dana), a izuzetno do 30. dana; pravo na naknadu plaće od prvog dana korištenja porodnoga dopusta, dodatnoga porodnog dopusta, posvojiteljskog dopusta (prava na rad sa skraćenim radnim vremenom od jedne odnosno tri godine života djeteta (po visini); nadzor nad korištenjem bolovanja od strane posebnih kontrolora; postupak s osiguranikom čije bolovanje traje neprekidno 12 mjeseci; pravo na nadoknadu plaće osiguraniku još 30 dana nakon prestanka radnog odnosa; gubljenje prava na nadoknadu plaće (čl. 32 Zakona o zdravstvenom osiguranju); te visina nadoknade plaće (čl. 33 i 34. istoga Zakona).

Za ozljede na radu i oboljenja od profesionalnih bolesti osiguranika i osiguranih osoba, pravne i fizičke osobe osiguravaju u cijelosti sredstva za osiguravanje prava i obveza iz obveznog zdravstvenog osiguranja. Pravne i fizičke osobe obvezne su se reosigurati radi rizika ozljede na radu i oboljenja od profesionalnih bolesti (čl. 51. Zakona).

## 5. Posebna zaštita hrvatskih branitelja i invalida domovinskog rata

U novo radno i socijalno zakonodavstvo spadaju i propisi kojima se uređuju prava hrvatskih branitelja, te posebna zaštita invalida domovinskog rata.<sup>25</sup>

### 5.1. Korisnici određenih prava

Zakon o pravima invalida domovinskog rata (Narodne novine, br. 2/94) određuje korisnike određenih prava. To su:

a) branitelji domovinskog rata: pripadnici oružanih snaga Republike Hrvatske, pripadnici Ministarstva unutarnjih poslova, te dragovoljci koji su organizirano sudjelovali u obrani suvereniteta Republike Hrvatske u vremenu od 30. svibnja 1990. godine (temeljem uvjerenja o tom svojstvu što ga izdaje Ministarstvo obrane odnosno Ministarstvo unutarnjih poslova);

b) ratni vojni invalidi, čiji status se utvrđuje sukladno propisima o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata;

c) članovi obitelji hrvatskih branitelja (supružnik, djeca, usvojenici, pastorčad, roditelji, očuh, maćeha, i usvojitelj). Prioritet u ostvarivanju prava između članova obitelji utvrđuju se prema propisima o nasljeđivanju, a članovi iz istoga nasljednoga reda prema međusobnom sporazumu.

Ratnim vojnim invalidima hrvatskih obrambenih snaga smatraju se pripadnici oružanih snaga Republike Hrvatske, MUP-a, civilne zaštite, dobrovoljačkih odreda, te drugih od strane Ministarstva obrane i MUP-a organiziranih službi, jedinica i pojedinaca, koji su po obavljanju službenih dužnosti, od 30.V.1990. u funkciji obrane Republike Hrvatske ranjeni, povrijeđeni, ozlijeđeni ili oboljeli.<sup>26</sup>

Navedeni korisnici imaju prava na različite prestacije u novcu, u uslugama, u naturi, odnosno privremene, povremene i trajne prestacije. To su:

<sup>25</sup> Na sjednici održanoj 30. prosinca 1993. godine, Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske donio je Zakon o pravima invalida domovinskog rata, Narodne novine, br. 2/94.

<sup>26</sup> Uredba o zaštiti žrtava rata za obranu Republike Hrvatske i njihovih obitelji, Narodne novine, br. 52/91.

a) pravo na invalidsku mirovinu, prema propisima o mirovinskome i invalidskome osiguranju vojnih osiguranika - kao trajna novčana prestacija;

b) pravo na obiteljsku mirovinu, kao novčana prestacija određenog trajanja i pod određenim uvjetima;

c) prava iz zdravstvenog osiguranja - pravo prioritetnog korištenja zdravstvene zaštite u inozemstvu i pravo na ortopedsko pomagalo i dr.;

d) prava na temelju preostale radne sposobnosti - pravo na profesionalnu rehabilitaciju i pravo na naknadu plaće u visini plaće koju bi ostvarivali da su u postrojbama;

e) pravo na doplatu za djecu poginulog, zatočenog ili nestalog hrvatskog branitelja i djecu hrvatskih ratnih vojnih invalida domovinskog rata;

f) pravo na materijalno osiguranje za vrijeme nezaposlenosti, uz prijavu Zavodu za zapošljavanje u roku od 3 mjeseca po demobilizaciji, a uvećana je i naknada za 20% u odnosu na druge korisnike;

g) pravo na zapošljavanje, tako što je stvorena zakonska obveza za poslodavce koji imaju više od 30 zaposlenih da zapošljavaju 3% HRVI domovinskog rata u odnosu na ukupan broj zaposlenih, počev od 12. ožujka 1994. godine po određenom redoslijedu;

h) oslobađanje HRVI domovinskog rata svih poreza i doprinosa na plaću;

i) pravo na stan, po popisu Ministarstva obrane, i standardima koje utvrđuje Vlada Republike Hrvatske. Općine, gradovi, županije i Republika Hrvatska dužni su osigurati najmanje 70% stanova koji su u njihovom vlasništvu i useljivi su ili to postanu naknadno;

j) ostala prava obitelji zatočenog i nestalog: pravo 100% HRVI na uporabu osobnog automobila kojega dobiva od Ministarstva obrane na korištenje, uvoz automobila pod povoljnijim uvjetima, umanjeno plaćanje poreza i brojna druga.

## *5.2. Prava bivših političkih zatvorenika*

Novi propisi su i oni koji uređuju prava bivših političkih zatvorenika iz mirovinskog i invalidskog osiguranja. Političkim zatvorenikom prema posebnom zakonu smatra se hrvatski državljanin koji je zbog svojih političkih uvjerenja ili drugog oblika političkog otpora prema nedemokratskom režimu bio lišen slobode u razdoblju od 15. svibnja 1945. do 30. svibnja 1990. i koji je do dana stupanja na snagu toga Zakona imao na teritoriju Republike Hrvatske prebivalište najmanje deset godina.

Ovo je uređeno Zakonom o pravima bivših političkih zatvorenika, Narodne novine, br. 34/91. i 76/93.

## **6. Neke promjene u odnosima socijalne zaštite**

Nemoć, nemogućnost i nesposobnost za rad pojmovi su koji govore da se pojedinac nalazi u stanju kada osobno svojom aktivnošću (radom, imovinom, pravima itd.) ne može sebi osigurati uvjete i sredstva za život dostojan čovjeka. To stanje, bez obzira na različite uzroke, pojedinac ne može sam otkloniti i promijeniti. Otuda je nužna solidarnost (i uzajamnost) drugih. Odnosi među njima u socijalnopravnoj teoriji zovu se socijalna zaštita. U užem smislu to je socijalna skrb kojom se na načelima

humanizma, solidarnosti, uzajamnosti i samopomoći, osigurava socijalna zaštita i uvjeti za ekonomsku i socijalnu sigurnost.<sup>27</sup>

Socijalne se pomoći mole. Socijalna se prava zahtijevaju. Socijalna skrb je, najčešće u prvoj grupi. Kada se radi o pomoći, onda joj je osnovica u dobrovoljnosti (milosrđe, pomoć, karitativnost, samilost i sl.). Kada se radi o pravu, onda je osnovica odnosa u "pravima i dužnostima" na obje strane.

Oblici i nosioci socijalne zaštite uređeni su brojnim propisima. Zakonom o socijalnoj zaštiti (Narodne novine, br. 10/91., 19/91., 26/93.) uređuju se pitanja: zadovoljavanja socijalno-zaštitnih mjera; utvrđivanje potreba i osiguranje sredstava za ostvarivanje socijalne zaštite; organiziranje obavljanja djelatnosti socijalne zaštite; nadzor nad zakonitosti rada; nadzor nad stručnim radom i dr.<sup>28</sup>

Heteronomnim normama propisuju se uvjeti i način ostvarivanja prava u oblasti socijalne zaštite, oblici socijalne zaštite i uvjeti za njihovu primjenu; socijalna zaštita osoba nepoznatog prebivališta; opseg, kvaliteta i način podmirivanja potreba i interesa u oblasti socijalne zaštite i druga pitanja; o sadržaju, uvjetima i načinu izdavanja te uporabi socijalne iskaznice; o vođenju evidencije i o dokumentaciji službe socijalne zaštite; o sastavu i radu stručnih komisija kao organa vještačenja u postupku za ostvarivanje prava i drugih oblika socijalne zaštite; o sadržaju medicinske i druge dokumentacije te o vrstama i stupnju ometenosti u psihofizičkom razvoju djece i omladine; o načinu obavljanja nadzora nad stručnim radom organizacija socijalne zaštite (pa i lista stručnjaka za taj nadzor), uvjeti glede prostora, opreme i potrebnih stručnih i drugih radnika u socijalnoj zaštiti; o socijalnom minimumu i brojna druga.

Brojnost propisa ne prati adekvatna brojnost i kvalitet prestacija. Sadržaj normi usmjeren je na propisivanja uvjeta za formiranje i evidentiranje sredstava, visina naknada, izrade programa socijalne zaštite, normativa, standarda i sl.

Posebnu grupu propisa čine oni o brizi o djeci predškolskog odgoja, o specifičnim potrebama djece sa teškoćama u razvoju, o normativima prehrane, o pravima i dužnostima centara za socijalni rad kojima se maloljetnik povjerava radi izvršenja odgojne mjere, o organiziranom odmoru djece, te o doplatku za djecu.

Drugu grupu čine propisi o vojnim i civilnim invalidima rata, po kojima se prava razvrstavaju na: prava po osnovi oštećenja organizma; prava po osnovi gubitka člana obitelji; prava po osnovi materijalnih i drugih potreba korisnika. Propisan je način i lista utvrđivanja postotka oštećenja organizma vojnih i civilnih invalida rata; rad liječničkih komisija u postupku za ostvarivanje prava; medicinske indikacije za

<sup>27</sup> - Zakon o humanitarnoj pomoći, Narodne novine, br. 83/92.

- Pravilnik o načinu vođenja evidencije o korisnicima, opsegu prikupljanja i raspodjeljivanja humanitarne pomoći, te o sadržaju i rokovima izvješća, Narodne novine, br. 10/93.

- Zakon o statusu prognanika i izbjeglica, Narodne novine, br. 96/93.

- Zakon o Hrvatskom Crvenom križu, Narodne novine, br. 61/91.

<sup>28</sup> "Ja i dalje pretpostavljam da izučavanje socijalne zaštite mora obuhvatiti mnogo toga i otvoriti mnoge puteve i pristupe. Ono mora voditi k jednom načinu promatranja svijeta i razumijevanja ljudi i njihovih problema, a ne dopustiti zatvaranje u cjelinu nekog takvog kakvo je ono u određenom momentu. Spoznati svijet i mjesto čovjeka u njemu znači, prije svega, shvatiti ga kao jedan proces u kojem se neprestalno mijenjaju sve vrijednosti i institucije, pa čak i one koje se čine najstabilnijima i trajnijima. Samo tako možemo bolje prosuditi što je učinjeno i što se čini u pogledu ljudskih patnji, za one ljude koji nisu u stanju normalno djelovati u datom društvenom poretku, ili što se pokušalo učiniti, ili se čini s onim društvenim poretkom koji velikom broju ljudskih bića onemogućava optimalno djelovanje." PUSIĆ, E., *Socijalna zaštita i društveni razvoj*, Zagreb, 1978., str. 9.



razvrstavanje vojnih i civilnih invalida rata od I. do IV. grupe prema stupnju potrebe za njegovom i pomoći druge osobe i dr.

Socijalna politika, a time i socijalno pravo u oblasti socijalne zaštite, treba cjelovitije postaviti i regulirati status starijih osoba, jer s "trećom životnom dobi" u nekim aspektima dolaze posebne i naglašene teškoće koje se manifestiraju i kao oblici izrazite socijalne ugroženosti, odnosno kao akutne ili potencijalne teškoće u zadovoljavanju osnovnih životnih potreba u različitim područjima materijalnog i društvenog života starijih ljudi.<sup>29</sup>

Starije su osobe usamljene, otuđene, samohrane, iznemogle, sa smanjenim sposobnostima za svoju njegu, pa je država u obvezi povećati broj prestacija, a smanjiti broj uvjeta za stjecanje prava po osnovu rizika starosti.

Pored toga i obitelj mora više na sebe preuzeti socijalno-zaštitnu funkciju.

U ovom dijelu nužno je povećanje novčanih davanja i zdravstvene zaštite, adekvatniji uvjeti stanovanja, odgovarajući režim ishrane i dr. Naglašeni problem javit će se nakon pretvorbe društvenog vlasništva i prodaje stanova na kojima postoji stanarsko pravo, kao i nakon donošenja propisa o denacionalizaciji, jer starije osobe ne mogu pratiti tako izražen trend promjene odnosa i statusa. U području zdravstvenog osiguranja zahtijevaju se brojni uvjeti i "dokazi" (o pravu na nekretninama, o socijalnom cenzusu i sl.) da bi se određena socijalna prestacija koristila.

Socijalna zaštita izrasta iz socijalne politike, a ova je uvijek povezana s cjelokupnim ekonomskim, političkim i pravnim stanjem u društvu. Kad je riječ o zaštiti starijih osoba, značajne su preventivne mjere, ali su daleko važnije kurativne mjere (primjena mjera i sredstava kojima je cilj otkloniti ili ublažiti već stvoreno stanje). Zakonodavstvo države treba voditi računa i o međunarodnim vrelima, prvenstveno konvencijama MOR.<sup>30</sup>

### 6.1. Oblici socijalne zaštite starijih osoba

Jedan od oblika socijalne zaštite starijih osoba jest smještaj u drugu obitelj. Odrasla i starija osoba koja je nesposobna za samostalan život i kojoj je, zbog trajnih promjena u zdravstvenom stanju, prijeko potrebna stalna pomoć i njega druge osobe, jer sama ne može udovoljiti osnovnim životnim zahtjevima, može se smjestiti u drugu obitelj.

Drugi oblik je smještaj u organizaciju socijalne zaštite.

Ostali oblici su:

- privremena ili jednokratna novčana pomoć,
- stalna novčana pomoć,
- naknada životnog standarda,
- doplatak za pomoć i njegu,
- pružanje usluga i pomoći u kući i dr.

<sup>29</sup> Hrvatska je još 1971. godine imala 14,9% od ukupnog stanovništva starijih od 60 godina. Lika i Hrvatsko primorje imaju još veći postotak starijih od 60 godina.

<sup>30</sup> - Konvencija br. 48 o uspostavljanju međunarodnog uređenja očuvanja prava za slučajeve iznemoglosti, starosti i smrti iz 1935. godine (Vidi ratifikaciju "Sl. vjesnik Prezidijuma Nar. skupštine", broj 12/52);

- Konvencija br. 102 o minimalnim normama socijalnog osiguranja iz 1952. godine (Vidi ratifikaciju "Sl. list", br. 1/55.).

Sve je više onih koji koriste socijalnu zaštitu u obliku pomoći za prehranu, nabavu ogrijeva, nabavu odjeće i obuće i pomoći u obliku dara.

Bogata iskustva u razvijenom demokratskom svijetu i dostignuti stupanj socijalne zaštite u nas moraju biti osnove i za novo zakonodavstvo, ali i aktivnosti svih, ne samo socijalnopravnih tijela i organizacija. Prioritet treba de facto određivati, a oni će se i ubuduće odnositi na:

a) zadovoljavanje stambenih potreba - da osoba svoju starost provede u stanu, odnosno u socijalnoj sredini u kojoj je živjela, uspostavila dobrosusjedske odnose i stekla prijatelje, pa i pod uvjetom da im se u stanu organizira njega i pomoć;

b) različite oblike socijalne integracije (dnevni boravak u domovima za stare osobe i domovima umirovljenika, kao i izvan njih; klubovi za okupljanje starih osoba);

c) pomoć u kućnim poslovima i njega starih i bolesnih (čišćenje i spremanje stana, pranje rublja, spremanje ogrijeva, kupovina hrane, susjedska pomoć i sl.);

d) ishrana starijih osoba (priprema hrane i njeno raznošenje bolesnim, nepokretnim, samohranim osobama po kućama);

e) smještaj starijih osoba u drugu obitelj i domski smještaj;

f) zdravstvena zaštita u stanu i dr.<sup>31</sup>

Rezultati i aktivnosti u ovoj oblasti ne smiju biti samo rezultat entuzijazma, individualnog interesa i poduzimljivosti pojedinaca, već organiziranog pristupa istraživanjima od interesa i za korisnike (i potencijalne korisnike) različitih socijalnih prestacija, ali i za društvo. Za to je preventivno potrebno i sustavno i kontinuirano obrazovanje na jedinstvenom doktrinarnom principu suvremene gerontologije, prilagođene našim specifičnim društvenim uvjetima i potrebama.

Povećavat će se broj starijih osoba, a time će rasti potrebe za njihovom socijalnom zaštitom, pogotovo ako se ne zaustavi pad životnog standarda. Ovdje će i dalje biti naglašeno načelo solidarnosti i visokog humanizma.

## 7. Zaključak

1. Nalazimo se u "međuprostoru" prijelaza iz jednog u drugi sustav socijalne politike, a time i socijalne sigurnosti, socijalne zaštite pa i socijalnog osiguranja. Orijentacija društva na tržište i tržišno privređivanje lomi odnose utemeljene i razvijene na principima samoupravnosti i naglašene solidarnosti. Mijenja se cilj i zadaća socijalne politike, kao i subjekti koji tu politiku realiziraju: država, ministarstva, fondovi, trgovačka društva, ustanove, sindikat i druge udruge građana u Republici Hrvatskoj.

2. Republika Hrvatska mora kao razvijena, civilizirana i socijalna država povećavati broj osiguranih socijalnih slučajeva. Socijalno pravo ne može, na jednoj strani povećavati broj socijalnih prestacija za "pokrivene socijalne slučajeve", a na drugoj strani "propisivati" takve uvjete da će biti mali broj osoba u stanju socijalne potrebe koji će biti korisnicima određenih socijalnih prestacija. To se posebice odnosi

---

<sup>31</sup> Međunarodni skup na temu "Učešće lokalne zajednice u programima za stare osobe" OUN - 1971., preferira osnivanje gerontoloških centara kao specijaliziranih institucija u oblasti društvene brige o uvjetima života u starosti. Potencijalni korisnici centra nisu samo stari (umirovljenici i dr.), već i njihova obitelj i srodnici, pa i osobe u kasnijem dobu radno-aktivne faze života, humanitarne organizacije i odgovarajuće stručne institucije (domovi zdravlja, škole, centar za socijalni rad i dr.).

na oblast socijalne zaštite (socijalne skrbi) i postizanje ekonomske i socijalne sigurnosti građana i socijalnih grupa.

3. Primjetna je tendencija da se socijalnopravni odnosi u pojedinim oblastima socijalnog prava "vraćaju" u "tradicionalno" pravne odnose osiguranja (npr. u osiguranju u društvima koja se bave osiguranjem imovine i osoba). Tako je izvršeno razvrstavanje poslova "neživotnog osiguranja" i na "osiguranje od nezgode te bolesničko osiguranje kojim su obuhvaćene i ozljede na radu i oboljenja od profesionalnih bolesti" (čl. 5. Zakona o osiguranju, Narodne novine, br.9/94). Naglašava se princip uzajamnosti (uzajamno pomaganje), koji sve više dokida dobrovoljnost a favorizira obveznost osiguranja, po sili zakona. Dobrovoljnost će zahtijevati i veća osobna davanja.

4. Sustav milosrđa u raznim oblicima zbrinjavanja siromašnih, bolesnih, iznemoglih i starih nezamjenljiv je, ali se država ne može time oslobađati svoje socijalne funkcije bez obzira na veliki broj pojedinaca i različitih institucija koji su u tom sustavu milosrđa (crkva prvenstveno i brojne karitativne udruge). U ovom periodu teško je taj teret prenositi na obitelj.

5. Pojavom određenog socijalnog slučaja nastupaju ekonomske i socijalne posljedice koje znatno prelaze realne materijalne mogućnosti pojedinaca.

To važi uopće, a naglašeno je u zdravstvenom osiguranju iz kojeg proizlaze prava na zdravstvenu zaštitu i na materijalno osiguranje u slučaju bolesti, te pomoći za slučaj bolesti. Tendencije moraju stvarati osnov za novo socijalno zakonodavstvo (*de lege ferenda*) u kome će vladati "potpuno zdravlje" (fizičko, psihičko i socijalno blagostanje), sve manje bolesti i nesposobnosti. *De lege lata* garantira se osnovna zdravstvena zaštita na načelima solidarnosti i uzajamnosti, pa i za one nezaposlene, izvan školovanja i sl. Oni tu zaštitu ostvaruju nakon propisane prijave Zavodu za zapošljavanje i redovite evidencije nezaposlenih. No, i to je sve restriktivnije.

6. Brojnost prestacija ne prate uvjeti za njihovu realizaciju. Uvjeti su restriktivni, poglavito u oblasti obveznog zdravstvenog osiguranja. Propisani su brojni "Standardi", opseg prava, način ostvarivanja i drugo, i to za svaku kalendarsku godinu od strane Vlade, Ministarstva zdravlja ili državnih tijela (zavoda i dr.).

S druge, pak, strane javlja se poplava propisnika svih vrsta u svim oblastima socijalnog prava. Prenormiranost stvara probleme u praksi. dolazi do ustroja novih organizacija i tijela, državnih i paradržavnih, stvara se brojna administracija i suvišna evidencija, a za korisnike socijalnih prestacija prepreke koje su sve teže savladive. To se naročito odnosi na zdravstvenu zaštitu i zdravstveno osiguranje s brojnim ovlastima Ministra zdravstva i Hrvatskog Zavoda za zdravstvo da uređuju podzakonskim aktima brojne odnose (uvjete i način korištenja prava na pomoć za opremu novorođenog dje-teta; o imovinskom cenzusu osiguranika kao uvjetu za korištenje privatnog zdravstvenog osiguranja; uvjetima i načinu provođenja dopunskog i privatnog zdravstvenog osiguranja; o uvjetima po kojima se drži da je osoba nesposobna za samostalan rad i život i nema vlastitih sredstava za uzdržavanje; pravima, uvjetima i načinu korištenja zdravstvene zaštite u inozemstvu; standardima i normativima obveznoga zdravstvenog osiguranja i načinu ostvarivanja prava osiguranih osoba i brojni drugi).

7. Projekt zakonodavstva u mirovinskom ( i invalidskom) osiguranju ne može eliminirati prava invalida, invalidnih osoba (npr. slijepih invalida rada); poslove s posebnim uvjetima rada; osobito teške, naporene i po zdravlje štetne poslove i zaštitu zdravlja na tim radnim mjestima, bez obzira što se to može "izmjestiti" i u "druga"

osiguranja. Javit će se i novi odnosi što proizlaze iz staža ostvarenog u domovinskom ratu, iz statusa vojnih i civilnih invalida rata (razvrstavanja, pomoć i njega, utvrđivanje postotka oštećenja organizma).

Neuputne su veće restrikcije u mirovinskom osiguranju poljoprivrednika (seljaka), bez obzira što će u određenim slučajevima ta kategorija biti "uvrštena" u socijalnu skrb (kojoj po svojoj naravi manje pripada).

Profesionalna rehabilitacija invalida ne bi smjela biti "brisana" iz ovog zakonodavstva, bez obzira na sve razloge koje dirigira tržište i promjene u radnim odnosima.

8. Univerzalni međunarodni dokumenti, Europska povelja o osnovnim socijalnim pravima radnika, brojne konvencije i preporuke Međunarodne organizacije rada, Svjetske zdravstvene organizacije i drugih specijaliziranih organizacija Ujedinjenih naroda nalažu da se u zakonodavstvu i praksi vodi računa i o: odmoru djece i mladeži; doplatku na djecu; društvenoj brizi o djeci predškolske dobi; o specifičnim potrebama djece s teškoćama u razvoju i drugima.

9. Posljedice rata dugo će se osjećati. Novo socijalno zakonodavstvo treba na principima solidarnosti i humanizma utvrđivati nove socijalne prestacije uz što jednostavnije (manje restriktivne) uvjete za njihovo ostvarivanje.

### *S u m m a r y*

#### **SOCIAL PRESTATIONS BETWEEN THE GIVEN (DE LEGE LATA) AND THE EXPECTED (DE LEGE FERENDA)**

The social-law relations, as they are, bear a sign of the times in which they accrued and the regulations of a heterogenous nature, which are, in the stage of creation, realization and protection, more or less known. This time is primarily the time of regulation and setting up of the form and the substance in the "new" social-law institutions, with the orientation to institutional regulation of the market and the entrepreneurs' initiative, yet with the burdens pertinent to the "social state".

The uneven possibilities of satisfying the needs cannot be substituted by provisions in statutes, nor by their quantity. Restriction and distribution of social prestations is obvious: some are disappearing, and few are being created.

The above is sought to be explained in this paper in parts which deal with: the basics and the framework of social prestations, the criteria for division of socially inconvenient cases and the comments upon the regulation on the changes in social welfare insurance, social care and the development of the "new" subjects of social rights. On the other hand, a "project" is offered for social rights. On the other hand, a "project" is offered for the possible provisions in the statutes (solutions de lege ferenda).



## ODMJERAVANJE KAZNE KAO AKT SUBJEKTIVNE SUDSKE OCJENE

Dr. sc. Đuro Tabaković, izvanredni profesor,  
Pedagoški fakultet u Rijeci  
Dr. sc. Velinka Grozdanić, docent,  
Pravni fakultet u Rijeci  
Mr. sc. Zoran Sušanj, asistent,  
Pedagoški fakultet u Rijeci

UDK: 343.24/29  
Ur. 15 srpnja 1994.  
Izvorni znanstveni članak

*Problem sudskog odmjeravanja kazne jedan je od najsloženijih problema u suvremenoj znanosti kaznenog prava i to iz razloga što je postupak izbora kazne od strane suda u suštini postupak prosuđivanja, ocjenjivanja i prognoziranja i kao takav on je neizbježno i subjektivan, osoban, iracionalan, intuitivan .... Ovaj rad predstavlja pokušaj osvjetljavanja utjecaja subjektivnih faktora u postupku izbora i mjere kazne.*

*Ispitano je 56 studenata prava s ciljem da se ustanovi povezanost stanovitih osobina "sudaca" s izborom i odmjeravanjem kaznenih sankcija. Ispitanici su prisustvovali sudskoj raspravi jednog slučaja teške krađe, pa su nakon toga svatko posebno, i ne znajući za presudu suda, izabrali i odmjerili odgovarajuću sudsku sankciju. Ispitani su, također, ovim psihologijskim instrumentima: upitnikom ličnosti EPQ, skalom spolne orijentacije i M-serijom za inteligenciju. Utvrđeno je da se inteligentniji ispitanici i oni muškog spola značajno više opredjeljuju za kaznu zatvora, a za uvjetnu osudu manje inteligentni i ženskog spola. Zatim, veće kazne bezuvjetnog zatvora odmjeravaju ispitanici koji na skali femininosti postižu niže rezultate. Ispitanici koji su se opredijelili za uvjetnu osudu, a manje su feminini izriču duže trajanje kušnje, a ispitanici muškog spola mišljenja su da valja zaprijetiti većom kaznom zatvora. Ovi rezultati ukazuju na važnost subjektivnih činitelja pri odmjeravanju kazne.*

### 1. Uvod

Problem odmjeravanja kazne jedan je od najznačajnijih, ali istovremeno i njasloženijih problema u suvremenoj znanosti kaznenog prava. O značaju ovog problema svjedoči obimna literatura iz područja odmjeravanja kazni, ali i činjenica da su mnogi znanstveni skupovi bili posvećeni upravo ovoj problematici.<sup>1</sup> Složenost ovog problema prizlazi iz činjenice da se tek ispravnim odmjeravanjem kazne ostvaruju ciljevi kaznenog prava, odnosno funkcija kaznenog zakonodavstva određene države, a

---

<sup>1</sup> Tako npr. Međunarodni kongres za krivično pravo u Ateni 1957. g., Međunarodni kongres za krivično pravo u Hagu 1964. g., Međunarodni kongres za društvenu obranu u Parizu 1971. g. i ostali mnogobrojni skupovi na kojima je ova problematika zauzimala značajno mjesto.

da je pretpostavka pravilnog odmjerenja kazne počinitelju nekog kaznenog djela pronalaženje prave mjere u međusobnom odnosu i usklađivanju dva temeljna principa kaznenog prava: princip zakonitosti (kazna se može odmjeriti samo u okviru određenih granica propisanih zakonom) i princip individualizacije (kazna mora biti prilagođena konkretnom djelu i počinitelju).

Realizacija ovog delikatnog zadatka podijeljena je u suvremenom kaznenom pravu između zakonodavca i suda. Zakonodavac određuje djelo, postavlja kaznene okvire za svako pojedino djelo i propisuje opće pravilo o odmjerenju kazne. Sudac, polazeći od apstraktnog djela i apstraktno propisane kazne u zakonu, konkretnom počinitelju kažnjivog djela odmjera konkretnu kaznu slijedeći pravilo o odmjerenju kazne, koje ga upućuje na svrhu kažnjavanja (specijalna i generalna prevencija) i sve okolnosti vezane za djelo počinitelja, a koje mogu utjecati da kazna bude manja ili veća (olakotne i otegotne okolnosti), naglašavajući među njima stupanj krivične odgovornosti, pobude iz kojih je djelo počinjeno, jakost ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti uz koje je djelo počinjeno, prijašnji počiniteljev život, njegove osobne prilike i njegovo držanje nakon počinjenog kaznenog djela te druge okolnosti što se odnose na počiniteljevu ličnost.

Odmjeravanje kazne od strane suca je, prema tome, konkretizacija zakonskih odredbi o kažnjavanju. Da bi ta konkretizacija bila moguća, tj. da bi sudac u okviru apstraktno propisane kazne mogao počinitelju nekog kaznenog djela izreći konkretnu kaznu u skladu s opasnošću djela i počinitelja nužno je da se sucu daju velika ovlaštenja u određivanju te kazne. Time je, objektivno, stvorena mogućnost da na ovom najvažnijem području kaznenog prava u znatnoj mjeri dođu do izražaja sudske ocjene i stavovi koji ne moraju biti u skladu sa zakonskim ciljevima kažnjavanja, s vrijednostima i mjerilima koji odgovaraju zakonu. Činjenica je da postoji svuda, pa i kod nas, uočljiva razlika između zakonske i sudske linije kažnjavanja.<sup>2</sup>

Mnoga istraživanja sudskog postupanja u području odmjerenja kazne to i potvrđuju.<sup>3</sup> Naglašava se da je sudsko odmjerenje kazne u velikoj mjeri intuitivno, uslijed čega može biti opterećeno teškim pogreškama.<sup>4</sup> Da li se pri tome radi samo o formiranju samostalne kaznene politike sudova, koja u dovoljnoj mjeri ne slijedi intencije zakonodavca ili o ugrožavanju prava čovjeka samovoljom i pristranošću sudaca, teško je odgovoriti. Činjenica je da je danas u većini zemalja prigovor o neujednačenoj kaznenoj politici sudova (jednake kazne za vrlo različite slučajeve i neprihvatljivo različite kazne za gotovo identične slučajeve) stalno aktualan. Budući da nema dva jednaka zločina, niti dva jednaka počinitelja, princip pravednosti zahtjeva da ova različitost dođe do izražaja u kažnjavanju. Preciznije rečeno, postoje beznačajne i značajne razlike. Nedopustivo je beznačajne razlike prikazivati kao značajne u težini djela i rezultatu kažnjavanja, pogotovo ne zbog osobnih razlika onih koji presuđuju. Isto tako ne mogu značajne razlike djelovati beznačajno, tj. rezultirati gotovo identičnim kažnjavanjem. Razloga za ovaj prigovor ima više. Neki ga autori nalaze u postojećoj zakonskoj regulativi. Tako se navodi da u zakonu nisu razrađeni stavovi o ciljevima kažnjavanja, a poglavito oni o međusobnim odnosima tih ciljeva, ... da zakon bliže ne

<sup>2</sup> Bačić, F., *Krivično pravo - opći dio*, Zagreb, 1986. g.

<sup>3</sup> Tako npr. Horvatić Ž., *Izbor kazne u jugoslavenskom krivičnom pravu i sudskoj praksi*, Zagreb, 1980. g. Bavcon-Vodopivec, *Individualizacija kazni v praksi naših sodišč*, Ljubljana 1968. g. itd.

<sup>4</sup> Oswald, M., *Was wird gemessen bei der Strafzumessung*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1988., str. 158.

određuje u čemu je značenje same osobe počinitelja kao determinante za sudsko domjeravanje kazne, da je sasvim otvoreno pitanje kakvo značenje i vrijednost imaju pojedine okolnosti iz sklopa čitave kriminalne situacije za određivanje konkretne kazne. S time u vezi predlaže se da se sudsko odmjeravanje kazne stavi u granice zakonske linije kažnjavanja fiksiranjem niza načelnih postavki koje bi osigurale legalitet na ovom području preciznim određivanjem spomenutih propusta.<sup>5</sup>

Neki opet, pesimistično zaključuju da je znanstveno odmjeravanje kazne iluzija, i to prije svega zbog granice naših spoznaja i slabosti različitih represivnih učinaka kaznenih sankcija. U nemogućnosti spoznavanja mjere koja unaprijed osigurava rezultate, sudovi stvaraju pravila koja im bar omogućavaju da postupaju na predvidljiv, razuman i pravedan način. Ne želeći se baviti uzaludnim istraživanjem najučinkovitije sankcije, oni se pridržavaju normi koje izgledaju kao da podržavaju pravdu i sigurnost. To mudro rješenje ima karakter obrambenog mehanizma: ovo znači stvoriti dokaz mudrosti od saznanja o vlastitom neznanju.<sup>6</sup>

Ipak, većina teoretičara i praktičara, uključujući i već citirane drže da znanost i praksa do danas nisu izgradili objektivne i pouzdane kriterije koji bi bili od pomoći sud da u okviru zakona izabere najadekvatniju i najsvrsishodniju kaznenu sankciju. Problematika odmjeravanja kazne po prirodi stvari opire se fiksnom zakonskom reguliranju jer u njezinoj osnovi stoji ocjenjivanje utvrđenih činjenica, odnosno vrednovanja okolnosti na kojima se temelji odluka o kazni. Izrečena vrsta i mjera kazne nekom počinitelju kaznenog djela rezultat je upravo ove slobodne ocjene suda o važnosti i značenju pojedine okolnosti i njegove prognoze da će upravo ta kazna u tom slučaju ostvariti svrhu kažnjavanja.

Upravo zato što je postupak izbora kazne od strane suda u suštini postupak prosuđivanja, ocjenjivanja i prognoziranja on je neizbježno i subjektivan, osoban, individualan, iracionalan, emocionalan i intuitivan. S ovim momentima valja računati. U postojećem sistemu koji primjenjujemo, oni su neotklonjivi. Međutim neobično je važno da nisu odlučujući, jer odlučujuće moraju biti okolnosti na koje zakon upućuje. Ovaj rad predstavlja pokušaj osvjetljavanja utjecaja subjektivnih činbenika u postupku izbora vrste i mjere kazne.

Provedena su mnoga istraživanja kojima se nastojalo dokazati, da mnogi činioци vezani uz osobu suca determiniraju izrečenu kaznu. Ozbiljna empirijska istraživanja povezanosti između socijalne pozadine sudaca i njihova odlučivanja započinju negdje šezdesetih godina.<sup>7</sup> Njihovi rezultati bili su nedosljedni i vodili su jedinom sigurnom zaključku da je taj odnos između pozadine i ponašanja sudaca prilično složen. Tako je, primjerice utvrđeno da stariji suci pokazuju tendenciju strožijeg kažnjavanja vojnih dezertera.<sup>8</sup> Iz nekih istraživanja proizlazi da nema razlike u kažnjavanju obzirom na spol sudaca. I dok neka opsežna istraživanja taj zaključak i potvrđuju, bilo je i onih koji su otkrili da dok sutkinje ne obraćaju pažnju na spol počinitelja kažnjivog djela, suci

<sup>5</sup> Bačić, F., op. cit. u bilj. 2.

<sup>6</sup> Cusson, M., *Pourquoi punir*, Dalloz, Paris, 1987.

<sup>7</sup> Vidi npr. Goldman, S., *Voting behavior on the United States Courts of Appeals, 1961-1964*, *American Political Science Review*, 69/1966, 370-385, Grossman, J. B., *Social backgrounds and judicial decision-making*, *Harvard Law Review*, 79/1966. 1, 551-1, 564 i mnogobrojna kasnija istraživanja koja sežu do današnjih dana.

<sup>8</sup> Cook, B. B., *Sentencing behavior of federal judges: Draft cases-1972*, *University of Cincinnati Law Review*, 42/1973, 597-633.



blaže postupaju prema ženskim u usporedbi sa muškim kriminalcima.<sup>9</sup> Novija istraživanja ne donose neke pouzdanije i preciznije rezultate. Tako su npr., rezultati jednog opsežnog istraživanja provedenog u Georgiji kojim se ispitivao utjecaj spola, godina, vjere, političkih stajališta, ranijih tužiteljskih iskustava, lokalne sredine, podrijetla sudaca na njihove stavove, orijentaciju i presuđivanje bili razočaravajući.<sup>10</sup> Naime, pokazalo se da razlike u društvenoj pozadini sudaca rijetko proizvode očekivane razlike u kažnjavanju i, zapravo, da obilježja društvene pozadine obično imaju vrlo ograničene utjecaje.

Ništa bolje rezultate nisu pokazala brojna istraživanja o postojanju rasne diskriminacije u presuđivanju, a koja su provedena u sudovima Engleske i SAD-a.<sup>11</sup> Stoga se činjenica da su etničke manjine prezastupljene u zatvorima u odnosu na njihov udio u sveukupnom stanovništvu Velike Britanije, tumači nekim drugim faktorima (najčešće ekonomskim položajem i obimnim kriminalističkim dosjeima), ali nikako ne predrasudama sudaca temeljenim na rasističkoj osnovi.

Od niza istraživanja koja su se bavila proučavanjem utjecaja sudjelovanja žrtve u procesu suđenja na ishod sudske odluke, izdvojiti će se istraživanje pet stotina slučajeva krivičnih djela kojima je suđeno u Ohiju u razdoblju od 1985 do 1988 g., a iz kojeg je proizašao očekivani rezultat da je nazočnost žrtve na sudu (podsjećajući na taj način stalno suca na ozbiljnost zločina i na bol koju je žrtva pretrpjela) utjecala na strožije kažnjavanje počinitelja djela.<sup>12</sup>

Istraživanje provedeno za potrebe ovog rada razlikuje se od svih ranije spomenutih jer je koncentrirano na osobne karakteristike sudaca i njihov utjecaj na odluku o kazni.

## 2. Problem

Problem je ovog istraživanja da se ustanovi povezanost stanovitih osobina sudaca s izborom i odmjerenjem kaznenih sankcija.

## 3. Metoda

Istraživanje se odnosi na konkretan slučaj teške krađe (kazneno djelo iz čl. 126. st. 1. KZ RH). Počinitelj je u nekoliko navrata nakon savladavanja veće prepreke ulazio u zatvoreni prostor, pretraživao ostavljenu odjeću, uzimao i za sebe zadržavao novac. Radilo se o manjim iznosima. Olakotna okolnost jest što je počinitelj lošeg materijalnog stanja, nezaposlen, bez obitelji i što je u cijelosti priznao izvršenje kaznenog djela, a otegotna da je već suđen zbog krađe i ovo djelo je počinio za vrijeme trajanja roka kušnje. Osuđen je na kaznu zatvora u trajanju od 3 mjeseca.

Sudskoj raspravi prisustvovali su studenti II godine prava koji su pored ostalog slušali i kolegij krivično pravo. Njihov zadatak je bio da nakon sudske rasprave svatko posebno, neovisno od ostalih i ne znajući za presudu suca, izabere i odmjeri

<sup>9</sup> Gruhl, J., Spohn, C. and Welch, S., Women as policymakers: The case of trial judges, *American Journal of Political Science* 25/1981, 308-322.

<sup>10</sup> Myers, M.A., Social background and sentencing behavior of judges, *Criminology*, vol. 26, 4/1988, 649-675.

<sup>11</sup> Više o tome Brown, I. and Hullin, R., A study of sentencing in the Leeds magistrates' courts - The Treatment of Ethnic Minority and White Offenders, *British Journal of Criminology*, vol. 32, 1/1992., 41-53

<sup>12</sup> Erez, E. and Tontodonato, P., The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome, *Criminology*, vol. 28, 3/1990, 451-474.

odgovarajuću sudsku sankciju. Nakon toga izvršeno je psihologijsko ispitivanje spomenutih studenata prava. Primijenjeni su ovi mjerni instrumenti: Eysenckov upitnik ličnosti EPQ, Bujasova M-serija i Skala spolne orijentacije od Tkalčić, Hudek-Knežević i Karduma.<sup>13</sup>

Kao što je poznato, EPQ mjeri nekoliko osobina ličnosti. P-skala mjeri psihotičnost, N-skala neurotičnost, E-skala ekstraverziju, L-skala neiskrenost odgovora i C-skala sklonost kriminalitetu. M-skala mjeri opću inteligenciju, a sastoji se od nekoliko suptestova. Nije primijenjena u cijelosti. Korišteni su suptestovi M-2, M-4, M-5 i M-8. U obradi rezultata svaki suptest tretiran je kao posebna varijabla, a također i ukupni rezultat primijenjenih suptestova.

Skala spolne orijentacije sastoji se od dvije supskale: femininosti i maskulinosti. U skladu s teorijom ispitivanja se svrstava u jednu od četiri kategorije: maskulin - ako je na skali maskulinosti postigao natprosječni rezultat, feminin - ako je na skali femininosti postigao natprosječni rezultat, androgin - ako je postigao natprosječni rezultat na skali maskulinosti i skali femininosti, nediferenciran - ako je postigao ispodprosječni rezultat na skali maskulinosti i na skali femininosti. U obradi rezultata tretirani su kao posebne varijable rezultati na skali maskulinosti, na skali femininosti i spomenute kategorije spolne orijentacije. Osim navedenih podataka o svakom ispitaniku je postojao i podatak o spolu.

Ispitano je ukupno 56 studenata, 12 muških i 44 ženskih.

Povezanost navedenih osobina ispitanika s krivičnim sankcijama koje su izabrali i odmjerili utvrđena je računanjem hi-kvadrata, analize varijance, multiple korelacije i regresije. Primjenjen je kriterij statističke značajnosti od  $p = 0,05$ , odnosno, smatra se da povezanost postoji ako je vjerojatnost hipoteze da se nađena povezanost može pripisati slučaju manja od 5%

#### 4. Rezultati

S obzirom na vrstu kaznene sankcije ispitanici su se opredijelili ovako:

19 ispitanika za kaznu zatvora,

37 ispitanika za uvjetnu osudu.

Utvrđena je statistički značajna povezanost između odabrane vrste kaznene sankcije i spola ispitanika ( $p = 0,0184$ ). Muški se znatno više opredjeljuju za kaznu zatvora, a ženske za uvjetnu osudu.

Utvrđena je, također, značajna povezanost između odabrane vrste kaznene sankcije i inteligencije. Ispitanici čiji je ukupni rezultat u primijenjenim suptestovima M-serije, veći, znatno više se opredjeljuju za kaznu zatvora od onih koji imaju manji rezultat ( $p = 0,048$ ). Postoji značajna povezanost i sa suptestom M-2 koji mjeri razumijevanje smisla teksta i razinu apstrakcije. Ispitanici koji su suptestu M-2 postižu bolje rezultate, znatno više se opredjeljuju za kaznu zatvora od onih koji postižu lošije rezultate ( $p = 0,002$ ).

Ostale varijable nisu statistički značajno povezane s opredjeljenjem ispitanika za vrstu kaznene sankcije. To se odnosi na sve skale u EPQ (P-skala, N-skala, E-skala, L-skala i C-skala), rezultate na skalama spolne orijentacije (skala maskulinosti, skala

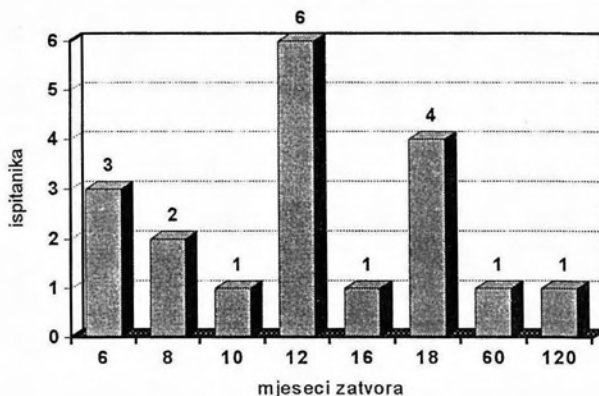
---

<sup>13</sup> Lojk, L., Eysenckov upitnik ličnosti, priručnik, ZPD Ljubljana, 1979; Bujas, Z., M-serija, priručnik, Zavod za zapošljavanje Zagreb, 1967; Tkalčić, M., Hudek-Knežević, J., Kardum, I., Konstrukcija i validacija skale spolne orijentacije, Godišnjak Zavoda za psihologiju, Pedagoški fakultet u Rijeci, 1-1, 1992. str. 159-164.

femininosti i kategorije spolne orijentacije), i rezultate u ostalim suptestovima M-serije (M-4, M-5 i M-8).

Ispitanici koji su se opredijelili za kaznu zatvora, odmjerili su tu kaznu ovako:

Slika 1: Odmjeravanje kazne

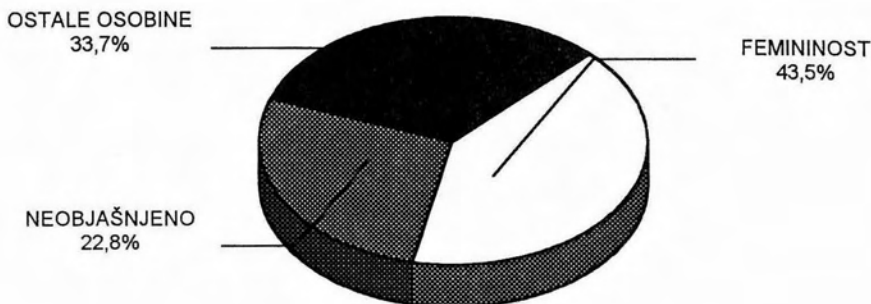


Aritmetička sredina je 20.2, a standardna devijacija je 26.86 mjeseci zatvora.

Veličine odmjeranih kazni zatvora statistički značajno su povezane s rezultatima na skali femininosti ( $p = 0,001$ ). Pearsonov koeficijent korelacije  $r = -0,659$ . Dakle, veće kazne zatvora odmjeravaju ispitanici koji na skali femininosti postižu niže rezultate. Ova korelacija vrlo je visoka i objašnjava 43,5% varijance. Znači, veličina odmjerene kazne u velikoj mjeri ovisi o femininosti onog tko je odmjerava.

Spol, kategorije spolne orijentacije i maskulinitet nisu statistički značajno povezane s veličinom odmjerene kazne. Skale iz EPQ, pojedini suptestovi i ukupan rezultat u M-seriji također nisu značajno povezani s veličinom odmjerene kazne zatvora. Međutim, ako se ipak izračuna multipla korelacija svih ovih varijabli uključivo i femininost s odmjerenom kaznom zatvora, dobiva se  $R = 0,879$ . Prema tome, sve varijable zajedno objašnjavaju 77,2% varijance, odnosno varijabilnosti odmjerenih kazni zatvora.

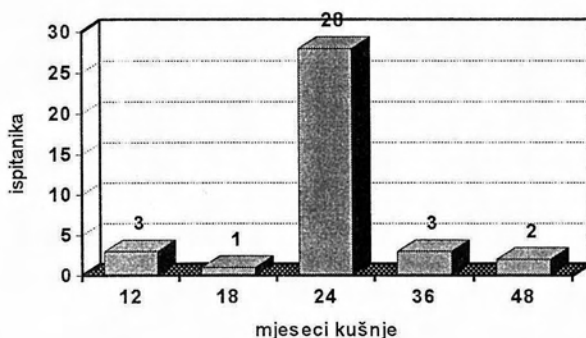
Slika 2: Utjecaj ispitavnih osobina na odmjeravanje kazne



Uvjetna osuda razmatrana je posebno s obzirom na trajanje kušnje i posebice s obzirom na zapriječenu kaznu zatvora.

Ispitanici su bili za ovakvo trajanje kušnje:

Slika 3: Trajanje kušnje

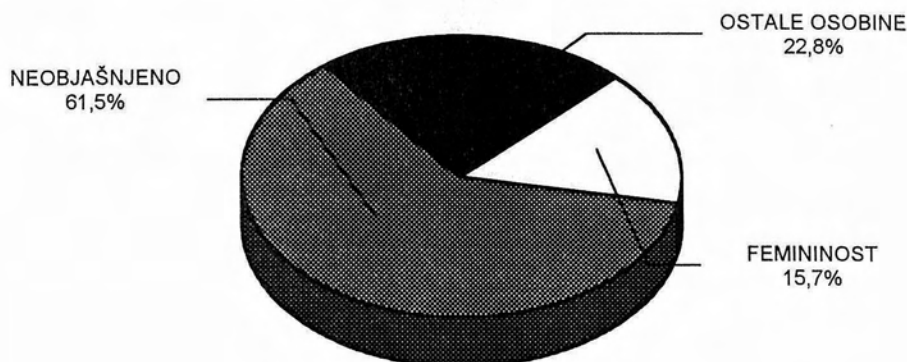


Aritmetička sredina je 25,1, a standardna devijacija je 7,46 mjeseci kušnje.

Trajanje kušnje statistički je značajno povezano s rezultatima na skali femininosti ( $p = 0,007$ ). Pearsonov koeficijent korelacije iznosi  $r = 0,397$ . Znači, za duže trajanje kušnje opredjeljuju se ispitanici koji na skali femininosti postižu niže rezultate. Ova korelacija objašnjava 15,7% varijance.

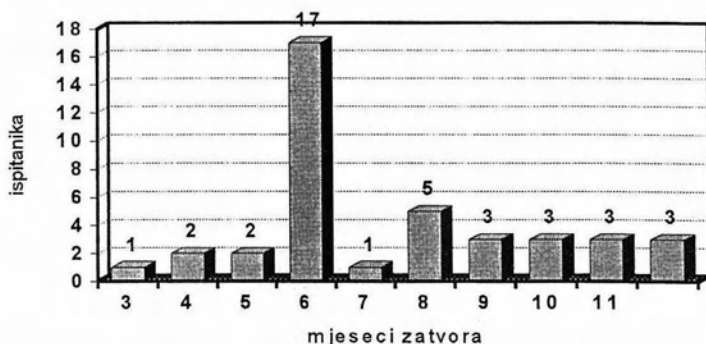
Spol, kategorije spolne orijentacije i maskulinitet nisu statistički značajno povezane s trajanjem kušnje. Ni ostale varijable iz EPQ i M-serije nisu značajno povezani s trajanjem kušnje. No multipla korelacija između trajanja kušnje i femininosti, maskuliniteta, skale iz EPQ, te supstestova M-serije iznosi  $R = 0,621$ . Sve ove varijable zajedno objašnjavaju 38,5% varijance kušnje.

Slika 4: Utjecaj ispitivanih osobina na trajanje kušnje



Zapriječene kazne zatvora bile su ove:

Slika 5: Zapriječene kazne zatvora

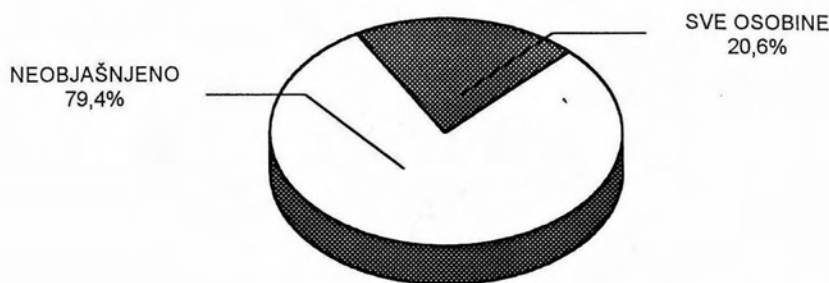


Aritmetička sredina je 7.0, a standardna devijacija je 2.05 mjeseci zapriječene kazne zatvora.

Veličine zapriječenih kazni zatvora statistički značajno su povezane sa spolom ispitanika ( $p = 0,006$ ). Žene se opredjeljuju za manje kazne od muškaraca. Prosječna kazna koju su izrekli ženski ispitanici je 6,9 mjeseci, a prosječna kazna koju su izrekli muški je 13,4 mjeseca.

Ostale varijable nisu statistički značajno povezane sa zapriječenom kaznom zatvora. Multipla korelacija svih varijabli sa zapriječenom kaznom zatvora  $R = 0,454$ . To objašnjava 20,6% varijance.

Slika 6: Utjecaj ispitivanih osobina na zapriječenu kaznu zatvora



## 5. Rasprava i zaključak

Da bi se ustanovilo da li su izbor i odmjeravanje kaznenih sankcija u nekoj svezi s osobinama sudaca, nužno je da veći broj sudaca neovisno jedan od drugoga presudi počinitelju istog kaznenog djela. Budući da se u sudskoj praksi tako ne radi, pa se za odgovor na ovaj problem ne mogu koristiti podaci iz prakse, zatražili smo odobrenje

nadležne vlasti za takvo ispitivanje. Odobrenje nismo dobili, zato smo ispitivanje proveli sa studentima prava. Svi su se u cijelosti upoznali s jednim konkretnim kaznenim djelom neposredno na sudskom procesu. Nakon toga je svatko posebno, ne znajući za presudu suda niti za mišljenje ostalih studenata, izrekao svoju "presudu". Prema tome, ispitanici u ovom ispitivanju nisu suci s praksom koji taj posao redovno obavljaju, nego studenti prava bez ikakva iskustva. Razlika u odnosu na realnu situaciju je i u tome što naši ispitanici nisu vodili sudski proces, nego su mu samo prisustvovali, pa nisu bili ni opterećeni ispravnošću presude. Treba još istaknuti da se radilo o slučaju koji nije tipičan za kazneno djelo dotične vrste. Počinitelj je savladao određenu prepreku i učinio tešku krađu uzevši neveliku sumu novca. Djelo je priznao i njegov iskaz se slaže u potpunosti s utvrđenim činjenicama. Ovo valja imati na umu pri interpretaciji rezultata istraživanja.

Analiza rezultata pokazuje da su svi ispitanici kaznene sankcije izabrali i odmjerili u skladu sa zakonom. Međutim, njihove "presude" znatno se razlikuju od sudske presude. Sud je počinitelju odmjerio kaznu zatvora u trajanju od 3 mjeseca. Većina ispitanika odabrala je uvjetnu osudu s prosječnim trajanjem zatvora od 7 mjeseci i rokom kušnje u prosjeku od 25 mjeseci. Manji broj ispitanika odabrao je bezuvjetnu kaznu zatvora s prosječnim trajanjem od 20 mjeseci.

Osim toga, "presude" ispitanika vrlo se razlikuju. Idu od 3 mjeseca zatvora uvjetno na 12 mjeseci, do kazne zatvora u trajanju od 10 godina. Ovi rezultati slažu se u potpunosti s nalazima ranijih istraživanja.<sup>14</sup>

U svezi s problemom ovog istraživanja utvrđeno je da se statistički značajno više opredjeljuju za kaznu zatvora inteligentniji ispitanici i oni muškog spola, a za uvjetnu osudu manje inteligentni i ženskog spola. Zatim, veće kazne zatvora odmjeravaju ispitanici koji na skali femininosti postižu niže rezultate od onih s višim rezultatima. Ispitanici koji su se opredijelili za uvjetnu osudu, a manje su feminini, smatraju da počinitelju kaznenog djela valja izreći duže trajanje kušnje. Ispitanici muškog spola misle da valja unutar uvjetne osude zaprijetiti kaznom zatvora dužeg trajanja od ispitanika ženskog spola. Prema tome, utvrđena je nesumnjiva povezanost izbora i odmjeravanja kazne sa stanovitim osobinama ispitanika, pa možemo reći da te osobine utječu, bilo direktno bilo indirektno, na presudu. Budući da se ispitanici po tim osobinama međusobno razlikuju, različite su i njihove presude. Neujednačenost presuda jednim dijelom ovisi upravo o tim osobinama. Utvrđeno je da najveći utjecaj ima femininost na veličinu odmjeravanja kazne zatvora. Ovoj osobini treba pripisati 43,5% varijance, odnosno razlika u veličini odmjerene kazne zatvora. Dakle, neujednačenost veličine odmjerene kazne zatvora u velikoj mjeri ovisi o razlikama o femininosti osobe koje izriču presudu.

Ostale ispitanice nisu statistički značajno povezane s izborom i odmjerenom kaznom. Zato se ne može postaviti tvrdnja o njihovom utjecaju na presudu. Međutim, kad se uvrste u račun multiple korelacije s odmjerenom kaznom, dobiva se nesumnjivo veći koeficijent korelacije. Stoga možemo reći da postoje indikacije da i ove osobine možda

<sup>14</sup> Horvatić, Ž., Izbor kazne u jugoslavenskom krivičnom pravu i sudskoj praksi, Informator, Zagreb, 1980.; Čaval, J. i Horvatić, Ž., Odmjeravanje kazne od strane raznih subjekata kao jedan od načina za utvrđivanje odnosa zakonske i sudske linije kažnjavanja, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 1980.; Tabaković, Đ., Sušanj, Z., Turčinović, P., Mišljenje građana o veličini kazne u funkciji vremena, Penološke teme, 6, 1-4, 91-96, 1991.; Tabaković, Đ., Sušanj, Z., Mass Media and the Citizens Opinion on Guilt and Punishment, Business Communication and Mass Media (Collection of Papers), Alinea, Zagreb, 1992.

utječu na odmjerenje kazne. Povezanost nije statistički značajna možda zato jer se radi o malom uzorku ispitanika. Možda bi na većem uzorku ispitanika i neke od drugih osobina bile statistički značajno povezane s odmjerenom kaznom. Iako je istraživanje povezano sa studentima prava, mišljenja smo razložitim pretpostaviti da bi se vrlo slični rezultati dobili i sa sucima, dakle, da ove osobine utječu i na presude sudaca. Držimo također da bi povezanost osobina sudaca s njihovim presudama kod druge vrste kaznenih djela i drugih okolnosti bila drugačija. Odnos osobina sudaca i njihovih presuda vjerojatno je složen. Stanovite osobine sudaca utječu na presuđivanje pojedine vrste kaznenih djela, a druge njihove osobine na neke druge slučajeve ovisno o okolnostima samih kaznenih djela i počinitelja. Zato se ne može tvrditi da osobine koje su utjecale na presude u ovom ispitivanju imaju utjecaja na presude svih kaznenih djela, pa niti na sva djela teške krađe. Dobiveni rezultati mogu vrijediti samo za kaznena djela koja su slična ispitivanom.

Prema tome, do potpunijeg znanja o utjecaju osobina sudaca na njihovu odluku o kazni može se doći provodeći slična ispitivanja različitih kaznenih djela s obimnijim uzorcima i koja bi naravno uključivala prave presuđivače u kaznenom postupku - suce. Mišljenja smo da ovo istraživanje sa svojim rezultatima može biti poticaj za dalje istraživanje ove problematike.

### *S u m m a r y*

#### **THE DETERMINATION OF PUNISHMENT- - JUDGE'S SUBJECTIVE EVALUATION**

In order to establish the connection between the certain judges' characteristics and their singling out and administering punishment, 56 students were examined. They assisted the trial in a case of a big robbery and afterwards they individually singled out and administered a sanction not knowing what the court sentence was. They were also examined by the following psychological instruments: EPQ personality questionnaire, sex orientation scale and M-series for intelligence. It was established that the more intelligent examinees as well as the males decided considerably on the imprisonment while the less intelligent examinees and females decided on probation system. The higher sanction of unconditional imprisonment was administered by those examinees who showed lower results on femininity scale. The examinees deciding on probation system and those less feminine, pronounced the longer probation term, while the male examinees considered it better menacing with a longer imprisonment sanction. These results point out how important the subjective factor in administering punishment is.

## PRAVO NA PROMJENU SPOLA

Dr. sc. Nenad Hlača, docent,  
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 347.158:616.1/9  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Pregledni znanstveni članak

*Autor prati razvoj uvažavanja prava na promjenu spola primjenom teorijske podloge subjektivnih prava. Uspoređeni su pristupi angloameričke pravne teorije i judikature s europskim iskustvima druge polovine dvadesetog stoljeća. Analizirani su važniji judikati kojima se u praksi započela štititi ranije teorijski uobličena kategorija osobnog prava na promjenu spola. Posljednji dio rada sadrži prikaz pozitivnopravnih rješenja iz zakonodavstava europskih zemalja koje su kodificirale pravo na promjenu spola posebnim zakonima. Primjer prava na promjenu spola potvrđuje važnost subjektivnih prava u sustavu građanskih prava za tehniku stvaranja i primjene prava, čime se omogućava ostvarivanje i zaštita osobnih sloboda subjekata.*

### 1. Subjektivna prava

Antropološka nužnost uređenja odnosa u zajednici rezultirala je nastankom i izgradnjom ideje prava. Začetke prava na život nalazimo u vrlo ranim pravnim izvorima poput Hamurabijeva zakonika. Pravo na život kao temeljno pravo čovjeka počinje se štititi kada je prevladavajućom postala javnopravna priroda kažnjavanja za ubojstvo čovjeka. Život se štitio smrću kao ekvivalentom preko krivične sankcije. "Javnopravna priroda kažnjavanja za ubojstvo čovjeka čini se da je otklonila subjektivni karakter prava na život."<sup>1</sup> Talion susrećemo i u rimskim izvorima, Zakonik XII ploča, a temeljna mu je svrha zaštita tjelesnog integriteta. Strogost sankcija zasigurno je preventivno djelovala uspostavljajući sustav pravne zaštite tjelesnog integriteta osoba.

Začetke teorije subjektivnih prava nalazimo u djelima Baldassarre Gomez De Amescuag i *Tractatus de potestate in se ipsum*, Milano 1609. i Samuele Stryk *De jure hominis in se ipsum*, Frankfurt 1675. Subjektivna prava izuzetno su značajna kategorija u sustavu građanskog prava, kako za tehniku stvaranja tako i primjene prava, omogućavajući ostvarivanje ličnih sloboda subjekata.<sup>2</sup> Posebnu je pažnju subjektivnim pravima posvećivala teorija građanskog prava 19. st., iz koje je proizišlo nekoliko koncepcija. Za Windscheida, koji je zastupao voljno shvaćanje, "...pravo osobnosti je pretpostavka svakom pravu, uvjet koji omogućava realizaciju i koji je sadržaj svih privatnih prava".<sup>3</sup> Subjektivno pravo smatrano je vlašću, moći koju pravo u objektivnom smislu daje pojedincu, a koja se očituje u odnosima prema drugim subjektima.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Pugliese, Giovanni, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, Riv. trim. di diritto e procedura civile, 43, 1989, 3, str. 628.

<sup>2</sup> Popović, Milijan, *Pojam subjektivnog prava*, Dok. dis. Pravni fakultet u Beogradu 1971., str. 9.

<sup>3</sup> Prema Ferrara, Santamaria Massimo, *Persona (diritti della)*, Nuovo digesto italiano, Torino, 1939., str. 915.

<sup>4</sup> Popović, op. cit, str. 28.



Za Savignyja "...suština prava je da određuje prostor individualnoj volji u kome ona treba da vlada neovisno od svake tuđe volje".<sup>5</sup> Ta individualistička poimanja subjektivnog prava bila su u duhu s koncepcijom liberalnog kapitalizma 19.st. Ihering je bio suprotnih stajališta i protivnik voljnog shvaćanja subjektivnih prava "...volja ne može biti cilj ni pokretačka snaga prava".<sup>6</sup> Jedan od pristupa subjektivnom pravu ogleda se određivanjem subjektivnog prava funkcionalnim interesom.<sup>7</sup> Oprečnost voljne i interesne koncepcije pomirio je Gierke držeći da su subjektivna prava određena voljom, ali upravljenom u određenom cilju.<sup>8</sup>

Gierke je postavio i teorijsku bazu prava ličnosti: "Subjektivna prava predstavljaju atom prava, bez njih nije moguće zamisliti prava ličnosti. Pravima ličnosti nazivaju se ona prava koja subjektima garantiraju prevlast nad pojedinom bitnom sferom vlastite ličnosti, mogu se nazvati i prava nad vlastitom osobom. Mnoga od tih prava tek se začinju, a kada nastanu označavaju granice između posebnih prava ličnosti i osnovnog prava osobnosti".<sup>9</sup>

Individualističko poimanje subjektivnih prava, karakteristično za 19.st., počinje se napuštati procjenom društvenog smisla subjektivnih prava u društvenoj funkciji. Trabucchi definira subjektivno pravo kao moć dodijeljenu volji subjekta kojom mu pravni poredak omogućava zadovoljavanje vlastitih interesa. Interes mora biti priznat kao subjektivno pravo da bi uživao zaštitu.<sup>10</sup>

Suvremena teorija riješila je neke nedoumice razlikujući općenito pravo ličnosti od prava osobe na njoj samoj. Pravo ličnosti tako postaje osnovom za izvođenje posebnih prava individue, kao što je primjerice ovlaštenje na vlastitoj fizičkoj osobi. Ličnim pravom smatra se i pravo na život i tjelesni integritet. Postavlja se pitanje granica tih prava. Da li se ta prava mogu priznati u apsolutnom smislu? *Codex iuris canonici* koji je stupio na snagu 27. studenoga 1983. sakaćenje spominje u kanonu 139 pod prekršajima protiv ljudskog života i slobode.<sup>11</sup> Sakaćenje je jedna od zabranjenih radnji kojima se raspolaže vlastitim tijelom. Te radnje imaju za posljedicu trajno umanjeње fizičkog integriteta i suprotne su javnom poretku ili običaju.<sup>12</sup>

U društvima je tradicionalno postojao mehanizam zaštite od naglog i kataklizmičkog prihvaćanja novoga. Osiguranje je postojalo u dubokoj kori navika, običaja i tradicionalne mudrosti dopunjeno prirodnom duševnom tromešču.<sup>13</sup>

Ranije zajednice žilavo su se odupirale tehnološkim inovacijama, pa su ih ili odlagale sve dok ih nisu prilagodile ostalim čovjekovim potrebama ili su ih u cijelosti odbacivale.<sup>14</sup> Danas su zamjetni procesi širenja građanskih sloboda, izmjene pravnih i moralnih kategorija. Sudska je praksa i u 'starim' pravnim izvorima pronalazila mogućnosti za pružanje zaštite novim osobnim pravima. Neka od tih novih prava

<sup>5</sup> Prema Krneta, Slavica, *Subjektivna prava*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978., tom treći, str. 189.

<sup>6</sup> Prema Popović, op. cit, str. 40.

<sup>7</sup> Ibid, str. 41.

<sup>8</sup> Prema Krneta, op. cit, str. 189.

<sup>9</sup> Prema Ferrara, op. cit, str. 915.

<sup>10</sup> Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 27, 1985, str. 48.

<sup>11</sup> Nuić, Viktor, *Opće pravo Katoličke crkve*, Zagreb, 1985., str. 460.

<sup>12</sup> McCormick, Richard, *Marriage, mortality and sex change surgery, A Catholic Perspective*, The Hastings Center Report, August 1981, str. 10.

<sup>13</sup> Mumford, Lewis, *Mit o mašini 2. Pentagon moći*, Zagreb, 1986, str. 242.

<sup>14</sup> Mumford, Lewis, *Mit o mašini 1. Tehnika i razvoj čovjeka*, Zagreb, 1986, str. 205.

osmislila je doktrina. U teoriji su kvalificirana kao nova subjektivna prava. Pri tom stvaranju novih subjektivnih prava temeljni je problem individualizacije i prirode prava ličnosti. Kao novo lično pravo spominje se i pravo na spolni identitet. U nastajanju tog novog osobnog prava isprva je socijalnu primjerenost procjenjivao sud uvažavajući primarnost i važnost interesa koji se štite pojedinim rješenjima. U drugoj fazi, kada je već barem okvirno bilo formirano javno mnijenje, interese je odmjeravao zakonodavac. Teorija socijalne adekvatnosti doprinosi da se lična prava svedu u razumne i društveno opravdane granice. "Povredu ličnih prava nekad će opravdati i pretežnost suprostavljenog interesa ukoliko je on društveno opravdaniji".<sup>15</sup>

Škola prirodnog prava posebno je dubok utjecaj ostavila u pravnom promišljanju braka i odnosa roditelja i djece. Na primjeru tih odnosa potvrđuje se stajalište o pravu kao kulturnoj pojavi primjerenom stupnju razvoja civilizacije. Brojnost i viševrsnost sadržaja ukazuju na nužnost sinteze kao izlaza iz krize pravne misli. Temeljna je uloga prava da rješava sukobe interesa u društvu, da održi stabilnim društveni poredak i osigura njegovo djelovanje.<sup>16</sup>

Biološka osnova života u različitosti spolova dugo se smatrala nepromjenjivom kategorijom, konstantom ljudske zajednice. "Greška pravnog pozitivizma i škole čistog pravnog učenja je u tome što drži da je znanost sustav apsolutno istinitih vječno valjanih spoznaja...znanost je upravo suprotno".<sup>17</sup>

Promjenjivost kategorija utječe na to da i onaj koji primjenjuje pravo, mora ocijeniti koje se to vrijednosti i interesi štite. Napuštanjem primata pravnog pozitivizma ponovno postaje važnim procjena temeljnih načela na kojima je sazdan pravni poredak. "Sve više i više pravnici sa svih strana svijeta pribjegavaju općim načelima prava koja bi se mogla približiti starom *ius gentium* i koji bi u sporazumu civiliziranog čovečanstva našli svoj stvarni i zadovoljavajući osnov".<sup>18</sup> Današnja svijest o pravu opterećena je shvaćanjem da je pravo samo ono što je određeno zakonom. Za Hegela je pojam prava znatno širi, obuhvaća sva sadržajna određenja i realitete ljudske slobode.<sup>19</sup> Shvaćanje prava kao onog što je dano zakonom odnosi, se prema pravnim subjektima kao isključivo apstraktno određenim kategorijama. "Pravni subjekti ne opstoje kao puke apstrakcije nego stupaju u konkretne društveno-povijesne odnose kao osobe određene vlastitom individualnošću. Njihova se navlastita priroda iskazuje u konkretnim običajnosnim odnosima kroz njihov položaj kao roditelja, djece. Tako se pojedinac ne pojavljuje kao apstraktna osoba, nego s određenim statusom i određenim pravima".<sup>20</sup>

U praksi Ustavnog suda SR Njemačke došlo je do popunjavanja zakonskih praznina sudskom praksom. Kada zakon postane moralno nepodoban, sudskom praksom udovoljava se pravdi. Nagle promjene u biološkoj osnovi života, pravo na život i pravo na smrt, prisiljavaju sudsku praksu da procjenjuje interese i štiti prava subjekata izbjegavanjem suvišnih fikcija.<sup>21</sup>

Analiza judikature ukazuje da ona ima osobenu ulogu unutar strukture društvenog sustava. Opravdanje novih rješenja nalazi se u individualno procijenjenom odnosu

<sup>15</sup> Krmeta, op. cit, str. 197.

<sup>16</sup> Perelman, Haim, Pravo, moral i filozofija, Beograd, 1983, str. 48.

<sup>17</sup> Kubeš, Vladimir, Filozofija prava - njen pojam i problemi, Filozofska istraživanja, 6, 1986, 4, str. 1090.

<sup>18</sup> Perelman, op. cit, str. 68.

<sup>19</sup> Barišić, Pavao, Suvremena filozofija prava i pojam običajnosti, Filozofska istraživanja, 6, 1986, 4, str. 1144.

<sup>20</sup> Loc. cit.

<sup>21</sup> Perelman, op. cit, str. 153.

prava, morala, religije, javnog mnijenja i političke vlasti.<sup>22</sup> U filozofiji angloameričkog prava raspravljan je problem priznavanja i zaštite individualnih prava i sloboda kroz nekoliko pristupa. Prilagodljivost Common Lawa izmijenjenoj društvenoj stvarnosti putem precedenata postaje predmetom zanimanja 'klasičnih' kontinentalnih pravnika.

## 2. Angloamerička pravna tradicija

"Načelo pravne sigurnosti u angloameričkom pravu treba poistovetiti s 'individualnom slobodom', shvaćenom kao sloboda od uplitanja bilo koga, uključujući i političku vlast".<sup>23</sup>

Interesantni su teorijski pogledi na granice slobode djelanja pojedinaca. Mill je smatrao da "je neograničena sloboda imanentna svekolikim oblicima čovjekovog življenja u društvu, jedino ograničenje uslovljeno je zaštitom pune slobode drugog".<sup>24</sup>

Mill je bio duboko svjestan potrebe za ograničenjem ekstremnog individualizma u širem društvenom interesu, ali u privatnoj sferi društvo uopće nema pravo miješati se.<sup>25</sup>

"Pojedinaac je dogovoran društvu samo za ono svoje ponašanje koje se tiče ostalih. U delu koji se tiče isključivo njega njegov je nezavisnost obzirom na pravo apsolutna, pojedinac je apsolutni gospodar nad samim sobom, nad svojim telom i svojom dušom".<sup>26</sup> Međutim, u suvremenoj 'Welfare State' klasični liberalizam i njegov ekstremni individualizam gube svoj povijesni *raison d'être*. Zamjetan je trend relativizacije shvaćanja individualnih prava i sloboda.<sup>27</sup> Morris je smatrao da zakonodavac ima stvaralačku ulogu jer on mora voditi računa o željama naroda i formulirati pravila preko točno određenih kriterija koji sintetiziraju te želje.<sup>28</sup>

Čini se da dolazi do prožimanja iskustava i prenošenja iskustava angloameričkog sustava u europsku teoriju i pravne sustave. U pravnim sustavima europskih zemalja subjektivna prava stvaraju se procjenom interesa. Kada neko pravo normirano zakonom postane fikcija udaljena od realnosti, temeljem judikata kao novih interpretacija klasičnih načela priznaje se zaštita novim pravima ličnosti koja sobom nose civilizacijski pomaci. Na kreativnoj sudskoj praksi, a zatim i na zakonodavcu leži zadatak da procjenjuju socijalnu adekvatnost suprotstavljenih interesa. Taj trend relativizacije stvaranja i zaštite individualnih prava ranije je bio karakterističan samo za angloameričko pravo. Tradicionalni model prilagođavanja stvarnosti judikatima čini se da u evropskim pravnim sustavima postaje prethodnom fazom zakonodavnih aktivnosti, iako je naglašena neprijepornost trodiobe na zakonodavnu, sudbenu i izvršnu vlast.

Suvremene pravne sustave u svijetu danas bismo generalizirajući mogli podvesti pod dvije grupe: europski-kontinentalni i angloamerički Common Law. Razlike u pristupu problematici prava ličnosti posljedica su povijesnih iskustava i zamjetnog utjecaja religijskih činitelja. Na europske je pravne sustave bio presudan utjecaj katoličkog morala, zasigurno jednog od temelja zapadne civilizacije. Kršćanstvo je još od prvih početaka karakterizirala odanost moralnim vrijednostima.<sup>29</sup> Prema katoličkim

<sup>22</sup> Ibid, str. 154.

<sup>23</sup> Basta, R. Lidija, *Politika u granicama prava*, Beograd, 1984, str. 95.

<sup>24</sup> Prema Basta, ibid, str. 120.

<sup>25</sup> Ibid, str. 121.

<sup>26</sup> Loc. cit.

<sup>27</sup> Ibid, str. 100.

<sup>28</sup> Prema Perelman, op. cit, str. 50.

<sup>29</sup> Mumford, Lewis, *Mit o mašini 1.*, op. cit, str. 293.

misliocima ljudska bića nemaju prevlasti nad tijelom, teleološki pristup karakterizira polazna osnova da je život božji dar.<sup>30</sup> Tijekom srednjega vijeka katolička je crkva imala apsolutni, neosporni primat u domeni osobnih odnosa. Izgradnja sustava Kanonskoga prava značila je unifikaciju europskog pravnog područja s jakim utjecajima na kasnije kolonijalizacijom osvojenim područjima. "Borba za crkveni pravni sustav što ju je vodilo uvjerenje da za Kanonsko pravo nije dovoljna ranosrednjekovna svijest ukorijenjena u običajnom pravu, najavila je novo doba".<sup>31</sup> Nametanje tog primata katoličke doktrine preko obvezatnosti kanonskoga prava ne znači da je zamro germanski duh u europskim narodima germanskog porijekla. "Ne treba zaboraviti da su germanski običaji u velikoj mjeri utemeljeni na kultu osobne slobode, što treba uzeti u obzir mnogo stoljeća kasnije u vezi s pokretom za slobodama i pravima čovjeka".<sup>32</sup> Autonomnost, težnja za slobodom ostaje i dalje karakteristikom srednjovjekovnih germanskih društava. Začeci promjena mogli su se naslutiti u previranjima duhovnih uznemirenika. Tako je, primjerice, Sveti Bernardin pisao "Ono što spaja jest milost, a uzrok spasa je slobodna volja".<sup>33</sup> Političke dimenzije protestantizma pojašnjavaju se tezom da se u ime vjere ostvaruje germanska sloboda. Viševrsnost pravaca u kojima se na europskom kontinentu razvila protestanska misao jedan je od dokaza uvažavanja slobode misli i djelovanja. Specifičnost američkog pravnog sustava neprijeporno je posljedica useljavanja europskih doseljenika iz onih područja Europe u kojima je nicala protestantska misao. Američka deklaracija o nezavisnosti iz 1776. kao i Amandmani na američki Ustav sadrže naglašenu potrebu uvažavanja i zaštite sloboda, posebice na religioznom planu i planu osobnih sloboda.<sup>34</sup> Doseljenici u SAD čuvaju tradicije zavičaja, konzervativizam je bio izraženiji u južnim državama dok je sjever bio znatno liberalnijih nazora.<sup>35</sup>

Ta povijesna uvjetovanost rezultirala je zamjetnim razlikama u pravnim rješenjima u pojedinim državama SAD u domeni osobnih odnosa i braka s naglašenom općom karakteristikom osobne autonomije i individualizma. "Živjeti u zemlji Common Lawa je u biti vrlo značajna garancija zaštite prava pojedinca.", navodi se kao jedna od bitnih prednosti tih pravnih sustava.<sup>36</sup> "Polazeći od principa individualizma i liberalizma koji zagovaraju primat autonomije osobe nad kolektivom, čini se da se ništa ne može suprotstaviti zahtjevu za promjenom spola".<sup>37</sup>

Razlike u pristupu pravima ličnosti između europskih kontinentalnih sustava i SAD uvjetovane su povijesnim, religijskim, ekonomskim i filozofskim razlozima. Slijed razvoja Common Lawa doveo je, kako kaže Marti, do nastanka rigidnog individualizma i na osnovu toga do uvjerenja o nužnosti uvažavanja slobode subjekata do samoopredjeljenja.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> McCormick, op. cit, str. 10.

<sup>31</sup> Jedin, Hubert, *Velika povijest crkve*, III/I, Zagreb, 1971., str. 477.

<sup>32</sup> Pugliese, op. cit, str. 635.

<sup>33</sup> Boisset, Jean, *Kratka povijest protestantizma*, Zagreb, 1985., str. 14.

<sup>34</sup> Pugliese, op. cit, str. 651.

<sup>35</sup> Boisset, op. cit, str. 134.

<sup>36</sup> Matscher, Franz, *La tutela giurisprudenziale dei diritti dell'uomo a livello nazionale ed internazionale*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 43, 1989, 3, str. 667.

<sup>37</sup> Regourd, Serge, *Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort. Problemes actuels en droit public français*. *Révue de droit public*, 2, 1981, str. 432.

<sup>38</sup> Marti, Chiara, "Insuccessi americani e sfide europee": In margine ad *Abortion and Divorce* di Mary Ann Glendon, *Rivista di diritto civile*, 35, 1989, 2, str. 116.

Noviji američki radovi koji se bave pravima ličnosti, upućuju na simptome krize individualizma. Čini se da je promjena u teorijskom pristupu posljedica zamjetnog prodora konzervativnih nazora. Napušta se zahtjev za dejurizacijom obiteljskih odnosa, razmišlja o osnaženju obiteljskih veza u relacijama prema pojedincu, što su tradicionalne vrijednosti i prednosti evropskih, kontinentalnih pravnih sustava.<sup>39</sup> Model skandinavskih zemalja u domeni braka i obiteljskih odnosa ocjenjuje se uspješnom kombinacijom prava osoba i državne moći koja je orijentirana prema socijalizmu.<sup>40</sup> Socijalizmu kao poretku reda, sigurnosti, dužnosti, i zajednice, i pojedinca, kao pretpostavki osobnih prava. U tom slijedu osnaženja tradicionalnih kontinentalnih pravnih vrijednosti kritički djeluje apel kojeg upućuje Pace: "...talijansko društvo danas je zajednica mnogo osjetljivija na prava nego na solidarističke dužnosti...što ima za posljedicu jednosmjernu liberalizaciju".<sup>41</sup>

### 3. Europski pravni sustavi

Nije prijeporan utjecaj katoličke crkve na moral zapadne civilizacije. Sustav vrijednosti prenosio se u svjetovne kodifikacije recepcijom instituta iz Kanonskoga prava. Prema teleološkom pristupu život je božji dar, a ljudska bića nemaju nadmoć prevlasti nad svojim tijelom.<sup>42</sup>

Ne čudi kritički osvrt i protivljenje zahvatima promjene spola. Tako Healy, katolički mislilac, negativno rasuđivanje pojašnjava razlozima da je temeljni identitet roda determiniran genitalijama, te da je sakaćenje moralno dopušteno samo kada je nužno radi zaštite zdravlja. Healy odobrava obavljanje kirurških zahvata za neke slučajeve hermafroditizma, kao lijek za prirodne mane djeteta s muškim i ženskim spolnim organima, dok slučajeve psihološkog hermafroditizma kod normalnih osoba smatra teškim sakaćenjem tijela.<sup>43</sup> I katolički mislilac Asheley O'Rurke također se ne protivi poduzimanju zahvata uz postojanje medicinskih i bioloških indikacija, ali kada se radi o voljnim, psihološkim razlozima takve zahvate drži suprotnim medicinskoj etici i kvalificira ih kao nastrano prilagođavanje uništavanjem i gubitkom tjelesnog integriteta.<sup>44</sup> Papa Pio XII. tvrdio je da je čovjek sputan u mogućnostima raspolaganja vlastitim tijelom, a katolički je pisac Tesson upozoravo na neophodnost podvajanja pravog-prirodnog od krivog-artificijelnog spolnog ambigvitetu.<sup>45</sup>

Ubrzani pomaci u razvoju prirodnih znanosti kao gotovo normalnu pojavu imaju nedostatak pravnih izvora, odnosno postojanje pravnih praznina. Bez obzira na dostignuti stupanj razvoja ljudskog društva čini se da svaka čovjekova aktivnost potencijalno nosi u sebi i opasnost zlorporaba. Pravo kao sredstvo zaštite suprotnih interesa osnova je života u zajednici. Situacija je, čini se, otežana time što nema niti običaja, pravila morala drže se kočnicom, a procjena suprotstavljenih interesa pojedinaca i društva složen je i delikatan proces koji dugo traje. Problem pravnih

<sup>39</sup> Loc. cit.

<sup>40</sup> Michel, André, *Modeles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines, Reformes du droit de la famille, Archives de philosophie du droit, Tomr 20, Paris, 1975, str. 135.*

<sup>41</sup> Pace, Alessandro, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici 'comuni', Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 43, 1989, 3, str. 695.*

<sup>42</sup> McCormick, op. cit, str. 10.

<sup>43</sup> Prema McCormick, op. cit, str. 10.

<sup>44</sup> Loc. cit.

<sup>45</sup> Prema Petit, Jacqueline, *L'ambiguité du droit face au syndrome transsexuel, Revue trimestrielle de droit civil, 75, 1976, 2, str. 276.*

praznina u vezi s različitošću spolova kao prirodnom pretpostavkom za zaključenje braka pojavio se u francuskoj judikaturi i teoriji početkom 20. st. Francuska teorija tada je brak pri čijem zaključenju nije bio ispunjen uvjet različitosti spolova, kvalificirala kao nepostojeći i bez uporišta u zakonu, temeljem 'snage razuma'. Francuski pravnik Portalis bio je protiv tumačenja zakona, zastupao je stajalište prema kojem "...ako nedostaje zakon, treba konzultirati običaj ili pravičnost. Pravičnost je vraćanje prirodnom zakonu kada pozitivni zakoni šute, kada su suprotni ili nejasni".<sup>46</sup> Geny i Planiol bili su liberalnih nazora u korist autonomije sudaca u odnosu na zakonodavca, držali su da je u interpretaciji zakona nužna sloboda, a osuđivali su i kvalificirali kao zlouporabu primjenu jedne ograničene i sterilne logike.<sup>47</sup> Planiol je bio blizak suvremenim stajalištima kada je tvrdio da sama pravna logika ne smije isključivo biti korištena, ona mora biti upotrijebljena u kontekstu procjene korisnosti i jednakosti.<sup>48</sup> "Problem pravnih praznina u današnjem smislu rađa se ograničenjem sudske vlasti, shodno prihvatanjem učenja o podjeli vlasti...idući za tom teorijom počev od francuske revolucije afirmisana je nadmoć zakona i zakonodavne vlasti".<sup>49</sup> Kada se sucu daje ovlaštenje da popunjava prazninu u zakonu tada on posredno bespravno prisvaja zakonodavnu vlast.<sup>50</sup>

U područjima djelovanja koja su uređena upravnim pravom, kao primjerice pri izmjeni upisa oznake spola u javnim upisnicima, za razliku od sudske nadležnosti za koju prevladava shvaćanje o slobodi djelovanja uz izvjesna ograničenja procjene korisnosti i jednakosti, u upravnom pravu postojanje praznina ne znači slobodu djelovanja, već upravo suprotno, determinira granice ovlaštenja upravnog organa.<sup>51</sup> Suvremene pravne sustave karakterizira hijerarhijska povezanost normi i postojanje načela koja su dana u izuzetno širokim stilizacijama koje je moguće primijeniti na gotovo sve slučajeve iz prakse. Postojanje tih načela znatno olakšava sucu donošenje rješidbi kada u zakonima ima pravnih praznina. Pravna logika omogućava obrazlaganje rješenja koja zakonodavac nije izričito normirao, ali koja su podvediva pod načela određenog zakona, odnosno pravnog sustava. Kada sudac primjenjuje zakon, često mora odmjeravati koje vrijednosti štiti. Značajnom ulogom načela ublažava se kelzenijanska apsolutnost pozitivnog prava u okvirima postavljenim zakonom ili ustavom. Primjer stvaranja novih prava ličnosti u pravnom sustavu Italije, a poglavito aktivna uloga međunarodnih tijela, Europskog suda i Europske komisije za ljudska prava, koja su u uopćenim stilizacijama iznašla temelje za priznavanje 'prava na spolni identitet', potvrđuju da "...stanovita mjera neusklađenosti, nepotpunosti i neodređenosti pravnog sustava zacijelo je neizbježna i ima čak pozitivnu funkciju u dinamici sustava".<sup>52</sup> Popunjavanje pravnih praznina putem judikata tumačenjem osnovnih načela zakona, ustava ili pravnog sustava predstavlja prethodnu fazu zakonodavnih aktivnosti u kontinentalnim pravnim sustavima. Angloamerički pravni sustav tu potrebu prilagodbe izmijenjenoj društvenoj stvarnosti tradicionalno zadovoljava pravno obvezujućom snagom precedenata.

<sup>46</sup> Prema Perelman, op. cit, str. 133.

<sup>47</sup> Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Paris, 7, 1915, str. 88.

<sup>48</sup> Loc. cit

<sup>49</sup> Perelman, op. cit, str. 132.

<sup>50</sup> Ibid, str. 133.

<sup>51</sup> Ibid, str. 135

<sup>52</sup> Visković, Nikola, *Pojam prava*, Split, 1976, str. 211.

Francuski pravni sustav karakterizira naglašena suzdržanost prema normiranju pretpostavki i posljedica mjera koje se kvalificiraju kao nova medicinska tehnologija. Eventualne prilagodbe omogućavaju se tumačenjima postojećeg prava.

Zamjetan je strogo suzdržan odnos između prava i medicine. Medicinsku struku, prevladava stajalište, treba prepustiti medicinarima. Medicinska etika odraz je visokog stupnja profesionalizma i staleške organiziranosti. Opreznost nalaže strah od eventualnog rizika liječničke profesije zbog mogućih neuspjeha zahvata. U pravnom pristupu prevladava shvaćanje da treba štiti samo ekstremne slučajeve zlouporabe prava subjekata, i to krivičnim sankcijama. Otvorenim ostaje pitanje mogućih problema nastalih zaobilaznjem nacionalnog zakonodavstva. Nameće se usporedba s rješenjima iz znatno liberalnijih sredina u Europi kao i odnos prema standardima zaštite ljudskih prava u Europi. Razmatrajući slobodu poduzimanja pravnih radnji Planiol pojašnjava da volja pojedinca nije apsolutno slobodna, niti apsolutno podređena zakonu, ona je djelimice autonomna, a granice su postavljene zakonom.<sup>53</sup> Temeljna zabrana, mogli bismo kazati 'pravilo igre', postavljena je čl. 6 Francuskog građanskog zakonika, *Code civila*, iz 1804.g. "Ne može se posebnim sporazumom otkloniti važenje zakona ako se time zadire u javni poredak i dobre običaje." Rimski je pravnik Ulpian tvrdio '*Privatorum conventio juri publico non derogat*'. Zakoni koji determiniraju javni poredak obično se odnose na javnu vlast, na političko ustrojstvo.<sup>54</sup> Međutim, ima i privatnih prava koja zadiru u javni poredak zbog značaja koja ta prava imaju prema općem interesu. Planiol kao privatna prava ovisna o javnom poretku navodi ona prava koja uređuju status i sposobnost osobe, zatim vlasništvo i ona koja terete stranke radi zaštite trećih.<sup>55</sup>

"Status osobe nije promjenjiva stvar, sve ono što se odnosi na status osobe, prava i dužnosti, njihova sposobnost i nesposobnost javni je poredak i ne može se mijenjati privatnim dispozicijama".<sup>56</sup> Planiol u kasnijim izdanjima knjige s Ripertom javni poredak definira kao pravni standard prepušten sucu, u viši stupanj prinudnosti karakterizira kvalifikaciju ništavosti ugovora ako je kauzu ugovora zabranjena.<sup>57</sup> Čini se da je jedan od temeljnih pravnih upora građanskopravne sigurnosti u francuskoj teoriji upravo kategoriju javnog poretka, *l'ordre public*. Ta kategorija je uvedena u francusko pravo Građanskim zakonikom 1804., za razliku od austrijskog i njemačkog prava koje poznaje znatno užu kategoriju 'dobrih običaja'.<sup>58</sup> Građanskopravna teorija u Francuskoj 19.st. znatnu je pažnju posvećivala toj kategoriji budući da je predmetom interesa i zaštite ponajprije bila sloboda volje kao temelj ugovornog odnosa. Morandi je tvrdio da je svrha pravne norme očuvanje reda i mira u društvenoj grupi, zakon kao opći izvor ne može predvidjeti sve situacije mogućih povreda, zato ugroženost preko kategorije javnog poretka procjenjuje sud. Morandi je posebno naglašavao da javni poredak obuhvaća i moralne principe koji nisu neposredno izraženi zakonom.<sup>59</sup>

Ideju moralnosti, zamjetno naglašavana u angloameričkoj teoriji u francuski pravni sustav prodire putem javnog poretka. Dopusštena je sloboda volje, ali ne u apsolutnom smislu, već samo ako zadovoljava opći cilj socijalne utilitarnosti. Jossierand

<sup>53</sup> Planiol, op. cit, str. 108.

<sup>54</sup> Ibid, str. 109.

<sup>55</sup> Loc. cit.

<sup>56</sup> Loc. cit.

<sup>57</sup> Prema Perović, Slobodan, Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima, Beograd, 1975., str. 118.

<sup>58</sup> Perović, op. cit, str. 101.

<sup>59</sup> Prema Perović, op. cit, str. 105.

je posebno isticao važnost javnog poretka s obzirom na zakone koji se odnose na osobni status i sposobnost pravnih subjekata, smatrajući da u tim relacijama sud ima neograničenu moć.<sup>60</sup> Pojašnjenje Japiota u kontekstu osobnog prava na spolni identitet posebno je zanimljivo. Taj autor tumači javni poredak kao kriterij koji omogućava zaštitu temeljnih osnova društva koje treba sačuvati radi viših životnih interesa. U praksi to je zadatak sudu da na temelju filozofskih i moralnih kategorija valorizira te više životne interese.<sup>61</sup>

Zu Louis-Lucasu tri su elementa ugovorne obveze: volja, kauza i javni poredak koji služi procjeni dozvoljenosti voljnih dispozicija, a ogleda se u ocjeni minimumu društvene dopuštenosti, obuhvaćajući i moralne zahtjeve. "Moral nije pogodan za definiciju, ali je uvijek procjenjiv".<sup>62</sup>

U francuskoj teoriji krajem 19. st., a posebice početka 20. st. zamjetni su trendovi naglašavanja potrebe za prodiranjem imperativne regulative u privatne odnose. Ta intervencija bila je moguća upravo inzistiranjem na sadržajima javnog poretka. Pravni subjektivitet osoba osobnim statusom određuju zakoni koji zbog važnosti zaštite javnog interesu ulaze izravno u domašaj javnog poretka. Tako Merlin navodi da javni poredak čine i neki zakoni privatnog prava, poglavito oni koji se odnose na osobni status, a Demante uz osobni status naglašava i porodične odnose.<sup>63</sup>

Važnost solidarističke koncepcije, značajne za francusku teoriju 20. st., pojašnjavaju Larmbière: "Svaki član društvu je individua, a iz simbioze prirodnog i pozitivnog prava proizilazi rang, odnosno status za svakog člana društva. Različitost pravnih statusa, svojstava, stanja i sposobnosti čini javni poredak u strogo smislu riječi. Taj personalni poredak je u stvari osnova organizacije društva, a izvan javnog poretka postoji samo anarhija i nesigurnost. Razlika između javnog poretka i javne koristi ima za posljedicu i pravilo da kada se radi o personalnom poretku, na primjer uspostavljanju jednog ličnog prava, nije potrebno pridodati zabranu svakog akta kojim bi se to pravo vrijeđalo, dovoljno je reći da se ne može činiti ništa što bi bilo suprotno javnom poretku".<sup>64</sup>

Čini se da to pojašnjenje primijenjeno na problematiku promjene spola znači da zabranu vršenja zahvata kojim se mijenja spol kao pretpostavka osobnih statusnih prava proizilazi upravo iz tumačenja kategorije javnog poretka. U teoriji je Lindon 1956. u jednom od ranijih stručnih radova o promjeni spola taj zahvat kvalificirao kao suprotan javnom poretku.<sup>65</sup> Accard je osudio praksu kirurških zahvata intervencije sakaćenja radi promjene izvjesnog spola. Pristanak pacijenta, tvrdio je, ne oslobađa liječnika odgovornosti s obzirom na dužnost poštivanja tjelesnog integriteta i javnog poretka.<sup>66</sup> Petit navodi kao primjer povezanosti javnog poretka i promjene spola presudu u slučaju sterilizacije (Bordeaux, 1937.), u kojoj se pozivalo na zaštitu javnog poretka kao

<sup>60</sup> Prema Perović, op. cit, str. 110.

<sup>61</sup> Prema Perović, op. cit, str. 111.

<sup>62</sup> Prema Perović, op. cit, str. 120.

<sup>63</sup> Prema Perović, op. cit, str. 128.

<sup>64</sup> Prema Perović, op. cit, str. 134.

<sup>65</sup> Soutoul, J. H., Touze, M., Froge, E., *Le médecin et le juge français face aux transsexuelles en 1986, première partie: Le point sur la jurisprudence française et étrangère*, J. Gynecol. Obstet. Biol. Reprod., 15, 1986, 7, str. 880.

<sup>66</sup> Accard, J., i dr. *Problèmes medico-légaux et deontologiques de l'hermaphrodisme et du transsexualisme*, Médecine légale et dommage corporel, 2, 1969, 4, str. 348.



ograničavajuću okolnost temeljem koje je odbijena kvalifikacija da je dobrovoljni pristanak na sterilizaciju osnova za oslobađanje od krivične odgovornosti.<sup>67</sup>

"Negativni odgovori francuske judikature ukazuju na integralističku koncepciju javnog poretka koja se u ovom slučaju ozbiljno suprotstavlja problematici prava ličnosti".<sup>68</sup>

Javni poredak šire tumačeno kvalificira se kao način ostvarenju socijalne harmonije. Javni poredak imu ogroman značaj na planu zaštite pravu nerazdvojno vezanih za osobu i njena svojstva, kao i za obiteljski status osobe. Ta kategorija služi ostvarenju društvenog ustroja koji je relevantan za sve članove društva, pa zbog toga predstavlja izuzetak od mogućnosti voljnog reguliranja odnosa dispozicijama ugovornih stranaka.<sup>69</sup> Uspoređujući pravne sustave u kojima je, za razliku od Francuske, naglašen duh individualizma i u kojima se ograničava sloboda pojedinca samo u mjeri kojim se ugrožavaju prava trećih, u Francuskoj je javni poredak generalno determinirajuća kategorija. Navodi se da i krivičnopravne norme kojima se štite određene društvene vrijednosti posredno ulaze u pojam javnog poretka, na primjer inkriminacija sterilizacije.<sup>70</sup>

Capitant naglašava socijalne interese izražene u subordinaciji koja je nužnost života u zajednici i kojima se otklanja nered i anarhija. U porodičnim odnosima Capitant podvaja osobne od imovinskih odnosa, zakonske odredbe koje se odnose na ustrojstvo obitelji kao temeljne ćelije društva, imaju za cilj osiguranje društvenog poretka. Prema karakteru radi se pretežito o moralnim normama koje, bez sumnje, potpadaju pod javni poredak.<sup>71</sup> Marmion je dvadesetih godina javni poredak kvalificirao kao skup imperativnih zakona, a to su oni, zaključuje, koji pružaju isključivo moralnu satisfakciju.<sup>72</sup> Duguit javni poredak shvaća kao društveni interes u smislu društvene solidarnosti. Perović zaključuje da je javni poredak satkan od mnoštva načela filozofske, etičke, političke i pravne prirode, a ta uopćenost omogućava prilagodbu društvenim promjenama i novim zahtjevima dok istovremeno ne smije anulirati pravnu sigurnost preko potpune slobode prepuštene sucima.<sup>73</sup> Javni poredak djeluje preko moralnih, filozofskih, običajima uvjetovanim shvaćanjima u granicama pozitivnopravnih rješenja. Moral je važna, teško odredljiva, difuzna, promjenjiva, neizvjesna, kategorija prepoznatljiva nakon izvjesne faze kristalizacije javnog mnijenja. Pravo je nesavršen izraz nužnosti života u zajednici i mišljenja smo da razborita primjena teorijskih shvaćanja o javnom poretku pripomaže oslonu prava na moral. Francuska teorija, držimo, najbliža je rješenju dileme odnosa pravo - moral. Grupa autora okupljena oko sociološkog pristupa javnom poretku mišljenja je da svaka epoha ljudskog življenja izgrađuje viziju morala koja je usvojena u općoj svijesti.<sup>74</sup> Taj kulturni relativizam putem morala i javnog poretka zadire i u pozitivnopravni sustav čineći ga dijelom kulturnog nasljeđa.

<sup>67</sup> Petit, op. cit, str. 274.

<sup>68</sup> Regourd, op. cit, str. 433.

<sup>69</sup> Perović, op. cit, str. 136.

<sup>70</sup> Ibid, str. 138.

<sup>71</sup> Prema Ibid, str. 149.

<sup>72</sup> Prema Ibid, str. 151.

<sup>73</sup> Ibid, str. 154.

<sup>74</sup> Prema Ibid, str. 159.

Javni interesi povezani s ostvarivanjem prava na zdravlje procjenjuju se preko zaštite javnog zdravlja, javnog morala i javnog poretka i sigurnosti.<sup>75</sup> U pravu na zdravlje Regourd, slično kao talijanska judikatura, nalazi upor za rješavanje teorijske nedoumice s obzirom na promjenu spola u Francuskoj. Interseksualnost, zaključuje, nije perverznan izum već biološka realnost, zakonodavac nije definirao spol, a judikatura se drži morfološkog kriterija preko stajališta da je vanjski morfološki kriterij nepotpun, pogrešan i umjetan i kao takav ne može zadovoljiti pravnike.<sup>76</sup>

Petit 1976. upozorava da se operacijom promjene spola otklanja psihološka interseksualnost, ali da se istovremeno otvara nova - anatomskog ambigviteta. Posebno je istaknuta nužnost procjene kompleksnih posljedica zahvata i potrebe za autorizacijom koja bi isključivala psihijatrijske slučajeve, procjenjivala uspješnost zahvata, a odgovornost liječnika ne odnosi se samo na medicinske aspekte već i na procjenu obiteljskih odnosa, društvene i ekonomske pozadine, te na profesionalne dužnosti pacijenta.<sup>77</sup>

U kvalifikaciji spolnog ambigviteta zamjećuje se pomak od bioloških na psihijatrijske uzroke.<sup>78</sup> Neki francuski teoretičari transseksualizam nazivaju bolešću društva, postavljaju pitanje da li psihičke anomalije treba rješavati tjelesnim osakaćenjem, naglašavaju problem odgovornosti liječnika budući da medicina nije u stanju promijeniti genetički spol, a to što se čini, nije promjena nego destrukcija spola.<sup>79</sup> Soutoul i suradnici iznose kritiku talijanskog zakona, zaključujući da je vrlo kratak, te da ne sadrži sigurne garancije da neće biti pogrešnih primjena s obzirom na dijagnostiku i tretman. Stajališta protiv posebnog zakona u Francuskoj temelje se na ocjeni da postojeća rješenja u pravnom sustavu omogućavaju primjereniju zaštitu od zloupotreba.<sup>80</sup>

Na sjednici Građanskog odjela Kasacionog suda 30.11.1983. iznesena je kvalifikacija da je francuski pravni sustav u odnosu na promjenu spola 'tvrđ' kao i Istočna europa! Kasacioni sud na toj sjednici zauzeo je decidirani stav prema kojem ti zahvati ne mogu biti osnova za promjenu građanskog statusa. Situacija u Francuskoj kvalificirana je kao samoograničenje i kao blokirano pravo pristupa.<sup>81</sup> Razloge protiv uvažavanja pravnih posljedica zahvata promjene spola francuska teorija pronalazi u katoličkoj tradiciji, zabrane su stroge, postavljene su filozofijom, moralom i religijom.<sup>82</sup> Začeci suprotnih stajališta naziru se u nekim izuzecima iz sudske prakse, u naglašavanju važnosti psihičkog integriteta, u shvaćanju da moral pojedinca ima tendenciju prilagođavanja interesima zajednice, te da odbijanje suočavanja s problemom dovodi do opasnosti od daljnje marginalizacije tih osoba.<sup>83</sup> Nacionalni savjet liječnika i Medicinska akademija postavili su stroga pravila kojima se pojašnjava u kojim se slučajevima drži da se radi o medicinskim indikacijama za promjenu spola. Postupak obuhvaća tri faze, promatranje u razdoblju od jedne do tri godine, osiguranje sredstava

<sup>75</sup> Regourd, op. cit, str. 463.

<sup>76</sup> Ibid, str. 465.

<sup>77</sup> Petit, op. cit, str. 268.

<sup>78</sup> Soutoul, op. cit, str. 875

<sup>79</sup> Soutoul, J. H., Touze, M., Froge, E., *Le médecin et le juge français face aux transsexuelles en 1986, deuxième partie: Trois questions essentielles: Le traitement, le changement de sexe et le recours éventuel au législateur*, J. Gynecol. Obstet. Biol. Reprod., 15, 1986, str. 1019.

<sup>80</sup> Ibid, str. 1016.

<sup>81</sup> Ibid, str. 1017.

<sup>82</sup> Ibid, str. 1015.

<sup>83</sup> Loc. cit.

od strane zdravstvenog osiguranja, uključivanje etičkog komiteta koji se obavještava anonimnim protokolom s potpisom trojice specijalista o svakom slučaju.<sup>84</sup> Pasivan odnos zakonodavca doveo je do stvaranja autonomnog prava, tako je na jednoj klinici u Parizu promjena spola uvjetovana: apsolutnom sigurnošću dijagnoze koja se potvrđuje simptomima iz djetinjstva, primat se daje psihičkim faktorima da se osoba osjeća pripadnikom drugog spola, traži se izjava kao pravni akt o suglasnosti. Ne uvažavaju se zahtjevi osoba mlađih od 21 godinu. Kirurški zahvat poduzima se samo ako pridonosi socijalizaciji, ukklanjanju nakane samoosakaćenja ili suicida.<sup>85</sup>

Regourd pojašnjava razloge protiv zasebnog normiranja pravnih aspekata promjene spola ističući štetnost, beskorisnost, nepriličnost i neumjerenost. Štetnim smatra normiranje budući da se protivi principu slobode, jer prema Montesquieuu najbolja je ona vlada koja slabo vlada. Uvođenje novih pravila s ciljem prilagodbe izmijenjenoj društvenoj stvarnosti nosi opasnost pravne nesigurnosti i zapostavljanja tradicionalnih vrijednosti koje su temelj društva.<sup>86</sup> Slijedom tih pretpostavki zaključuje da ako nešto nije regulirano pravom, to počiva na tradicionalnim, nepravnim kategorijama uređenja života u zajednici budući da društvo bez toga ne bi moglo opstojati. To pojašnjenje odgovara očuvanju statike bioloških čimbenika koji tek u dugom nizu evolutivnih promjena dovode do onog što čovjek pokušava ubrzati šokovima revolucije. Beskorisnost normiranja pretpostavki i posljedica promjene spola objašnjava se razboritošću liječnika, koja je nužna kod svakog individualnog slučaja. Normama se na liječnike svaljuje teška odgovornost i zato se predlaže prepuštanje slobodne inicijative stručnjacima.<sup>87</sup>

Specijalizacija je u modernim društvima nužna, multidisciplinarnost gotovo nemoguća, tada ne preostaje drugo nego graditi odnos maksimalnog povjerenja. Prema Regourdu manjak posebnih uporišta u zakonodavstvu ne znači apsolutni nedostatak pravnih rješenja, iako zaključuje da se u današnje vrijeme novi problemi neprimjereno uređuju temeljem starih rješenja.<sup>88</sup> Rješenja koja su u Švedskoj i SR Njemačkoj neki proglasili avangardnim, u Francuskoj su kvalificirana protivnim pravnoj etici i filozofiji Francuza.<sup>89</sup> Nikakvog odjeka nisu imala stajališta Europskog suda i Europske komisije za ljudska prava iz poznatih slučajeva. Tumačenje europskog temelja o ljudskim pravima, Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o pravu na privatnost nije se odrazilo u francuskoj teoriji. Pojašnjenje je elegantno nađeno u ocjeni da odluke Europskog suda i Europske komisije za ljudska prava ionako nisu izvršne na području država članica.<sup>90</sup>

Na vrlo respektabilni pristup transseksualizmu u Francuskoj zasigurno je djelovao i razvijen sustav odgovornosti liječnika. Tradicionalni temelj građanskopravne odgovornosti liječnika teorija nalazi u ugovornom odnosu aleatornog karaktera.<sup>91</sup> Izuzetak predstavlja shvaćanje o deliktnoj odgovornosti liječnika, primjerice kad se radi o ugovoru za poduzimanje nedopuštenih zahvata kao i bezrazložno osakaćenje.<sup>92</sup>

<sup>84</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 876.

<sup>85</sup> Ibid, str. 877.

<sup>86</sup> Regourd, op. cit, str. 443.

<sup>87</sup> Loc. cit

<sup>88</sup> Ibid, str. 448.

<sup>89</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 884.

<sup>90</sup> Soutoul, op. cit, deuxième partie, str. 1017.

<sup>91</sup> Penneau, Jean, La responsabilité médicalé, Paris, 1977, str. 18.

<sup>92</sup> Ibid, str. 26.

Deliktna odgovornost liječnika postoji i u slučaju da je zahvat izvršen bez suglasnosti pacijenta, kada nije bilo ugovornog odnosa. Međutim, liječnik odgovara u svakom slučaju u skladu s načelom krivnje kao i svaki drugi građanin, objektivna procjena prepušta se medicinskoj akademiji.<sup>93</sup> Francuska teorija prihvatila je ugovorni karakter odnosa liječnik-pacijent. Svaki ugovor kojim se čini krivično djelo, ništav je. Također prema teoriji kauze ne proizvode pravne učinke ugovori koji se protive pravilima profesije sadržanim u kodeksima medicinske etike. Društvo pridržava moć zadiranja u autonomiju ugovornog odnosa odmieravajući društvenu korist i štiteći javni poredak.<sup>94</sup>

Čini se da je teško govoriti o ugovornom odnosu ravnopravnih stranaka, problem informiranja i dobivanja suglasnosti pacijenata posebno je naglašen i treba pratiti pomake u razvoju medicinske etike. Odnos liječnik - pacijent nije moguće generalizirati već ga treba individualno cijeniti za svaki konkretan slučaj. Za poduzimanje zahvata nad nesposobnima i djecom mora se pribaviti suglasnost zakonskog zastupnika.<sup>95</sup> Osim građanskopravne postoji i krivična odgovornost liječnika, temelji se na načelu *Nullum crimen sine lege*. U vezi sa zahvatima promjene spola navodi se inkriminacija osakaćenja čl.310 Krivičnog zakonika, *Code Penal*. Sterilizacija izvršena bez medicinskih indikacija podvodi se pod krivično djelo osakaćenja.<sup>96</sup> U Francuskoj postoji gotovo apriorno odbijajući stav prema zahvatima promjene spola. Hervet je 1980. u Nacionalnoj akademiji za medicinu održao predavanje u kojem je naglasio da krivične sankcije čl.309 i 316 Krivičnog zakonika, *Code Penal*, s obzirom na kastraciju onemogućavaju obavljanje zahvata. Međutim, nacionalno vijeće za medicinsku etiku prešutno uvažava obavljanje zahvata, oslobađajući time liječnike krivične odgovornosti, ako je poduzimanje zahvata odobrilo troje specijalista radi medicinsko terapeutskih učinaka. Traži se suglasnost pacijenata na temelju spoznatih činjenica i mogućih rizika zahvata, a preporuča se korištenje 'dosjea-vodiča' kojim bi osobe bile upoznate sa svim fazama i učincima zahvata. Tako izražena suglasnost oslobađa liječnika odgovornosti koja je izuzetno naglašena u pravnom sustavu Francuske.<sup>97</sup>

U francuskoj teoriji navodi se da se o promjeni spola raspravlja samo u visoko razvijenim zemljama, dok ostali, treći svijet i socijalističke zemlje indiferentno šute.<sup>98</sup> To je možda specifičan prilog kulturnom relativizmu, jedna od rijetkih sretnih posljedica materijalne nerazvijenosti i slijedom toga nižeg stupnja promišljanja i uvažavanja ljudskih prava. Možda sreća učenja na iskustvima drugih. Detaljna rasčlamba francuskog pravnog sustava potvrdila je njegovu adaptabilnost i bez čestih 'kozmetičkih prepravki', dokazala možda konzervativni sustav zaštite ali i potvrdila neospornu pravnu sigurnost, što ipak treba priznati, temelj je svakog poretka koji se želi zvati pravnim.

U pravnom sustavu Italije može se pratiti postepeno uvažavanje prava na spolni identitet. Zahtjev za promjenom spola kvalificiran je kao statusna tužba (sud u *Parmi* 25.3.1970.) koju stranka mora osobno uložiti, tako da aktivna legitimacija nije priznata javnom pravobranitelju.<sup>99</sup> Talijanska judikatura sedamdesetih godina nije uvažavala

<sup>93</sup> Ibid, str. 1.

<sup>94</sup> Perović, op. cit, str. 109.

<sup>95</sup> Penneau, op. cit, str. 60.

<sup>96</sup> Ibid, str. 150.

<sup>97</sup> Soutoul, op. cit, deuxième partie, str. 1013.

<sup>98</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 885.

<sup>99</sup> Nicotina, Giuseppe, *Azione di retiffica e cambiamento di sesso*, *Giurisprudenza di merito*, 6, 1974, 1, str.

zahtjeve za upisom promjene spola nakon izvršenih kirurških intervencija polazeći od pretpostavke da pravni poredak vodi računa o fizičkom, a ne o psihičkom spolu.<sup>100</sup> U teoriji i judikaturi često su razmatrane mogućnosti ispravke pogrešno upisanih podataka u javnim upisnicima građanskih stanja. Pretpostavke i postupak ispravke normirane su čl.454 Građanskog zakonika, *Codice Civile*, 16.3.1942. n.262, prema kojem je moguć ispravak temeljem pravomoćne sudske presude. Presudom se ispravljaju pogreške, dopunjuju nepotpuni podaci ili obnavljaju uništeni upisnici. Promjena spola temeljem voljne dispozicije i izvršenog kirurškog zahvata nije se podvodila pod ispravak pogrešnog upisa. Kasacioni sud Italije (presuda br.1847 od 13.6.1972.) zaključio je da psihoseksualnost ne može biti determinirajući kriterij procjene spola, posebice ne kada se radi o patološkim težnjama. Promjena spola kvalificirana je kao trajno umanjenje fizičkog integriteta, anatomskog i funkcionalnog.<sup>101</sup> U teoriji se predlagalo da bi eventualno zahtjev za promjenom spola trebao biti uvažen kada se radi o otklanjanju životne opasnosti, u slučajevima samoosakaćenja ili prijetnji suicidom. Medicinske indikacije za promjenom spola pravno su kvalificirane kao ispravke pogrešnog upisa.<sup>102</sup> Razlozi koji su pledirali za kvalifikaciju zahvata kao protupravnoga temeljili su se na tumačenju čl.5 Građanskog zakonika, kojim se izričito predviđa da su zabranjene radnje raspolaganja tijekom kada dovode do trajnog umanjenja fizičkog integriteta ili kada su u suprotnosti sa zakonom, javnim poretkom ili dobrim običajima. Slično kao i francuski sustav, uz navođenje i dobrih običaja koji se ipak prije odnose na imovinske dispozicije. Javni poredak, shvaćen i tumačen kao jedan od temelja Francuskog građanskog zakonika u talijanskom pravnom sustavu nije dobio tu važnost zaštitnika tradicionalnih vrijednosti osobnog statusa i obiteljskih odnosa. Talijanska teorija i judikatura javni poredak u kontekstu prava na promjenu spola uopće ne spominju. Kasacioni sud Italije (presuda br.2161 iz 1980.) naveo je sljedeće obrazloženje: "Prema zakonu n.1238 iz 1939. spol se može izmijeniti pripisom samo u slučaju da se radilo o pogrešnoj atribuciji prilikom rođenja s prirodnim razvojem osobe drugom spolu...kirurški zahvati dozvoljeni su isključivo kada pripomažu usklađivanju biološkog ambigviteta. Prema tome, osoba koja je bila muškarac psihički sklon ženskom spolu nema pravo tražiti da se pravno osnaži pripadnost ženskom spolu odgovarajućom promjenom u upisnicima građanskih stanja."<sup>103</sup> Patti je bio zagovornik ideje o potrebi evolutivne interpretacije Ustava s obzirom na dinamiku društvenih zbivanja, predlagao je da se napusti shvaćanje o temeljnim pravima kao zatvorenoj kategoriji, kritički se osvrćući na praksu Ustavnog suda Italije koji je otklanjao mogućnost uvažavanja prava na spolni identitet.<sup>104</sup> U SR Njemačkoj, Italiji i Francuskoj čini se da je zbog inercije zakonodavca bilo zamjetno djelovanje ustavnih sudova. Ustavni sudovi Francuske i Italije odbijali su preuzimanje uloge zakonodavca evolutivnim tumačenjem ustavnih načela. Bartole takav pristup drži korektnim, mišljenja je da je u skladu s tradicionalnim modelom podjele vlasti na zakonodavnu, sudbenu i izvršnu, prema kojem nadležnost za prilagodavanje novim potrebama društvene stvarnosti leži na

<sup>100</sup> Ibid, str. 86.

<sup>101</sup> Schwarzenberg, Claudio, Schwarzenberg, Tito Livio Spunti medico-legali in tema di volontaria modificazione dei caratteri sessuali esterni e di psichosessualita, Il diritto di famiglia e delle persone, 1973, str. 564.

<sup>102</sup> Ibid, str. 565.

<sup>103</sup> Prema Galbiati, Rugero, "Transsessualismo" e retifica dell'atto di nascita, Giurisprudenza italiana, 1980, I, 1. c, 1864.

<sup>104</sup> Patti, Salvatore, Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale, Rivista critica del diritto privato, 2, 1984, 2, str. 346.

zakonodavcu.<sup>105</sup> Bartole tumači čl.2 talijanskog Ustava iz 1947. kao temeljnu osnovu zaštite osobnosti subjekata. Taj član talijanskog Ustava glasi: "Republika priznaje i štiti temeljna prava čovjeka, i pojedinca, i u društvenim tvorevinama, kojima se ostvaruje njegova osobnost zahtjevajući ustrajanje na neotuđivim dužnostima političke, ekonomske i društvene solidarnosti." Bartole tu stilizaciju interpretira obuhvaćajući i okolnosti društvene marginalizacije koja može biti dobrovoljna ili nametnuta.<sup>106</sup> Naslućivalo se da Ustavni sud Italije prati pomake u javnom mnijenju, koje, iako potaknuto skandalima, počinje prihvaćati realnost postojanja tih marginalnih subjekata. Istovremeno Ustavni sud, dosljedno čuvajući poziciju u pravnom modelu podjele vlasti nije preuzimao ulogu 'pravnog inženjera, projektanta i graditelja novog'. Iako su neki teoretičari u tumačenju čl.2 Ustava iznalazili upor za uvažavanje prava na spolni identitet,

Ustavni sud ostajao je dosljedan u restriktivnom tumačenju.<sup>107</sup> Nakon sveobuhvatne procjene osobnih, bračnih, roditeljskih posljedica zahvata promjene spola prevladao je zaključak da nužno mora biti zadovoljen postupak nastajanja prava, bilo proširenjem postojećih neotuđivih ustavnih prava, bilo posebnim zakonima kako bi se vodilo računa o svim tim važnim aspektima, a ne da Ustavni sud djeluje kao surogat zakonodavca.<sup>108</sup> Za razliku od Italije i restriktivne prakse Ustavnog suda s uporištem u tradicionalnom modelu podjele vlasti, u SR Njemačkoj prevladao je pristup da je uloga ustavnih sudova da evolutivnim tumačenjem popunjavaju pravni sustav dok se ne donesu zakoni.<sup>109</sup> U SR Njemačkoj se pošlo od pretpostavke da ako je evidentno postojanje zakonske praznine, to ne znači da postoji i pravna praznina, budući da se tumačenjem ustavnih načela može iznaći zadovoljavajuće rješenje.<sup>110</sup> Mišljenja smo da se zalaganjem za takva rješenja ruši stabilnost pravnog poretka i judikaturi atribuirana uloga zakonodavca. To dovodi do uvažavanja osobnih prava subjekata zanemarivanjem javnih interesa koji su u europskim zemljama tradicionalno osiguravani trodiobom vlasti. Takav pristup odraz je individualističkih poimanja i snažnog upliva angloameričke Common Law tradicije temeljene na kreativnoj, evolutivnoj interpretaciji ustavnih načela i autonomnosti pravosudnih organa. Kritiku postojećeg stanja u Italiji Patti je temeljio na primjeru SR Njemačke, s primatom osobnih interesa nad javnim poretkom, tvrdio je da u pluralističkom društvu trebaju postojati mogućnosti da pravni poredak štiti subjekte i da im osigurava ostvarenje onog što oni osjećaju.<sup>111</sup> Patti i Will dijelili su stajalište da se pravne praznine uzrokovane razvojem medicinske tehnologije moraju popunjavati zakonodavnim postupcima.<sup>112</sup> Stajališta u talijanskoj teoriji i judikaturi sedamdesetih godina Poggi je kvalificirala kao rješenja kojima se osigurava izvjesnost pravnih instituta, a ne vodi računa o ljudskim i osobnim aspektima. Predlagala je da se iznađu mogućnosti uvažavanja psihosocijalnih kategorija i u pravnom poretku.<sup>113</sup> Caruso

<sup>105</sup> Bartole, Sergio, *Transsessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, Giurisprudenza costituzionale, 1979, I, str. 1180.

<sup>106</sup> Ibid, str. 1181.

<sup>107</sup> Ibid, str. 1189.

<sup>108</sup> Loc. cit.

<sup>109</sup> Patti, Salvatore, Will, R. Michael, *Mutamento di sesso e tutela della persona umana*, Padova, 1986, str. 7.

<sup>110</sup> Loc. cit.

<sup>111</sup> Patti, Salvatore, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, op. cit, str. 349.

<sup>112</sup> Ibid, str. 338.

<sup>113</sup> Poggi, Maria Elena, *Mutamento di sesso e domanda di rettificazione*, Giurisprudenza italiana, 1973, I, 1, c. 379, 381.

zaključuje da se kod promjene spola radi o patološkoj evoluciji, te da su neophodne promjene pravnih standarda, iako pravni poredak nužno ograničava prirodna prava.<sup>114</sup>

Osamdesetih godina u talijanskoj teoriji prevladavaju shvaćanja prema kojima treba priznati pravo na spolno samoopredjeljenje. Upor za orijentaciju prema kvalifikaciji spola kao psihološkoj kategoriji pronađen je u 'sličnom' primjeru biološkog ambigviteta spola, u pseudohermafroditizmu. Taj nesklad između psihe i tijela osoba želi otkloniti usklađivanjem prema osobnom opredjeljenju. U ostvarivanju tih prava valja iznaći kompromis između suprotstavljenih javnih i privatnih interesa. Javni interesi štite se normama prinudne naravi, koje determiniraju status subjekata djelujući erga omnes. Patti primjećuje da u Ustavu Italije nedostaje upor za zaštitu osobnih interesa koji je njemačka judikatura otkrila u stilizaciji o 'razvitku osobnosti' iz čl.2 Ustava SR Njemačke. Međutim, isti autor nedostatak norme takvog sadržaja u Ustavu Italije otklanja tumačenjem odredbe o zaštiti društvenih odnosa podvedeći mogućnost za zaštitu spolne uloge pod kompleksnu kategoriju zaštite svih, pa slijedom toga i odnosa koji su odraz različitih spolnih uloga.<sup>115</sup> Nakon analize talijanske judikature i teorije Caruso je predlagao da djelovanje de lege ferenda mora karakterizirati procjena negativnih i pozitivnih, osobnih i društvenih posljedica. I taj je autor uzročnost težnji za promjenom spola pojašnjavao terminom '*schizosesualita*' smatrajući da bez obzira na savršenost i uspješnost zahvata, prave promjene spola nema.<sup>116</sup> U talijanskoj teoriji gotovo da i nema osvrta na ustrajno odbijanje mogućnosti za izmjenom statusnih posljedica promjene spola, koje je temeljeno na zaštiti javnog poretka. Caruso je upozoravao i na kriminološke aspekte, na povezanost s prostitucijom kao osnovom za pribavljanje materijalnih sredstava.<sup>117</sup> Na te specifične segmente antidruštvenosti skrenuli su pažnju i neki drugi autori, dok sredstva informiranja kao i povijesni izvori promjenu spola nadovezuju na homoseksualizam, transvestitizam i prostituciju.<sup>118</sup> Restriktivnost pristupa u judikaturi temeljila se na potrebi očuvanja sustava vlasti. U pravnom sustavu u kojem nije bilo posebnog zakona, takvu kvalifikaciju sudova držimo sasvim opravdanom. Tada se još isticalo da se ne smiju zanemariti niti krivičnopravne posljedice budući da se radi o trajnom gubitku reproduktivne sposobnosti. Judikatura je odbijala zahtjeve za uvažavanjem prava na promjenu spola temeljeći obrazloženja na potrebi zaštite kriterija izvjesnosti i sigurnosti pravnog poretka, posebice s obzirom na osobne odnose subjekata koji se zanivaju na činjenici različitosti spolova.<sup>119</sup> Kada je Kasacioni sud Italije 1981. negirao pravo osobe na samoodređenje spolnog identiteta u teoriji, uslijedio je, val kritika temeljen na stajalištima Europske komisije i Europskog suda za ljudska prava. Tada je u Evropi još postojala klima da se radi o strogo osobnim pravima subjekata, te da se ograničenja pravne naravi protive temeljnim načelima iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Isticalo se da je obveza Italije da u zakonodavstvu i u judikaturi slijedi praksu temeljenu na Europskoj

<sup>114</sup> Caruso, Antonio, Il "cambiamento" di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinari, Il diritto di famiglia e delle persone, 1978, str. 710.

<sup>115</sup> Patti, Salvatore, Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale, op. cit, str. 346. Caruso, op. cit, str. 706.

<sup>116</sup> Caruso, op. cit, str. 706.

<sup>117</sup> Ibid, str. 708.

<sup>118</sup> Lore, Cosimo, Martini, Paolo, Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo, Milano, 2, 1988, str. 76.

<sup>119</sup> Galbiati, Rugero, "Transessualismo" e rettifica dell'atto di nascita, Giurisprudenza italiana, 1980, I, 1, c. 1871.

konvenciji kako bi se izbjegla izolacija i kontradiktornost situacije.<sup>120</sup> Pod utjecajem brojnih judikata i znatnog teorijskog interesa u Italiji se početkom osamdesetih poduzimaju zakonodavne aktivnosti. O promjeni spola počinje se razmišljati kao fenomenu koji treba normirati u pravnom poretku kao objektivnu pojavu, iako s različitom biološkom stvarnošću.<sup>121</sup> Na važnost društvenih posljedica zahvata promjene spola upozorio je Puglisi smatrajući da osakaćenje treba biti zabranjeno, fizički integritet kao samostalnu materijalnost moguće je narušiti samo u stanju nužde radi očuvanja života i tada liječnik djeluje autonomno, oslobađajući se odgovornosti od osakaćenja.<sup>122</sup> Stanzone je definirao transseksualizam kao usklađivanje tijela i psihe u potrazi za vlastitim identitetom, a pravne posljedice odnose se na zaštitu dostojanstva ličnosti, razvitak osobnosti i zaštitu zdravlja.<sup>123</sup> Te tri kategorije mogli bismo povezati kao okolnosti na strani osobne autonomije subjekta, dok na suprotnom polu nalazimo sigurnost i izvjesnost društvenih odnosa. Lore i Martini upozorili su da je Zakon o pobačaju (n.194) predstavljao radikalni potres i prema ostalim radnjama zadiranja u tjelesni integritet, što se pojašnjava poljuljanim katoličkim moralom kao tradicionalnim osloncem pravne kulture Italije, poglavito na području osobnih odnosa.<sup>124</sup> Ustavni sud Italije 1985. kvalificirao je pravo na spolno samoopredjeljenje kao pravo na zdravlje, taj pomak ocijenjen je kao uvažavanje dopuštenosti zahvata na vlastitom tijelu i kao osnaženje načela dostojanstva i slobode i na tim marginalnim područjima.<sup>125</sup> To uvažavanje prava 'različitih' podvedeno je pod zdravlje kao temeljni uvjet razvoja osobnosti. "Prema stajalištu Ustavnog suda pretpostavka 'zdravlja' omogućava svakom ostvarenje vlastitog spolnog identiteta."<sup>126</sup>

#### 4. Judikatura i zakonodavstvo

Pristup francuske teorije prema promjeni spola karakterizira izrazita podvojenost i autonomnost pravne i medicinske znanosti. Čini se da je to jedno od pozitivnih iskustava multidisciplinarnosti u smislu maksimalnog uvažavanja različitosti pristupa i rezultata. U judikaturi je to imalo za posljedicu da se nije, kako navodi Almeras, išlo u 'bit problema', pravnici su raspravljali isključivo o mogućnostima izmjene akata građanskih stanja u strogim granicama pozitivnog zakonodavstva.<sup>127</sup> Prevladalo je stajalište da status ovisi o spolu koji je procijenjen vizuelnom percepcijom vanjskih spolnih organa, a moguća izmjena imena uvažavala se isključivo ukoliko se radilo o pogrešnom upisu. U judikaturi su ipak zamjećivani pomaci, tako je viši sud u Toulousu 10.2.1977. zaključio: "U evoluciji osobina spola, zbog bioloških, kao i zbog vanjskih okolnosti, promjene su nužne budući da bez njih dolazi do teških problema u društvenoj ulozi koja ovisi o deklariranom spolu."<sup>128</sup> U literaturi se 1982. pojavio zakonski

<sup>120</sup> Patti, Salvatore, Wñl, R. Michael, *La giurisprudenza italiana e l'Europa (A proposito delle rettificazioni nei registri dello stato civile)*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1981, str. 1227.

<sup>121</sup> Galbiati, op. cit, str. 1865.

<sup>122</sup> Puglisi, Giovanni, *Atti dispositivi del proprio corpo e consenso dell'avente diritto*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1975, str. 1406.

<sup>123</sup> Stanzone, Pasquale, *La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesco-occidentale*, *Rassegna di diritti civili*, 1980, str. 1233.

<sup>124</sup> Lore, Cosimo, Martini, Paolo, op. cit, str. 88.

<sup>125</sup> *Ibid*, str. 151.

<sup>126</sup> *Ibid*, str. 162.

<sup>127</sup> Almeras, J. P., *Une loi pour les transsexuels? Concours médicales*, 104/21, 1982, str. 3482.

<sup>128</sup> *Loc. cit.*



prijedlog kojeg je sačinio Caillavet. Taj koncept ocijenjen je kao pojednostavljen pristup problemu, s nedostatkom, na primjer, pretpostavke dobne granice, mogućih pitanja s obzirom na brak, razvod braka. Almeras je zaključio da pravo poznaje samo dva spola, ono se protivi stvaranju pravnog humanizma drugog reda kao posljedice kirurških intervencija i ograničenoj pravnoj osobnosti.<sup>129</sup> Stajališta iz francuske judikature mogu se podvesti pod dva različita pristupa. Iznosi se podatak da je do 1984. objavljeno 20 od ukupno 28 presuda koje su se odnosile na promjenu spola. Razdoblje od 1965. do 1976. karakteristično je prema potpunom odbijanju uvažavanja pravnih učinaka promjene spola. Tako na primjer, Viši sud u Seine 18.1.1965. zaključuje o postojanju principa nedopuštenosti raspolaganja tijelom, a i drugi sudovi smatrali su da se promjena upisanog spola ne može uvažiti kao posljedica umjetnog zahvata u morfologiju, koji se kažnjava prema krivičnom zakonu.<sup>130</sup> Građanski odjel Kasacionog suda 1983. zaključio je da napredak bioloških znanosti treba utjecati na pravni pristup promjeni spola, zauzet je stav da treba napustiti isključivost morfološkog kriterija budući da sudska praksa već upućuje na mogućnost uvažavanja promjene spola.<sup>131</sup> Pojašnjena je uloga suda: "Pravo mora štiti interese pojedinca, ali i javne interese, sudac ne može stvarati pravo, već to može samo zakonodavac."<sup>132</sup> Zanimljiv slučaj raspravljan je pred Kasacionim sudom 16.12.1975., koji su neki navodili kao putokaz izmijenjenog pristupa: "Uvažava se promjena imena osobe nad kojom je prinudno u logoru izvršen zahvat na tjelesni integritet, primjenom zakona od 12.11.1955. koji uvažava takvu promjenu čl.57 Francuskog građanskog zakonika u slučaju zakonskog interesa."<sup>133</sup> Čini se da su razlozi humanosti utjecali na otklon od tradicionalne kogentnosti normi kojima se determinira građanski status kada je sud prihvatio promjenu imena u korist deportirane žrtve medicinskih istraživanja u nacističkim koncentracijskim logorima.<sup>134</sup> Ipak sredinom osamdesetih u Francuskoj se podvaja teorija, predlaže se uvažavanje psihološke autodeterminacije spola, nastaje autonomno medicinsko 'pravo', a pravni poredak, čini se, ne želi imati sluha prema tim 'novotarijama'. U Francuskoj prevladava stajalište da se kod promjene spola radi o strogo osobnoj stvari. Težnje se samo izuzetno prihvaćaju, što ipak ne daje osnove zaključivanju da se radi o terapijskom pristupu. Od neželjenih posljedica štiti se strogim etičkim standardima medicinske profesije i restriktivnim tumačenjem pozitivnih propisa, dok zakonodavac šuti. U diskusijama o pravnim aspektima promjene spola u Francuskoj Rassat je iznijela originalan prijedlog o 'trećem-neodređenom' spolu koji bi obuhvaćao transseksualce i osobe s biološkim ambigvitetom spola. Primjena tog prijedloga ovisila bi o tumačenju čl.57 Francuskog građanskog zakonika koji obvezuje na naznaku spola prilikom upisa u javne upisnike. Predlagano je da se tumačenjem čl.57 omogući upis neodređenog spola kada za to postoji pravni interes.<sup>135</sup> Slično je i u talijanskoj teoriji Stanzione predložio da "...se rigidnost dihotomije muško-žensko možda može izbjeći neutralnim rodnom 'sesso neutro' pod koji bi se mogli podvesti svi oni neizvjesni slučajevi do konačnog samoopredjeljenja."<sup>136</sup> Kasacioni sud koji je razmatrao zahtjev za uvažavanjem

<sup>129</sup> Ibid, str. 3483.

<sup>130</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 878.

<sup>131</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 879.

<sup>132</sup> Loc. cit.

<sup>133</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 880.

<sup>134</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 878.

<sup>135</sup> Soutoul, op. cit, deuxième partie, str. 1016.

<sup>136</sup> Stanzione, op. cit, str. 1236.

promjene spola 30.11.1983. nije prihvatio zahtjev za novu kvalifikaciju spola budući se radilo samo o približavanju drugom spolu.<sup>137</sup> Restriktivnost francuske judikature potvrđuje i presuda iz Bruxa od 7.5.1974., u kojoj se navodi da s obzirom na stanje u zakonodavstvu nema mogućnosti da se uzme u obzir umjetna promjena vanjskih spolnih osobina osobe, bez obzira što ta promjena uklanja psihičke traume.<sup>138</sup> Petit te argumente kvalificira kao pasivne, negatorske, odbijajuće, a budući da sudska praksa mora djelovati na popunjavanju pravnih praznina, zalaže se za donošenje jednog posebnog sveobuhvatnog zakona.<sup>139</sup> Sva postojeća francuska judikatura i teorija temelji se na shvaćanju da se radi o zahvatima protivnim javnom poretku.

U Švedskoj je problematika promjene spola normirana Zakonom o utvrđivanju spola u pojedinim slučajevima od 21. 4. 1972. (*Lag om faststallande av konstillhorighet i vissa fall*, 21. 4. 1972. SFS 1972:119) Pravni izvor s obzirom na problematiku promjene spola u SR Njemačkoj je od 10.9.1980. Zakon o promjeni imena i utvrđivanju pripadnosti spolu u posebnim slučajevima (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen, Transsexuellengesetz-TSG*, 10. 9. 1980. BGBl, 1980) Uspoređujući rješenja Zakona Švedske i SR Njemačke zaključuje se da su ti zakoni smatrani avangardnim, iako se neka rješenja čine suprotnim pravnoj etici i filozofiji Francuza.<sup>140</sup> Kritiziran je i talijanski zakon, Zakon od 14. 4. 1982. n.164 odredbe o ispravljanju pripisa spola (*Legge 14. 4. 1982. n. 164 Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) kao vrlo kratak i nedostatan za primjenu budući da, kako je ocijenjeno, ne sadrži sigurne garancije da neće biti pogrešnih primjena zahvata u odnosu na dijagnostiku i tretman.<sup>141</sup> Ustavni sud SR Njemačke dao je 1978. novo tumačenje ustavnih odredbi prema kojem se spol kao činitelj osobnog statusa čovjeka treba biti cijenjen prema individualnoj psihičkoj i fizičkoj konstituciji. Tim judikatom (*Bundesgerichtshof, BVerfG, 11. 10. 1978.*) u slučaju Helge H. izraženo je stajalište prema kojem spol nije određen isključivo vanjskim spolnim organima, već i psihološkim činiteljima. Uloga Ustavnog suda SR Njemačke iz 1978. ocijenjena je u Italiji korektnom budući da se odnosila na strogo specifičan slučaj zaštite osobnih prava koja ne mogu ovisiti samo o zakonodavcu. Isticalo se da je tom odlukom ipak primat dan zaštiti prava pojedinca nasuprot javnim interesima koje je francuska teorija i judikatura tako ustrajno branila preko zaštite javnog poretka. Čini se kao da je pojašnjenje u prilog tog judikata gotovo preslikana stilizacija kojom se determinira individualistički, liberalni primat osobnosti, temeljen i na tradiciji germanskog duha koji je tako karakterističan za angloameričku pravnu filozofiju. Bartole zaključuje da je njemački Ustavni sud pošao od stajališta da ljudsko biće samostalno raspolaže sobom i autonomno usmjerava svoju sudbinu.<sup>142</sup> Upozoreno je na stajalište da je i talijansko društvo danas zajednica mnogo osjetljivija na prava pojedinca nego na solidarističke dužnosti, što ima za posljedicu jednosmjernu liberalizaciju.<sup>143</sup> U htijenjima za uvažavanjem novih ljudskih, subjektivnih prava kao da se zaboravljalo da apsolutnog uvažavanja autonomije nema, da se djelovati može samo dok se ne krše prava trećih. Taj treći je i ljudska zajednica nastala na prirodnom

<sup>137</sup> Soutoul, op. cit, deuxième partie, str. 1016

<sup>138</sup> Petit, op. cit, str. 284.

<sup>139</sup> Ibid, str. 285.

<sup>140</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 884.

<sup>141</sup> Soutoul, op. cit, deuxième partie, str. 1016.

<sup>142</sup> Bartole, op. cit, str. 1196.

<sup>143</sup> Pace, op. cit, str. 695.

toku stvari, to je i bračni drug, dijete, roditelj. Svi oni imaju svoj udio u pravima trećih. Prenosimo misli Lewisa Mumforda: "... ako nas je povijest ljudskoga roda nečem jasno uči onda nas uči sljedećem: čovjeku se ne mogu povjeriti apsoluti."<sup>144</sup>

U SAD šezdesetih godina dolazi do povećanja broja zahvata promjene spola. Promjene u javnom mnijenju utjecale su na klimu prihvaćanja s obzirom na pravo raspolaganja tijelom i spolnošću, a temeljene su na uvažavanju individualizma i liberalizma. Neke savezne države (Illinois, Louisiane) donijele su posebne Zakone. U New Yorku je sud odbio zahtjev za promjenu imena, ali ga je u istom slučaju 'solomonskim rješenjem' uvažio Vrhovni sud prema kojem izvod iz matične knjige sadrži novo ime, ali ne više i naznaku spola nakon izvršenog zahvata. Ta rješidba odgovarala je i prijedlogu kojeg je postavila Rassat o 'trećem, neodređenom' spolu.<sup>145</sup> Accard iznosi podatak da su sudovi u SAD i Engleskoj uvažavali promjenu upisa spola zbog greške pri atribuciji nakon rođenja, iako se interseksualnost kao biološka kategorija manifestirala tek kasnije u pubertetu.<sup>146</sup> U Kanadi je prevladavalo stajalište da su zahvati promjene spola ilegalni, iako se kao olakšavajuća okolnost smatrala opasnost od samoosakaćenja ili suicida. Uz postojanje tih okolnosti zahvat je mogao biti izvršen radi dobrobiti pacijenta. Niti u SAD šezdesetih godina nisu primjenjivane sankcije predviđene za sakaćenje, što potvrđuju brojni izvještaji u literaturi o praksi obavljanja zahvata. Uvaženo je tumačenje da se ti zahvati mogu obavljati zbog dobrobiti pacijenta i uz njegovu suglasnost.<sup>147</sup> U Kanadi je prevladalo stajalište da spol ovisi o nizu faktora, ali s izraženom tendencijom uvažavanja psihološkog spola individue. Zahvat promjene spola mora se autorizirati intervencijom pravosudnih organa i tada nema razloga za odbijanje zahtjeva za promjenom imena. Pretpostavke za vršenje zahvata su da je osoba dala pismenu suglasnost, da se tim zahvatom ne ugrožavaju prava trećih, a krivična odgovornost otklonjena je kvalifikacijom da je zahvat izvršen radi dobrobiti pacijenta.<sup>148</sup> U literaturi se jedna presuda iz Argentine (1966.godina) navodi kao primjer restriktivnog pristupa i osnaženje tradicionalnog shvaćanja da čovjek ne može raspolagati vlastitim tijelom. Tom je presudom sud izrazio stajalište da nema znanstvenih razloga za odstranjivanje zdravog penisa s fizički zdravog muškarca, i takav je zahvat okvalificiran kao krivično djelo. Viši sud također je potvrdio to stajalište navodeći da pristanak žrtve nije argument za obranu budući da društvo ne može prihvatiti suglasnost žrtve čije interese štiti ovaj sud.<sup>149</sup>

Danski zakon od 11.5.1935. dozvoljava je dobrovoljnu kastraciju u slučaju da je nenormalni spolni nagon osobu tjerao na vršenje krivičnih djela ili uzrokovao teške psihičke patnje. Slično je bilo i rješenje Zakona Norveške o dobrovoljnoj sterilizaciji od 1.6.1934., koji je dozvoljavao poduzimanje zahvata zbog opravdanih razloga.<sup>150</sup> Austrija i Danska problem promjene spola riješile su upravnim postupkom koji osim promjene imena obuhvaća prema potrebi i promjenu spola.<sup>151</sup> U Švicarskoj je problem riješen tumačenjem odredbe Građanskog zakonika o ispravci upisa u matičnim knjigama, a na

<sup>144</sup> Mumford, op. cit, Mit o mašini 2, str. 78.

<sup>145</sup> Soutoul, op. cit, deuxième partie, str. 1016.

<sup>146</sup> Accard, J., op. cit, Problèmes médico-legaux et deontologiques de l'hermaphrodisme et du transsexualisme, str. 349.

<sup>147</sup> Meyers, David William, Problems of Sex Determination and Alternation, The Medico-Legal Journal, 36, 1968, 4, str. 182.

<sup>148</sup> Soutoul, op. cit, première partie, str. 883.

<sup>149</sup> Meyers, op. cit, str. 183.

<sup>150</sup> Petit, op. cit, str. 273.

<sup>151</sup> Patti, Will, op. cit, Mutamento di sesso e tutela della persona umana, str. 5.

temelju ovlaštenja iz čl.1. "To rješenje se u prošlosti primjenjivalo s izuzetnim oprezom, predviđeno je da u slučaju postojanja pravnih praznina sudac mora donijeti odluku na temelju pravila da on sam ima ulogu zakonodavca."<sup>152</sup> Dosljednost i restriktivnost francuske judikature temeljila se upravo na suprotnom stajalištu - da sudac nema ovlaštenja zakonodavca, a granice tumačenja javnog poretka strogo su uvažavane. Takvo stajalište prihvatio je i Ustavni sud Italije 1979., izričito naglasivši da je pravo na uvažavanje promjene spola moguće tek nakon intervencije zakonodavca, budući da transseksualizam kao pojava dovodi do osjetljivih i kompliciranih moralnih i pravnih posljedica.<sup>153</sup> Ustavni sud SR Njemačke 1971. zaključio je da se u slučaju zahtjeva za promjenom spola radilo o zakonskoj praznini (*lacune legis*), a ne o pravnoj praznini (*lacune iuris*) budući da postoje sveobuhvatna ustavna načela. Zauzet je stav da se u tom slučaju radi o evolutivnoj interpretaciji koja zbog važnosti nekih odnosa može predstavljati prethodnu fazu zakonodavnih aktivnosti.<sup>154</sup> Obrazloženje Ustavnog suda SR Njemačke kvalificirano je kao evolutivno tumačenje ustavnih načela o dostojanstvu i razviku osobnosti subjekata "...prilagoditi spol osobnom statusu ljudskog bića, preciznije onom spolu kojem osoba pripada s obzirom na vlastitu psihičku i fizičku konstituciju."<sup>155</sup>

Švedski zakon o utvrđivanju spola u pojedinim slučajevima sadrži stilizaciju o promjeni spolne uloge. Pretpostavke su da je osoba navršila 18 godina, da je izvršena sterilizacija ili da je zbog drugih razloga nesposobna za prokreaciju, te da osoba nije u braku. Švedski zakon predviđa obvezatnost autorizacije prije poduzimanja kirurškog zahvata. Autorizacija je u nadležnosti višeg organa socijalne zaštite. Važnost javnih interesa štiti se krivičnim sankcijama prema izvršiteljima zahvata bez prethodnog postupka provjere zakonom postavljenih pretpostavki i autorizacije. "Novi Švedski zakon bio je ispunjen humanošću, tolerancijom i razumijevanjem za nesretnu manjinu u društvu i ima za cilj život tih osoba učiniti podnošljivim. U Australiji treba koristiti iskustva Švedske kako bi se postigla bolja kvaliteta života tih nesretnih ljudi."<sup>156</sup> Presuda Ustavnog suda SR Njemačke od 11.10.1978. u europskim je razmjerima predstavljala radikalnan zaokret i bila čvrst upor svim onim pobornicima liberalizacije pravnog pristupa promjeni spola. U toj presudi izraženo je stajalište da spol nije određen isključivo vanjskim spolnim organima već i psihološkim faktorima. Primat je dan slobodno izraženoj volji u skladu s pravom osobe na slobodan razvitak ličnosti; zahvat promjene spola ne može se smatrati protivnim dobrim običajima budući da se tim zahvatom otklanjaju još teži poremećaji duhovne i fizičke naravi, stoji u obrazloženju te presude.<sup>157</sup> Tijekom sedamdesetih godina u SR Njemačkoj je bio zamjetan trend proširenog tumačenja ustavnih načela (čl.1 i 2 Grundgesetz) o dostojanstvu i napretku osobnosti subjekata. U odnosu na problem promjene spola to je izraženo stajalištem da spol kao element statusa treba prilagoditi onoj spolnoj ulozi kojoj osoba pripada prema fizičkoj i psihičkoj konstituciji.<sup>158</sup>

<sup>152</sup> Patti, Will, op. cit, La giurisprudenza italiana e l'Europa, str. 1228.

<sup>153</sup> Galbiati, op. cit, str. 1865.

<sup>154</sup> Patti, Will, op. cit, La giurisprudenza italiana e l'Europa, str. 1230.

<sup>155</sup> Ibid, str. 1229.

<sup>156</sup> Walters, A. W. William, Transsexualism-Medical and Legal Aspects, The Australian Journal of Forensic Sciences, 16, 1983, 2, str. 75.

<sup>157</sup> D'Addino Serravalle, Paola i dr. Problemi giuridici del transsessualismo, Università degli Studi di Camerino, 9, Napoli, 1981, str. 91.

<sup>158</sup> Patti, Will, op. cit, Mutamento di sesso e tutela della persona, str. 6.

Njemački zakon o promjeni imena i utvrđenju pripadnosti spolu u posebnim slučajevima, o promjeni spola predstavlja izraz društvene tolerantnosti već izražene u praksi Ustavnog suda SR Njemačke. Na donošenje tog Zakona utjecalo je i stajalište europskih tijela za zaštitu ljudskih prava kao i težnja da se izbjegnju osude pravnih kategorija njemačkih zakona. Navodi se i stajalište Europske komisije za ljudska prava iz slučaja Van Oosterwijck.<sup>159</sup> Promjena imena prema njemačkom zakonu u teoriji se kvalificira kao 'mala varijanta' promjene spolne uloge. Promjenu imena može zatražiti osoba starija od 25 godina. Zahtjev može uložiti i osoba djelomično lišena poslovne sposobnosti u skladu s općim pravilom prema kojem osobe djelomično lišene poslovne sposobnosti mogu samostalno poduzimati dispozicije statusne naravi. O zahtjevu odlučuje sud u izvanparničnom postupku. Postavlja se pitanje koji je ratio 'male varijante'? Postoje stajališta da se promjenom imena pruža blaži oblik zaštite prava ličnosti kada osoba zbog bolesti, poodmakle dobi ili nekih drugih razloga ne može pristupiti medicinskom zahvatu promjene spola. Ta varijanta pogoduje i osobama u braku omogućavajući daljnji život u zajednici, a osobama koje mijenjaju ženski spol u muški, pruža bar djelimičnu pravnu zaštitu budući da je u tim slučajevima mnogo teže zadovoljiti uvjet 'približnosti vanjskih obilježja spola'.<sup>160</sup> Mala varijanta promjene imena prema njemačkom zakonu kvalificira se kao pravno osnaženje 'mimikrije'.<sup>161</sup> Zamjetna važnost Zakonom je posvećena vještačenju. Za 'veliku varijantu' promjene spola Zakon SR Njemačke predviđa da osoba mora biti podvrgnuta kirurškom zahvatu izmjene vanjskih spolnih osobina, čime se postiže očigledno približavanje morfološkim osobinama drugoga spola. Njemački zakon ( čl.12) precizira da rješenje temeljem kojeg se podnosi zahtjev ima smatrati pripadnikom drugog spola, ne zadiru u obveze te osobe na periodična davanja, koje su postojale u trenutku pravomoćnosti rješenja. Tom odredbom potvrđena je važnost i osnaženo djelovanje zakonske obveze uzdržavanja. Njemački zakon je u talijanskoj teoriji ocijenjen kao dokaz prilagođavanja prava stvarnosti budući da se promjena spola temelji na psihološkim kriterijima. Ističe se da je tim zakonom umanjena prinudnost i isključivost pravnih normi.<sup>162</sup>

Thomson zaključuje da je obveza prava da uvažava običaje, društvene norme, tako je za očekivati i promjena sadašnje definicije spola kada nova bude opće prihvatljivom. Nakon analize Zakona SR Njemačke Thomson razborito upozorava na kulturni relativizam pojedinih sredina i na nepoželjnost 'kopiranja' rješenja: "Njemački zakon ukazuje kako jednostavno može biti riješen taj težak problem, ali ostaje pitanje da li je naše društvo spremno prihvatiti slično zakonodavstvo u pravnoj sredini poput Velike Britanije?"<sup>163</sup>

U promišljanjima novog pravnog pristupa u Italiji se 1980. zaključivalo da je nova spolna uloga izvjesna i sigurna budući se radi o zahvatima s nepovratnim učincima. Kritika restriktivnog pristupa judikature temeljila se na uvažavanju medicinskog shvaćanja o nepromjenjivosti spola i o približavanju vanjskoj pojavnosti drugog spola. Isticalo se da su muškost i ženskost faze u razvoju spolnosti, te da se procjena spola nakon rođenja ne može smatrati nepromjenjivom i definitivnom.<sup>164</sup> Čini se da je u

<sup>159</sup> Ibid, str. 9.

<sup>160</sup> Ibid, str. 61.

<sup>161</sup> Ibid, str. 50.

<sup>162</sup> D'Addino Serravalle, op. cit, str. 64.

<sup>163</sup> Thomson, M. Joseph, *Transsexualism: a legal perspective*, Journal of medical ethics, 1980, 6, str. 96.

<sup>164</sup> Finocchiaro, Mario, "Ei fu" qualche osservazione sugli interventi chirurgici c. d. demolitori degli organi genitali esterni, Giustizia civile, 1980, I, c. 1520.

talijanskoj teoriji, sa stajalištima bliskim angloameričkom i njemačkom pristupu, postavljen temelj budućeg zakona o promjeni spola. Uopćena stajališta Europske komisije i Europskog suda za ljudska prava zasigurno su potakla opredjeljenje za donošenje tih novih pravnih standarda s obzirom na promjenu spola.

Talijanski zakon n. 164 iz 1982. sadrži odredbe o ispravljanju pripisa spola (*Legge 14. aprile 1982, n. 164 norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, Gazzetta Ufficiale n. 106, del 19. aprile 1982.*). Ispravku pogreške pri upisu omogućavao je čl. 454 Gradanskog zakonika tako da je tim posebnim Zakonom samo precizirano da se i temeljem pravomoćne presude suda može osobi pripisati spol različit od onog koji je naveden u upisnicima i izvodima nakon izvršenog zahvata promjene spola. Talijanski zakon predviđa autorizaciju za poduzimanje zahvata promjene spola, prepuštajući sudu ocjenu svrsishodnosti '...kada se to ukaže neophodnim'. U teoriji se iznose podaci da praksa u Italiji pokazuje da je autorizacija postala fakultativnom<sup>165</sup>, iako ima stajališta da bi se medicinski zahvati izvršeni bez prethodne autorizacije trebali smatrati ilegalnim i ne bi trebali predstavljati osnovu za uvažavanje pravnih posljedica promjene spola.<sup>166</sup> Dogliotti zaključuje da je to rješenje ipak korak bliže zaštiti osobnog identiteta, iako smatra da su naglašeni aspekti zaštite javnog poretka procjenom obiteljskih odnosa i sudjelovanjem javnog pravobranitelja.<sup>167</sup> Čini se da je većina zahvata promjene spola izvršena izvan Italije, a niti nedostatak zakonodavstva nije sprečavao obavljanje tih zahvata i u Italiji, tako da je zakonodavac navedenom stilizacijom pretpostavljao da će legalizaciju zahvata promjene spola tražiti upravo oni koji su već izmijenili spol. Držimo da je uputnije zbog mnoštva osobnih i društvenih posljedica promjene spola poduzimanje zahvata autorizirati sudskom odlukom i predvidjeti stroge krivične sankcije kao u švedskom Zakonu za kršenje tih odredbi. U Italiji su postupovne odredbe preuzete iz Gradanskog parničnog postupka (čl.70 *Codice di procedura civile*). Vještačenje nije predviđeno kao obvezna faza postupka već njegovo provođenje ovisi o ocjeni suda. Tim pristupom talijanski se Zakon razlikuje od ostalih pravnih izvora koji obvezuju na provođenje vještačenja.<sup>168</sup> Gradanski parnični zakonik Italije predviđa obvezno sudjelovanje javnog pravobranitelja radi zaštite javnih interesa. Talijanski je zakon u francuskoj teoriji kvalificiran kao dosta neodređen. Navodi se, primjerice, da sadrži stilizaciju o osobama koje su podvrgnute promjeni spolnih osobina, što bi bila povoljna varijanta za pseudohermafrodite. Talijanski zakon ne predviđa niti nesposobnost prokreacije kao pretpostavku legalizacije promjene spola. Tim Zakonom nisu precizirani učinci sudske odluke o autorizaciji poduzimanja zahvata. Čini se da pravni učinci promjene spola ovise o pravomoćnosti sudske odluke temeljem koje se vrši ispravka naznake spola u matičnim knjigama.<sup>169</sup> Za slučajeve pseudohermafroditizma, ističu neki autori, trebala bi postojati mogućnost donošenja deklaratorne presude s učinkom *ex tunc*.<sup>170</sup> Čini se da tom zaključivanju nema osnove budući da je talijanska judikatura i prije donošenja Zakona osobama s biološkim ambigvitetom spola priznavala mogućnost legalizacije statusa tumačenjem čl.454 Gradanskog zakonika o ispravci pogrešnog upisa. Treba citirati misao autora Pattija i Willa koja pojašnjava

<sup>165</sup> Patti, Will, op. cit, Mutamento di sesso e tutela della persona, str. 69.

<sup>166</sup> Dogliotti, Massimo, Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi un primo esame della nuova normativa, Giustizia civile, II, 1982, str. 470.

<sup>167</sup> Loc. cit.

<sup>168</sup> Patti, Will, op. cit, Mutamento di sesso e tutela della persona, str. 68.

<sup>169</sup> Ibid, str. 59.

<sup>170</sup> Ibid, str. 93.

pravnu prirodu rješenja usvojenih u talijanskom zakonu: "Taj Zakon odraz je evolucije pravnog poretka, dokaz osjetljivosti prema vrijednostima slobode i dostojanstva osoba, potvrda osnaženja tih vrijednosti i u tim slučajevima od malog društvenog interesa."<sup>171</sup>

U Holandiji je na snazi Zakon od 24.4.1985. koji sadrži pobliže odredbe o transseksualcima s obzirom na promjenu prijave spola u upisnicima rođenja kojim su izmjenjene odredbe Građanskog zakonika (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, Jaargang 1985., 243 Wet van 24 april 1985, houdende nadere regelen ten behoeve van transseksuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunne in de akte van geboorte*). Taj Zakon također je prihvatio kriterij psihološkog samoodređenja spola. Postavljeni su uvjeti da osoba nije u braku i da je nesposobna za prokreaciju. O zahtjevu za promjenu spola odlučuje sud temeljem provedenog vještačenja. Važne statusne učinke promjene spola izričito precizira čl.29/a Zakona, stilizacijom da promjena prijave spola proizvodi učinke predviđene zakonom od trenutka upisa u javne upisnike. Holandski zakon naglašava da promjena prijave spola nema nikakve učinke na već zasnovane osobne, obiteljske odnose.

Pozitivno zakonodavstvo europskih zemalja primjer je uvažavanja prava na promjenu spola. Začeci tog prava postavljeni su sudskom praksom na teorijskoj podlozi subjektivnih prava i širenjem granica za uvažavanje osobnih sloboda pojedinaca. U određenim razdobljima stvaranje tog novog prava u Europi bilo je vrlo slično anglo-američkom pristupu kojeg karakterizira presudan utjecaj sudbenih vlasti. Judikati kojima se počelo priznavati pravo čovjeka da slobodno odlučuje o promjeni spola, predstavljali su u Europi osnovu za donošenje posebnih zakona. Primjer prava na promjenu spola potvrđuje važnost subjektivnih prava u sustavu građanskih prava za tehniku stvaranja i primjene prava, čime se šire granice ostvarivanja i zaštite osobnih sloboda subjekata.

### *S u m m a r y*

#### **THE RIGHT TO THE SEX CHANGE**

The author discusses development of respect of the right to the sex change on the theoretical basis of personal rights. There were compared the anglosaxon legal theory and judicature with the european experiences from the second half of the 20th century. There were analyzed important judgements related to the protection of personal right to sex change in practice which was previously theoretically accepted. The last part of the paper presents the models from the special european legislations on the sex change. The example of the right to the sex change certify the importance of the personal rights in the system of the civil rights for the creation and implementation of rights enabling the realization and protection of the personal freedoms.

<sup>171</sup> Ibid, str. 131.

## AMNESTIJA I NJEZINE FUNKCIJE U KAZNENOM PRAVU

Dr. sc. ANITA KURTOVIĆ, asistent,  
Pravni fakultet u Splitu

UDK: 343.293  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Pregledni znanstveni članak

*Amnestija je opća ustanova kaznenoga prava europskoga sustava. Pojam i pravni učinci akta amnestije teorijski su veoma sporni, pa u praksi dolazi do "miješanja" različitih ustanova amnestije i pomilovanja. Akt amnestije je po svojoj prirodi zakonodavni akt u formalnom i materijalnom smislu, vezan za kaznena djela, a ne osobu počinitelja. Amnestija se primjenjuje u cilju zaboravljanja počinjenih djela, jer zakonodavac ima potrebu da interes nekažnjavanja ponekad prevagne nad interesom kažnjavanja. Autorica u članku iscrpno analizira pravni pojam amnestije i njezine učinke, te prikazuje moguće funkcije amnestije. Ona zaključuje da je amnestija racionalna samo ako se daje za kaznena djela, pa stoga ne može predstavljati oprost počinitelju.*

### 1. Pojam i učinci amnestije

Amnestija je pravni akt koji se primjenjuje prema neodređenome broju osoba temeljem ustavnog prava Zastupničkog doma Sabora Republike Hrvatske da daje amnestiju za kaznena djela.<sup>1</sup> Sadržaj amnestije nije određen ustavnim odredbom, već odredbom Osnovnog krivičnog zakona Republike Hrvatske koji člankom 96. propisuje da se osobama koje su obuhvaćene aktom amnestije daje oslobođenje od progona ili potpuno ili djelomično oslobođenje od izvršenja kazne, zamjenjuje se izrečena kazna blažom kaznom, određuje se brisanje osude ili se ukida određena pravna posljedica osude.<sup>2</sup>

Ustavni nositelj ovlasti amnestije je zakonodavno tijelo, pa je amnestija opći normativni akt, koji se donosi u formi zakona i u postupku predviđenom za donošenje svakog zakona.

#### *1.1. Pojam i učinci amnestije u europskom i angloameričkom pravu*

Pravna ustanova amnestije u kaznenim sustavima europskih država sasvim je različita od pojma amnestije u angloameričkom pravu. Još preciznije, dok je u kontinentalnoj Europi amnestija često primjenjivana ustanova, u državama common law-a, osim neizvjesnosti kojoj bi grani vlasti pripadalo pravo amnestije, prepreka za

<sup>1</sup> Članak 80. Ustava Republike Hrvatske.

<sup>2</sup> Amnestijom se izrečena kazna ne može zamijeniti uvjetnom osudom, ne može se odrediti kraće trajanje određene pravne posljedice, te se ne može odrediti ukidanje ili kraće trajanje određenih sigurnosnih mjera. Nasuprot tome, pomilovanje ima širi sadržaj. Rješenje da amnestija ne može imati učinak na sigurnosne mjere pokazuje se racionalnim s obzirom na prirodu ove vrste kaznenih sankcija, jer jedini razlog za ukidanje ili kraće trajanje sigurnosnih mjera je prestanak opasnog stanja delinkventa. Stoga se čak ni pomilovanje, premda ono koristi strogo individualizirane kriterije, ne može odnositi na tri sigurnosne mjere medicinskog karaktera.



uspostavu samostalne pravne ustanove amnestije je i sporno pitanje njezinih učinaka. Zbog toga u angloameričkom pravu ne postoji pravna distinkcija između pomilovanja i amnestije, pa pravo pomilovanja uključuje u sebi i amnestiju.<sup>3</sup>

Nedvojbeno je da pojam i učinke amnestije kao pravne ustanove ustrojava i određuje upravo europsko pravo, pa se u ovome radu prikazuju rješenja talijanskoga i francuskoga prava.

Predsjednik Republike Italije dodjeljuje i amnestiju i *indulto* temeljem zakonom delegiranog mu prava (tzv. zakon-punomoć) od strane Parlamenta, uz ograničenje da se takvi akti ne mogu primjeniti u slučaju zločina počinjenih nakon prijedloga Vlade za prenošenje parlamentarnoga prava na Predsjednika.<sup>4</sup>

Kazneni zakonik Italije poznaje amnestiju kao akt koji se po učincima kvalitativno razlikuje od pomilovanja (*grazia*), jer amnestija gasi samo djelo i, dakako, samu kaznu, te obustavlja izvršenje kazne i sporednih kazni.<sup>5</sup>

Amnestija i *indulto* (opće pomilovanje) su u talijanskome kaznenopravnom sustavu akti kolektivnoga tipa, jer se odnose ili na veći i neodređen broj osoba ili na grupe kaznenih djela. Također, amnestija i *indulto* se ne mogu primjeniti na recidiviste, delinkvente iz navike i profesionalne delinkvente.<sup>6</sup> Međutim, to je ujedno i jedino što im je zajedničko, jer po učinku amnestija ukida (gasi) djelo (tj. abolira počinitelja bez pokretanja postupka, obustavlja postupak ili ukida samu presudu, ako je ona već donesena), dok *indulto* samo oprašta već izrečenu kaznu ili drugu sankciju ne dirajući u sudsku presudu. Amnestija se, u pravilu primjenjuje na lakša kaznena djela, a *indulto* (oprost kazne) na teže delikte.<sup>7</sup> Amnestija i *indulto* mogu, također, biti i uvjetni, t.j. suspenzivni.<sup>8</sup>

Francusko kazneno zakonodavstvo među razlozima za suspenziju i gašenje kazne razlikuje dvije grupe utruća kazne: gašenje kazne uz poništenje osude (amnestija i rehabilitacija), te gašenje kazne bez poništenja osude (pomilovanje i zastara).<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Kako je u common law-u jedna od funkcija pomilovanja poništenje (učinaka) osude, a što predstavlja identificirajuću oznaku amnestije, smatra se nepotrebnim pravno razlikovati ove dvije ustanove, pa općenito uzevši pravo pomilovanja stoga uključuje ne samo pojedinačna pomilovanja, već i pravo općih pomilovanja ili amnestija. Pravo općeg pomilovanja grupe osoba koji su počinile ista djela (general pardon) može se po učincima izjednačiti europskome modelu amnestije, jer se generalno pomilovanje može primjenjivati i prije osude, kao abolicija. Zbog toga je u SAD-a ustanova amnestije praktički izumrla nakon Gradanskog rata koji je donio 4 proklamacije o općem pomilovanju - od 1863. do 1868. godine. Cit. prema S. Rubin - H. Weihofen, Pardon and Other Forms of Clemency, in The Law of Criminal Correction, 2d ed., St. Paul, 1973, str. 667.

<sup>4</sup> Parte II, Titolo II - Il Presidente della Repubblica i Parte II, Titolo I - Il Parlamento, Art. 79. Cit. prema Le Costituzioni, Roma, 1962, str. 210. i 208. Treba napomenuti da *indulto*, iako predstavlja prerogativu legislativne vlasti, po svome pravnome učinku mnogo podsjeća na predsjedničko pomilovanje. Vidi L. Sebba, The pardoning power - a world survey, The Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University School of Law, Vol. 68, No. 1, 1977, str. 119. O amnestiji kao kolektivnome aktu kojega dekretom, utemeljenom na odluci Parlamenta, donosi Predsjednik Republike Italije šire N. Mazzacova, L'uso della clemenza in materia penale e la "nuova" politica criminale, le contraddizioni del D.P.R. 4 agosto 1978., n. 413, La Questione Criminale, Bologna, anno IV, 3, 1978, pp. 471-518.

<sup>5</sup> Čl. 151. propisuje da je gašenje samoga djela amnestijom ograničeno na djela počinjena tijekom čitavoga dana koji prethodi danu donošenja dekreta, osim ako dekret ne određuje drugi datum. Code penal italien de 1930, str. 900.

<sup>6</sup> Čl. 151. al. 5. i čl. 174. al. 3. Codice penale. G. Lattanzi, Codici penali, Milano, 1984, str. 288 i 325.

<sup>7</sup> G. Tartaglione, Deterrente penale e benefici di clemenza, notazione in margine ad una ricerca, Quaderni di Criminologia Clinica, Roma, N. 2, 1978, str. 135.

<sup>8</sup> Čl. 596. Codice di procedura penale. Lattanzi, op. cit., str. 2272.

<sup>9</sup> J. Larguier, Droit Pénal general et procedure penale, Paris, 1977, str. 88.

Pomilovanje i amnestija razlikuju se u Francuskoj prema nositelju ovlasti, autoritetu iz kojeg izvire: pomilovanje pripada šefu države, dok je amnestija intervencija zakonodavca. Također, oni se razlikuju i prema koncepciji, jer dok pomilovanje ima osobni značaj, amnestija teži realnoj osnovi. Međutim, najznačajnija razlika leži u njihovim učincima. Amnestija briše kažnjivu prirodu nekih ponašanja tj. briše djelo kao kažnjivo, te ima retroaktivno djelovanje i može obuhvatiti i aboliciju (oslobođenje od progona).<sup>10</sup>

Novi Kazneni zakonik Francuske, koji je stupio na snagu 1. ožujka 1994. godine, sadrži u općem dijelu posebnu odredbu o amnestiji. Amnestijom se brišu izrečene osude, pa amnestija stoga povlači za sobom i oprost cjelokupne kazne (čl. 133-9.), ali se ne poništavaju prava trećih osoba.<sup>11</sup>

### *1.2. Odabir kategorije osoba obuhvaćenih aktom amnestije*

Svojestvo općenitosti koje suštinski određuje ustanovu amnestije postavlja bitno pitanje tko i kako određuje osobe koje amnestija obuhvaća.

Amnestija se odnosi na određena djela i na određene, ali neimenovane ("anonimne") osobe koje su sudjelovale u počinjenju tih djela ili se može odnositi na osobe osuđene na određene kazne. Aktom amnestije se ne mogu poimenično utvrditi osobe na koje se akt odnosi,<sup>12</sup> jer je amnestija opća norma koja može samo odrediti kategoriju osoba koje obuhvaća.<sup>13</sup>

Amnestijom može biti obuhvaćeno svako kazneno djelo za koje se može pokrenuti kazneni postupak odnosno za koje je izrečena kazna. Međutim, mogući su problemi vezani uz izbor kriterija selekcije ili odabira kaznenih djela na koja će se odnositi amnestija. Da bi se izdvojile kategorije djela čiji počinitelji postaju "korisnici" amnestije, najčešće se primjenjuju tri različita načina selekcije djela:

<sup>10</sup> Ibidem, str. 96. i 100.

Francusko pravo poznaje jedan specifičan oblik amnestije, grace amnistiante ili amnistielle (pomilovanje amnestijom) čiji su učinci dalekosežniji od običnoga pomilovanja (jednaki učincima amnestije) i određeni zakonom. To je vrsta amnestije individualnim aktom pomilovanja (dekretom) Predsjednika Republike kojim su pojedinačno određene osobe na koje se ova amnestija odnosi. Ovaj oblik "hibridnoga pomilovanja" (ili točnije amnestije dekretom), diskreciona ovlast dana Predsjedniku zakonom o amnestiji da primjeni amnestiju na odabrane pojedince, koji spadaju u određenu kategoriju, može obuhvatiti i oprost kaznenog progona - aboliciju. Stoga, Rassat zaključuje da se sve više "opća i bezlična amnestija" koja bi se morala odnositi na sve počinitelje određenog tipa kaznenoga djela, substituirala "individualiziranom amnestijom" prema kojoj se amnestija ne primjenjuje "slijepo" na nekog počinitelja koji toga ne bi bio dostojan, već se kroz formu pomilovanja to posebno ispituje. M. L. Rassat, *Droit pénal*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, str. 650.

O ovome zakonodavnome obliku amnestije čija je priroda, inače, kolektivna i anonimna, ali ovlašću pomilovanja postaje pojedinačna i individualna vidi šire u, Dalloz *Encyclopedie Juridique*, Paris, 1954, str. 113. Analitički, grace amnistiante je jedan oblik amnestije, pa označavanje ove ovlasti kao oblika pomilovanja može imati učinak ograničavanja njezine primjene i dometa. Stoga, Predprojekt francuskog Kaznenog zakonika, kojega je izradila komisija pod predsjedanjem tadašnjeg Ministra pravosuđa, uglednog pravnik R. Badintera, razlikuje samo pomilovanje i amnestiju. Člankom 157. određuje se da amnestijom djelo gubi karakter kažnjivoga djela, amnestija briše izrečenu osudu, te povlači oprost cjelokupne kazne. Cit. prema, Avant - *Projet de Code Penal - Livre premier (Dispositions generales)*, Ministère de la Justice, Juin, 1983, str. 34.

<sup>11</sup> Code Pénal, Nouveau Code pénal, Dalloz, 1993-94, str. 1821. Novi Kazneni zakonik Francuske glede pomilovanja i amnestije prihvatio je rješenja predložena u navedenome Badinterovom Predprojektu.

<sup>12</sup> U momentu donošenja zakona o amnestiji ne može se znati koji će počinitelji kaznenih djela odnosno koji će osuđenici poimenično biti obuhvaćeni. Raspoznavanje se vrši prema određenim općim obilježjima iz odredaba samoga akta.

<sup>13</sup> Poimenično utvrđivanje osoba na koje se odnosi akt amnestije spada u nadležnost tijela koji trebaju izvršiti zakon o amnestiji. F. Bačić, *Krivično pravo*, opći dio, str. 510.

- a) odabir može biti opći i neodređen kada amnestija obuhvaća sva djela čije kazne ne prelaze određene kvantitativno propisane granice njezine visine (uz mogućnost isključenja nekih, izričito - pomoću nomen juris - navedenih djela za koja kazna ne prelazi postavljeni limit);
- b) odabir može biti kumulativan kada amnestija obuhvaća široku kategoriju kaznenih djela obilježenu zajedničkim nazivnikom (npr. "politička kaznena djela"; "financijska kaznena djela" i sl.) i to ako kazne ne prelaze određenu granicu; i
- c) odabir može biti specifičan, jer se kaznena djela određuju isključivo na temelju njihova nomen juris (zakonskog naziva).<sup>14</sup>

Prema tome, aktom amnestije može se odrediti da se ona odnosi na sve osobe koje su počinile određena (u zakonu o amnestiji označena) kaznena djela ili se kategorija osoba obuhvaćenih amnestijom određuje prema izrečenoj kazni, bez obzira na koje se djelo odnosi osuda.<sup>15</sup>

Također, moguća su i objektivna isključenja iz amnestije, što se uobičajeno vrši pomoću nomen juris, kao i subjektivna isključenja npr. povratnika na koja se amnestija neće odnositi premda su počinili kazneno djelo obuhvaćeno zakonom o amnestiji. Amnestija može biti i ograničena, jer se za neke sudionike u djelu može uvjetovati postojanjem određenih okolnosti.<sup>16</sup>

Svaki od kriterija selekcije ima specifične posljedice. Prvim kriterijem, po kojem selekcija djela ovisi od visine propisane kazne, odustaje se od autonomne i različite procjene težine djela. Ukoliko je kriterij selekcije temeljen na nomen juris pojedinih kaznenih djela, može se izvršiti procjena različite prirode djela bez obzira na to kakve su kazne propisane. Drugi kriterij, kumulativan, osim što pokazuje iste nedostatke kao i prvi, podvrgnut je kritici u slučaju kada je konkretno određivanje što je to zajednički nazivnik (karakter) djela povjereno sudovima. Ako utvrđivanje zajedničkog nazivnika ne ovisi o objektivnim i unaprijed određenim faktorima, već o diskrecionim procjenama i utvrđivanju "političkog povoda" ili neposrednog ili posrednog nacionalnog cilja primjene amnestije, tada razgraničenje područja dodjele amnestije ne vrši zakonodavno tijelo, već ona tijela koja su zadužena za provedbu ovoga akta. Ponekad legislativan odabir doista nije dovoljno jasan, pa je stvarna odluka u pogledu određivanja točnoga dometa amnestije "povjerena sucu koji tako postaje tumač, gotovo gospodar i vladar izbora kriminalne politike."<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Cit. prema Mazzacua, op. cit., str. 493.

<sup>15</sup> Npr. amnestijom se oslobađaju od izvršenja kazne sve osobe osuđene na kaznu zatvora do šest mjeseci. Također, moguća je kombinacija ova dva načina utvrđivanja kategorija osoba na koje se odnosi akt milosti amnestijom, kako prema počinjenom djelu tako i prema izrečenoj kazni. U istom aktu amnestije odabir se može temeljiti na različitim kriterijima selekcije.

Kada je u pitanju konstrukcija produženog kaznenog djela mogu nastati problemi ako se odabir odnosi glede kaznenog djela ili se amnestija daje s obzirom i na kazneno djelo i na kaznu. Takvi problemi ne postoje ako se amnestija daje s obzirom na kaznu, jer se potpuno ili djelomično oslobođenje od izvršenja kazne daje bez obzira da li je kazna izrečena za jedno ili više djela. Moguća rješenja ovog problema razmatra J. Buturović, *Produženo krivično delo*, 1980, str. 185.

<sup>16</sup> Međutim, premda se mogu postaviti određeni uvjeti za primjenu amnestije, ne radi se o uvjetnoj amnestiji, jer bez obzira na držanje počinitelja odluka se više ne može opozvati. Radi o ograničenju odabira osoba koje će biti obuhvaćene amnestijom npr. da su djela počinjena u određenom vremenskom periodu ili da počinitelji ispunjavaju još neki uvjet ili da ga ispune u određenom roku. "Prema tome akt amnestije može da sadrži samo uvjete koje osoba treba da ispunjava ili da ispuni da bi za njega nastupila amnestija, ali ne i uvjete da bi ona za njega ostala na snazi i da ne bi bila opozvana." Cit. prema Komentaru KZ SFRJ, str. 377 i 379.

<sup>17</sup> Cit. prema Mazzacua, op. cit., str. 508.

Premda može izgledati da se radi o čistoj zakonodavnoj tehnici, pitanje zakonodavčevoga izbora i odabira kategorija počinitelja na koja se odnosi amnestija je suštinsko pitanje za ovu ustanovu. Ustanova amnestije utemeljena je na načelu legaliteta, jer je amnestija i u formalnom i u materijalnom smislu zakonodavne prirode.<sup>18</sup> Dosljedno tome, određivanje sadržaja zakona o amnestiji mora se temeljiti na načelu legaliteta, a ne oportuniteta. Taksativnim određivanjem djela, te objektivnih i subjektivnih isključenja iz domašaja amnestije izbjegava se nepoželjna situacija u kojoj sudovi moraju tumačiti volju zakonodavca. Formulacije zakona kojima se taksativno ne određuju amnestirana djela, već se stvarna odluka glede određivanja djela obuhvaćenih amnestijom povjerava sudovima, otvaraju niz, veoma značajnih, načelnih pitanja: od ustavnih načela zakonitosti i jednakosti građana pred zakonom do načela trodiobe vlasti.

### 1.3. Pravni učinci akta amnestije

Amnestija se, različito od pomilovanja, ne provodi po specifičnim i visoko individualiziranim kriterijima ovisnima o pojedinačnim "korisnicima", već se daje grupama osoba bez obzira na specifične okolnosti pojedinačnih slučajeva.<sup>19</sup> Ona se, stoga odnosi na sve sudionike obuhvaćenih djela: počinitelje i supočinitelje, kao i suučesnike, odnosno kada se amnestija objektivno nadovezuje na delikt, određeno kazneno djelo, ona je tada u korist svih sudionika.

S pravnoga gledišta, amnestija je opća norma, a ne individualna, jer se primjenjuje na kategorije počinitelja, a ne na imenovane pojedince.<sup>20</sup> Amnestija je akt zasnovan na općem pravilu kao instrument intervencije zakonodavca u penalnom sektoru.<sup>21</sup> Stoga se ona ne daje po molbi osuđenika ili drugih osoba, već prema postupku koji važi za donošenje općih zakona, te djeluje na sve obuhvaćene osobe neovisno od njihove volje.

Amnestija je kolektivna, a ne individualizirana "mjera", jer se daje u korist svih počinitelja određenih kaznenih djela,<sup>22</sup> ako ispunjavaju uvjete postavljene u aktu amnestije, npr. da su djelo počinili u određenom razdoblju i sl.<sup>23</sup> U primjeni realne amnestije

<sup>18</sup> "Akt amnestije je po svojoj pravnoj prirodi normativan, to je stvarno novi opći zakonski propis koji se odnosi na osuđenike. ...Amnestija je po svojoj suštini novi zakon." J. Globevnik, *Izbris obsodbe in pomilostitev*, Ljudski pravnik, Ljubljana, 1950, str. 187.

<sup>19</sup> Ponekad se nedovoljno razlikuju amnestija i grupno pomilovanje tj. pomilovanja jednom (zajedničkom) odlukom većega broja individualno određenih počinitelja kaznenih djela, prema nekim utvrđenim kriterijima npr. ili nehatni počinitelji ili počinitelji koji su izdržali veći dio kazne i sl. "Korisnici" grupnog pomilovanja nisu određeni na pojedinačnoj osnovi, već po kategoriji.

<sup>20</sup> Amnestija je "bezlična", "jer se ne daje ovoj ili onoj osobi, već za ova ili ona kaznena djela (in rem). Zato se oni, koji se njome imaju koristiti, ne imenuju u aktu amnestije." Cit. prema T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, opšti deo, II knjiga, Beograd, 1937, str. 406. Također, akt amnestije je partikularna opća pravna norma, jer se referira na stanovite skupine stanovništva, a ne na cjelokupno stanovništvo. Vidi N. Visković, *Pojam prava*, Split, 1981, str. 220.

<sup>21</sup> Mazzacupa, op. cit., str. 474.

<sup>22</sup> Rasant naziva amnestiju koja se odobrava u vezi s počinjenim deliktom realnom ili običnom amnestijom za razliku od osobne amnestije vezane uz osobu delinkventa. Rasant, op. cit., str. 649.

<sup>23</sup> "U čistoći načela zakonodavac mora omogućiti beneficije svim osobama koje su počinile određeni tip djela ili barem svim osobama koje udovoljavaju uvjetima. Međutim, ovaj tradicionalni oblik amnestije nije bio u skladu s aktualnim zahtjevima individualizirajuće represije u odnosu na samu ličnost obuhvaćenih osoba, pa se sve više pojavljuju individualizirane amnestije." Cit. prema Rasant, op. cit., str. 650. Međutim, koliko je logično da realna amnestija bude u korist svih učesnika djela, toliko bi bilo neprihvatljivo da se tzv. osobna amnestija primjeni na suučesnike ukoliko oni ne udovoljavaju postavljenim uvjetima.

postoji pogodnost pripajanja (*beneficium cohaesionis*), pa je njezin učinak ekstenzivan.<sup>24</sup>

Osnovni je pravni učinak amnestije da otklanja (ništi) učinke osude, a ne samo kaznu, zbog toga jer nosi sa sobom konotaciju zaborava. Amnestija je riječ grčkoga porijekla (*amnestia*), a znači zaborav, pa su se njome označavale generalne mjere usmjerene na zločine za čiju je kažnjivost smatrano da je bolje zaboraviti je. Grčka riječ amnestija znači "akt zaborava" (*act of oblivion*).<sup>25</sup> Ona potječe iz volje društva da zaboravi počinjenje određenih djela i njihovih kaznenih posljedica.<sup>26</sup> Amnestija retroaktivno oslobađa počinjena djela njihove deliktne prirode. Ona briše kažnjivost djela, poništava i kazneno djelo i kaznu, jer "amnestija je ukidanje i zaborav zločina; pomilovanje je opraštanje."<sup>27</sup> Stoga je pravi učinak amnestije retroaktivno neprimjenjivanje jednog općeg zakonskog pravila na djela koje on kažnjava kao kaznena ili tzv. "fikcija o nepostojanju deliktnog karaktera počinjenoga čina." Upravo zbog ovakvih dalekosežnih učinaka amnestija nije nikada povjerena izvršnoj vlasti.<sup>28</sup>

## 2. Funkcije amnestije

Primjena amnestije nema jedinstveni koncept ciljeva, jer akt zaborava može imati različito značenje ovisno od specifičnih okolnosti u kojima se primjenjuje.

Amnestijom u znatnoj mjeri prevladavaju političke konotacije, ili načelo "zaštite društva", pa se ona primjenjuje tradicionalno i primarno na političke prijestupnike.<sup>29</sup> Do amnestije obično dolazi nakon političkih i socijalnih nemira, pa se uobičajeno primjenjuje nakon velikih nesreća, nemira i društveno-političkih konflikata da bi se uspostavio društveni red i mir. Obustava djelovanja kaznenog zakona po završetku perioda u kojemu su kršenja kaznenog zakona bila brojna i uvjetovana posebnom društveno-političkom situacijom predstavlja instrument pacificiranja i preustroja društva. Za amnestiju se smatra da je korisno sredstvo pacifikacije i javne sloge u

<sup>24</sup> Ovakvo se rješenje smatra opravdanim s aspekta pravičnosti i jednakosti svih sudionika istoga kaznenoga djela.

<sup>25</sup> M. Radin, *Legislative Pardons, Another View*, California Law Review, Vol. 27, No. 4, 1939, str. 391. i S. H. Kadish, *Encyclopedia of Crime and Justice*, (Amnesty and Pardon, author Sebba L.), New York, The Free Press, 1983, str. 59.

<sup>26</sup> "Etimološki amnestija je gubitak pamćenja. ... i to tehnikom fikcije koja se sastoji u promatranju amnestiranih djela kao da nikada nisu imala deliktni karakter." Rassat, op. cit., str. 648.

<sup>27</sup> *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1968, str. 108. Suprotno je stajalište Živanovića koji se slaže da amnestija retroaktivno poništava osudu, ali smatra da ona samo "retroaktivno ništi pravne posljedice kaznenog djela, s obzirom na to da ona ništi i pravo na kaznu, koje još nije utvrđeno pravomoćnom presudom. Ne bi se moglo međutim uzeti da ona ništi i samo kazneno djelo, prema tome i sam kazneni zakon u konkretnom slučaju. Amnestijom se ne ukida nikakav zakon, ne ništi djelo, već samo državno pravo na progon i izvršenje kazne." Živanović, op. cit., str. 406.

<sup>28</sup> "...zakonodavac, koji jedini može inkriminirati, jedini može biti u stanju i izbrisati inkriminirajući karakter ovih djela." F. Geerds, *Recht und Kriminalpolitik*, Tübingen, 1960, str. 16. Međutim, u XIX. stoljeću mnogo se raspravljalo o tome da li nadležni autoritet za amnestiranje mora biti šef države ili zakonodavac, ali je zbog navedenoga načela legaliteta i pravnoga učinka ovlast ostala u rukama zakonodavca. Rassat, op. cit., str. 648.

<sup>29</sup> Sebba, op. cit., str. 118. Međutim, amnestija za tzv. opća, ne-politička kaznena djela postaje sve češćom od tzv. političkih amnestija (čak se ponekad izričito isključuju iz amnestije politički delinkventi). Također, danas je prisutna i tendencija da se amnestija odnosi na sve teža opća kaznena djela. Vidi Rassat, op. cit., str. 649. Istodobno se u novije vrijeme, posebice u angloameričkom konceptu kriminalne politike, istražuju mogućnosti i opravdanost tzv. amnestije kao druge šanse primarnim delinkventima. A. Nussbaum, *A Second Chance. Amnesty for the First Offender*, New York, 1974, 267 str.

razdobljima nemira koji predstavljaju i neizbježnu priliku za vršenje kaznenih djela. Stoga ona služi objedinjavanju privremeno razjedinjenoga tijela društva da bi se zadržala uskladenost s tipom društvenog ustrojstva koji se oslanja na uobičajene normativne temelje. U okolnostima radikalne promjene prethodnog političkog ustrojstva pacifikatorna amnestija može odigrati presudnu ulogu ukoliko je usmjerena ka postizavanju slaganja građana s novim političkim, a tada i normativnim sustavom.

Primjena amnestije kao akta zaborava u navedenoj povijesnoj situaciji ne predstavlja čin "velikodušnosti" ili "slabosti" vladajućih, već je izraz precizno odabrane politike koja mora riješiti društvena proturječja nastala u određenom povijesnom trenutku.<sup>30</sup>

Međutim, kada se promatra amnestija u njezinoj funkciji pacifikacije društva, treba razlikovati da li je ona uslijedila nakon razdoblja društvenih previranja koja su rezultirala promjenom političkog ustrojstva neke države ili ta previranja nisu dovela do bitne promjene prethodnoga političkoga sustava. Amnestija može predstavljati i favoriziranje pobornika onih političkih snaga koje su došle na vlast.<sup>31</sup>

Amnestije rezervirane "za jednu stranu" krajnje su neuputne, jer predstavljaju stvarnu povredu načela jednakosti, diskriminaciju utemeljenu na "političkim motivima": "Ustavno je potpuno nelegitimno primjeniti različiti postupak prema građanima koji su odgovorni za isto djelo, ali imaju različite političke stavove".<sup>32</sup>

I tzv. svečarske amnestije koje se dodjeljuju prigodom sretnih nacionalnih događaja ili posebnih obljetnica imaju svoj politički značaj.<sup>33</sup>

Slijedeća funkcija amnestije nije u tolikoj mjeri posljedica isključivo političkih zahtjeva, već nepredvidivih i izvanrednih situacija. Akt zaborava sanira nesuglasje nastalo kada "obilježja počinjenih djela - obilježja koja nisu uzeta u obzir u tipizaciji kaznenih djela - izgledaju takva da potpuno ili djelomično gube društvenu štetnost, što se može dogoditi kad su određena djela počinjena u izvanrednom stanju kao npr. u vrijeme kataklizmi, socijalnih tenzija ili ekonomskih kriza".<sup>34</sup> S obzirom da je situacija koja je determinirala nedostatke važećeg kaznenoga zakonodavstva u ovom slučaju nastala potpuno slučajno, bila bi pogrešna trajna modifikacija normativnoga sustava ukidanjem zakona.

<sup>30</sup> Čak je i najradikalniji kritičar ustanove amnestije J. Bentham opravdavao korisnost i neizbježnost primjene amnestije u funkciji pacifikacije društva, ali uz uvjet da zakon treba taksativno navesti slučajeve na koje se ona može primjeniti. Mazzacua, op. cit., str. 477.

<sup>31</sup> Smatra se da je ponekad amnestija još očevidnije politička u slučajevima tzv. akata "za jednu stranu", koji su u prošlosti bili isključiva privilegija "prinčevih dvorjana", a danas pobornika vladajuće političke grupe. Pri tome se navode kao primjeri dvije amnestije u Italiji, dekret br. 1641 od 22. prosinca 1922. godine koji se odnosio na sva kaznena djela "počinjena radi političkih kretanja i uvjetovana političkim faktorima, kada je djelo počinjeno radi posrednog ili neposrednog nacionalnog cilja", te dekret br. 719 od 17. studenog 1945. godine koji se odnosio na "sva kaznena djela počinjena u borbi protiv fašizma ili u obrani od fašističkih progona". Ibidem, str. 477.

<sup>32</sup> Ibidem, str. 485.

<sup>33</sup> Međutim, za ovakvu amnestiju Mazzacua tvrdi da pokazuje eksplicitnu crtu iracionalnosti, koja ju automatski stavlja van kriminalne politike dostojne poštovanja, jer odluku o amnestiranju iz čisto svečarskih razloga nije moguće opravdati sa stajališta logike, a nije ni potaknuta objektivnim i opravdanim razlozima. Mazzacua, op. cit., str. 489. Zbog toga se smatra da ovakva amnestija kod koje motiv primjene nije ni u posebnosti vrste kaznenih djela, ni u vremenskom određenju njene djelotvornosti, neopravdano pridaje djelima istoga kriminalnoga značaja veoma različit pristup i tretman. Ovakva je amnestija objektivno potpuno neopravdana jer je nemoguće raspoznati po čemu se razlikuju ista djela koja su obuhvaćena amnestijom od onih koja nisu obuhvaćena (npr. kada su potonja počinjena odmah nakon isteka nekog roka predviđenoga zakonom o amnestiji). Ibidem.

<sup>34</sup> G. Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, 1974, str. 20.

Također, amnestija može biti i u funkciji pravičnosti (*equity*, lat. *aequitas*). Postoje mišljenja da je i amnestija (kao i pomilovanje) "prijeko potrebna mudrom i razboritom kaznenom pravosuđu".<sup>35</sup> Zakonodavac ne može nikada načiniti zakone koji će idealno odgovarati svakoj zamislivoj situaciji, jer se zakoni bave samo općim obrascima ponašanja, te su nužno neprilagođeni svim naročitim ili posebnim slučajevima koji se pojavljuju u stvarnome životu. Opća norma, kao generalno pravilo ponašanja temeljeno na visokom stupnju apstrakcije, nema tu moć da unaprijed obuhvati sve moguće oblike u kojima može biti izvršeno jedno istovrsno kazneno djelo, pa ona može biti rigidna i neelastična. Apstraktna pravna pravila i njihova konkretna primjena nisu uvijek adekvatni za najraznovrsnije životne situacije koje se ne mogu predvidjeti, pa ni zakonodavstvo ne može propisati za njih neka posebna rješenja. Zbog toga primjena općeg pravila, po sebi pravednoga i razboritoga, može proizvesti za određene naročite situacije vrijeđanje smisla i osjećaja pravednosti.<sup>36</sup> Pravičnost nadomješta defektnost ili manjkavost kaznenoga prava u slučajevima kada je to pravo "nepotpuno" zbog svoje općenitosti odnosno univerzalnosti.

Čak i kada bi bilo moguće savršenstvo i legislature i judikature, socijalni i politički život u stalnoj je mijeni, pa ono što je jednom bilo savršeno pravo postaje neprikladno novim uvjetima. I to je razlog da je i amnestija povijesno služila i cilju pronalaženja izlaza za diskrepancu u kojoj društvo još nije spremno odbaciti zastarjelu pravnu normu čija primjena u nekim slučajevima postaje krajnje nepravedna.<sup>37</sup>

Tako se amnestija uobičajeno smatra "dobrim izlazom" u slučaju osuda za djela koje se više ne smatraju kaznenim. Ukidanje zakona ne čini "zakonskim invalidom" osudu osoba koje su prekršile zakon dok je on bio na snazi, pa zaista može "izgledati bez smisla i čak nepravedno držati u zatvoru čovjeka koji je počinio djelo koje se više ne smatra protuzakonitim".<sup>38</sup>

Općenito, amnestijom se omogućava promjena "smjera kaznene represije", uopće ili u pogledu nekih kaznenih djela ili nekih počinitelja kaznenih djela. Stoga ona može biti i u funkciji razvoja kaznenopravnog sustava, premda u biti služi i za njegovo očuvanje.

Tako Pulitano smatra da akti milosti (u koje ubraja i amnestiju), zadržavajući na snazi važeće kazneno zakonodavstvo, dobro služe u smišljenoj radnji "obmane" -

<sup>35</sup> Rubin - Weihofen, op. cit., str. 653. i Rassat, op. cit., str. 638.

<sup>36</sup> Rubin - Weihofen, op. cit., str. 654.

<sup>37</sup> Rubin - Weihofen, op. cit., str. 654. I Frank smatra da, iako je zakon dinamičan i isključuje formalizam koliko je najviše moguće, ipak ima slučajeva, "kada se zakonito rješenje protivi pravednosti, kada ne odgovara ili ne odgovara više osnovnim načelima kaznenog prava." S. Frank, Kazneno pravo, Zagreb, 1950, str. 194. S obzirom da se društvena opasnost djela i počinitelja procjenjuje i u kontekstu društveno-ekonomskih, političkih i drugih prilika kada je djelo počinjeno "promjenom tih prilika mijenja se i odnos države i društva prema počinitelju i djelu, pa ranije izrečena kazna može postati suviše stroga i opravdano je njeno ublažavanje ili čak i ukidanje." Cit. prema Srzentić-Stajić-Lazarević, Krivično pravo SFRJ, opšti deo, Beograd, 1978, str. 477.

Također, Zagrebelsky navodi kao razlog akta amnestije situaciju u kojoj se "...ne dovodi u pitanje svrsishodnost kaznenog zakona koji je bio na snazi u trenutku počinjenja djela, već se samo u ovom momentu smatra nesvrshodnim da se po tom zakonu prosljedi ka presudi ili ka izdržavanju kazne." Cit. prema Zagrebelsky, op. cit., str. 88.

<sup>38</sup> Rubin - Weihofen, op. cit., str. 656. To je situacija "...kada je potrebno da eventualno ublažena represija obuhvati i osobe koje su već osuđene." Cit. prema J. Tahović, Krivično pravo - opšti deo, Beograd, 1961, str. 377. Ovakvu funkciju amnestije vjerojatno bi odobrio i R. Garofalo koji je inače smatrao da je iracionalnost amnestije očigledna, jer ona "stremi tome da se oslobode kazne ne jedna ili više osoba, nego jedna ili više kategorija kaznenih djela bez distinkcije počinitelja, a bez da su ta krivična djela ukinuta u zakoniku." Cit. prema Mazzacuva, op. cit., str. 488.

postavljeni kao iznimke, oni potvrđuju represiju kao pravilo. On smatra da se njima oduzima represiji nešto od njezine grubosti i nedorađenosti, čime joj se upravo time omogućava da zadrži svoju vitalnost i validnost sa svim svojim nedostacima.<sup>39</sup>

U teoriji nije sporno da amnestija ima utjecaja i na razvoj prava. Premda ne stvara samo pravo, ona može imati određenu anticipativnu ulogu u reformi važećeg kaznenog sustava implicirajući potrebu mijenjanja prava u nekom dijelu. Amnestija može ponekad biti generator normativne reforme čak i u smislu depenalizacije, jer često pribjegavanje kolektivnim aktima za veliku kategoriju kaznenih djela, s vremena na vrijeme stvara ili prati i procese depenalizacije određenih kaznenih djela.<sup>40</sup>

Među državnim interesima za primjenu amnestije mogu se pojaviti i nedostatak ustanova za izdržavanje kazni, tzv. "akutna prenapučenost zatvora",<sup>41</sup> kao i veliki državni troškovi izdržavanja zatvorskih kazni.

### 3. Kritika legislativnog pojma i primjene ustanove amnestije u nas

I u nas je prisutna tendencija određenog teorijskog "miješanja" pojmova i prirode amnestije i pomilovanja ponajprije iz razloga gotovo potpune podudarnosti njihovog legislativnog sadržaja. Prema našem važećem zakonodavstvu proizlazi da se amnestija i pomilovanje razlikuju jedino u nositelju ovlasti, dok su njihovi pravni učinci gotovo identični. Takvo pogrešno legislativno ustrojstvo amnestije ne uvažava njezinu bitnu značajku da ona ukida i zaboravlja zločin, te da je posljedica amnestije ništenje svih učinaka osude. Zbog toga i imamo aplikativno iste pravne učinke različitih ustanova amnestije i pomilovanja u slučajevima u kojima se amnestijom daje djelomično oslobođenje od izvršenja kazne ili zamjena izrečene kazne blažom. U tim slučajevima amnestiji se pogrešno daje pravna priroda pomilovanja.<sup>42</sup>

Posljednji zakon o amnestiji donesen u Hrvatskoj, također pokazuje da se ne razumije suštinska značajka amnestije, posebice kada ona predstavlja oslobođenje od kaznenoga progona (aboliciju). Zakon o oprostima od krivičnoga progona i postupka za krivična djela počinjena u oružanim sukobima i u ratu protiv Republike Hrvatske<sup>43</sup> nosi pogrešno ime, jer taj zakon po svome sadržaju znači oslobođenje od progona za sve počinitelje određenih djela zbog državnog interesa kod kojega potreba za nekažnjivošću preteže nad državnim interesom kažnjavanja. Prema tome, Zakon o oprostima predstavlja ustvari amnestiju u smislu zaborava određenih kaznenih djela, te očiglednog političkog

<sup>39</sup> D. Pulitano, *Il significato della clemenza, Quale giustizia*, 1970, str. 114.

<sup>40</sup> Mazzacuva primjećuje da se na ovom području, umjesto da se izda radikalni zakon o depenalizaciji, odabire manje zahtjevan put "puzeće" dekriminalizacije preko akta amnestije. Mazzacuva, op. cit., str. 499. I D. Pulitano tvrdi, "Periodički akti (amnestije) postaju ništa drugo do pokriće i nadomjestak za reforme koje se nisu provele, upravo ove reforme trebale bi biti te koje će omogućiti kaznenom pravosuđu da redovno vrši svoju funkciju." Pulitano, op. cit., str. 113. Ako se hoće izvršiti depenalizacija određenih kaznenih djela koje društvo više ne smatra takvima, drži ih "preživjelima", najdjelotvorniji i najprilичniji "tehnički" instrument za to je ukidanje zakonske norme, jer se pomilovanjima ili amnestijama uvijek vrši određena diskriminacija.

<sup>41</sup> Ovdje se amnestija koristi kao "sigurnosni ventil za zatvorsku populaciju", ona je "sredstvo prilagodavanja pritiscima populacije u popravnim ustanovama". S. E. Martin, *Commutation of Prison Sentences, Practice, Promise, and Limitation, Crime & Delinquency*, October, 1983, str. 593.

<sup>42</sup> Neopravdanost ovakvog legislativnog ustrojstva pokazuje i sama primjena amnestije kod nas, jer ni jedan akt amnestije donesen poslije II. svjetskoga rata nije koristio model zamjene izrečene kazne blažom kaznom. Također, iznimna je i amnestija kojom se daje djelomično oslobođenje od izvršenja izrečene kazne, npr. u Ukazu o općoj amnestiji i pomilovanju (Sl. list DFJ, 56/45) ili u Zakonu o amnestiji u Republici Hrvatskoj (N. N., 31/90).

<sup>43</sup> Objavljen u N. N. br. 58 od 25. rujna 1992.



interesa države da ta djela preda zaboravu kao da se nikada nisu dogodila, tj. da uspostavi fikciju da počinjena djela nisu kažnjiva. Djela se zaboravljaju, jer je opraštanje moralna kategorija ovisna više o subjektivnoj ocjeni samoga povrijeđenoga, nego o nekim objektivnim okolnostima.<sup>44</sup> Praštanje je individualan čin, dok pravda to nije, pa se oprostiti može čak i kada su zločini kažnjeni.<sup>45</sup>

Nedvojbeno je da se u slučaju Zakona o oprost u stvari radi o pravou pacificirajućoj amnestiji, jer je cilj zakonodavca očigledno bio normalizacija stanja u Republici Hrvatskoj. Da je zaborav počinjenih djela trebao biti upravo u funkciji toga cilja pokazuje činjenica da se zakonom daje abolicija, a ne neki drugi sadržaj amnestije. Abolicija po svojoj pravnoj prirodi također predstavlja zaborav kaznenoga djela, a ne opraštanje djela ili kazne.<sup>46</sup>

Zakon o oprost u veoma je specifičan i po tome što zakonodavac nije poštivao uobičajenu tehniku odabira djela na koja se amnestija odnosi, tehniku taksativne enumeracije djela izričitim navođenjem zakonskog članka (nomen juris). Zakon je izvršio selekciju djela kriterijem instrumentalnog odnosa između amnestije i općih ciljeva zakonodavstva (države) u tom području.<sup>47</sup> Međutim, ne radi se o kumulativnom odabiru, jer zakonodavac ne postavlja granicu za težinu djela navođenjem visine propisane kazne, pa je utvrđivanje djela obuhvaćenih amnestijom još teže. Zakonodavac je neopravdano prenio na sudove zadaću koju je sam morao izvršiti i to na način da je sudovima maksimalno otežao postupak utvrđivanja djela koja će biti amnestirana. Naime, zakon, osim objektivnih isključenja vezanih za vremensko razdoblje i međunarodne zločine, ne sadrži nikakve određene objektivne faktore vrste i težine djela pomoću kojih se može točno utvrditi koja se počinjena djela hoće predati zaboravu.

Upravo je takav kriterij odabira djela obuhvaćenih ovim zakonom o amnestiji izazvao velike dvojbe stručne javnosti glede djela na koje se abolicija odnosi. To je sudove dovelo u veoma nepovoljnu i neugodnu poziciju da utvrđuju djela na koja će

<sup>44</sup> Oprostiti se može samo ono što se smatra nepravdom, odnosno ono što osjećamo nepravdom, pa stoga postoje mišljenja da se pitanje "oprostiti ili ne?" može postaviti samo za onoga kome je nanijeto neko zlo, i ni za koga drugoga. Zato su i mnogobrojni oni koji tvrde da je jedina osoba koja može oprostiti upravo sama žrtva.

Oprost nije ni milost, jer biti milostiv znači postupati s osobom manje strogo od načina na koja neka određena pravila daju pravo da se postupa s takvom osobom. Za milost je bitno da predstavlja volju sudskog ili zakonskog autoriteta i nije nužno da se bude povrijeđen zlim ponašanjem počinitelja (nije čak nužno da bilo tko bude povrijeđen). Za milost se jedino traži da postoji ovlast postupanja prema počinitelju na određen strog način zbog važenja određenih propisa. S opraštanjem je stvar drukčija, osjećaj nepravde i mogućnost opraštanja mogu se imati samo za nanijeto zlo, a oprost nije nespojiv čak i sa zahtjevom da počinitelj zla podnosi zakonitu kaznu. J. G. Murphy - J. Hampton, *Forgiveness and mercy*, Cambridge University Press, 1988, str. 20.

<sup>45</sup> Stoga opraštanje treba razlikovati od ostala tri koncepta s kojima se često miješa, isprika (excuse), opravdanje (justification) i milost (mercy). *Ibidem*, str. 20.

<sup>46</sup> Zakon o oprost u već je svojim nazivom izazvao mnoge polemike i dvojbe, pa je tako već teolog Ž. Kustić raspravljajući o pojmovnim zabunama i zabludama objašnjavao pravo značenje izraza "oprost" ili "indulgencija" ("...Crkva udjeljuje oprost uz određene uvjete onome kojemu je grijeh već oprašten, jer se za njega iskreno pokajao."). Stoga po njemu ne može biti govora o tome da bi državni zakon nekome mogao udijeliti oprost. On je zastupnik stajališta da time što je država ozakonila da se za neke čine (koji bi po sebi bili kažnjivi, a da bi se izbjeglo još veće zlo) neće podizati optužbe, ni donositi osude, zločincima nije udijeljeno opraštenje niti im je dan oprost na području savjesti. Radi se o "zaboravu suvremene zakonitosti" i nedopustivom miješanju etike i prava, nerazlikovanju crkvenih i državnih nadležnosti koje nas može vratiti ne u "novo srednjovjekovlje", već u "neko davno predlogično stanje plemenske svijesti, u mentalitet bezakonja". Cit. prema Ž. Kustić, *Je li Sabor Bog pa da oprašta grijeh?*, tjednik *Globus* br. 97, od 16. listopada 1992, str. 10.

<sup>47</sup> Tako je Ustavni sud Italije 1976. godine ustanovio da "promišljenost" nekog akta milosti proizlazi iz odnosa između akta milosti i općih ciljeva zakonodavstva tog sektora (odnosilo se na ocjenu zakonitosti amnestije i njezinog uspješnog funkcioniranja u smislu ostvarenja ciljeva porezne reforme). Cit. prema Mazzacuva, *op. cit.*, str. 481.

primjeniti amnestiju, što doista nije ni u skladu s načelom zakonitosti, a niti s konceptom trodiobe vlasti. Stoga je zakon, osim što ga je trebalo nazvati njegovim ispravnim imenom - zakon o amnestiji, morao odrediti i kaznena djela na koja se odnosi pomoću kriterija nomen juris.<sup>48</sup>

#### 4. Prijedlog de lege ferenda

U teoriji država angloameričke pravne tradicije miješaju se amnestija i pomilovanje kao da su ustanove iste pravne prirode, i to temeljem činjenice da je učinak amnestije identičan učinku pomilovanja. Iako se radi o logičnom argumentu, on sam ilustrira da ove dvije ustanove imaju različito porijeklo. Točno je da je konačni učinak i amnestije i pomilovanja takav da određena osoba ili osobe koje bi bez tih akata bile subjekt kažnjavanja, uopće ili više to nisu. Međutim, ova sličnost posljedica ne čini ih istim aktom.<sup>49</sup>

Premda se ponekad činilo da se samo radi o dva izraza za isti pojam i sadržaj, danas su pojmovi amnestije i pomilovanja dobro razlučeni i između njih je postavljeno razgraničenje koje ih određuje kao dva suštinski različita pojma, dvije različite opće kaznenopravne ustanove.

Akt amnestije je opći pravni akt - zakonodavna norma i u formalnom i u materijalnom smislu, zasnovan na općem pravilu ukidanja zločina primjenjivom na sve osobe ili osobe iz određene grupe. On je, stoga, po svojoj pravnoj prirodi akt kaznenog zakonodavstva, i to *lex specialis* kojim se otklanja primjena drugih, važećih pravnih normi.

Amnestija je po suštini iznimna, rijetka mjera zaborava koja bi, s obzirom na njezine učinke i tradicionalnu pravnu funkciju, posebice državne razloge njezine emanacije, trebala biti opravdana jedino kao realna amnestija - vezana za počinjena djela, a ne za osobu počinitelja: "Postoji grupa kaznenih djela koja se mogu apstrahirati iz razloga političke neumnosti kažnjavanja i opasnosti da bi sudski proces i represija proizveli ublažane buntovničke nesuglasice, pokorene društvene nemire, pobijedene nesloge i pridonijeli slabljenju umjesto jačanju ustrojstva države: ovo su prije svega politička kaznena djela i ona koja potječu iz ekonomsko-socijalnih konflikata i nemira".<sup>50</sup> Tradicionalna shema amnestije kao "opće i bezlične odredbe", i, u pravilu, pacifizirajućeg cilja, čini racionalnom jedino amnestiju na realnoj osnovi. Ustanova amnestije ima prvenstveno političke i kriminalno-političke ciljeve,<sup>51</sup> pa svrsishodnost odluka da se amnestije primjenjuje u funkciji pacificiranja društva nakon razdoblja političkih i socijalnih sukoba, uglavnom nije upitna, jer one u toj funkciji dobivaju smisao "načela zaštite društva".

<sup>48</sup> Od II. svjetskoga rata do 1990. godine svi su zakoni o amnestiji taksativno nabrajali kaznena djela koja se obuhvaćaju amnestijom, i to izričitim navođenjem zakonskoga članka i stavka kaznenoga djela. Prvi zakon o amnestiji donesen u samostalnoj i neovisnoj Hrvatskoj 1990. godine (N. N. br. 31. od 28. srpnja 1990.) izabrao je drukčiji kriterij selekcije - ne vrstu kaznenoga djela, već pravomoćnu osudu na kaznu bezuvjetnoga zatvora za bilo koje djelo. Amnestija se sastojala u djelomičnom oslobođenju od izvršenja kazne zatvora za 1/4 ukupno izrečene kazne svim osuđenima na kaznu zatvora bez obzira da li su nastupili ili ne izdržavanju kazne.

<sup>49</sup> "Razlika između amnestije i pomilovanja ne leži u upotrebljenoj riječi zbudujuće terminologije, već u prirodi akta, jer pomilovanje oprašta kažnjavanje imenovanoj osobi, dok amnestija oprašta kaznu za djelo bez posebnog određivanja tko ga je počinio. Amnestija se odnosi na bilo koga tko je počinitelj specifičnih zločina. Grčka riječ amnestija znači "akt zaborava" (act of oblivion), akt u smislu zakona specifične vrste, ali ipak zakona." Cit. prema Radin, op. cit., str. 391.

<sup>50</sup> Mišljenje P. Marsich, cit. prema Mazzacupa, op. cit. str. 476.

<sup>51</sup> Npr. funkciju dekriminalizacije kao posljedice reforme kaznenoga prava.

Što se tiče legislativnoga ustrojstva u našem kaznenom pravu, bilo bi neizbježno striktno zakonsko razgraničenje pomilovanja i amnestije. Ove su dvije ustanove kaznenoga prava toliko različite po svojoj pravnoj prirodi da to mora imati odraza i na zakonodavnome planu. Pravni učinci amnestije ne mogu biti istovjetni učincima pomilovanja, jer se amnestijom uspostavlja fikcija nepostojanja deliktznog karaktera počinjenoga djela.

Ustanove amnestije i pomilovanja ne razlikuju se samo prema njihovu donositelju, već, primarno, prema njihovim učincima. U sustavima demokratskih država građanskoga tipa, učinci amnestije su mnogo opsežniji od učinaka pomilovanja koje je obično ograničeno na onaj dio kazne koji preostaje za izvršenje.

S obzirom da je amnestija zaborav kaznenoga djela, a ne oprost izvršenja kazne, te da poništava samu osudu i kažnjivost djela, ona bi morala zakonski biti određena na slijedeći način: da je moguća samo realna amnestija vezana za kazneno djelo, u kojem bi slučaju mogla predstavljati samo aboliciju i potpuno oslobođenje od izvršenja izrečene kazne.

Drugo je moguće rješenje, ako je to pak nužno, da se odabir amnestiranih iznimno može vršiti prema izrečenim kaznama, u kojemu bi slučaju bila neminovna dozvola da takva amnestija sadrži i djelomično oslobođenje od izvršenja kazne.<sup>52</sup>

Zbog čistoće, legislativne, teorijske i pragmatičke, ustanove amnestije, te uspostave njezinoga ispravnog odnosa s drugim oblikom milosti u kaznenom pravu, smatramo da je mnogo prihvatljivija solucija realne amnestije, amnestije in rem, kojom se ona legitimira isključivo korisnošću zaborava određenih djela s kojom otpada temelj prava kažnjavanja, pa i samo ovo pravo.

### *S u m m a r y*

#### **THE AMNESTY AND ITS PURPOSES IN PENAL LAW**

The amnesty is general institution of European penal law. In theory the legal nature and effects of the amnesty are very controversial, as well in practice we could observe the interference between a different institution of the amnesty and the pardon. In his nature act of amnesty is act of legislative and act of oblivion, because the legislator sometimes has need of impunity for a certain crimes.

The author gives a survey of the legal nature, effects and possibly purposes or aims of the amnesty. The author's analysis proves that the institution of the amnesty means oblivion of crime, not forgiveness for the committer (pardon).

---

<sup>52</sup> "Model" amnestije koji se sastoji u zamjeni izrečene kazne blažom kaznom krajnje je nepogodan za prirodu ustanove amnestije, pa se ovaj model uopće nije koristio u praksi. Svi dosadašnji zakoni o amnestiji isključivo su davali ili aboliciju ili potpuno oslobođenje od izvršenja kazne, a pretposljednji Zakon o amnestiji iz 1990. godine sadržavao je isključivo djelomično oslobođenje od izvršenja izrečene kazne za sve osuđenike na kaznu bezuvjetnoga zatvora.

## TUMAČENJE SINTAGME "ACT OF PUBLIC ENEMIES" U HAŠKIM PRAVILIMA

Dr. sc. Dragan Bolanča, asistent,  
Pravni fakultet u Splitu

UDK: 341.411.6:347.792  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Izvorni znanstveni članak

*Autor analizira učinke jednog od izuzetih slučajeva (excepted perils) iz Haških pravila - "Act of public enemies". U odnosu na recepciju tog engleskog izraza uspoređuju se rješenja iz usporednog zakonodavstva, jer u teoriji i judikaturi taj pojam nije strogo definiran. Naš je Pomorski zakonik uporabio jasniju i precizniju formulaciju "međunarodni zločini na moru", koju ne valja tumačiti samo kao pirateriju u smislu zločina u međunarodnom pravu, jer ona supsumira i napad na sigurnost međunarodne pomorske plovidbe.*

### 1. Uvod

Ugovorom o prijevozu stvari morem brodar se obvezuje da će preuzeti stvari, prevesti ih u određeno vrijeme i predati na odredištu ovlaštenoj osobi (odgovornost *ex contractu*). Preuzimanjem stvari brodareva apstraktna obveza iz ugovora pretvara se u konkretnu, jer brodar mora predati teret u stanju, vrsti i količini kako ga je primio (odgovornost *ex recepto*). Brodar također odgovara i izdavanjem teretnice, jer je preuzeo pismenu obvezu navedenu u toj prijevoznoj ispravi (odgovornost *ex scriptura*).

Prema Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 17/94)<sup>1</sup> brodar odgovara na temelju pretpostavljene krivnje, jer mu se nameće *onus probandi* postupanja s "pažnjom urednog broдача"<sup>2</sup> prilikom osposobljavanja broda za plovidbu<sup>3</sup> i

<sup>1</sup> Pomorski zakonik koji je stupio na snagu 22. ožujka 1994. god. derogirao je Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 53/91) i to u dijelu koji se odnosi na pomorsku plovidbu (čl. 1053, st. 1, t. 3).

<sup>2</sup> Zakonski izraz "pažnja urednog broдача" bazira se na pojmu "dužna pažnja" (engl. due diligence) iz Haških pravila (čl. 3, st. 1, čl. 4, st. 1 i čl. 4, st. 2). "Due diligence" je opći pojam common law-a i znači dužnost pažnje koja se može očekivati od razborite osobe, jer razumna i pažljiva osoba to redovito čini - vidi William Tetley, Marine Cargo Claims, Toronto, 1978, str. 170, Malcolm Alistair Clarke, Aspects of the Hague Rules (A Comparative Study in English and French Law), Hague, 1976, str. 203-206, F. J. J. Cadwallader, Due diligence at sea, "Diritto marittimo", Genova, br. 1, 1972, str. 5-7. U našem pravu mjerilo dužne pažnje jest objektivni kriterij jednog srednje sposobnog profesionalnog broдача - tako Ivo Grabovac, Pojam dužne pažnje ("due diligence") u prijevozu stvari morem, "Usporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja", Zagreb, br. 100, 1983, str. 107, Branko Jakaša, Sistem plovidbenog prava Jugoslavije, 3. knjiga, sv. II, Čakovec, 1983, str. 36-42, Ivan Romštajn, Osnove saobraćajnog prava i osiguranja, Osijek, 1989, str. 64.

<sup>3</sup> "Brodar broda dužan je pravodobno, do početka putovanja, uložiti pažnju urednog broдача kako bi brod osposobio za plovidbu, primjereno ga opremio, popunio posadom, opskrbio potrebnim zalihama i pripremio tako da se teret može ukrcati, složiti, čuvati, prevesti i iskrcati u stanju kako je primljen na prijevoz" (čl. 479, st. 1).

kod oštećenja, manjka, gubitka stvari i zakašnjenja u predaji stvari.<sup>4</sup> Međutim, postoje i taksativno nabrojani izuzeti slučajevi (engl. *excepted perils*, fran. *cas exceptes*, tal. *pericoli eccettuati*), kada brodar ne mora, ako dokaže uzročnu vezu između štete i izuzetog slučaja, dokazivati da nije kriv (tj. da je postupao s dužnom pažnjom), već korisnik prijevoza, želi li nadoknaditi štetu od brodara, mora dokazati osobnu krivnju brodara ili komercijalnu krivnju njegovih djelatnika u odnosu prema štetnim posljedicama izuzetog slučaja (načelo dokazane krivnje).<sup>5</sup> Naš je zakonodavac inartikulirao institut izuzetih slučajeva u skladu s Međunarodnom konvencijom za izjednačenje nekih pravila o teretnici iz 1924. god. - tzv. Haška pravila (i Zaključnim protokolom te Konvencije)<sup>6</sup>, jer nije prihvatio rješenje nove Konvencije UN o prijevozu robe inorem iz 1978. god. - tzv. Hamburška pravila (stupila na snagu 01. studenog 1992. god.) koja više ne poznaje institut izuzetih slučajeva.<sup>7</sup> U članu 565, st. 1, toč. 1 Pomorskog zakonika (vidi *supra* bilj. br. 5) *inter alia* spominju se i "međunarodni zločini na moru" po uzoru na čl. 4, st. 2 f Haških pravila koja upotrebljavaju drugačiju formulaciju - "*Act of public enemies*" (engl.), odnosno "*fait d' ennemis publics*" (fran.), što doslovno znači "djela javnih neprijatelja".<sup>8</sup>

Kakav je pravni doseg konvencijskog izraza "Act of public enemies" u smislu odgovornosti (neodgovornosti) brodara i da li naš pojam "međunarodni zločini na moru" odgovara spomenutom izrazu?

<sup>4</sup> "Brodar ne odgovara za oštećenje, manjak ili gubitak tereta ili za zakašnjenje u predaji tereta ako dokaže da oštećenje, manjak, gubitak ili zakašnjenje potječu od uzroka koji se nisu mogli spriječiti niti otkloniti pažnjom urednog brodara" (čl. 561).

<sup>5</sup> U čl. 565, st. 1 Pomorskog zakonika u skladu sa čl. 4, st. 2 (c) - (p) Haških pravila navode se ti izuzeti slučajevi, 1. viša sila, pomorska nezgoda, ratni događaji, međunarodni zločini na moru, nemiri i pobune, 2. sanitarna ograničenja ili druge mjere i radnje državnih organa, 3. radnje i propusti krcatelja ili osoba ovlaštenih da raspolažu teretom ili osoba koje za njih rade, 4. obustava rada odnosno štrajk, masovno isključenje radnika s posla ili bilo koje druge smetnje koje potpuno ili djelomično sprečavaju rad, 5. spašavanje ili pokušaji spašavanja ljudi i imovine na moru, 6. skretanje broda (devijacija) u slučajevima spašavanja ili zbog drugih opravdanih razloga, 7. prirodni gubitak u težini ili obujmu tereta, te oštećenje ili gubitak koji nastaje zbog vlastite mane, skrivene mane ili posebne naravi tereta, 8. nedovoljno pakiranje ili nejasne odnosno nedovoljno trajne oznake na teretu, 9. skrivene mane koje se ne mogu dužnom pažnjom otkriti.

<sup>6</sup> Originalni tekst konvencije na francuskom i engleskom jeziku vidi u Vladislav Brajković, Problemi brodara i njegove odgovornost *de iure condendo*, Ugovori o iskorističavanju brodova na moru (zbornik rasprava), Zagreb, 1951, str. 77-89, a za hrvatski prijevod upućujemo na Ivo Grabovac, Konvencije pomorskog imovinskog prava s komentarom, Split, 1986, str. 19-27. Bivša je Jugoslavija ratificirala tu konvenciju i Zaključni protokol ("Službeni list FNRJ - Međunarodni ugovori", br. 7/1959), a u Republici Hrvatskoj ona se primjenjuje na temelju čl. 33 Zakona o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora ("Narodne novine", br. 53/91).

<sup>7</sup> Institut izuzetih slučajeva u Hamburškim pravilima napušten je u cijelosti, osim slučaja požara (čl. 5, st. 4) i spašavanja života i imovine na moru (čl. 5, st. 6). Veći se dio napuštenih slučajeva može podvesti pod opću ekskulpacijsku normu iz čl. 5, st. 1, pa se u suštini radi o "quasi-abandon des cas exceptés" (tako Jacques Bonnaud, *Les réformes apportées par les Régles de Hambourg aux exonération de responsabilité et limitations de réparation du transporteur maritime*, "Diritto marittimo", Genova, br. 2, 1993, str. 302). Prema čl. 5, st. 1 Hamburških pravila brodar neće odgovarati ako dokaže ".....da je poduzeo sve mjere koje su se razborito mogle zahtijevati radi izbjegavanja događaja i njegovih posljedica" (engl. ".....all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences"). Brodar i dalje odgovara za štetu na teretu po načelu pretpostavljene krivnje, jer se "measures reasonable..... required" uklapa u "due diligence" (vidi Ivo Grabovac, *Odgovornost prijevoznika*, Split, 1989, str. 149, John Moore, *The Hamburg Rules*, "Journal of Maritime Law and Commerce", Cincinnati, br. 1, 1978, str. 7, Torsten Busch, *Hamburg Rules*, "Prawo Morskie", Gdańsk, tom V, 1991, str. 85), ali ga sada tereti dokaz poduzimanja svih " razboritih mjera", a to znači stalnu prisutnost objektivizacije krivnje (tako Claire Legendre, *La Convention des Nation unies sur le transport de marchandises par mer*, "Droit maritime français", Paris, br. 355, 1978, str. 392).

<sup>8</sup> Vidi Ivo Grabovac, *Act of public enemies*, Enciklopedija pojmova pomorskog prava, Split, 1991, str. 7, Ljubomir Predojević, *Act of public enemies*, Pomorski poslovni rječnik, Opatija, 1988, str. 18.

## 2. Značenje konvencijskog izraza "Act of public enemies"

Oko sadržine pojma "Act of public enemies" postoje kontroverzna tumačenja, čak se tvrdi da nema suvremenih preciznih objašnjenja, ni u literaturi, ni u praksi, što taj pojam zapravo znači.<sup>9</sup> Inače ta formulacija ima isto značenje kao i "King's (Queen's) enemies" (u prijevodu "neprijatelji Kralja, Kraljice"), ali je upotrebljiva za države s republikanskim uređenjem.<sup>10</sup> *Scrutton* ističe da spomenuti izraz nije potpuno jasan, ali da se može smatrati da on zajedno sa "ratnim činom" (engl. "Act of War") pokriva djela bilo kakvog neprijateljstva, uključujući i pirate.<sup>11</sup> *Schoenbaum* misli da se taj izraz odnosi na neprijatelje države kojoj pripada brodar, s time da u kombinaciji s ratnim događajima pokriva "any bellicose act including terrorism".<sup>12</sup> *Carver* zaključuje da "djela javnih neprijatelja" obuhvaćaju razbojništva na otvorenom moru (ne i razbojništva na kopnu) ili pirateriju.<sup>13</sup> *Stevens* navodi da pod analizirani pojam spada "any act of persons acting outside the law, such as pirates".<sup>14</sup>

Iz mišljenja navedenih autora držimo da je nedvojbeno da se upotrebom izraza "djela javnih neprijatelja" mislilo prvenstveno na slučajeve štetnih posljedica na teretu kojima su uzrok zločini od strane pirata i razbojnika otvorenog mora kao *hostes humanis generis* koji u tom smislu sačinjavaju javne neprijatelje.<sup>15</sup> Nadalje, jasno je da "Act of public enemies" ne obuhvaća samo piratstvo, jer bi redaktori Haških pravila vjerojatno izričito predvidjeli samo piratstvo kao krivično djelo međunarodnog prava, da su to htjeli. S druge strane, "djela javnih neprijatelja" ne uključuju i "ratne događaje" ili "pobune i nemire" jer onda ne bi bilo potrebno da se oni spominju kao posebne

<sup>9</sup> Tako Georges Ripert: *Droit maritime*, tome second, Paris, 1952, str. 701, Pierre Bonassies, *Observations, "Droit maritime français"*, Paris, br. 485, 1989, str. 422. Navedeni pojam preuzet je iz američkog Harter Acta iz 1893. god. koji je samo inkorporirao već postojeći ekskulpacijski razlog iz običajnog prava common law-a svrstavanog uz druge uobičajene ekscipije kao što su viša sila i prirodna mana tereta (vidi Lars Gorton: *The Concept of the Common Carrier in Anglo-American Law*, Gothenburg, 1971, str. 118). Još u fazi rasprava o potrebi prihvata pojma "Act of public enemies" u Haškim pravilima, delegati su na Konferenciji u Hagu priznali da nisu u stanju protumačiti točan smisao tog pojma, premda je on već postojao u američkom, australskom i kanadskom pomorskom zakonodavstvu (vidi René Rodière: *Traité général de droit maritime, Affretments et transports*, sv. II, Paris, 1968, str. 403).

<sup>10</sup> T. G. Carver - Raoul P. Colinvaux: *Carriage by Sea*, sv. I, London, 1963, str. 239.

<sup>11</sup> Thomas Edward Scrutton: *On Charter Parties and Bills of Lading*, London, 1964, str. 220 i str. 423.

<sup>12</sup> Thomas Schoenbaum: *Admiralty and Maritime Law*, Minnesota, 1987, str. 354-355.

<sup>13</sup> Tako Carver-Colinvaux, o. c. , str. 14 i str. 240 na temelju sudske prakse u sporu "Russell v. Nieman" 1864, "Secretary of State for War v. Midland Great Western Ry." 1923.

<sup>14</sup> Edward Stevens: *Shipping Practice*, London, 1953, str. 35.

<sup>15</sup> U istom smislu Ivo Grabovac: *Međunarodni zločini na moru kao izuzeti slučajevi u prijevozu stvari morem - kako tumačiti izraz "djela javnih neprijatelja"*, "Privreda i pravo", Zagreb, br. 9-10, 199, str. 637, Stojan Cigoj, *Pomorsko pravo Jugoslavije (Posli pomorske plovbe)*, Ljubljana, 1975, str. 125, Antonio Brunetti, *Diritto marittimo privato italiano*, vol. III/1, Torino, 1935, str. 340, Claude Chaiban: *Causes legales d'exoneration du transporteur maritime dans le transport de marchandises*, Paris, 1965, str. 206-207, Yildirim Keskin, *La responsabilite de l'armateur et du transporteur maritime*, Lausanne, 1961, s tr. 110. Sudska je praksa u ovom pogledu vrlo oskudna. Apelacioni sud u Parizu svojom je presudom od 07. 10. 1986. god. utvrdio da krađa tereta na brodu "Sunny Arabella" na sidrištu luke Lagos počinjena od strane odmetnika i uz upotrebu sile "ne constitue pas un acte de piraterie au sens de l'art. 4, 2 f de la Convention..... (vidi "Droit maritime français", Paris, br. 474, 1988, str. 457). Kasacioni sud Francuske je 23. 2. 1989. god. potvrdio presudu Apelacionog suda uz obrazloženje da navedena krađa ne spada u "djela javnih neprijatelja", jer se čin zbio u teritorijalnom moru jedne suverene države (Nigerije), o kojem je nadležna vlast te države (vidi "Droit maritime français", Paris, br. 485, 1989, str. 419).

eksepcije u čl. 4, st. 2 e i u čl. 4, st. 2 k Haških pravila.<sup>16</sup> Stoga zaključujemo da konvencijski izraz *supsumira in extenso* i neke druge oblike upotrebe sile ili prijetnje silom javnih neprijatelja koje možemo klasificirati kao pomorski terorizam (vidi *infra* 3).

### 3. Značenje našeg pojma "međunarodni zločini na moru"

Naš Pomorski zakonik u čl. 565, st. 1, toč. 1 nabraja posebice u jednoj skupini izuzetih slučajeva višu silu, pomorsku nezgodu, ratne događaje, međunarodne zločine na moru, te nemire i pobune. Iako su u istoj točki sakupljeni i grupirani, pojmovi su očigledno različiti i odvojeni. Svi navedeni zakonski izrazi, ustvari, predstavljaju pojedine slučajeve više sile, ali poimenično navedeni događaji spadaju u izuzete slučajeve i onda kada nemaju osobine više sile, dok se općeniti pojam više sile rabi kod onih slučajeva više sile koji nisu izričito navedeni.<sup>17</sup> *Prima facie* jasno je da međunarodni zločini na moru nisu ni ratni događaji, ni pobune ili nemiri, već nešto treće.

U analiziranju pojma "međunarodni zločini na moru" prethodno moramo utvrditi što su to uopće "međunarodni zločini"? Odgovor na to pitanje daje nam međunarodno krivično pravo koje poznaje odgovarajući broj međunarodnih krivičnih djela (tj. međunarodnih zločina), čije su inkriminacije sadržane u pojedinim multilateralnim konvencijama. Te su inkriminacije dosta neprecizne u pogledu opisa nekog ponašanja kao međunarodnog zločina, a uz to i nekompletne, jer ne sadrže sankciju. One su ipak uporabljive u praksi, jer se državama članicama međunarodne zajednice stavlja u dužnost da u svom krivičnom zakonodavstvu predvide takvo ponašanje kao krivično djelo i za njega propišu sankciju.<sup>18</sup> Neke od njih odnose se na međunarodnu pomorsku plovidbu, pa spadaju pod pojam "međunarodnih zločina na moru" za koje se brodar može ekskulpirati.

*Piratstvo* je najstariji zločin međunarodnog običajnog prava koji je stupanjem na snagu Konvencije o otvorenom moru iz 1958. god.<sup>19</sup> postao međunarodno krivično djelo u pravom smislu riječi. Univerzalnom definicijom iz čl. 15 te konvencije, te iz čl. 101 Konvencije UN o pravu mora iz 1982. god. (još nije stupila na snagu) razrađena je inkriminacija piratstva *iure gentium* (apsolutno piratstvo).<sup>20</sup> Relativno piratstvo ili piratstvo po analogiji predstavlja povredu pravila pojedine države.<sup>21</sup> U pomorskom

<sup>16</sup> Tako Plinio Manca: *Commento alle convenzioni internazionali marittime*, sv. II, Milano, 1975, str. 254, Dragan Bolanča, *Odgovornost brodaru u prijevozu stvari prilikom pobuna ili nemira*, "Privreda i pravo", Zagreb, br. 11-12, 1992, str. 739.

<sup>17</sup> Detaljnije Vjekoslav Tomašić: *Odgovornost brodaru za teret*, "Naša zakonitost", Zagreb, br. 5-6, 1962, str. 207, Dragan Bolanča, *Tumačenje sintagme "Act of God" u Haškim pravilima*, "Usporedno pomorsko pravo", Zagreb, br. 1-2, 1992, str. 71, Jakaša, o. c. , str. 67.

<sup>18</sup> Poblizje Bogdan Zlatarić: *Međunarodno krivično pravo*, 1. dio, Zagreb, 1979, str. 52 i dalje, Ante Carić, *Krivično pravo*, sv. I, Split, 1993, str. 14-15.

<sup>19</sup> Bivša je SFRJ ratificirala tu konvenciju (vidi "Službeni list SFRJ", br. 4/75).

<sup>20</sup> Apsolutno piratstvo čine ovi bitni elementi, radnja izvršenja sastoji se u poduzimanju protupravnih akata nasilja, zadržavanja ili pljačke; akti nasilja moraju biti izvršeni na otvorenom moru ili na mjestu koje ne potpada pod vlast nijedne države; akti nasilja treba da se vrše u osobne svrhe; učinic mora biti član posade ili putnik na privatnom brodu ili zrakoplovu; akti nasilja moraju biti izvršeni prema drugom brodu ili zrakoplovu, osobama ili dobrima na njemu - detaljnije Berislav Pavišić, *Krivična djela i druge kažnjive radnje u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi*, "Pomorski zbornik", knjiga 16, Rijeka, 1978, str. 154-159, Vladislav Brajković, *Piratstvo*, *Pomorska enciklopedija*, sv. 6, Zagreb, 1983, str. 106, Vladimir Ibler, *Rječnik međunarodnog javnog prava*, Zagreb, 1987, str. 225, Carić Ante: *Piratstvo - zločin iure gentium i nacionalnog krivičnog zakonodavstva*, "Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo", Beograd, br. 1-2, 1983, str. 49-55.

<sup>21</sup> Postoji velika šarolikost u načinu i opsegu normiranja relativnog piratstva u internim zakonodavstvima pojedinih zemalja. Svojevrsno proširenje pojma piratstva u odnosu na piratstvo kao međunarodni zločin nalazimo

pravu "međunarodne zločine na moru" kao izuzete slučajeve valja tumačiti restriktivno i doslovno, pa se u našem pravu pod tim pojmom razumijeva samo apsolutno piratstvo.<sup>22</sup>

Krivično djelo piratstva pokazalo se neprikladnim za nove oblike pomorskog terorizma, pa su nedostaci piratstva u ulozi osnovnog međunarodnog krivičnog djela protiv reda u plovidbi bitno utjecali na donošenje nove međunarodne inkriminacije - *napad na sigurnost međunarodne pomorske plovidbe*. Člankom 3 Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv sigurnosti pomorske plovidbe (Rim, 1988. god.) taj *delicta sui generis* obuhvaća veći broj raznovrsnih terorističkih akata u međunarodnoj plovidbi koji nesumnjivo spadaju u egzoneracioni razlog "međunarodnih zločina na moru".<sup>23</sup>

Kao međunarodna krivična djela na moru u doba mira shvaćaju se još napad na sigurnost nepokretnih platformi smještenih u epikontinentalnom pojasu,<sup>24</sup> zagađivanje morskog okoliša,<sup>25</sup> suzbijanje nedopuštene trgovine opojnim drogama,<sup>26</sup> neovlašteno emitiranje s otvorenog mora,<sup>27</sup> kidanje ili oštećenje podmorskih kabela ili cjevovoda na otvorenom moru<sup>28</sup> i zabarana trgovine robljem.<sup>29</sup> Međutim, gotovo je nezamislivo da bi

---

i u našem pravu. Naime, prema čl. 1052 Pomorskog zakonika "odredbe članka 1018 do članka 1022 Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi primjenjivat će se do stupanja na snagu Krivičnog zakonika Republike Hrvatske". A u čl. 1018, st. 1 određuje se da se zločin piratstva može izvršiti "... na moru ili na mjestu koje ne potpada pod vlast nijedne države. ..." što uključuje i obalno more država, a ne samo otvoreno more. Time je naš zakonodavac pri opisu krivičnog djela piratstva izašao izvan okvira datih u dvjema gore navedenim konvencijama - vidi Berislav Pavišić, *Piratstvo (morsko razbojništvo) - novo krivično djelo u zakonodavstvu SFRJ*, "Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo", Beograd, br. 1, 1978, str. 94-102, Ante Carić: *Krivičnopravni status broda*, Zagreb, 1985, str. 85.

<sup>22</sup> Grabovac (o. c. , str. 640) naglašava da "ako bismo i bili u stanovitoj dvojbi o užem ili širem značenju izraza Act of public enemies, smatramo da je naš zakon upravo isticanjem međunarodnih zločina na moru (što nije doslovni prijevod Act of. . . ), izriekom se opredijelio za rješenje koje bez sumnje proizlazi iz upotrijebljene formulacije. Svako šire ili drugačije tumačenje bilo bi *contra legem*". Nasuprot tome, Jakaša (o. c. , str. 73) smatra da međunarodni zločin ne treba doslovno shvatiti, tako da će ovamo spadati i eventualni napadi pirata u teritorijalnom moru.

<sup>23</sup> Krivično djelo napada na sigurnost međunarodne pomorske plovidbe predstavlja ponašanje kojim se primjenom sile, prijetnje, oštećivanja ili uništavanja stvari, podmetanjem eksploziva ili drugih naprava, davanjem lažnih obavijesti ugrožava pomorska plovidba i život ljudi ili imovina - opširnije o tome Berislav Pavišić: *Krivično djelo napada na sigurnost međunarodne pomorske plovidbe - uz Konvenciju o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv sigurnosti pomorske plovidbe potpisanu u Rimu 10. ožujka 1988. godine*, "Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja", Zagreb, br. 3-4, 1988, str. 260-266.

<sup>24</sup> Po svojim značajkama to je poseban vid pomorskog terorizma, specifično obilježen objektom napada i prostorom njegova smještaja - opširnije Berislav Pavišić: *Krivično djelo napada na sigurnost nepokretnih platformi smještenih u epikontinentalnom pojasu*, "Pomorski zbornik", knjiga 27, Rijeka, 1989, str. 193-209.

<sup>25</sup> Vidi čl. 1 i glavu XII Konvencije UN o pravu mora - poblje Berislav Pavišić, *Krivičnopravna zaštita prirodnog ambijenta plovidbe*, "Pomorski zbornik", Rijeka, knjiga 26, 1988, str. 340-342, isti autor *Kaznenopravna zaštita morskog okoliša - de lege ferenda*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", br. 12, 1991, str. 171-185.

<sup>26</sup> Vidi čl. 108 Konvencije UN o pravu mora - detaljnije Davorin Rudolf: *Međunarodno pravo mora*, Zagreb, 1985, str. 302.

<sup>27</sup> Vidi čl. 28 Konvencije UN o pravu mora, *ibidem*, str. 302.

<sup>28</sup> I Konvencija o otvorenom moru (čl. 27) i Konvencija UN o pravu mora (čl. 113) obvezuju države potpisnice da u svojim nacionalnim zakonodavstvima inkriminiraju svako umišljajno ili nehatno kidanje ili oštećenje podmorskog kabela ili cjevovoda na otvorenom moru - vidi Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo mora*, Zagreb, 1989, str. 123. U našem pravu (vidi *supra* bilj. br. 21) čl. 1022 Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi predviđa kao krivično djelo umišljajno i nehatno prekidanje ili oštećenje podvodnog telekomunikacijskog kabela ili kabela visokog napona ili podvodnog cjevovoda, uz mogućnost njegova izvršenja ne samo na otvorenom moru nego i u obalnom moru.

<sup>29</sup> Trgovina robljem obuhvaća svako djelo zarobljavanja, stjecanja ili ustupanja neke osobe radi stavljanja u ropstvo i svako kupovanje, prodavanje i zamjenjivanje robova. Ovo međunarodno krivično djelo ujedno obuhvaća i prijevoz ili pokušaj prijevoza iz jedne zemlje u drugu bilo kojim prijevoznim sredstvom, pa Konvencija



se mogli ispuniti uvjeti za primjenu instituta izuzetih slučajeva za spomenuta međunarodna krivična djela, jer ona impliciraju krivnju samog broda. Materiju međunarodnog prava mora u doba rata reguliraju, kao što je poznato, običaji i međunarodne konvencije. Kršenje takvih normi i nepostupanje u skladu s načelima međunarodnog prava u doba rata na moru, predstavlja također međunarodni zločin na moru. Ako bi primjerice uslijed povrede neutralnosti prema trgovačkom brodu<sup>30</sup> ili nepravilne upotrebe sile protiv trgovačkog broda<sup>31</sup> teret bio oštećen ili izgubljen kao rezultat navedenih povreda normi međunarodnog prava mora u doba rata, onda bi se ti događaji mogli smatrati jedino ratnim događajima, pa bi se institut *excepted perils* primjenjivao u tom kontekstu. Stoga se ni ovakve opisane situacije ne bi mogle uklopiti u primjenu međunarodnog zločina na moru.<sup>32</sup>

#### 4. Usporedna legislativa i judikatura

U našem pravu, što se tiče dužnosti dokazivanja da je šteta nastala ratnim događajem, brodaru je dovoljno dokazati međunarodni zločin na moru i uzročnu vezu između njega i štete. Naravno, nije mu potrebno dokazati da taj događaj ima osobine više sile, mada konkretni događaj koji je uzrokovao štetu to često biva (vidi *supra* bilj. br. 17). Korisnik prijevoza uvijek može dokazivati da je uzrok štete osobna krivnja brodaru ili komercijalna krivnja njegovih ljudi (čl. 565, st. 2 Pomorskog zakonika).

U engleskom je pravu ista situacija, jer *onus probandi* da je šteta nastala zbog "Act of public enemies" iz čl. 4, st. 2 f Zakona o prijevozu robe morem (*Carriage of Goods by Sea Act*) iz 1924. god. pada na brodaru, dok osoba koja tvrdi suprotno mora to dokazati.<sup>33</sup> Ni istoimeni američki zakon iz 1936. god. ne razlikuje se, jer je povlastica brodaru iz čl. 4, st. 2 f aplikabilna samo do protudokaza njegove nepažnje.<sup>34</sup>

Zakonsko rješenje kao i u našoj legislativi nalazimo u belgijskom i poljskom pravu, ali s modificiranom formulacijom. Dok belgijski Trgovački zakon iz 1928. god. konsekventno slijedi konvencijsku formulaciju "*le fait d'ennemis publics*" (čl. 91, st. 4, toč. 2 f),<sup>35</sup> dotle poljski Pomorski zakon iz 1961. god. spominje "neprijateljske akcije protiv javnog dobra i reda" (engl. "*action hostile to public welfare and order*").<sup>36</sup>

Prednost talijanskog zakonodavca je u tome što u sklopu "*pericoli eccezionali*" u čl. 422, st. 2 Zakona o plovidbi (*Codice della navigazione*) iz 1942. god. upotrebljava baš izraz "piratstvo" (tal. *pirateria*), pa nema potrebe tumačenja značenja "djela javnih neprijatelja".<sup>37</sup>

o otvorenom moru (čl. 13) i Konvencija UN o pravu mora (čl. 99) nalažu svakoj državi spriječavanje i kažnjavanje prijevoza robova brodovima svoje zastave - vidi Ante Carić: Krivičnopравни status broda, Split, 1985, str. 87. Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 31/93 i 35/93) u glavi XV (Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnoga prava) u čl. 134 predvidio je krivično djelo "utemeljivanje ropskog odnosa i prijevoz osoba u ropiskome odnosu" - vidi Berislav Pavišić, Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske, Zagreb, 1993, str. 169-170.

<sup>30</sup> Poblize o tome Rudolf Capar: Međunarodno pomorsko ratno pravo, Zagreb, 1988, str. 8-10.

<sup>31</sup> *Ibidem*, str. 19-20.

<sup>32</sup> Grabovac, o. c., str. 641.

<sup>33</sup> Scrutton, o. c., str. 423, Carver-Colinvaux, o. c., str. 239.

<sup>34</sup> Grant Gilmore-Charles Black: The Law of Admiralty, New York, 1975, str. 169.

<sup>35</sup> Robert De Smet, Droit maritime et droit fluvial belges, tome I, Bruxelles, 1971, str. 481.

<sup>36</sup> Vidi Jan Lopuski-Roman Adamski: The Polish Maritime Code (Kodeks morski), Gdańsk, 1985, str. 108-

<sup>37</sup> Detaljnije Plinio Manca: Studi di diritto della navigazione, sv. II, Milano, 1961, str. 179.

Francuski Zakon o brodarskim ugovorima i ugovorima o pomorskim prijevozima (*Loi sur les contracts d'affrètement et de transport maritimes*) iz 1966. god. uopće ne sadrži "djela javnih neprijatelja" kao poseban izuzeti slučaj, pa se ta djela supsumiraju pod eksculpacijski razlog iz čl. 27, st. 1 d "činjenice koje proizlaze iz događaja koji se ne mogu pripisati brodaru" (*faits constituant un événement non imputable au transporteur*) odnosno pod pojam više sile.<sup>38</sup> Dok brodar mora dokazati da se radilo o nepredvidljivom i neotklonjivom događaju, suprotna strana može taj dokaz pobiti dokazom brodarove krivnje ili komercijalne krivnje njegovih namještenika (čl. 27, st. 2). Ruski Zakon o trgovačkoj plovidbi (engl. *Merchant Shipping Code*) iz 1968. god. (noveliran 1937. god.) i bugarski Zakon o pomorskoj plovidbi (fran. *Code de navigation maritime*) iz 1970. god. također ne sadrže kao izdvojenu ekscipciju "djela javnih neprijatelja". Stoga se svaki događaj gdje je upotrijebljena sila ili prijetnja silom eventualno može svrstati u neki drugi izuzeti slučaj (npr. višu silu ili ratni događaj), ili brodar može po općim načelima dokazivati da nije kriv.<sup>39</sup>

## 5. Zaključak

*In ultima linea* možemo zaključiti da preciznu i jasnu formulaciju našeg Pomorskog zakonika "međunarodni zločini na moru" valja tumačiti praktički kao piratstvo u smislu zločina u međunarodnom pravu i napad na sigurnost međunarodne pomorske plovidbe. Sintagma Haških pravila "Act of public enemies" uključuje u sebi događaje uporabe sile ili prijetnje silom, koji se ne mogu smatrati ratnim činima, a niti piratskim u užem smislu. Ipak, pravna je priroda tog konvencijskog izraza sporna, što je vidljivo iz usporedne legislative i judikature. Naime, dok neke države konsekventno slijede konvencijski tekst (Velika Britanija, SAD, Belgija), druge ga modificiraju djelimice (Poljska) ili potpuno (Italija), a ima i onih država koje ga uoče nisu recipirale u svoju zakonsku reglamentaciju (Francuska, Rusija, Njemačka, Bugarska).

## Summary

### THE INTERPRETATION OF AN "ACT OF PUBLIC ENEMIES" FROM THE HAGUE RULES

The paper is an analysis of the legal effects of an "Act of public enemies", one of the "excepted perils" cited in the Hague Rules. A comparison is made between the solutions contained in the comparative legislations regarding the acceptance of this term from the Hague Rules, because in the theory and judicature it is not strictly defined. Our Maritime Law uses a clearer and more precise formulation of "international crimes at sea", which should be practically understood only as piracy in the sense of a crime in international law and attack on security of the international seagoing navigation.

<sup>38</sup> Rodiere, o. c. , str. 274. Zanimljivo je da u francuskoj teoriji Ripert (o. c. , str. 600) zastupa mišljenje da je piratstvo ratni događaj.

<sup>39</sup> Poblize za rusko pravo (William Butler-John Quigley: *The Merchant Shipping Code of the USSR* (1968), Baltimore-London, 1970, str. 84-85), za njemačko pravo (Nikolaus Schon: *L'exonération de responsabilité du transporteur maritime au cas d'établissement d'un connaissance irrégulier*, "Droit maritime français", Paris, br. 237, 1968, str. 563-564) i za bugarsko pravo (Stojan Stalev: *Pomorsko trgovačko pravo*, Sofija, 1991, str. 135).



## POVIJEST TEORIJA PRIRODNIH PRAVA (I)

Mr. sc. Miomir Matulović, asistent,  
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 340.122  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Pregledni znanstveni članak

*Članak predstavlja prvi dio prikaza podrijetla i razvoja teorija prirodnih prava. U članku se prikazuje pojava prve koncepcije (subjektivnih) prava u ranom srednjem vijeku, rasprava između franjevac a i dominikanaca o prirodnom zakonu, pravima i vlasništvu, te Gersonova teorija prirodnih prava, koja je bila prva teorija prirodnih prava, vladala tijekom petnaestog i početkom šesnaestog stoljeća, te bila napuštena u razdoblju renesanse. Teorija prirodnih prava ponovno se javlja krajem šesnaestog i ima prevlast u sedamnaestom stoljeću. U članku se prikazuje Hobbesova teorija prirodnih prava. Prikaz povijesti teorije prirodnih prava oslanja se na najnovije rezultate istraživanja povjesnika.*

### 1. Prva teorija

Podrijetlo je teorija prirodnih prava u srednjovjekovnom europskom pravnom i teologijskom mišljenju.<sup>1</sup> Richard Tuck u svojoj knjizi *Natural Rights Theories: Their Origin and Development* smatra da su za nastanak i razvoj teorija prirodnih prava značajna dva razdoblja srednjeg vijeka: prvo je razdoblje ranog srednjeg vijeka kada se prvi put javlja koncepcija (subjektivnih) prava; a drugo je razdoblje razvijenog srednjeg vijeka kada se javlja prva teorija prirodnih prava.<sup>2</sup> Prema istom autoru teorija je prirodnih prava vladala tijekom petnaestog i početkom šesnaestog stoljeća da bi bila napuštena u razdoblju renesanse.

#### 1.1. Glosatori o pravima

Antička je filozofijska i pravna misao poznavala pojam prava u smislu pravednosti i zakona, ali jedva da je poznavala, ako je uopće poznavala, pojam prava u smislu

<sup>1</sup> Za podrijetlo i razvoj teorija prirodnih prava vidi, Fred Castberg, *La philosophie du droit* (Paris, A. Pedone, 1970), str. 89-119; A. P. d'Entreves, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Second (revised) edition (London, Hutchinson University Library, 1970), gl. 4; P. M. Huby, *Traces of the Theory of Natural Rights in Greek Thought*, *Synthesis Philosophica* 5 (2/1990), str. 499-506, (prijevod, *Tragovi teorije prirodnih prava u grčkoj misli*, *Filozofska istraživanja* 10 (4/1990), str. 1105-1113; Anton Perenič, *Zgodovinski razvoj človekovih pravic*, u Peter Jambreč, Anton Perenič i Marko Uršič (ur.), *Varstvo človekovih pravic, razprave, eseji in dokumenti* (Ljubljana, Mladinska knjiga, 1988), str. 17-34; Richard Tuck, *Natural Rights Theories, Their Origin and Development* (Cambridge, Cambridge University Press, 1979); Michell Villey, *Le droit et les droits de l'homme* (Paris, Press Universitaires de France, 1983).

<sup>2</sup> Vidi Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 2.

ovlaštenja subjekta. (Kontinentalni pravници rabe za ta dva različita smisla pojma prava razlikovanje između "objektivnog" i "subjektivnog" prava, *ius*, *diritto*, *droit*, *recht*. U engleskom jeziku postoje dva različita izraza: pravo u objektivnom smislu naziva se "*law*", a pravo u subjektivnom smislu "*right*".)

Tuck smatra da je prva koncepcija prava kao ovlaštenja subjekta sadržana u spisima pravnika glosatora koji su ponovno otkrili Digesta i stvorili srednjovjekovnu znanost rimskog prava u dvanaestom stoljeću.<sup>3</sup> Glosatori su podučavali na raznim sveučilištima Europe, osobito na najstarijem i najuglednijem u Bologni, a njihova se znanstvena djelatnost sastojala iz kratkih objašnjenja pojedinih manje jasnih mjesta u tekstovima, tzv. glose. Iz takve jedne glose razvila se koncepcija prava prema kojoj su prava zahtjevi upućeni drugima da postupe na određeni način prema njihovim imaočima ili da im nešto dadu. Pozivajući se na pravilo iz Digesta da vjerovnik koji poduzme jednostranu i nezakonitu radnju da silom oduzme dobra koja mu netko duguje, gubi svoje *ius* (pravo) na njima, bolonjski je glosator Azo protumačio poznatu Ulpijanovu izreku "Pravednost je postojano i trajno nastojanje da se svakome prizna ono što mu pripada"<sup>4</sup> na sljedeći način: "njihovo *ius*, to jest, njihov zahtjev (*meritum*). Jer u pravu netko gubi svoje *ius* na osnovi ili delikta ili kršenja kontrakta ili nečeg sličnog".<sup>5</sup>

U tom se kontekstu klasifikacija prava na *iura in re* i *pro re* (kasnije *ad rem*) pripisuje Azovu učitelju Johannesu Bassianusu, koji je kazao: "vjerovnik gubi svako *ius* koje ima ili *in re* ili *pro re* koju je oduzeo".<sup>6</sup> Pojam *ius ad rem* je konzekvenca koncepcije prava kao zahtjeva. Pravници su u ranom srednjem vijeku shvaćali pojam pravo u širem smislu tako da je sadržao zahtjeve osoba na nešto što one još ne posjeduju, primjerice zahtjev izabranog svećenika na župu u koju još nije uveden i zahtjev najstarijeg vladareva sina na prijestolje svoga oca. Takvi su zahtjevi bili u suštini zahtjevi protiv određene osobe ili ustanove koja je imala moć dodijeliti dobro o kojem se radi. Na drugoj strani, *ius in re* bilo je svako pravo osobe koja je u posjedu neke stvari, naročito prava *dominium* (vlasništvo) i *ususfructus* (uživanje). U tim je slučajevima posjednik imao neku vrstu prava koje je mogao zahtijevati protiv svakoga, čak i protiv osobe čiji je zalog držao. Ali, sva *iura in rem* nisu bila *dominium*. Dok je uživatelj imao neodređeno i, kao konzekvenca toga, prenosivo pravo na svoj posjed, ono nije bilo pravo potpune kontrole, koje je bilo pravo vlasnika koji je imao zahtjev protiv bilo koga da potpuno kontrolira svoju zemlju, robove i novac.

U trinaestom je stoljeću slavni bolonjski glosator Accursius odstupio od razlikovanja između *dominium* i *ususfructus*, te je uveo novo razlikovanje između *dominium directum* i *dominium utile*, rabeći prvi pojam za ono što ima vrhovni gospodar, a drugi za ono što posjeduje uživatelj. Tuck smatra da je priznavanje kategorije *dominium utile* značilo transformaciju koncepcije prava, jer svako *ius in re* postaje *dominium*: svako pravo, a ne samo pravo potpune kontrole, koje njegov imalac

<sup>3</sup> Vidi *ibid.* str. 13. Za stajalište da niti rimski pravници a ni glosatori nisu imali pojam subjektivnog prava vidi Michell Villey, *Lecons d'histoire de la philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1957), glave XI, XIV; *Seize essais de philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1969), gl. X.

<sup>4</sup> "Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi." Digesta I, 1, 10.

<sup>5</sup> "Suum *ius*, id est, hominis meritum, nam et de iure propter delictum vel pactum non servatum vel similia quis privatur iure suo." (Navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 14.)

<sup>6</sup> "Amitit creditor *ius suum* tantum quam habet in re illa vel pro re illa quam recuperavit." (Navedeno prema *ibid.*)

može prenositi, ili otuđiti, i koje može braniti prema drugim osobama jest vlasničko pravo; sva prava neke osobe predstavljaju njeno vlasništvo.<sup>7</sup>

Dominikanski teolog Silvestro Mazzolini da Prierio u *Summa Summarum quae Silvestrina nuncupatur* (1515.) sažeo je raspravu koja je bila vođena o odnosu između *dominium* i *ius*: "*Dominium* jest prema nekima isto što i *ius*. Tako svatko tko ima *ius* na nekoj stvari ima *dominium* na stvari i svatko tko ima pravo na uporabu neke stvari ima *dominium* nad njom i konveržno...Prema drugima ovo nije isto što i *ius*, jer podređeni nema *dominium* nad nadređenim, a ipak ima *ius* prema njemu, tako na primjer, dijete ima *ius* da se otac brine o njemu, a pripadnik kongregacije ima *ius* da primi sakrament od prelata itd. Tako oni kažu da je *dominium* uvijek *ius*, ali ne i konveržno: jer na *ius* dodaju i vrhovništvo".<sup>8</sup> Prema skupini autora novatora, kojoj je pripadao i sam Mazzolini, svako *ius* mora biti *dominium*, tj. nešto što povlači kontrolu njegova imaoa, a ne samo njegov zahtjev prema drugim osobama čiju opravdanost one trebaju priznati. Oprečno tome, prema drugoj skupini autora moguće je da osoba ima *iura* koja ona sama ne može kontrolirati, već koja ovise o priznavanju drugih osoba. Kao što je rečeno, ta je koncepcija prava bila opće prihvaćena u dvanaestom stoljeću, a njen je posljednji zastupnik bio Azo. Tijekom trinaestog stoljeća Accursius i njegovi sljedbenici počeli su odstupati od te koncepcije, tako da je sasvim moguće da se već u četrnaestom stoljeću vodila rasprava koju je Mazzolini sažeo.

## 1.2. Franjevci i dominikanci o prirodnom zakonu, prirodnim pravima i vlasništvu

Postoji mišljenje da su Accursius i njegovi sljedbenici počeli odstupati od opće prihvaćene koncepcije prava, proširujući značenje pojma *dominium*, zbog potrebe prilagođavanja pravne terminologije stvarnosti tadanjeg feudalnog društva.<sup>9</sup> Prema tome je stajalištu složenost feudalnih odnosa u Europi dostigla vrhunac sredinom trinaestog stoljeća tako da se ili svim zemljoposjednicima imala pripisati neka vrsta *dominiuma* ili je taj pojam gubio svaki smisao. Donekle je bilo jasno tko se prema uobičajenom shvaćanju imao računati kao *dominus*, ali prema starijoj bi koncepciji jedan takav *dominus* mogao ne imati *dominium* nad svojim zemljištem, dok bi to imao, recimo, njegov susjed koji se od njega ni po čemu drugom ne razlikuje. U takvom je društvu *dominium* morao dobiti šire značenje. Stoga su sljedbenici Accursiusa počeli shvaćati prava na drugačiji način nego njihovi prethodnici. Ipak, još se nije eksplicitno tvrdilo da su sva *iura*, naročito *iura ad rem*, *dominia*, ali osnova je za takvu tvrdnju bila postavljena kad je pojam *dominium* bio proširen tako da je obuhvaćao sva *iura in re*, jer je time preuzeta ideja nečije potpune kontrole nad vlastitim svijetom koju je pojam *dominium* povlačio.

Međutim, Tuck smatra da se taj daljnji korak u razvoju koncepcije prava ne može objasniti potrebom prilagođavanja pravne terminologije stvarnosti tadanjeg feudalnog društva, već se njegovo objašnjenje mora tražiti u započinjanju teoretik politike da rabe

<sup>7</sup> Vidi ibid. str. 16.

<sup>8</sup> "Dominium secundum aliquos, est idem quod ius. Unde qui ius habet in re, habet in re dominium, & qui habet ius in usu rei, in eo habet dominium, & e converso...Secundum alios vero nos est idem quod ius, quia inferior in superiorem non habet dominium, & tamen habet ius, puta, filius in patrem ius alimentorum, & subditus in prelatum ius sacramentorum, & huiusmodi, ideo, secundum eos dominium omne est ius, non enontra, sed super ius addit superioritatem." S. Mazzolini da Prierio, *Summa Summarum quae Silvestrina nuncupatur*, I (Lyons, 1539), str. 159 (prvo izdanje, Bologna, 1515), (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 5).

<sup>9</sup> Vidi E. Meynial, *Notes sur la formation de la theorie du domaine divise*, u *Mlanges Fitting*, II (Montpellier, 1908), str. 443, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 17).

pravnu terminologiju u raspravama o (ne)prirodnosti siromaštva.<sup>10</sup> Poradi razumijevanja stajališta koja su bila zastupana u tim raspravama, korisno je spomenuti shvaćanja rimskih klasičnih pravnika o prirodnom životu čovjeka. Prema njihovim shvaćanjima nitko nije imao *dominium* nad drugim ljudima (robovima) i dobrima na osnovi *prirodnog zakona (ius naturale)*, već su u početku svi ljudi bili slobodni i sva su dobra bila zajednička. Vlasništvo nad dobrima i ljudima (ropstvo) rezultat je općeljudskog zakona (*ius gentium*). Ulpijan kaže da "po prirodnom zakonu svi se rađahu slobodni...ropstvo bijaše nepoznato...i dok se po prirodnom zakonu svi nazivalu jednim ljudskim imenom, po *ius gentium* nastadoše tri roda: slobodni i, njima nasuprot, robovi i treći rod slobodnjaci, tj. oni koji su prestali biti robovi".<sup>11</sup> Hermogenijan kaže da "*ius gentium* uvodi ratove, odvojene narode, utemeljena kraljevstva, odjelita *dominia*, omeđena zemljišta, grupirane domove, trgovinu, ugovore o prodaji, ugovore o zakupu, ustanovljene obveze".<sup>12</sup>

Ta je shvaćanja izrazio u sintetiziranom obliku Isidor iz Seville u svom *Etymologiarum*, a njegovu je formulaciju preuzeo Gratian u *Decretum* (oko 1140): "*Ius naturale* je zajedničko svim narodima i svugdje se prima prirodnim instinktom, a ne nekom konvencijom. Ono uključuje zajednicu muškarca i žene, podizanje djece, zajednički posjed svih (*communio omnium possessionum*) i slobodu za svakoga".<sup>13</sup> Isidor i Gratian su razumijevali pod "*possessio*" ("posjed") nešto što nije *dominium*. Naravno, prema rimskom klasičnom pravu *possessio* i *dominium* nisu bili identični: nešto posjedovati značilo je to okupirati i rabiti, ali ne i imati pravo privatnog vlasništva nad tim. Uživatelj je imao prirodni posjed nad svojim zemljištem, ali nije imao civilni posjed, što znači da nije imao *dominium*. On je bjelodano imao prirodni posjed, jer je doista hodao zemljištem, obrađivao ga i ubirao plodove, ali nije imao civilni posjed, tj. nedostajalo mu je vlasničko pravo koje bi mogao zahtijevati protiv drugih pripadnika zajednice. To je bilo sasvim u skladu s vjerovanjem da je *dominium* rezultat sporazuma, ili čak grijeha, na osnovi zakona koji nije prirodni zakon i oboje, da je *dominium* konzekvenca građanskog prava i može biti nejednak, i također da postoji prirodni i civilni posjed. Svi ljudi imaju prava uživalaca na osnovi *ius naturale*: svi imaju prirodni posjed nad zemljom i njenim plodovima, ali nemaju *dominium*, tj. oni nemaju prirodna vlasnička prava.

Nova je koncepcija *dominium utile* predstavljala odbacivanje navedenog shvaćanja, jer ako uživatelj ima nekakav *dominium*, tad je također moguć nekakav prirodni *dominium*. Takav je zaključak izveo Toma Akvinski (1225.-74.) u *Secunda Secundae* (1271.-72.): "Vanjski predmeti mogu se dvostruko razmatrati. Jedan način jest s obzirom na njihovu prirodu, a ta nije podložna ljudskoj, već samo božanskoj moći, kojoj su podređene sve stvari. Drugi način jest s obzirom na njihovu uporabu i ovdje čovjek ima prirodni *dominium* nad stvarima, jer kroz svoj razum i volju on može rabiti

<sup>10</sup> Vidi *ibid.*, str. 17.

<sup>11</sup> "cum iure naturali omnes liberi nascerentur...cum servitus esset incognita...et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt, liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi aui desierant esse servi." Digesta, 1, 1, 4.

<sup>12</sup> "Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedeficia collocata, conmercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ". Digesta, 1, 1, 5.

<sup>13</sup> "Jus naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instictu naturæ, non constitutione aliqua habetur, ut, viri et feminae conjunctio, liberorum susceptio et educatio, communio omnium possessionum, et omnium una libertas." Isidor S., *Etymologiarum*, V. 4, (navedno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 18).

vanjske stvari u svojem interesu."<sup>14</sup> Ali, Toma nije slijedio konzekvence koncepcije prirodnog *dominium utile*, jer je na drugom mjestu tvrdio da je *ius naturale* neutralan glede pitanja ropstva i privatnog vlasništva: "Za nešto se može kazati da je u skladu s *ius naturale* na dva načina. Jedan, ako nas priroda inklinira tome: kao što je ne nanositi štetu drugom ljudskom biću. Drugi, ako priroda ne propisuje suprotno: tako da bi smo mogli reći da je čovjek nag po *ius naturale*, jer od prirode nije dobio nikakvu odjeću, već je nju sam pronašao. Na taj se način kaže za 'zajednički posjed svih stvari' i jednaku slobodu svih da su u skladu s *ius naturale*, jer razlikovanja posjeda i ropstvo nisu proizvodi prirode, već ljudskog razuma za dobrobit ljudskog života."<sup>15</sup>

Jedan od ciljeva koji je Toma, kao pripadnik dominikanskog reda, želio postići svojom koncepcijom prirodnog *dominiuna*, bio je dovođenje u sumnju siromaštva apostola koje su prakticirali pripadnici rivalskog franjevačkog reda. Rasprava je između franjevaca i njihovih protivnika o prirodnosti siromaštva vođena u drugoj polovini trinaestog i prvoj polovini četrnaestog stoljeća. Polazeći od načela koja je formulirao Bonaventura (1221.-74.), franjevci su nastojali razraditi sustavno učenje o siromaštvu apostola, koje bi im dopuštalo uporabu dobara potrebnih za život bez da to povlači imanje bilo kakvih vlasničkih prava nad tim dobrima. Johannes Duns Scotus (1266.-1308.) dao je teorijsko objašnjenje učenja: "Prema prirodnom ili božanskom zakonu u stanju nevinosti ne postoje odjeliti *dominia* nad stvarima, zapravo sve je tada zajedničko...Razlog je tome dvostruk: prvo, budući da je uporaba stvari u skladu s ispravnim razlogom dopuštena ljudima sve dok doprinosi harmoniji, mirnim odnosima i nužnom uzdržavanju, svakome je u stanju nevinosti zajednička uporaba bez odjelitog *dominiuna* dragocjenija od odjelitih *dominia*, jer tada nitko neće zaposjedati ono što je drugom potrebno, niti će on to morati otimati silom, već onaj tko prvi naiđe na ono što mu je potrebno, prvi će to okupirati, rabeći to sve dok mu je potrebno..."<sup>16</sup>

Dakle, prirodni je zakon ustanovio zajedničku uporabu stvari kao optimalnu strategiju za ljude u stanju njihove izvorne nevinosti, a odbacio je *dominium*. Zajednička uporaba nije značila zajednički *dominium* u smislu da je čitavo čovječanstvo kolektivno imalo neku vrstu prava nad predmetima vanjskog svijeta, već je ona značila da je svako ljudsko biće bilo sposobno uzeti ono što mu je potrebno i nije imalo pravo oduzeti drugom ono što je njemu bilo potrebno. U potpunom skladu s takvim shvaćanjem prirodnog života ljudi bilo je siromaštvo franjevaca, kojima je bila

<sup>14</sup> "Rex exterior potest dupliciter considerari. Uno modo quantum ad ejus naturam, quae non subjacet humanae potestati, sed solum divinae, cui omnia ad nutum obediunt. Alio modo quantum ad usum ipsius rei, et sic habet homo naturale dominium exteriorum rerum, quia per rationem et voluntatem potest uti rebus exterioribus ad suam utilitatem." Aquinas, *Summa Theologiae*, 2a 2ae, 66.1, (London, M. Lefbure, 1975), str. 64, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 19).

<sup>15</sup> "Aliquid dicitur esse de jure naturali dupliciter, uno modo, quia ad hoc natura inclinatur, sicut non esse injuriam, alteri faciendam; alio modo, quia natura non inducit contrariam, sicut possemus dicere quod hominem esse nudum est de jure naturali, quia natura non dedit ei vestitum, sed ars adinvenit. Et hoc modo communis omnium possessio et una libertas dicitur esse de jure naturali, quia scilicet distinctio possessionum et servitus non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem ad utilitatem humanae vitae." Aquinas, *Summa Theologiae*, 1a 2ae, 94.5, izd. T. Gilby (London, 1966), str. 94, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 19).

<sup>16</sup> "Lege naturae vel divina, non sunt rerum distincta dominia pro statu innocentiae, imo tunc omnia sunt communia...Ratio ad hoc duplex est, Prima, quia usus rerum secundum rectam rationem ita debet competere hominibus, sicut congruit ad congruam et pacificam conversationem, et necessariam sustentationem; in statu autem innocentiae communis usus sine distinctione dominiorum ad utrumque istorum plus valuit, quam distinctio dominiorum, quia nullus tunc occupasset quot fuisset alii necessarium, nec oportuisset illud ab ipso per violentiam extorqueri, sed quilibet hoc quod primo occurrisset necessarium, occupasset ad necessarium usum..." J. D. Scotus, *Opera omnia*, XVIII (Paris, 1894), str. 256-257, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 21).



dopuštena uporaba stvari, ali ne i bilo koji oblik vlasništva nad njima. Ali učenje je franjevacima imalo radikalnu konzekvencu: ako je moguće da neki ljudi žive prirodnim životom koji pretpostavlja siromaštvo, tad svi ljudi trebaju tako živjeti.

Papa Ivan XXII. se ogradio od radikalizma franjevaca u svojoj buli *Quia vir reprobus* (1329).<sup>17</sup> U njoj se odbija njihovo učenje i tvrdi se da je *dominium* koji čovjek ima nad svojim posjedom istovjetan *dominiumu* koji Bog ima nad svijetom. Adam je prije stvaranja Eve imao *dominium* nad stvarima vanjskog svijeta, iako nije bilo nikoga s kime bi razmjenjivao dobra. Tijekom ljudske povijesti Adamov je *dominium* pretrpio velike razdiobe, ali vlasništvo je prirodno čovjeku, podržava ga božanski zakon i ne može biti ukinuto. Odnosi ljudi prema predmetima vanjskog svijeta jesu vlasnički odnosi i izolirani pojedinac koji koristi plodove prirode, vrši vlasnička prava.

Zasnivajući svoju obranu univerzalnog i vječnog vlasništva na tvrdnji o naravi odnosa između Boga i čovjeka, papa Ivan je uveo temu koja će zaokupljati pisce do kraja četrnaestog stoljeća.<sup>18</sup> Tom se temom bavio Richard Fitzralph iz Armagha u svom djelu *De Pauperie Salvatoris* (oko 1350.), koje sadrži sažetu argumentaciju protiv franjevaca. Fitzralph koncedira da sva *iura* nisu *dominia*, jer iz te kategorije isključuje *ius utendi*. Zastupnici vlasnika imaju *ius utendi* kada postupaju za njegov račun, primjerice konjušar ima pravo koristiti konja kada ga stavlja u staju, bez da ima *dominium* na njemu. Međutim, prirodni čovjek nema *ius utendi* kada koristi plodove prirode, mada postoji njihov vlasnik. Fitzralph to objašnjava na osnovi svog teologijskog učenja: "Božanski *dominium* jest puni *ius* posjedovanja svijeta i putem posjedovanja samog *ius* njegove potpune i slobodne uporabe zajedno sa svime što je u njemu sadržano; tako da je *ius genus* od *dominium*, a sve ostalo je specifična razlika na osnovi koje se božanski *dominium* razlikuje od svakog *dominiuma* njegovih stvorova".<sup>19</sup> Fitzralph postavlja čovjeka na istu ravan s Bogom kad se radi o vlasništvu nad svijetom, jer je božanski *dominium* isti kao i ljudski *dominium*, Bog je dopustio ljudima da imaju udjela u njegovu *dominiumu*. Ali ipak on čovjeku odriče božanski status, jer Bog na osnovi svoje milosti dopušta čovjeku udio u svom *dominiumu* i samo čovjek koji uživa Božju milost, može imati *dominium*. Dvije su konzekvence tog vjerovanja: jedna je da samo ljudi koji su u Božjoj milosti uživaju *dominium*; a druga je, katastrofalna, da otpadnik od crkve koji više nije u Božjoj milosti, gubi i svoj *dominium*.

### 1.3. Gersonova teorija prirodnih prava

Napad na to posljednje Fitzralphovo stajalište, još uvijek unutar općeg okvira argumentacije protiv franjevaca, označava prijelaz na prvu teoriju prirodnih prava.<sup>20</sup> Teoriju je izložio francuski nominalist i posrednik Jean Gerson (1363.-1429.) u svom djelu *De Vita Spiritualis Animae* (pisanom 1402.). U njemu je sadržana sljedeća analiza pojma *ius*: "*Ius* jest *facultas* ili najbliža moć, pripadna nekome u skladu s diktatima ispravnog razuma...Kažemo '*facultas* ili moć', jer se mnoge stvari koje pripadaju po ispravnom razumu ne računaju kao *iura* onih koji ih imaju, kao što su kazne za proklete ili kažnjavanje za žive. Niti kažemo da bilo tko ima *ius* da naškodi sebi, iako to nije

<sup>17</sup> Vidi Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 22.

<sup>18</sup> Vidi *ibid.* str. 24.

<sup>19</sup> "Divinium dominium est ius plenum possidendi mundum, et mediante possessione sola plene ac libere utendi, cum omnibus contentis in ipso; ita ut ius sit genus domini, et totum residuum tamquam differentia specifica per quam divinum dominium ab omnibus creaturarum dominiis est distinctum." (Navedeno prema *ibid.*)

<sup>20</sup> Vidi *ibid.* str. 25.

toliko daleko od onog što se kaže u Svetom pismu da su *iura* ono što mudro naređuje božanska providnost, kao što se u I Knjizi o kraljevima kaže da je to *ius regis* itd. I kažemo da demoni imaju *ius* da kazne proklete. Definicija uključuje 'najbliža' jer mnoge stvari dopuštaju nekome činiti nešto u skladu s ispravnim razumom...kao što netko tko je sada u smrtnom grijehu ima *facultas* ili moć zaslužiti vječni život; ali nema takvu najbližu *facultas*, ili kako redovito kažemo ne u skladu sa stvarnom pravednosti...Htjeli bismo reći da svako postojeće biće ima od tako općenito definirana *ius* u istoj onoj mjeri u kojoj ima postojanja i time dobra. U tom smislu nebo ima *ius* kišiti, sunce sjati, vatra grijati, lastavica graditi svoje gnijezdo i svaki stvor činiti ono što po svojoj prirodnoj sposobnosti dobro čini. Razlog je tome očit: sve te stvari pripadaju tim bićima na osnovi diktata božanskog ispravnog razuma, drugačije nitko od njih ne bi preživio. Tako čovjek, čak mada griješnik, ima *ius* na mnoge stvari, slično drugim stvorenjima ostavljenim svojoj prirodi...Analizu *ius* modificirali su teoretičari politike, koji rabe taj izraz jedino za ono što je prikladno racionalnim stvorenjima koji koriste svoj razum".<sup>21</sup> Ovdje se po prvi put *ius* opisuje kao *facultas* (sposobnost). Prije toga je pojam imao značenje koje nije bilo moralno: fizičke pojave i nerazumna bića imali su sposobnosti. Mada je pojam zadržao to značenje, Gerson izvodi zaključak da sva bića imaju nekakva prava.

Gerson je opisujući *ius* kao *facultas* izjednačio *ius* i *libertas* (sloboda) i postavio razlikovanje između *ius* i *lex* (zakon), koje je kasnije Thomas Hobbes smatrao svojim otkrićem: "*Ius* je *facultas* ili moć prikladna nekome u skladu s naredbama ispravnog razuma. *Libertas* je *facultas* razuma i volje s obzirom na dvije oprečne mogućnosti...*Lex* je ispravan praktički razum u skladu s kojim se kretanja i djelovanje stvari upravlja prema svojim ciljevima."<sup>22</sup>

Primjenjujući svoju analizu pojma *ius* na prirodni *dominium* Gerson je također izjednačio slobodu i *dominium*: "Postoji prirodni *dominium* kao dar Boga, na onovi kojeg svaki stvor ima *ius* izravno od Boga uzeti inferiorne stvari za svoju vlastitu uporabu i održanje, svakom ono pripada jednako i neopozivo je podržano izvornom pravednošću i prirodnim poštenjem. Na taj je način Adam imao *dominium* nad pticama nebeskim i ribama morskim...S tim se *dominium*om može također izjednačiti *dominium*

<sup>21</sup> "Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis...Ponitur 'facultas seu potestas', quoniam multa conveniunt secundam dictamen rectae rationis aliquibus quae non dicuntur jura eorum, ut poena damnatorum, et punitiones viatorum; non enim dicimus aliquem jus habere ad ejus noncumentum. Tamen non est penitus alienum a Scriptura Sacra quod ea dicantur jura quae divina providentia sapienter ordinat, sicut I Reg. dicitur quod hoc erit jus regis, etc. Et daemones dicimus habere jus ad punitionem damnatorum. Ponitur 'propinqua' quoniam multa possunt alicui comepere secundum dictamen rectae rationis...ut existens actualiter in peccato mortali habet potestatem seu facultatem merendi vitam aeternam, non tamen propinquam vel, ut dici solet, non secundam praesentem justitiam...Dicamus ergo quod omne ens positivum quantum habet de entitate et ex consequenti de bonitate, tantumdem habet de jure sic generaliter definito. In hunc modum coelum jus habet ad influendum, sol ad illuminandum, ignis ad calefaciendum, hirundo ad nidificandum, immo et quaelibet creatura in omni eo quod bene agere naturali potest facultate. Cujus ratio perspicua est, quoniam omnia talia conveniunt eis secundum dictamen rectae rationis divinae, alioquin nunquam persisterent. Sic homo etiam peccator jus habet ad multa sicut et aliae creaturae naturis suis derelictae...Contractor tamen est ejus acceptio apud polizantes, ut jus dicatur solum de illis quae competunt creaturis rationalibus ut utuntur ratione." J. Gerson, Oeuvres Completes, III, izd. P. Glorieux (Paris, 1962), str. 141-142, (navedeno prema Tuck, Natural Rights Theories, str. 26).

<sup>22</sup> "Jus est facultas seu potestas competens alicui secundum dictamen rectae rationis. Libertas est facultas rationis, et voluntatis ad utrumlibet oppositorum...Lex est recta ratio practica secundum quam motus et operationes rerum in suos fines ordinatae regulantur." J. Gerson, Oeuvres Completes, IX, (Paris, P. Glorieux, 1973), str. 134, (navedeno prema Tuck, Natural Rights Theories, str. 27).

slobode koja je neograničena *facultas* data od Boga...".<sup>23</sup> Taj je naturalistički opis omogućio Gersonu da vrlo lako pobije Fitzralphovo stajalište: kad Bog uskrati grešniku milost, nije mu oduzeo prirodnu sposobnost činjenja pa time ni njegova prava.

Gersonovi sljedbenici dogradili su njegovu teoriju. Conrad Summenhart je u *Septipertitum opus de contractibus* (1515.) izveo konzekvencu za pojam *iura ad rem*, koja su bila zanemarena u raspravama o siromaštvu apostola: "podređeni može imati *ius* protiv nadređenog, jer je nadređeni obavezan prema podređenom na mnoge načine. Sin ima *ius* protiv svog oca...i žena ima *ius* protiv svog muža. Ali ne kažemo u strogom smislu da podređeni ima *dominium* nad svojim nadređenim, ni sin nad svojim roditeljima, ni žena nad svojim mužem. Ali ne prihvaćam da netko treba imati takav uži pojam *dominium*. On se može shvatiti u širem smislu i smatrati ekvivalentnim s *ius* na sljedeći način. Tko god ima *ius* na nešto može se kazati da na tome ima *dominium* i stoga je *ius* isto što i *dominium*...Jer ako se nešto ukrade ili se nekome otuđi protiv njegove volje, tad je počinjena krađa - a dio je definicije krađe da je predmet bio otuđen protiv volje *dominusa*...".<sup>24</sup>

Jaques Almain je u *Aurea opuscula omnibus theologis perquam utilia* (1525.) izveo konzekvencu za pojam prirodni *dominium*: "*Dominium* kao takav nije ništa drugo do *ius* uporabe nečega u skladu s ispravnim razumom. A *ius* (kao što Gerson kaže) nije ništa drugo do moć ili najbliža *facultas* koju svatko ima kao rezultat pravila ispravnog razuma...Prirodni *dominium* je tako moć ili najbliža *facultas* uporabe stvari koju netko ima u pogledu uporabe vanjskih stvari slijedeći naredbe prirodnog zakona po kojem se svatko može brinuti za svoje tijelo i održati se".<sup>25</sup>

Tuck naglašava da je gersonovska teorija prirodnih prava bila utemeljena na teologiji za koju je bitno vjerovanje da je čovjekov odnos prema svijetu konceptualno isti kao i odnos Boga.<sup>26</sup> Čovjek bi mogao kad bi rabio sve svoje intelektualne i duhovne sposobnosti, te uz sakramentalnu milost, postati ista vrsta bića kao i Bog, a jedinstvo je čovjeka i Boga izraz tog generičkog jedinstva. Za Gersona postoji distanca između čovjeka i Boga, ali ona nije kategorijalne naravi između dvije različite vrste bića. Ta je teologija vodila Gersona da preuzme u modificiranom obliku Fitzralphovo vjerovanje o sličnosti čovjeka i Boga s obzirom na *dominium*. Također, ta ga je teologija vodila da

<sup>23</sup> "Erit igitur naturale dominium donum Dei quo creatura jus habet immediate a Deo assumere res alias inferiores in sui usum et conservationem, pluribus competens ex aequo et inabdicabile servata originali iustitia seu integritate naturali. Hoc modo habuit Adam dominium super volucres coeli et pisces maris...Ad hoc dominium spectare potest dominium libertatis, quae est facultas quaedam libere resultans ex dono Dei...". Gerson, *Oeuvres Complètes*, III, str. 145. (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*).

<sup>24</sup> "Nam inferior habet ius in superiorem, quia superior tenetur inferiori in multis. Et filius habet ius in patrem...Ex uxor habet ius in virum, Et tamen proprie non concederemus inferiorem habere dominium in superiores, aut filium in parentes, aut uxorem in viroem. Sed ista stricte hic non accipemus. Et autem possit ita large accipi ut convertitur cum iure; probo, quia quisunque habet ius in aliqua re; potuit dici dominus illius rei; igitur illud ius proterit dici dominium...Si ei surripitur vel subtraheretur res illa eo invito surripens diceretur furtum comunis; & si sic; quomodo surripens contractavit rem alienam invito domino; tenet consequentia per definitionem furti...". C. Summenhart, *Septipertitum opus de contractibus* (Hagenau, 1515), (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 28).

<sup>25</sup> "Dominium in toto genere, nihil aliud est, quam ius utendi aliqua re secundum rectam rationem. & ius (ut dicit Gerson) nihil aliud est, quam potestas, vel facultas propinqua competens alicui secundum dictamen rectae rationis...Dominium naturale nihil aliud est, quam potestas seu facultas propinqua utendi rebus, alicui competens, circa usum aliquarum rerum, secundum regulas legis naturalis. His supponitur, quod de lege naturali, quilibet quantum sibi possibile est, tenetur corpus suum, & se conservare in esse." J. Almain, *Aurea opuscula omnibus theologis perquam utilia* (Paris, 1525), str. 28. (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 29).

<sup>26</sup> Vidi ibid. str. 30.

smatra odnos između čovjeka i Boga recipročnim odnosom među jednakima. Gerson je smatrao da postoji prirodni sporazum između čovjeka i Boga iz kojeg proizlaze prava na obje strane. Čovjek je dobio pravo na svoj *dominium* ne na osnovi građanskog, već na osnovi božanskog zakona. U tome je čovjek također jednak Bogu. Stoga je za Gersona sloboda bila značajna vrijednost i on je uzdizao slobodnu volju obojice, čovjeka i Boga. Postojala je nužna kompatibilnost između slobodne volje Boga, koja nije ničim ograničena, i slične slobodne volje čovjeka.

#### 1.4. Napuštanje gersonovske teorije

Iz prikaza rasprave između franjevac i njihovih protivnika može se uočiti kako je napad na siromaštvo apostola vodio prema prvoj teoriji prirodnih prava. Ako netko ima vlasništvo nad nečim što koristi makar za osobnu uporabu i bez mogućnosti otuđenja, tad bilo kakva intervencija u vanjskom svijetu predstavlja vršenje vlasničkog prava. Čak se njegova sloboda, koju on nesumnjivo koristi za činjenje u vanjskom svijetu, računa kao njegovo vlasništvo, uz konzekvencu da je može pod određenim pravnim uvjetima otuđiti kao i svako drugo vlasništvo. *Dominium* se ne pojavljuje kad nastaju zakoni koji dopuštaju prisvajanje i razmjenu, već on postoji od trenutka stvaranja svijeta. Za gersonovsku je teoriju bitna narav odnosa između Boga i svijeta: Bog je imao vlasništvo nad svijetom, iako nije postojalo neko biće s kojim bi mogao razmjenjivati dobra, a čovjek je u tome bio sličan svom stvoritelju.

Tijekom petnaestog pa sve do drugog desetljeća šesnaestog stoljeća gersonovska teorija suvereno je vladala. Gersonovsku koncepciju prava prihvatio je i Mazzolini, koji je bio dominikanac i stoga naklonjen tomističkom pogledu na svijet. Jedva da postoji svjedočanstvo o ozbiljnijem suprotstavljanju teoriji u petnaestom stoljeću pa može izgledati da je već tada bilo ostvareno gotovo sve ono što karakterizira teorije prirodnih prava sedamnaestog stoljeća. Ali to je varka, jer su tijekom šesnaestog stoljeća srušeni temelji teorije i trebalo ih je ponovno podići. Ukratko, kad su protestanti napali Gersonov projekt izjednačavanja čovjeka i Boga, teorija je bila izgubila dosta od svoje uvjerljivosti. Također, ona je bila simultano slabljena od strane pravnika humanista i dominikanskih teologa. Prvi su vjerovali da su moralni odnosi svojstveni civilizaciji, a ne čovjekovu prirodnu životu, te da ne postoji nikakav prirodni *dominium*, već da su sva prava društvene naravi. U skladu s tim oni su usmjerili svoju pažnju na pravne lijekove, a ne na prava. Drugi su, pak, ponovno oživjeli čistiji tomizam i veći su naglasak stavljali na blagostanje nego na slobodu, te su jedva govorili o prirodnim pravima. Tako se u razdoblju renesanse europska misao okrenula od prava prema humanističkom ili tomističkom (dominikanskom) objektivizmu.<sup>27</sup>

## 2. Hobbesova teorija

Teorija prirodnih prava ponovno se javlja krajem šesnaestog i ima prevlast u sedamnaestom stoljeću. Jedan je od njenih glavnih zastupnika bio Thomas Hobbes (1588.-1679.). Hobbesa se smatra prvim velikim engleskim filozofom, a njegovo djelo *Leviathan* (1651.) prvim velikim filozofijskim djelom napisanim na engleskom jeziku.<sup>28</sup> Hobbesa se također smatra značajnim filozofom za razvoj svekolike kasnije filozofije,

<sup>27</sup> O razdoblju renesanse vidi *ibid.*, gl. 2.

<sup>28</sup> Pored *Leviathana*, Hobbesova su djela iz moralne i političke filozofije *The Elements of Law, Natural and Politic* (1640) i *De Cive* (1642).

iako njegov utjecaj na kasnije filozofe nije bio jednakog intenziteta tijekom tri stotine godina od njegove smrti pa do danas.<sup>29</sup>

### 2.1. Značaj Grotiusa

Tuck u svojoj knjizi o Hobbesu tumači njegovu moralnu i političku filozofiju kao preoblikovani moderni humanizam zasnovan na idejama njegove filozofije znanosti.<sup>30</sup> Moderni su humanisti, kao Michel de Montaigne (1533.-92.) i Justus Lipsius (1547.-1606.), isticali krajnju raznolikost ljudskih vjerovanja i običaja i odustali su od otkrivanja zajedničkog nazivnika morala. Oni su bili mišljenja da sve što se pozitivno može kazati o ljudskim bićima, jest da su ona poglavito zaokupljena vlastitim *samoodržanjem* u svijetu opasnosti, koji je dvostruko opasan zbog prisutnosti konkurentnih ideologija. Međutim, oni nisu shvaćali taj nagon za samoodržanjem kao sam po sebi moralan.

Prvi je holandski pravnik Hugo Grotius (1583.-1645.) u svom djelu *De iure belli ac pacis* (1625.) proglasio samoodržanje osnovnim *prirodnim pravom*: ono je osnovno prirodno pravo na kojem su imali biti konstruirani svi poznati morali i kodeksi društvenog ponašanja. A ono je u ravnoteži s osnovnim *prirodnim zakonom* na uzdržavanje od nanošenja štete drugim ljudima, osim kad je u pitanju naše vlastito samoodržanje. Grotiusova je ideja bila da mora postojati jedan ekvilibrij dopuštenog nasilja da bi se jedno društvo održalo. Ako je dopušteno premalo nasilja - ako ljudima nije dopušteno da se brane kad su napadnuti - tad će nekoliko agresivnih pojedinaca uništiti ostale, a ako je dopušteno previše nasilja - ako je dopušteno da ljudi napadaju jedni druge zbog bilo kojeg razloga koji im se čini prikladnim - tad će to onemogućiti život u zajednici. Tako bez obzira koji zakoni i običaji bili vladajući u zajednici, oni dijelom imaju biti takvi da štite ekvilibrij nasilja. Onkraj te zajedničke jezgre društva se mogu uveliko razlikovati po svojim zakonima, a ono što je prihvaćeno kao zakon u jednom društvu, bit će imuno od moralne kritike koja je izvanjska tom društvu.

Prema Tucku, pored Grotiusove prerade skeptičkog jezika humanista o samoodržanju u jezik prirodnih prava, tj. u izvorno moralni jezik, još su dva obilježja njegova djela bila naročito značajna za Hobbesovu teoriju.<sup>31</sup> Jedno je da je Grotius izveo tu preradu bez spominjanja Boga: ustvari, on je na poznatom mjestu kazao da bi

<sup>29</sup> Za razna tumačenja Hobbesove moralne i političke filozofije vidi naprimjer, K. C. Brown (ed.), *Hobbes Studies* (Oxford, Basil Blackwell, 1965); David Gauthier, *The Logic of Leviathan. The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes* (Oxford, Clarendon Press, 1969); Jean Hampton, *Hobbes and the Social Contract Tradition* (Cambridge, Cambridge University Press, 1986); C. B. Macpherson, *Hobbes's Bourgeois Man*, u *Democratic Theory, Essays in Retrieval* (Oxford, Oxford University Press, 1973), gl. 14; *The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke* (Oxford, Oxford University Press, 1962), gl. 2, (prijevod, Politička teorija posjedničkog individualizma, s predgovorom Slavena Ravlića, prevela Anita Kontrec (Zagreb, CDD, 1981), gl. II); Introduction, u *Thomas Hobbes, Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil* (Harmondsworth, Penguin Books Ltd, 1968), str. 9-63; *Hobbes's Political Economy*, u *The Rise and Fall of Economic Justice and Other Essays. The role of state, class and property in twentieth-century democracy* (Oxford, New York, Toronto, Oxford University Press, 1987), gl. 11; Leo Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and Its Genesis* (Oxford, At the Clarendon Press, 1936); *Natural Rights and History*, 7th impression (Chicago and London, The University of Chicago Press, 1971), str. 166-202, (prijevod, *Prirodno pravo i istorija* (Sarajevo, Veselin Masleša, 1971), str. 145-175); Richard Tuck, *Hobbes*, (Oxford, New York, Oxford University Press, 1989), naročito str. 51-76; *Natural Rights Theories*, gl. 6; Howard Warrander, *Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation* (Oxford, At the Clarendon Press, 1957).

<sup>30</sup> Vidi Tuck, *Hobbes*, naročito str. 11.

<sup>31</sup> Vidi *ibid.* str. 21 f, 51 f.

njegova teza bila valjana "čak ako trebamo koncedirati, što se ne može koncedirati bez velike teškoće, da nema Boga, ili da on ne vodi brigu o ljudskim poslovima".<sup>32</sup> Drugo je da je Grotiusov minimalni sadržaj prava i dužnosti osnova "prirodnog stanja" (mada on nije često rabio taj izraz), tj. stanja u kojem se sva ljudska bića nalaze kao ljudska bića i na koje su presađeni različiti pripadci razvijenog civiliziranog življenja, uključujući benevolentnost. Tako bez obzira koja prava i dužnosti države zahtijevale, ona moraju proizlaziti iz prava i dužnosti prirodnog stanja, ili biti s njima kompatibilna. U tom je smislu Grotius potpuni individualist, jer smatra da niti jedna politička zajednica ne može imati bilo kakvo moralno ovlaštenje nad svojim pripadnicima, osim onog koje su joj oni na neki način dali.

Međutim, Grotius je rabeći tu minimalističku teoriju prirodnih prava izveo neliberalne zaključke. Budući da svi imamo osnovno pravo na samoodržanje, tad je ono što je nužno za naše samoodržanje (isključujući ugrožavanje samoodržanja drugih ljudi), *ipso facto* legitimno. Grotius spominje dva takva slučaja: dobrovoljno ropstvo u koje se netko tko gladuje ili mu je ugrožen život, prodaje gospodaru za svoj život i hranu; i apsolutnu monarhiju gdje se čitav narod odriče svojih građanskih prava da bi se ostvario društveni mir ili napredak.<sup>33</sup> Grotiusova se teorija svojim zaključcima o dobrovoljnom ropstvu i apsolutnoj monarhiji dobro uklapala u praksu svog vremena, jer su moderni apsolutistički vladari upravo posljednje uzimali kao opravdanje svoje despotske moći, dok su mnogi Europljani vjerovali da prvo opisuje način na koji su prodavaoci robova iz zapadne Afrike stekli svoje zatočnike.

Ipak, Grotiusova je teorija sadržala i liberalne elemente. Za liberalni je aspekt njegove teorije značajno načelo blagonaklonosti tumačenja, koje traži da u tumačenju ugovora koje su razumne osobe zaključile u prošlosti, pretpostavimo da, mada su se one mogle odreći, svih svojih prava, one ih se, ustvari, nisu odrekle.<sup>34</sup> Primjenjujući načelo

<sup>32</sup> "Et haec quidem quae jam diximus, locum haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana." Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis* (Paris, 1625), Prolegomena, 11, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 76).

Prema Grotiusu, to je zato jer je prirodni zakon logički nužan, "Iako je beskonačna Božja moć, možemo reći da postoje neke stvari na koje se ona ne prostire, jer se one ne mogu izraziti iskazima koji imaju ikakav smisao, već bjelodano povlače proturječnost. Na primjer tad, kao što sam Bog ne može učiniti da dvaput dva ne bude četiri, tako ne može ni da ono što je intrinzično zlo ne bude zlo". ("Quanquam enim immensa est Dei potentia, dici tamen quaedam possunt ad quae se illa non extendit, quia ita dicuntur, dicuntur tantum, sensum autem qui rem exprimat nullum habent; sed sibi ipsis repugnant, Sicut ergo ut bis duo non sint quatuor ne a Deo quidem potest effici, ita ne hoc quidem, ut quod intrinseca ratione malum est malum non sit." Grotius, *De iure belli ac pacis*, str. 7, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 76).

<sup>33</sup> "Dopušteno je bilo kojem čovjeku da se preda u ropstvo kome god želi, kao što objavljuju i hebrejski i rimski zakoni, stoga zašto ne bi bilo dopušteno narodu da na svoju vlastitu raspoložbu preda sebe bilo kojoj jednoj ili više osoba i na nju ili njih prenese pravo vladanja nad sobom bez zadržavanja hila kojeg dijela tog prava za sebe?...Narod može izabrati oblik vladavine koji god želi, niti se pravo koje suveren ima nad svojim podanicima ima mjeriti prednostima ovog ili onog oblika, o kojem različiti ljudi imaju različita mišljenja, već voljom koja mu je pravom prenesena." ("Licet homini cuique se in privatum servitutum cui velit addicere, ut & ex lege Hebraea & Romana apparet, quidni ergo populo sui iuris liceat se uni cuiquam, aut pluribus ita addicere, ut regendi sui ius in eum plane transcribat nulla ejus iuris parte retenta?...populus eligere potest qualem vult gubernationis formam, neque ex praestantia huius aut illius formae, qua de re diversa diversorum sunt iudicia, sed ex voluntate ius metiendum est." Grotius, *De iure belli ac pacis*, str. 67-68, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 78)).

<sup>34</sup> Fraza "blagonaklonost tumačenja" ("interpretative charity") nije Grotiusova, već je koristi Tuck (vidi *ibid.*, str. 80) preuzimajući je od W. V. O. Quinea koji je upotrebljava u jednom sasvim drugom kontekstu (vidi W. V. O. Quine, *Word and Object* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1960), str. 59). Vidi također Jeremy Waldron, *Natural rights in the seventeenth and eighteenth centuries*, u Jeremy Waldron (ed.), 'Nonsense upon Stilts', Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man (London and New York, Methuen, 1987), str. 11.

blagonaklonosti tumačenja Grotius je izveo dva vrlo značajna liberalna zaključka: jedan je o postojanju prava na otpor;<sup>35</sup> a drugi je o zajedničkom vlasništvu.<sup>36</sup>

Tako je Grotius ostavio nešto liberalnog prostora u svojoj teoriji, koja je, strogo uzevši, imala za konzekvencu apsolutizam. Stoga se Grotiusa može smatrati oboje, prvim konzervativnim i prvim radikalnim teoretikom prirodnih prava.<sup>37</sup> Njegova je teorija izvršila utjecaj kako na konzervativne autore sedamnaestog stoljeća na čelu sa John Seldenom (1584.-1654.),<sup>38</sup> koji su joj oprostili apsolutizam i ropstvo, tako i na radikalne autore,<sup>39</sup> koji su preuzeli načelo blagonaklonosti tumačenja.

## 2.2. Hobbesov etički relativizam i naturalističko objašnjenje moralnih izraza

Grotiusova je teorija bila najsvremenija moralna teorija u doba Hobbesove mladosti pa nije čudno da je odjek Grotiusa stalno nazočan u Hobbesovim djelima, mada se njegovo ime nikad ne spominje. Prihvaćajući kao ispravnu Grotiusovu relativističku ideju, Hobbes je vjerovao da je može objasniti vlastitom filozofijom znanosti. Ali pokazujući da nešto nalik Grotiusovoj teoriji slijedi iz osnovnih načela njegove filozofije znanosti, Hobbes je uveo u nju jednu novu sumnju, a njegov odgovor na nju udaljio ga je od političkih zaključaka Grotiusa.

Hobbes je u *The Elements of Law* izrazio relativističku ideju sljedećim riječima: "Svaki čovjek, što se njega tiče, zove ono što mu prija i pruža užitek Dobrim, a ono Zlim što mu ne prija: tako sve dok se svaki čovjek razlikuje od drugog po ustrojstvu, oni se razlikuju također jedan od drugog s obzirom na ovo uobičajeno razlikovanje dobra i zla. Također ne postoji ništa takvo kao αγαθον αλωζ, drugim riječima, samo dobro. Jer čak dobrota koju pridjevamo Svemogućem Bogu jest njegova dobrota prema nama. I kako stvari koje nam prijaju i ne prijaju zovemo dobrim i zlim; tako zovimo svojstva moć čime se čine dobrotom i nevaljalosti".<sup>40</sup>

<sup>35</sup> "Ovaj zakon koji sad prosuđujemo izgleda da ovisi o volji onih koji su prvi ušli u građansko društvo, od kojih se izvorno izvodi pravo suveren. Ako bi bili upitani jesu li namjeravali nametnuti svim građanima obvezu da prije umru negoli da uzmu oružje da bi se obranili od veće moći i to u svakom slučaju, ne znam bi li odgovorili da su htjeli, osim sa dodatkom da nije dopušteno oduprijeti se ako bi otpor neizbježno izazvao veliki nemir u državi, ili izazvao uništenje mnogih nevinih. Ne sumnjam da ono što blagonaklonost preporuča u jednom takvom slučaju može biti uvedeno ljudskim zakonom". ("Haec autem lex de qua agimus pendere videtur a voluntate eorum, qui se primum in societatem civilem consociant, a quibus ius porro ad imperantes manat. Hi vero si interrogarentur an velint omnibus hoc onus imponere, ut mori praecoptent, quam ullo casu vim superiorum armis arcere, nescio an velle se sint responsuri, nisi forte cum hoc additamento, si resisti nequeat, nisi cum maxima reipublicae perturbatione, aut exitio plurimorum innocentium. Quod enim tali circumstantia caritas commendaret, id in legem quoque humanam deduci posse non dubito." Grotius, *De iure belli ac pacis*, str. 105, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 79-80)).

<sup>36</sup> "Razmotrimo namjeru ljudi koji su prvi uveli pojedinačna vlasništva, za koju treba vjerovati da je bila takva da se što je moguće manje odstupi od prirodne jednakosti. Jer ako se čak pisani zakoni trebaju tako objasniti koliko je to god moguće, mnogo više to vrijedi za običaje koji nisu vezani okovima pisma. Iz tog slijedi, prvo, da u slučaju apsolutne nužnosti prvotno pravo uporabe stvari, kao da su ostale zajedničke, ponovno oživljava". ("Spectandum enim est quae mens eorum fuerit qui primi dominia singularia introduxerunt, quae credenda est talis fuisse, ut quam minimum ab aequitate naturali recesserit. Nam si scriptae etiam leges in eum censum trahendae sunt quatenus fieri potest, multo magis mores, qui scriptorum vinculis non tenentur. Hinc primo sequitur in gravissima necessitate reviviscere ius illud pristinum rebus utendi tanquam si communes mansissent." Grotius, *De iure belli ac pacis*, str. 144, (navedeno prema Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 80)).

<sup>37</sup> Vidi Tuck, *Natural Rights Theories*, str. 71.

<sup>38</sup> O Seldenovoj teoriji i njegovim sljedbenicima vidi *ibid.* glave 4 i 5.

<sup>39</sup> O radikalnim autorima vidi *ibid.* gl. 7.

<sup>40</sup> Navedeno prema Tuck, Hobbes, str. 52-53.

Hobbesovo je objašnjenje moralnih izraza naturalističko.<sup>41</sup> On postupa s moralnim izrazima na identičan način na koji postupa s izrazima za boje: mada nas obični jezik i zdrav razum može zavesti da mislimo da postoji nešto što je objektivno dobro, na isti način na koji možemo misliti da postoji nešto što je objektivno crveno, u stvari takve su ideje iluzije i fantazije, svojstva onog što se nalazi unutar naših glava. Prema Hobbesovoj filozofiji znanosti predodžba boje jest čuvstvo uzrokovano nečim u vanjskom svijetu što samo nije boja, već impuls svjetla koji vrši pritisak na naše oči. Slično, moralno se odobravanje ili neodobravanje ima shvatiti kao čuvstvo prouzrokovano utjecajem nečeg što je vanjsko sustavu strasti i želja koje čine ljudsku emotivnu psihologiju. Da postoji jedan takav sustav, Hobbes je smatrao izvjesnim na osnovi direktnog introspektivnog opažanja, a jednako je smatrao izvjesnim da taj sustav mora funkcionirati u skladu s općim metafizičkim načelom koje je on ustanovio za svo znanstveno objašnjenje, tj. on mora imati oblik takozvanog balističkog sustava, u kojem tijela u pokretu međusobno djeluju na različite načine. Hobbes je mislio da postoji jedan mehanički sustav u ljudskom tijelu kojim se osjetilna opažanja prenose u mozak, gdje uzrokuju pritisak i protupritisak u "duhovima" ("spirits") koji povezuju mozak i srce, a konzekventni pritisci i protupritisci u srcu zahvaćaju cirkulaciju krvi. Različite su psihološke promjene u tom procesu opisive u kategorijama jezika opažanja i čuvstava: tako promjene u mozgu jesu opažanja, a promjene u ponašanju krvi jesu strasti. Objekti vrste promjena pogrešno navode ljude da pridjevaju relevantna svojstva vanjskim predmetima: tako, na primjer, pauk može izgledati crn, zastrašujući i zao, mada niti jedan od tih izraza stvarno ne referira na bilo što. Budući da su moralni sudovi stvar čuvstava kao i opažanja, za Hobbesa je bilo razložno tvrditi na osnovi vlastite teorije da opis nečega kao dobrog mora biti ugrubo isti kao opis toga kao ugodnog (pleasurable), jer je čuvstvo moralnog odobravanja na jedan način čuvstvo ugone koju uzrokuje radnja o kojoj se radi. (Hobbes nije smatrao da razlikovanje između ta dva čuvstva potrebuje objašnjenje.) Postavivši identitet između dobra i ugone Hobbes je izrazio i objasnio moralni relativizam: ne postoje objektivna moralna svojstva, a ono što nam se čini dobrim, ono je što je ugodno za nekog pojedinca ili je dobro za njega. Stoga je implicitni realizam svakodnevnog moralnog jezika ozbiljna pogreška. Tuck smatra da je Hobbes uzimao tu pogrešku glavnom smetnjom za miran život, prije nego da je, kako se obično pretpostavlja, gledao na sukob golih sebičnih interesa kao na temeljni problem ljudske egzistencije u zajednici.

### 2.3. *Prirodno stanje kao stanje rata, prirodno pravo na samoodržanje, prirodni zakon da se teži miru i ustanovljenje države*

Pored te relativističke ideje kod Hobbesa je prisutna i prešutna pretpostavka da ljudi ne mogu voditi pristojan život u zajednici ako nisu u stanju rabiti zajednički moralni jezik za opisivanje svojih radnji.<sup>42</sup> Kako se tad ima riješiti moralno neslaganje? Hobbes nije mogao prihvatiti tradicionalno moralističko rješenje problema neslaganja, koje se zasnivalo na vjerovanju da će svatko prije ili kasnije na jasan i racionalan način uvidjeti moralne činjenice, već je predložio rješenje problema neslaganja u kategorijama politike. Prema Tucku, osnovnu viziju čitave Hobbesove moralne i političke filozofije izražava sljedeće mjesto u *The Elements of Law*: "U prirodnom stanju, u kojem je svaki

<sup>41</sup> Vidi ibid. str. 53-55. Za Hobbesov etički naturalizam vidi također Jonathan Kemp, *Ethical Naturalism, Hobbes and Hume* (London, Macmillan, 1970), gl. II.

<sup>42</sup> Vidi Tuck, Hobbes, str. 55 f.



čovjek svoj vlastiti sudac i razlikuje se od drugog s obzirom na imena i nazive stvari, a iz tih razlika nastaju svađe, i kršenje mira; nužno je da treba postojati zajednička mjera svih stvari oko kojih može nastati spor; kao na primjer: o tome što se ima zvati ispravnim, a što dobrim, što vrlinom, što velikim, što malim, što *meum* i *tuum*, što *fiuntom*, što četvrtinom itd. Jer u tim se stvarima privatni sudovi mogu razlikovati i prouzrokovati spor. Neki kažu da je ta zajednička mjera ispravan razum: trebao bih se složiti s njima, ako postoje neke stvari koje se mogu otkriti ili spoznati *in rerum natura*. Ali obično oni koji se pozivaju na ispravan razum da bi presudili bilo koji spor misle na svoj vlastiti. Jedino ovo je izvjesno, kad već ne postoji ispravan razum, njegovo mjesto mora zauzeti razum nekog čovjeka, ili ljudi; a taj čovjek, ili ljudi, jest onaj ili jesu oni koji imaju suverenu moć...; i dakle, za sve su podanike građanski zakoni mjere njihovih radnji, čime se određuje jesu li one ispravne ili loše, profitabilne ili neprofitabilne, kreposne ili loše; i njima treba biti ustanovljena uporaba i definicija svih imena za koja nije postignut sporazum i koja izazivaju spor. Kao na primjer, prigodom nekog neobičnog i deformiranog poroda neće odlučivati Aristotel ili filozofi hoće li isti biti čovjek ili ne, već zakoni".<sup>43</sup>

Ako politika stvara moralni konsenzus, tad se postavlja pitanje kako je uopće moguća politika? Da bi odgovorio na to pitanje, Hobbes prelazi, slično Grotiusu, s govora o dobru, koji je bio tradicionalna tema antičkih i renesansnih moralista, na govor o pravima, koji jedva da su oni dotakli. Ali unutar jezika o pravima, Hobbes je uveo novu sumnju koja čini neodrživim Grotiusov odgovor na relativizam i koja rađa najpoznatiji aspekt Hobbesove teorije: sliku ljudi kao prirodnih i divljih bića u ratu jednih protiv drugih.

Prema Tucku, Hobbesova je argumentacija sljedeća.<sup>44</sup> U svom najpoznatijem djelu *Leviathan*, Hobbes polazi od toga da svi ljudi u prirodnom stanju imaju prirodno pravo na samoodržanje: "Prirodno pravo, koje pisci obično nazivaju *ius naturale*, jest sloboda što je svaki čovjek ima da koristi svoju vlastitu moć onako kako sam želi za održanje svoje vlastite prirode; to jest, svog vlastitog života; i dakle da čini sve ono što će po svom vlastitom sudu i razumu smatrati najprikladnijim sredstvima za to".<sup>45</sup> Dakle, postoji jedna stvar oko koje se čak u prirodnom stanju svi možemo složiti, a to je da ljudi imaju pravo braniti se i koristiti sva sredstva koja smatraju nužnim za tu svrhu.<sup>46</sup>

Da bi vršili svoje pravo na samoodržanje, ljudi moraju činiti određene stvari; oni ne mogu vršiti to pravo jednostavno ništa ne poduzimajući i ne odgovarajući na napade. Hobbes to izražava kad govori o zakonu prirode: "uputa je ili opće pravilo razuma *da svaki čovjek treba težiti miru sve dotle dok se nada njegovom postizanju; a kad ga ne može postići, da može tražiti i koristiti sva sredstva i koristi rata*. Prvi dio tog pravila sadrži prvi i osnovni zakon prirode; koji je *težiti miru i pridržavati ga se*. Drugi, najviše prirodno pravo; koje je *braniti sebe svim sredstvima kojim možemo*".<sup>47</sup> Dakle, ako ljudi

<sup>43</sup> Navedeno prema *ibid.*, str. 57-58.

<sup>44</sup> Vidi *ibid.*, str. 58-64.

<sup>45</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, Edited with an Introduction by C.B. Macpherson (Harmondsworth, Penguin Books Ltd, 1968), gl. 14, str. 189.

<sup>46</sup> Tuck je u *Natural Rights Theories* dokumentirano pokazao da je Hobbes u *The Elements of Law* smatrao da ljudi u prirodnom stanju pored primarnog prava na samoodržanje imaju i prirodno pravo na sve stvari, dok je on u *De Cive* i *Leviathanu* negirao da ljudi imaju prirodno pravo da čine bilo što drugo osim onog što je nužno za njihovu obranu (vidi str. 121-122, 125, 129). Stoga zbunjuje njegova kasnija tvrdnja da Hobbes kad se radi o prirodnom pravu na sve stvari "did not himself ever argue such a thing" (Hobbes, str. 60, vidi također str. 112).

<sup>47</sup> Hobbes, *Leviathan*, gl. 14, str. 190.

imaju pravo braniti se, tad je apsurdno pretpostaviti da će se se oni bolje obraniti u stanju rata, nego u stanju mira. Stoga vršenje prirodnog prava traži od nas da se pridržavamo prirodnog zakona koji sadrži pogodna načela za mir,<sup>48</sup> mada to ne znači da ćemo se uvijek pridržavati tih načela, jer onaj tko bi ih se pridržavao kad to nitko drugi ne bi činio, "samo bi postao plijen drugih".<sup>49</sup>

Hobbesovo je razlikovanje između prirodnog prava i prirodnog zakona često izazivalo nedoumicu u njegovih tumača. Naime, postavlja se pitanje u čemu je smisao razlikovanja između prirodnog prava i prirodnog zakona i nisu li to dvoje ipak jedna ista stvar ako opća teorija glasi da imamo braniti svoj život i imamo slijediti određena načela da bi to činili? Nedoumica se još više pojačava kad se zna da je Hobbes pravio razliku između prava i zakona, za koje kaže da ih pisci brkaju: pravo (*ius, right*) "sastoji se u slobodi da se čini ili da se suzdrži od činjenja", dok zakon (*lex, law*) "određuje ili obvezuje na jedno od toga", tako da "*Pravo i Zakon razlikuju se toliko koliko i Obveza i Sloboda, koje su inkonzistentne u jednoj te istoj stvari*".<sup>50</sup> Uvažavajući tu činjenicu Hobbesova terminologijskog razlikovanja, Tuck predlaže sljedeće tumačenje razlikovanja između prirodnog prava i prirodnog zakona: pravo na samoodržanje ima se shvatiti kao pravo da racionalno koristimo naš vlastiti sud o tome što predstavlja prijetnju našem održanju, a od čijeg se vršenja možemo uzdržati - slučaj uzdržavanja od vršenja tog prava jest ustanovljenje suverena kada se sporazumijevamo da nećemo koristiti naš vlastiti sud u velikom broju slučajeva; dok su prirodni zakoni nepromjenljiva i nepobitna načela o tome što vodi našem održanju i oni stoga zapravo strukturiraju racionalni izbor vršenja našeg prava.<sup>51</sup>

Ali, ako je u prirodnom stanju svatko svoj vlastiti sudac kada i kako se treba braniti, tad to ima za posljedicu da će prirodno stanje praktično biti radikalno nestabilno, jer mada postoji polazna suglasnost oko prava na samoodržanje, postojat će neslaganje oko prigode za njegovu implementaciju. Dakle, usprkos polaznoj suglasnosti oko toga da ljudi općenito imaju pravo braniti se, ponovno se javlja sva nestabilnost relativističkog svijeta. Tako prirodno stanje postaje stanje rata, divljaštva i degradacije za koje Hobbes navodi dva primjera: prvi je način života divljaka "u mnogim krajevima Amerike"; a drugi je način života u koji obično degeneriraju ljudi koji su ranije živjeli pod miroljubivom vlasti kad bukne građanski rat.<sup>52</sup> Ako su ljudi svoji vlastiti suci o

<sup>48</sup> Hobbes je u glavama 14 i 15 Leviathana naveo devetnaest prirodnih zakona, a u Zaključku je dodao i dvadeseti. Pored ovih prirodnih zakona Hobbes spominje i druge koji se tiču svih vrsta neumjerenosti, kao što je primjerice opijanje.

<sup>49</sup> Ibid. gl. 15, str. 215.

<sup>50</sup> Ibid. gl. 14, str. 189.

<sup>51</sup> "Stvar koja je Hobbesa zanimala i koja čini to (pravo na samoodržanje - pr. M. M.) *pravom ili slobodom*, a ne dužnosti, bila je ta da po prirodi svi mi činimo ono što *mi* želimo da bi sami sebe branili. To je ta otvorena tekstura (*openendedness*), ta zavisnost jedino o volji pojedinačnog djelatnika, što je značajno za pravo i to je bilo ono što je Hobbes uhvatio opisujući našu prirodnu sposobnost da donosimo naše vlastite odluke o tome kako štititi sami sebe kao pravo. 'Zakon' prirode govori nam što *trebamo* odlučiti ako racionalno mislimo, ali 'pravo' nam govori da smo mi ti koji moramo odlučiti i da smo prirodno i psihološki slobodni ići bilo kojim putem koji izbaremo prema nužnom cilju našeg preživljavanja". (Tuck, Hobbes, str. 63.) Za kritiku raznih tumačenja Hobbesova razlikovanja između prirodnog prava i prirodnog zakona, poglavito Warrenderova tumačenja u *Political Philosophy of Hobbes*, vidi Tuck, Hobbes, str. 109-110; *Natural Rights Theories*, 120, 130-131.

<sup>52</sup> Hobbes nije smatrao da je rat među državama primjer ratnog stanja kojeg on opisuje, jer države ratom omogućavaju radinost svojih podanika, te iz toga ne proizlazi sva ona bijeda koja prati slobodu pojedinih ljudi. Nije potrebno posebno isticati da danas Hobbesov prvi primjer nije naročito zanimljiv, te da se ne možemo složiti s njegovim shvaćanjem rata među državama, jer barem jednako strahujemo od posljedica takvog rata, kao i od građanskog rata.

tome što pridonosi njihovom samoodržanju, tad su za Hobbesa izgubljene sve antiskeptičke prednosti Grotiusove teorije, jer na osnovi njegove vlastite opće filozofije ne postoji jasna i objektivna istina o vanjskom svijetu i ljudi će donositi različite odluke o tome što se računa kao opasnost po njih. A ako je to tako, tad neće postojati suglasnost o tome što treba činiti i svatko će djelovati na osnovi svojih vlastitih različitih shvaćanja situacije. Neslaganje će se pojaviti usprkos prividnom rješenju relativističkog problema pomoću ideje prirodnog i univerzalnog prava na samoobranu. Nakon svega, izgleda da je najsablarnija verzija skeptičkog relativizma jedina moguća etička vizija, a to je prema Tucku doista Hobbesov zaključak za etiku uzetu nezavisno od politike.<sup>53</sup>

Hobbes je predložio rješenje problema sadržanog u svojoj vlastitoj verziji etičkog relativizma u kategorijama politike, što mu je dalo konačno originalnu političku teoriju i što predstavlja njegov najznačajniji doprinos političkoj filozofiji. Tuck smatra da mada u Hobbesovim djelima nalazimo različite formulacije rješenja, opća je ideja ista: ljudi će u prirodnom stanju u svojim reflektivnim momentima uvidjeti da im zakon prirode nalaže da se odreknu svog prava na privatni sud o tome što u spornim situacijama predstavlja opasnost po njihov život i prihvatit će sud zajedničkog autoriteta. Tu ideju najbolje izražava sljedeće mjesto u *Leviathanu*: "Jedini način da se uspostavi takva zajednička vlast, koja bi mogla biti u stanju braniti ih od invazije stranaca i od šteta koje nanose jedan drugome i time osigurati ih tako da se svojom vlastitom marljivošću i plodovima zemlje mogu prehraniti i zadovoljno živjeti; jest da svu svoju moć i snagu povjere jednom čovjeku, ili jednoj skupini ljudi, koji smije sve njihove volje putem većine glasova svesti na jednu volju: što će reći, da postave jednog čovjeka, ili jednu skupinu ljudi, koji će biti nosilac njihove osobe, a svaki da bude autor i prizna sebe autorom svega onog što će onaj tko je nosilac njihove osobe činiti, ili dati da se čini, u onim stvarima koje se tiču zajedničkog mira i sigurnosti; i u tome da podvrgnu svoje volje, svatko njegovoj volji, i svoje sudove njegovom sudu".<sup>54</sup>

Hobbes naziva ljude koji su se na taj način ujedinili u jednu osobu državom:<sup>55</sup> država je osoba čija je djela veliko mnoštvo ljudi međusobnim sporazumom jednoga s drugim priznalo za svoja vlastita sa svrhom da ona uporabi snagu i imovinu svih njih onako kako nađe za potrebno radi njihova mira i obrane; nosilac te osobnosti naziva se suveren i za njega se kaže da ima suverenu vlast, a svi su ostali, izuzev njega, podanici. Iz akta o instituciji države proizlaze sva prava i ovlaštenja koja suveren ima prema svojim podanicima, a ona su sljedeća:<sup>56</sup> podanici ne mogu mijenjati oblik vladavine; suverena vlast ne može prestati krivnjom suverena; nitko ne može protestirati protiv institucije suverena koju je proglasila većina; podanik ne može optužiti suverena zbog njegovih postupaka; podanici ne mogu kazniti suverena ma što on radio; suveren je sudac o tome što je potrebno za mir i obranu njegovih podanika i kakve ih je doktrine prikladno učiti; suveren ima pravo donošenja propisa; sudsku vlast; pravo odlučivanja o ratu i miru s drugim narodima i državama; pravo biranja savjetnika i službenika; pravo odlučivanja o nagradama i kaznama ako to zakonom nije već ranije odmjeren; pravo da odlučuje o časti i položajima. Ta prava i ovlaštenja čine suštinu suvereniteta, a ona su neprenosiva i nedjeljiva.

<sup>53</sup> Vidi Tuck, Hobbes, str. 64.

<sup>54</sup> Hobbes, *Leviathan*, gl. 17, str. 227.

<sup>55</sup> Vidi *ibid.* str. 228.

<sup>56</sup> Vidi *ibid.* gl. 18, str. 228-239.

## 2.4. Karakter suverenove moći

Hobbesa se često smatra zastupnikom teorije apsolutne državne moći.<sup>57</sup> Za to shvaćanje se navode sljedeći razlozi: njegov spis *The Elements of Law*, koji se može tumačiti kao obrana postojeće vlasti u Engleskoj u kategorijama jezika prirodnih prava;<sup>58</sup> njegov opis suverena u *Leviathanu* kao "onog velikog *Levijatana*, ili bolje (govoreći s više poštovanja) onog *smrtnog Boga*, kojem dugujemo pod *besmrtnim Bogom*, svoj mir i obranu";<sup>59</sup> i njegova lista širokih prava i ovlaštenja suverena.

Ipak je takvo shvaćanje pretjerano.<sup>60</sup> Prije svega, Hobbes u *Leviathanu* navodi određena prava koja se ne mogu otuđiti: "čovjek se ne može odreći prava oduprijeti se onima koji ga napadaju silom da bi oduzeli njegov život,...Isto se može kazati za rane, okove i lišenje slobode...".<sup>61</sup> Pojedinaac se tih prava ne može odreći, budući da sve njegove voljne radnje, uključujući ugovore koje zaključuje, imaju za svrhu neko dobro za njega, a njegova voljna radnja kojom bi se odrekao nekog od tih prava, imala bi za svrhu uništenje onoga što je preduvjet njegova dobra, naime njegovo samoodržanje. Hobbes dalje navodi da: "Sporazum da se neću od sile braniti silom uvijek je nevaljan...Jer čovjek po prirodi bira manje zlo, koje je opasnost od smrti u odupiranju, prije nego veće, koje je izvjesna i sadašnja smrt u neodupiranju".<sup>62</sup> Za Hobbesa je priroda (psihologija) čovjeka ta koja ne dopušta da se bilo kome pripiše namjera odricanja od svih svojih prava, a ne kao za Grotiusa blagonaklonost tumačenja ugovora.<sup>63</sup>

Dalje, Tuck smatra da Hobbesova koncepcija karaktera suverenove moći sadrži značajna ograničenja. Prema istom autoru, Hobbes zamišlja da suveren *zastupa* građane

<sup>57</sup> Za takvo shvaćanje u domaćoj literaturi vidi na primjer Ivo Krbeč, *Suverenitet*, I dio (Zagreb, JAZU, 1964), str. 85-90.

<sup>58</sup> Tuck ističe da su neliberalni zaključci Grotiusove teorije - poglavito legitimnost apsolutne državne moći na osnovi osnovnog prava na samoodržanje - bili naročito relevantni za Hobbesovo stajalište glede političkih prilika u Engleskoj tridesetih godina sedamnaestog stoljeća. Tuck upozorava kako je kasnije Hobbes u *De Cive* naveo da je tada razvio svoje političke ideje jer je zemlja bila "burning with questions of the rights of rulers and the duties of subjects, forerunners of an approaching war" (navedeno prema Tuck, Hobbes, str. 23). Naime, kao što je poznato, engleski kralj Charles I. zabrinut razvojem imperijalne hegemonije svog dotadanjeg saveznika Holandije, pokušao je približiti Englesku njihovu dotadanjem zajedničkom neprijatelju Španjolskoj. Potreban novac za novu flotu koja bi se suprotstavila holandskoj, kralj je htio prikupiti pozivajući se na staro i sporno pravo Krune da oporezuje gradove za uzdržavanje mornarice ("Ship Money"). To je izazvalo veliko protivljenje javnog mnijenja koje nije bilo sklono Charlesovoj politici približavanja Španjolskoj, a oprečna su stajališta izašla na vidjelo u poznatom pravnom slučaju iz 1637. (Hampden's Case). Kruna je smatrala da svaki suveren mora imati ovlaštenje da podiže vojsku za obranu zemlje i da odlučuje o tome postoji li opasnost za zemlju, dok je opozicija koncedirajući prvo osporavala drugo, smatrajući da javnost, naročito kad je zastupljena u Parlamentu, može isto tako suditi o postojanju opasnosti, a sigurnost Engleske očito nije ugrožena od Holandije. Tuck smatra da su to morala biti "questions" koja Hobbes spominje, te da se tad njegova argumentacija u *The Elements of Law*, čiji je rukopis Hobbes dovršio 1641., sasvim ispravno može shvatiti kao njegov doprinos raspravi o porezu za mornaricu, a na strani Kralja, samo kralj može imati pravo suditi o tome gdje leže interesi Engleske, a njegovi podanici moraju plaćati porez ili boriti se kako on naredi. Tako je jezik prirodnih prava, kako na Kontinentu tako i u Engleskoj, bio prvotno rabljen za obranu postojeće vlasti. Za promjenu Hobbesovih teorijskih stajališta nakon 1642. vidi Tuck, *Natural Rights Theories*.

<sup>59</sup> Hobbes, *Leviathan*, gl. 17, str. 227.

<sup>60</sup> Tuck kaže da kad je riječ o Hobbesovim suvremenicima "(s)amo je politički radikal u sedamnaestom stoljeću čitao Hobbesa kao groznog teoretika državne moći; bilo je također sasvim moguće shvaćati njegovo djelo umjesto toga kao sredstvo koje izjeda postojeće režime - mnogi su ga konzervativci ustvari osudili upravo na tim osnovama" (Tuck, Hobbes, str. 76).

<sup>61</sup> Hobbes, *Leviathan*, gl. 14, str. 192.

<sup>62</sup> *Ibid.* gl. 14, str. 199.

<sup>63</sup> Vidi Waldron, *Natural Rights in the seventeenth and eighteenth centuries*, str. 12.

u smislu da se njegov sud o opasnostima koje im prijete, računa kao njihov sud.<sup>64</sup> Tako Hobbes u *Leviathanu* često govori da suveren djeluje u određenom smislu u ime svojih podanika i izgleda smatra razložnim da on čini sve ono za što iskreno vjeruje da doprinosi održanju građana koje zastupa, kao i vlastitom održanju: jer ako suveren čini bilo što drugo to "predstavlja povredu povjerenja i prirodnog zakona" - mada iz tog prema Hobbesu ne slijedi zaključak da podanici imaju pravo da mu se suprotstave.<sup>65</sup>

Prema Tucku, to objašnjava zbog čega se na Hobbesovoj listi suverenih prava ne nalazi dosta toga što je teorija apsolutne državne moći dopuštala. Jedan primjer predstavlja pitanje privatnog vlasništva.<sup>66</sup> Iz Hobbesovog opisa prirodnog prava na samoodržanje slijedi da svatko ima pravo na materijalna dobra potrebna za svoje fizičko preživljavanje, kao što su hrana, voda, stanovanje itd. Stoga će u prirodnom stanju postojati neka vrsta minimalne privatne imovine. Također, Hobbes smatra da nitko nema pravo zadržati stvari koje su mu nepotrebne, a drugom su potrebne: "Jer budući da se od svakog čovjeka, ne samo po pravu, već također po prirodnoj nužnosti, očekuje da pokuša sve da postigne ono što je nužno za njegovu zaštitu; onaj tko će se tome suprotstaviti, zbog nepotrebnih stvari, kriv je za rat što će potom uslijediti; i stoga čini ono što je oprečno osnovnom zakonu prirode".<sup>67</sup>

Isto je opće načelo valjano i u državi. Mada je privatno vlasništvo nad zemljom i materijalnim dobrima u društvu konzekvenca građanskog prava države, ili akta suverena, suveren mora uvijek osigurati da svatko ima barem potreban minimum za preživljavanje: "Jer budući da se za suverena, to jest državu (čiju osobu on zastupa), kaže da čini sve samo za zajednički mir i sigurnost, ta raspodjela zemlje ina se shvatiti da je izvršena za to isto: dakle, bilo kakva raspodjela koju će on izvršiti tomu na uštrb, oprečna je volji svakog podanika, koji je svoj mir i sigurnost povjerio njegovoj diskreciji i savjesti; i stoga po volji svakog od njih ima biti smatrana ništavom."<sup>68</sup>

Jedna od konzekvenci ovlaštenja suverena da osigura svakom podaniku potreban minimum za preživljavanje, jest da on ima ovlaštenje oporezivati svoje podanike bez njihove prethodne suglasnosti u onom iznosu koji mu se čini primjerenim za tu svrhu. Ali, suveren vršeći svoje ovlaštenje ne bi smio, ili bolje rečeno, ne bi trebao, prijeći određenu granicu: on nema pravo provoditi strogo egalitarnu poreznu politiku koja se temelji na oporezivanju prihoda, već umjesto toga ima provoditi onu koja se temelji na oporezivanju potrošnje.<sup>69</sup>

Tako je Hobbesov suveren dvoznačna osoba kad se promatra iz perspektive moderne politike: on ima velika i očito neliberalna ovlaštenja, ali ipak postoje stvari koje on ne bi trebao činiti, a koje su za modernu državu bez sumnje legitimne. Sve dok se suveren ne pokaže nesposobnim vršiti svoju zadaću jamčenja fizičkog preživljavanja svojih podanika dovodeći zemlju na rub propasti, ili je prestane obavljati napadajući na njihov život, građani nemaju neko *extra* pravo da mu se suprotstave. Tako je kod

<sup>64</sup> Vidi Tuck, Hobbes, str. 70. Vidi također analizu Hobbesove koncepcije zastupništva, kao i bilješku o općenitom neuočavanju značaja zastupništva za Hobbesovo učenje od strane njegovih komentatora, kod H.F. Pitkin, *The Concept of Representation* (Berkeley, Los Angeles, and London, University California Press, 1972), gl. 2 i bilj. 1 na str. 255-256.

<sup>65</sup> Hobbes, *Leviathan*, gl. 24, str. 297.

<sup>66</sup> Za Hobbesovo shvaćanje prava suverena nad privatnim vlasništvom, kao i nad javnom raspravom i pitanjima doktrine vidi više Tuck, Hobbes, str. 70-76.

<sup>67</sup> Hobbes, *Leviathan*, gl. 15, str. 209-210

<sup>68</sup> Ibid. gl. 24, str. 297. Vidi također gl. 30, str. 397.

<sup>69</sup> Vidi *ibid.* gl. 30, str. 386-387

Hobbesa malobrojnost prava koja građani imaju protiv suverena - malobrojnost koja u suštini proturječi osnovnim liberalnim pretpostavkama - u funkciji opće malobrojnosti prava koja ljudi imaju pod bilo kojim okolnostima, a to je opet u funkciji nemogućnosti otkrivanja jedne skladne, koherentne i uvjerljive moralne teorije bilo kakve razradenosti ili složenosti.

### 2.5. *Macphersonovo tumačenje Hobbesa i njegova kritika*

Hobbesa se također često smatra zagovornikom "buržoaskih" vrijednosti, naime "posjedničkog individualizma". C.B. Macpherson tvrdi da pretpostavke posjedničkog individualizma nalazimo "najjasnije i najpotpunije u Hobbesa".<sup>70</sup> Prema istom autoru, Hobbesovo učenje o "fiziološkoj prirodi čovjeka" ili njegov "materijalizam" čini samo jednu premisu njegova glavna argumenta o nužnosti države Levijatana, dok drugu premisu čini "određeni model društva", tj. posjedničkog tržišnog društva. Da su Hobbesova ljudska bića samo "sustavi samopokretne, samovodene materije u kretanju", ona ne bi bila po prirodi u stanju rata svakog protiv svih. Ali, prema Hobbesu, ljudska bića se razlikuju od životinja po sposobnosti razumijevanja pojava kao uzroka mogućih posljedica i zbog toga po svijesti o mogućnosti i moći. Ljudska bića traže što više moći jedni nad drugima i zbog toga se nalaze u stanju rata. Macpherson tvrdi da je ta premisa društvena premisa, a ne fiziološka, te da njoj odgovara jedino model posjedničkog tržišnog društva (buržoaskog društva) u kojem su svi pojedinci u stalnom odnosu konkurentne moći. Hobbes je rabeći obje premise izveo zaključak o nužnosti države Levijatana. Istodobno, prema Macphersonu, Hobbesova je pogreška u tome što nije uočio da tržišno društvo stvara neki stupanj klasne kohezije koja omogućuje politički autoritet koji se može održati na životu bez samodržecog suverenog tijela, i stoga njegova politička teorija nije primjenjiva na posjedničko tržišno društvo.

Kritičari nalaze da je glavna teškoća Macphersonova tumačenja što polazi od toga da je "moderni" čovjek u suštini buržuj, dok bi širokogrudniji i elastičniji osjećaj za povijest trebao priznati da su neke antiburžujske pretpostavke također dio moderniteta.<sup>71</sup> Na osnovi takvog osjećaja njemački socijalist iz devetnaestog stoljeća Ferdinand Tönnies propovijedao je u jednoj fazi socijalističko tumačenje Hobbesa. To ne znači da jedno od ta dva tumačenja mora biti ispravno, već samo pokazuje da je tumačenje Hobbesa kao kapitalista isto toliko primjereno, ili neprimjereno, kao i njegovo tumačenje kao socijalista. Kapitalizam i njegova kritika jednako su dijelovi moderniteta i politička filozofija kao što je Hobbesova mogla se pozivati na oboje, kao što se i pozivala. Primjerice, spomenuti Hobbesov zahtjev suverenu da osigura svakom podaniku potreban minimum za preživljavanje, a kad je to potrebno i preraspodjelom imovine bogatih, oprečan je najvidljivijem "buržuaskom" entuzijazmu, onom za nedodirivost privatnog vlasništva.

<sup>70</sup> Macpherson, *Politička teorija posjedničkog individualizma*, str. 230. Za Macphersonovo tumačenje Hobbesa vidi *ibid.* gl. II, kao i druge njegove radove navedene u bilj. 29.

<sup>71</sup> Za taj pravac kritike Macphersona vidi Keith Thomas, *The Social Origins of Hobbes's Political Thought*, u Brown (ed.), *Hobbes Studies*, str. 186-236; Tuck, *Hobbes*, str. 103. Za odbacivanje Thomasove kritike vidi Macpherson, *Hobbes's Political Economy*, str. 136.

*S u m m a r y***THEORIES OF NATURAL RIGHTS IN HISTORICAL PERSPECTIVE**

This article is the one in a series of the author's essays on the origin and development of theories of natural rights. In the first part of the article, the author highlights conceptions of rights in the early middle ages, the subsequent discussion between the Franciscans and the Dominicans on natural law, natural rights and property, and the Gersonian theory of natural rights. It dominated in the fifteenth century, and it was subsequently rejected in the renaissance. Theories of natural rights emerged again at the end of the sixteenth, and dominated throughout the seventeenth century. In the second part of the article, the author comments on Hobbes's theory of natural rights. The author bases his exposition on results of recent investigations of historians of ideas.

## POMORSKO DOBRO U POMORSKOM ZAKONIKU REPUBLIKE HRVATSKE

Mr. sc. Gordan Stanković, asistent,  
Pravni fakultet Rijeka

UDK: 347.79+351.71 (094.5) (497.13)  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Izvorni znanstveni članak

*Pomorskim zakonikom Republike Hrvatske objedinjuje se obimna i često raznorodna građa vezana uz more i plovidbu. Njime se uređuje i građa pomorskog dobra, koja je do stupanja Zakonika na snagu bila predmetom uređenja posebnog zakona. Upravo je ta tema, zbog sukobljenosti značajnih gospodarskih interesa, popraćena intenzivnom raspravom, kako u vrijeme pripreme Zakonika, tako i po njegovu donošenju. Pomorski zakonik bitno drukčije određuje širinu pomorskog dobra na kopnu premda se u definiranju njegova pojma i sadržaja u mnogome koristi tehnikom dosadašnjeg zakonodavstva. Mogućnost gospodarskog iskorištavanja pomorskog dobra Zakonik uređuje na posve nov način, uvođenjem režima koncesija.*

### Uvod

Dana 22. ožujka 1994. godine na snagu je stupio Pomorski zakonik Republike Hrvatske (Narodne novine broj 17/94; u daljnjem tekstu: Zakonik). Tim se značajnim zakonskim aktom na cjelovit i obuhvatan način uređuju brojna pitanja vezana uz more i pomorsku plovidbu. Jedna od osobina Zakonika jest to da se u jednom aktu objedinjuju raznorodna pravna područja i instituti koji su se do sada uređivali posebnim zakonima. U njegovu sklopu sada se nalazi i građa pomorskog dobra, koja je do sada bila uređena **Zakonom o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima**.<sup>1</sup> Stupanjem na snagu Zakonika ZPVDLP je prestao važiti (s izuzetkom nekih sigurnosnih i operativnih odredbi koje će prestati važiti kada se donesu odgovarajući podzakonski akti uz Zakonik).<sup>2</sup>

Institut pomorskog dobra uređen je u DIJELU TREĆEM Zakonika (čl. 48-80). Taj je dio sistematiziran na sljedeći način:

GLAVA I.: OSNOVNE ODREDBE (čl. 48-58)

GLAVA II.: KONCESIJE (čl. 59-72)

GLAVA III.: RED NA POMORSKOM DOBRU (čl. 73-80)

Ovaj je rad posvećen **pojmu i sadržaju pomorskoga dobra, te mogućnostima njegova gospodarskog iskorištavanja u režimu Pomorskog zakonika Republike Hrvatske**. Upravnopravnim odredbama o redu na pomorskom dobru autor se ovdje nije bavio.

<sup>1</sup> NN 19/74, 39/75, 17/77, 18/81; u daljnjem tekstu, ZPVDLP.

<sup>2</sup> V. čl. 1053, toč. 2. Zakonika.



## 1. Pojam i sadržaj (granice) pomorskog dobra

Pomorsko dobro je opće dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, koje uživa njezinu posebnu zaštitu, a upotrebljava se i koristi pod uvjetima i na način propisan zakonom.<sup>3</sup>

Sadržaj pomorskog dobra načelno se uređuje člancima 49. i 50. Zakonika. Budući da te odredbe uporabljaju određene izraze čiji se pojam i sadržaj uređuju na drugim mjestima u Zakoniku (npr. teritorijalno more, crta srednjih niskih voda itd), preciznija slika o tome što sve, i do kojih granica, spada u pomorsko dobro, može se dobiti tek ako se razmotre i odgovarajuće odredbe Zakonika koje se nalaze izvan dijela posvećenog pomorskomu dobru.

Sadržaj pomorskog dobra može se općenito podijeliti na **tri osnovne komponente**. To su **vodena komponenta**, zatim **podmorje**, te **obalna komponenta**.

Unutar prve, **vodene komponente**, pomorsko dobro obuhvaća one dijelove mora koji spadaju u **unutrašnje morske vode i teritorijalno more** Republike Hrvatske. U unutrašnje morske vode spadat će dijelovi mora koji se nalaze u lukama i zaljevima na obali kopna i otoka,<sup>4</sup> te oni dijelovi mora koji se nalaze između crte niske vode na obali kopna i ravne polazne crte za mjerenje širine teritorijalnog mora (čl.7, st.1). Teritorijalno more Republike Hrvatske je morski pojas širok 12 morskih milja, računajući od polazne crte u smjeru pučine.<sup>5</sup>

Pomorsko dobro obuhvaća i **podmorje**, tj. morsko dno i morsko podzemlje unutrašnjih morskih voda i teritorijalnog mora (čl.49, st.1).

Što se netom opisanih dviju komponenti tiče, valja napomenuti da one predstavljaju onaj dio morskih i podmorskih prostora Republike Hrvatske na kojima ona ostvaruje puni suverenitet u skladu s priznatim normama međunarodnog prava i koji čine sastavni dio njezina državnog područja (čl.6, st.1). Ovo je bitno napomenuti iz razloga što postoje i određeni morski i podmorski prostori (gospodarski pojas i epikontinentalni pojas) nad kojima Republika Hrvatska ne ostvaruje puni suverenitet, već tek određena "suverena prava i jurisdikciju" (čl.6, st.2). Ti prostori nisu obuhvaćeni pojmom pomorskoga dobra. **Vanjska granica teritorijalnog mora (i pripadajućeg podmorja predstavljaju stoga granicu pomorskog dobra s morske strane**.

Širinom **obalne komponente** ocrta se granica pomorskog dobra s kopnene strane. Obalnu komponentu pomorskoga dobra čini onaj dio kopna koji je po svojoj prirodi namijenjen javnoj pomorskoj upotrebi ili je proglašen takvim (čl.49, st.1). Osnovnu kategoriju unutar obalne komponente pomorskoga dobra predstavlja stoga

<sup>3</sup> Čl. 48. Zakonika.

<sup>4</sup> *Lukom* se smatra vodeni i s vodom izravno povezani kopneni prostor sa izgrađenim i neizgrađenim obalama, lukobranima, uređajima, postrojenjima i drugim objektima namijenjenim za pristajanje, sidrenje i zaštitu morskih brodova, ukrcavanje i iskrcavanje stvari i putnika, uskladištavanje i ostala manipuliranja robom, proizvodnju, oplemenjivanje i doradu robe te ostale gospodarske djelatnosti koje su s tim djelatnostima u međusobnoj, gospodarskoj, prometnoj ili tehnološkoj vezi (čl.5, toč.31 Zakonika).

*Zaljevom* se smatra jasno istaknuta uvala uvučena u kopno, čija je morska površina jednaka ili veća od površine polukruga kojemu je promjer jednak duljini prave crte koja zatvara ulaz u zaljev, pri čemu je za utvrđivanje površine zaljeva mjerodavno područje između crte niske vode uzduž obale zaljeva i ravne crte koja zatvara ulaz u zaljev (čl.7, st.2. i 3.).

<sup>5</sup> *Polazne crte* za mjerenje širine teritorijalnog mora Republike Hrvatske čine crte srednje niske vode uzduž obala kopna i otoka, ravne crte koje zatvaraju ulaze u luke ili zaljeve, te ravne crte koje spajaju točno određene točke na obali kopna i nekih otoka (čl.19, st.1.). Polazne crte ucrtane su u pomorskoj karti "Jadransko more", koju izdaje Državni hidrografski zavod (čl.19, st.2.).

**morska obala:** u odsustvu posebnih svojstava ili predmeta na određenom dijelu kopna koji bi ga činili pomorskim dobrom, granice pomorskoga dobra na kopnu ocjenjivat će se upravo s obzirom na kategoriju morske obale. Stoga Zakonik sadrži nešto detaljnije kriterije za njezino definiranje.

Morska obala se proteže od crte srednjih niskih voda<sup>6</sup> u smjeru kopna, a obuhvaća pojas kopna čija se širina određuje prema jednome od dva kriterija (čl.50, st.1):

**a) crta najvećih valova** - prema tome kriteriju pojam obale obuhvaća pojas kopna od crte srednjih niskih voda pa do crte do koje dopiru najveći valovi za vrijeme nevremena. O tome kako će se za neko područje odrediti crta najvećih valova (npr. što su to najveći valovi, kroz koje vremensko razdoblje treba promatrati valove da bi se utvrdio njihov najveći doseg za nevremena itd.) Zakonik ne sadrži detaljnijih odredbi.<sup>7</sup>

**b) namjena** - prema ovome kriteriju obala se proteže od crte srednjih niskih voda i obuhvaća onaj dio kopna koji po svojoj prirodi ili namjeni služi korištenju mora za pomorski promet i morski ribolov, te za druge svrhe u vezi s korištenjem mora, a koji je **širok šest metara od crte srednjih viših visokih voda**.<sup>8</sup> U usporedbi s odgovarajućim odredbama ZPVDLP-a, gdje se širina ovoga pojasa određuje riječima "*najmanje 6 metara*" (usp. čl. 3, toč. 4 ZPVDLP-a), u definiciji iz Zakonika uočava se odsustvo riječi "**najmanje**". Time se željelo bitno suziti pojas kopna koji će se smatrati pomorskim dobrom i izbjeći ekstenzivno tumačenje opsega prostiranja pomorskog dobra kao dobra koje uživa posebnu zaštitu države, a koje je, upravo uz pomoć izraza "**najmanje**", vladalo u režimu ZPVDLP-a.<sup>9</sup>

Kako primjena iznesenih dvaju kriterija na jedno te isto područje može dati različite rezultate, za utvrđivanje širine pomorskog dobra na kopnu bit će mjerodavan onaj koji pod pojmom obala obuhvaća širi pojas kopna (čl.50, st.3).

Iznimno, na prijedlog tijela jedinica lokalne samouprave posredstvom županijske skupštine, ministar pomorstva prometa i veza može drukčije odrediti širinu morske obale (čl.50, st.4). On može odrediti da obala obuhvaća i veći dio kopna, ako taj dio kopna po svojoj prirodi ili namjeni služi ili može služiti općoj upotrebi. S druge strane, ministar može obalu odrediti i užom, ako to zahtijeva postojeće stanje na obali (potporni zidovi, zidovi zgrada kulturnih, vjerskih i sl.). Ovime se odredbama o širini kopnenog dijela pomorskog dobra htjelo dati određenu fleksibilnost.<sup>10</sup>

Morska obala uključuje i dio kopna nastao nasipavanjem (čl.50, st.5).

U smislu gore iznesenih definicija, Zakonik određuje da se pomorskim dobrom smatraju: morska obala, lukobrani, brodogradilišni navozi, nasipi, sprudovi, hridi, grebeni, ušća rijeka u more, kanali spojeni s morem, te živa i neživa prirodna bogatstva u moru i podmorju, ribe, rude i dr. (čl.49, st.2). U slučaju dvojbe da li određeno dobro

<sup>6</sup> Crta srednjih niskih voda jest aritmetička sredina svih niskih voda tijekom mjeseca ili godine (čl.5, toč.34.).

<sup>7</sup> Kako je međutim na katastarskim mapama mjerila 1 : 2880 ucrtana tzv. *maritimo* linija koja predstavlja granicu do koje dopiru najveći valovi, ta će se linija u pravilu uzimati kao granica obale u skladu s iznesenim kriterijem; tako CAPAR R., Pomorsko dobro, Zbirka referata sa Savjetovanja o Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske, Rijeka, 1994, (str.1.)

<sup>8</sup> Crtu "srednjih viših visokih voda" utvrđuje Državni hidrometeorološki zavod (čl.50, st.2.). U članku 5, gdje se definiraju izrazi koji se u Zakoniku koriste, nalazimo samo definiciju crte "srednje visoke vode", to je aritmetička sredina svih visokih voda tijekom mjeseca ili godine (čl.5, toč.35.).

<sup>9</sup> Vidi točku 2.4. uz Prijedlog Pomorskog zakonika od 15. srpnja 1993. godine. O razlozima za uklanjanje riječi "najmanje" iz navedene odredbe, CAPAR, op. cit., (str.2)

<sup>10</sup> Tako CAPAR, loc. cit.

predstavlja pomorsko dobro, odluku donosi ministar pomorstva, prometa i veza, koji određuje i granicu takvog pomorskog dobra (čl.50, st.6).

## 2. Imovinskopravne značajke pomorskog dobra i mogućnosti njegova iskorišćavanja

### 2.1. Dobro izvan prometa i u općoj upotrebi

Kao odraz načela da je pomorsko dobro opće dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i da kao takvo uživa njezinu osobitu zaštitu, Zakonik određuje da se **na pomorskom dobru ne može stjecati ni pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi** (čl.51, st.1). Pomorskim dobrom upravlja, održava ga i zaštićuje Republika Hrvatska neposredno i/ili putem županija (čl.56, st.1).

Ideja "općeg dobra" ogleđa se u odredbi po kojoj je svakome dopušteno upotrebljavati i/ili koristiti se pomorskim dobrom prema njegovoj prirodi ili namjeni, a u skladu s odredbama Zakonika (čl.51, st.2).

Koncept pomorskog dobra kao dobra u općoj upotrebi poznaje **dva ograničenja**, od kojih je prvo uvedeno iz sigurnosnih i strateških, a drugo iz gospodarskih razloga. Naime, odlukom Vlade Republike Hrvatske, iz opće upotrebe može se isključiti dio pomorskog dobra koji je namijenjen za potrebe obrane, regulaciju rijeka, vodotoka spojenih s morem i drugih objekata infrastrukture od interesa za Republiku Hrvatsku (čl.52).

Drugo ograničenje opće upotrebe pomorskog dobra, tj. ono iz gospodarskih razloga, pojavljuje se u vidu koncesija. O samome režimu koncesije na pomorskom dobru detaljnije se raspravlja u slijedećem poglavlju ovoga prikaza. Ograničujući utjecaj koncesija na pravilo o općoj upotrebi pomorskog dobra ocrtan je odredbama čl.51, st.3, te čl.54. Zakonika: fizičkim i pravnim osobama može se odobriti posebna upotreba i/ili gospodarsko korištenje dijela pomorskog dobra, čime se druge osobe mogu djelomično ili potpuno isključiti od upotrebe ili korištenja toga dijela pomorskog dobra.

Navedena posebna upotreba i/ili gospodarsko korištenje odobrava se pod uvjetom da takvo korištenje nije u suprotnosti s interesom Republike Hrvatske. Za svaku upotrebu ili korištenje koje bi se protivilo posebnim propisima o zaštiti okoliša smatrat će se da je u suprotnosti s interesom Republike Hrvatske (čl.53).

Isključenje koncesioniranog dijela pomorskog dobra iz opće upotrebe neće se primjenjivati u slučaju više sile ili nevolje na moru, dok one traju (čl.54, st.2).

### 2.2. Koncesije kao vid gospodarskog iskorištavanja pomorskog dobra

Kao što je već rečeno, na pomorskome dobru ne može se stjecati ni pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi. Zbog izuzetne gospodarske privlačnosti i potencijala hrvatske morske obale, mora i podmorja bilo je potrebno omogućiti, pa i potaknuti, njihovo gospodarsko iskorištavanje. To je učinjeno putem koncesija na pomorskome dobru.

Dok Osnovne odredbe DIJELA TREĆEGA Zakonika donose tek općenite naznake o koncesijama na pomorskome dobru, ta se građa detaljnije uređuje u posebnoj glavi (GLAVA II.) dotičnoga dijela. Na pitanja koja nisu uređena navedenim odredbama Zakonika valjalo bi, kao *lex generalis*, primijeniti Zakon o koncesijama.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> "Narodne novine" 89/92; u daljnjem tekstu, ZOK.

Koncesijom na pomorskomu dobru dodjeljuje se pravo **posebne upotrebe** i/ili **gospodarskog korištenja** pomorskog dobra (čl.59, st.1). Posebnom upotrebom smatrat će se svaka ona upotreba koja nije niti opća upotreba niti gospodarsko korištenje (čl.51, st.4).

### 2.2.1. Postupak za dodjelu koncesije

Neke pojedinosti postupka za dodjelu koncesije ovisit će o namjeravanom trajanju koncesije i sadržaju prava iz koncesije. Valja razlikovati dva osnovna slučaja:

**a) Koncesije za razdoblje do četiri godine, ako ne uključuju izgradnju čvrstih objekata koji se teško uklanjaju** - takve koncesije se izdaju temeljem **zahtjeva** zainteresirane osobe (čl.61, st.1). Odluke o takvim koncesijama, a kao preneseni posao državne uprave, donosi nadležna **skupština županije** na temelju **mišljenja općinskog i/ili gradskog poglavarstva** (čl.62, st.1);

**b) Koncesije za razdoblje do četiri godine, ako uključuju izgradnju čvrstih objekata koji se teško uklanjaju, te koncesije za razdoblje preko četiri godine** - takve koncesije se izdaju temeljem **javnog prikupljanja ponuda** (čl.61, st.2). Nadležnost za donošenje odluka o takvim koncesijama ovisit će opet o njihovu trajanju, pa će:

**aa)** o takvim koncesijama za razdoblje **do 12 godina** odlučivati **skupština županije uz suglasnost Ministarstva pomorstva, prometa i veza** (čl.62, st.1), a u slučaju nesuglasja između tih dvaju tijela - **Vlada Republike Hrvatske** (čl.62, st.5);

**bb)** o koncesijama za razdoblje **od 12 do 33 godine** odlučivati **Vlada Republike Hrvatske** (čl.62, st.2); te

**cc)** o koncesijama za razdoblje **preko 33 godine** odlučivati **Sabor Republike Hrvatske** (čl.62, st.3).

Prije donošenja odluke o koncesiji valja ishoditi **nalaz i mišljenje stručnog tijela** sastavljenog od odgovarajućih stručnjaka (prostorni planer, stručnjak za zaštitu okoliša, stručnjak struke odgovarajuće planirane djelatnosti i pomorsko prometne struke). Odluka o davanju koncesije mora biti utemeljena na tome nalazu i mišljenju i to kako bi se osiguralo slijedeće:

**a)** da koncesija odgovara svim posebnim propisima i gospodarskom značaju pomorskog dobra;

**b)** da je koncesija usklađena s gospodarskom strategijom i politikom gospodarskog razvitka Republike Hrvatske i županije; te

**c)** da planirana djelatnost neće umanjiti, omesti ili onemogućiti upotrebu i/ili korištenje tog, odnosno susjednih dijelova pomorskog dobra prema njihovoj namjeni (čl.63, st.1).

Stručno tijelo za ocjenu onih koncesija koje dodjeljuje županijska skupština imenuje **župan** (čl.63, st.3). Glede koncesija koje dodjeljuju županijske skupštine uz suglasnost Ministarstva i onih koje dodjeljuje Vlada, stručno tijelo imenuje **ministar pomorstva prometa i veza zajedno s ministrom graditeljstva i zaštite okoliša** (čl.63, st.2). Zakonik ne sadrži odredbu o tome tko će imenovati odgovarajuće stručno tijelo za ocjenu koncesija koje dodjeljuje Sabor.

U slučaju više zahtjeva za koncesiju, **prednost** će imati onaj tražitelj koji nudi **veća jamstva za unosniju i svrsishodniju upotrebu i/ili korištenje pomorskog dobra**

i koji predlaže takvu upotrebu i/ili korištenje koje je prema ocjeni davatelja koncesije od **značajnijeg interesa** (čl.61, st.3).

Na osnovi odluke o koncesiji davatelj koncesije i ovlaštenik sklapaju **ugovor o koncesiji** (čl.60). Smatra se da koncesioni odnos nastaje sklapanjem toga ugovora.<sup>12</sup>

Prethodni postupak za donošenje odluke o koncesiji, kao i pripremu nacrtu ugovora o koncesiji obavlja Županijski ured za pomorstvo (čl.62, st.4).

### 2.2.2. Opseg i uvjeti koncesije

Opseg i uvjeti upotrebe i/ili korištenja pomorskog dobra uređuju se **odlukom o koncesiji**. Ona sadrži: područje pomorskog dobra koje se daje na upotrebu i/ili korištenje; način, uvjete i vrijeme upotrebe i/ili korištenja pomorskog dobra; visinu naknade za koncesiju; ovlaštenja davatelja koncesije; prava i obveze ovlaštenika koncesije, uključujući i obvezu održavanja i zaštite pomorskog dobra (čl.60, st.1).

Zakonik ne poznaje nikakvih ograničenja glede državljanstva ili sjedišta fizičkih ili pravnih osoba kojima se može dodijeliti koncesija na pomorskomu dobru. Iz toga, kao i iz odredbe čl.1, st.3 ZOK, proizlazi da se koncesija na pomorskom dobru može dodijeliti kako domaćim, tako i stranim fizičkim i pravnim osobama.

Zakonik ne sadrži ni odredbu o maksimalnom trajanju koncesije. Podrednom primjenom čl.1, st.4. ZOK, valjalo bi ipak zaključiti da se koncesija na pomorskom dobru može dati najdulje na vrijeme od 99 godina.

Korisnik koncesije na pomorskom dobru ne može tu koncesiju prenositi na drugoga bez izričitog odobrenja davatelja koncesije (čl.59, st.4). U slučaju da ovlaštenik koncesije umre, odnosno prestane postojati, njegovi nasljednici, odnosno pravni sljednici stupaju na njegovo mjesto, ali su dužni u roku od šest mjeseci od smrti, odnosno prestanka, zatražiti da im davatelj koncesije tu koncesiju potvrdi. Ako oni to ne učine, koncesija **prestaje ex lege**. Ako oni to učine, ali im davatelj koncesije ne potvrdi koncesiju, smatrat će se da je koncesija **oduzeta** (čl.59, st.6).

Koncesija može sadržavati i ovlaštenje za izgradnju objekata i postrojenja na pomorskomu dobru. Premda Zakonik o tome ništa izričito ne govori, valjalo bi zaključiti da će svaki takav objekt biti u **vlasništvu ovlaštenika koncesije sve dok koncesija traje**, i to bez obzira što ovlaštenik koncesije nije, i ne može biti, vlasnik zemljišta na pomorskomu dobru na kojemu je dotični objekt izgrađen. Na takav zaključak ukazuje i odredba članka 65, koja ovlaštenika koncesije ovlašćuje da, uz odobrenje davatelja koncesije i pod uvjetima iz ugovora o koncesiji, objekte koje je temeljem koncesije izgradio na pomorskom dobru optereti hipotekom.<sup>13</sup> Na to ukazuju i određene odredbe o prestanku koncesija.<sup>14</sup>

Za koncesiju na pomorskom dobru plaća se godišnja naknada čija se visina određuje odlukom o koncesiji. Ona će se temeljiti na "gospodarskoj opravdanosti očekivane profitabilnosti i/ili upotrebe pomorskog dobra, procijenjenom stupnju ugroženosti prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi te zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske" (čl.64, st.2). Za koncesije odobrene tijelima državne uprave i

<sup>12</sup> Tako GASPARINI G., Koncesije na pomorskom dobru, Zbirka referata sa Savjetovanja o Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske, Rijeka, 1994, (str.3)

<sup>13</sup> Tako GASPARINI, op. cit, (str.6)

<sup>14</sup> Misli se na odredbu članka 71, st.2. Zakonika, prema kojoj koncesionar po prestanku koncesije ima pravo "uzeti prinove i građevine koje je izgradio...".

tijelima lokalne samouprave i uprave, kao i za koncesije dane u dobrotvorne i druge svrhe od interesa Republike Hrvatske, ne plaća se naknada (čl.64, st.3). Naknade od koncesija na pomorskom dobru izvan lučkog područja smatraju se prihodom državnog proračuna. Pri tome se naknada za koncesije koje dodjeljuje županija u cijelosti ustupa skupštini županije na čijem je području ostvarena, dok se naknada za koncesije koje dodjeljuje Vlada uplaćuje na poseban račun. Naknade od koncesija koriste se u točno određene svrhe vezane uz pomorsko dobro, kao što su: održavanje, upravljanje, zaštita i unapređenje pomorskog dobra; održavanje i popravak malih luka; postavljanje i održavanje uređaja za sigurnost plovidbe u malim lukama; nabavka uređaja i opreme za spašavanje na moru ili za sprečavanje onečišćenja mora; pokriće troškova spašavanja ljudskih života na moru i otklanjanja opasnosti i štetnih posljedica onečišćenja; izrada znanstvenih i stručnih projekata u cilju očuvanja morskog okoliša i bogatstava mora (čl.57).

Ovlaštenik koncesije dužan je osigurati da treće osobe s kojima on stupa u pravne odnose s obzirom na dobivenu koncesiju ne upotrebljavaju pomorsko dobro suprotno uvjetima pod kojima mu je dana koncesija (čl.66, st.2).

Koncesije na pomorskom dobru daju se temeljem prava što ih na njemu ima Republika Hrvatska. Ovlaštenik koncesije nema pravo na naknadu štete od Republike Hrvatske ako je ostvarenje njegovih koncesioniranih prava ograničeno ranijim pravima trećih osoba, promjenom dobra prouzročenom prirodnim događajima ili pak uslijed građenja ili radova koji se vrše u interesu Republike Hrvatske (čl.66, st.1 i 3, te čl.68). U takvim slučajevima njemu se može srazmjerno smanjiti iznos naknade za koncesiju.

Kada to zahtijeva interes Republike Hrvatske, koji utvrđuje Sabor Republike Hrvatske, davatelj koncesije može koncesiju u cijelosti ili djelomično **opozvati**. Ako se koncesija opozove samo djelomično, njezin ovlaštenik ima pravo **odreći se** koncesije u cjelini. Izjavu o tome ovlaštenik koncesije dužan je dostaviti davatelju u roku od 30 dana od dana kada je primio izjavu o djelomičnom opozivu. Ako je ovlaštenik koncesije izgradio, u skladu s odlukom i ugovorom o koncesiji, neki objekt ili izvršio druga ulaganja na pomorskom dobru, on će u slučaju opoziva koncesije imati pravo na **naknadu štete** razmjerno vremenu za koje je prikraćen u vršenju ovlaštenja iz koncesije (čl.67).

Za raspravljanje svih pitanja i rješavanje svih sporova u svezi s davanjem, izvršavanjem, opozivom ili oduzimanjem koncesija, kao i izmjenama odluka o koncesiji na pomorskom dobru nadležno je Ministarstvo pomorstva, prometa i veza. Protiv rješenja Ministarstva žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor (čl.72).

### 2.2.3. Prestanak koncesije

Koncesija prestaje (čl.70):

- a) istekom vremena za koje je dana;
- b) odreknućem ovlaštenika koncesije;
- c) smrću, odnosno prestankom postojanja ovlaštenika ako nasljednici odnosno pravni sljednici pravodobno ne zatraže potvrdu koncesije;
- d) oduzimanjem koncesije od strane davatelja.

Koncesija se može oduzeti (čl.69):

- a) ako ovlaštenik koncesije ne izgradi u određenom roku postrojenje za čiju izgradnju mu je dana koncesija;

b) ako ovlaštenik koncesije krši odredbe Zakonika koje uređuju pomorsko dobro ili odgovarajućih podzakonskih akata, ili pak uvjete koncesije;

c) ako ovlaštenik koncesije ne iskorištava koncesiju ili je iskorištava u svrhe za koje mu koncesija nije dana ili preko mjere određene u koncesiji;

d) ako ovlaštenik koncesije bez odobrenja izvrši na koncesioniranom dijelu pomorskog dobra radnje koje nisu koncesijom predviđene ili su u suprotnosti s odobrenim projektom;

e) ako ovlaštenik koncesije neuredno plaća naknadu za koncesiju;

f) ako ovlaštenik koncesije ne održava ili nedovoljno održava ili zaštićuje pomorsko dobro s obzirom na način predviđen u odluci o koncesiji.

Odluku o prestanku koncesije donosi njezin davatelj. Kod namjeravanog oduzimanja koncesije, on će pozvati ovlaštenika da se u određenom roku izjasni o svojim radnjama i/ili propustima zbog kojih mu se koncesija namjerava oduzeti.

Ako koncesija prestaje uslijed isteka vremena, odreknuća ili oduzimanja, ovlaštenik koncesije nema pravo ni na kakvu **odštetu** (čl.71, st.1). Pravo na odštetu će prema tome postojati kod:

- opoziva koncesije (na način i pod uvjetima kako je to već spomenuto; v. gore, dio o opozivu i čl. 67. Zakonika), te

- prestanka koncesije uslijed propuštanja nasljednika, odnosno pravnog sljednika ovlaštenika koncesije da pravovremeno zatraže potvrdu koncesije.

Ovlaštenik koncesije će po prestanku koncesije imati pravo uzeti prinove i građevine koje je izgradio na pomorskom dobru temeljem koncesije, ako je to moguće po prirodi stvari i bez nanošenja veće štete pomorskom dobru. Ako to nije moguće, takve prinove i građevine će se, prema načelu *superficies solo cedit*, po prestanku koncesije smatrati pripadnošću pomorskog dobra. Davatelj koncesije može, međutim, tražiti od ovlaštenika da takve objekte o svom trošku u cijelosti ili djelomično ukloni i vrati pomorsko dobro u prijašnje stanje. Ako ovlaštenik ne udovolji tom davateljevom traženju u određenom roku i ne preda mu pomorsko dobro na slobodno raspolaganje, ta će se odluka izvršiti po službenoj dužnosti, a na trošak ovlaštenika koncesije (čl.71).

### 3. Stvaranje preduvjeta za primjenu odredbi o pomorskom dobru

Jedan od osnovnih preduvjeta za primjenu opisanoga režima pomorskog dobra jest **evidencija o pomorskom dobru**. Zakonik određuje da se evidencija o pomorskom dobru vodi po propisima o evidenciji nekretnina (čl.55). Osim ove općenite naznake, Zakonik ne određuje ništa o uspostavljanju i sadržaju te evidencije, ostavljajući to očito podzakonskim aktima. Među prijelaznim i završnim odredbama nailazimo na onu koja propisuje da će, do donošenja odgovarajućeg podzakonskog akta, i ukoliko nije u suprotnosti s odredbama Zakonika, na snazi ostati **Pravilnik o osnivanju i vođenju katastra pomorskog dobra** ("Narodne novine" br. 1/76). Zakonik, međutim, donošenje nekog novog podzakonskog akta o evidenciji pomorskog dobra uopće ne predviđa: među prijelaznim odredbama o dužnostima i ovlaštenjima određenih tijela na donošenje podzakonskih akata za primjenu Zakonika,<sup>15</sup> ne nalazimo odredbe koja bi nalažala donošenje propisa o vođenju evidencije pomorskog dobra. Osvrnut ćemo se

<sup>15</sup> V. članke 1041, 1043, 1044. te 1045.

stoga ukratko na važnije odredbe navedenog Pravilnika o osnivanju i vođenju katastra pomorskog dobra koje nisu u suprotnosti s odredbama Zakonika.

U katastru pomorskog dobra se utvrđuju, obrađuju i evidentiraju podaci o česticama pomorskog dobra glede njihova naziva, položaja, oblika, površine, načina iskorištavanja i korisnika pomorskog dobra, te podaci o pravima na tim česticama.

Česticom pomorskog dobra smatra se dio pomorskog dobra s objektom ili bez njega, ili samo objekt na pomorskom dobru, koji u fizičkom i funkcionalnom smislu predstavlja cjelinu, a dan je na korištenje istom korisniku ili je bez korisnika.

Svaka čestica označuje se brojem i nazivom katastarske općine u kojoj leži. Položaj i oblik svake čestice prikazuje se na katastarskim planovima pomorskog dobra, dok se ostali podaci upisuju u posebne propise i preglede. Planovi i odgovarajući popisi i pregledi koji se odnose na čestice na području jedne katastarske općine čine **katastarski operat pomorskog dobra** te katastarske općine.

Osnivanje katastra pomorskog dobra obuhvaća između ostalog: utvrđivanje i obilježavanje pojasa pomorskog dobra, utvrđivanje i obilježavanje pojedinih čestica, geodetsku izmjeru čestica i prikupljanje podataka o njihovom nazivu, načinu iskorištavanja i korisniku, te izradu katastarskog operata. Podaci o pomorskom dobru utvrđeni tijekom osnivanja katastra izlažu se na javni uvid radi provjeravanja i dopune podataka. Na izložene podatke korisnici mogu stavljati prigovore. Za rješavanje o tim prigovorima, kao i za promjenu podataka u katastarskom operatu predviđen je poseban postupak.

Drugi osnovni preduvjet za primjenu opisanog režima pomorskog dobra jest **uspostavljanje pomorskog dobra kao stvari izvan prometa**, na kojoj nema mogućnosti stjecanja bilo kakvih stvarnih prava, ali i **održavanje kontinuiteta u korištenju pomorskog dobra**. To će se postići posebnim postupkom, predviđenim člancima 1038-1040. Zakonika. Evo osnovnih značajki toga postupka u kojemu se najprije uređuje "sudbina" stvarnih prava na pomorskom dobru, a zatim status korisničkih prava.

Glede stvarnih prava na pomorskom dobru, zatečenih u vrijeme stupanja Zakonika na snagu, spomenute odredbe razlikuju tri situacije:

a) Ako na dan stupanja Zakonika na snagu na nekom dijelu pomorskog dobra postoji valjano stečeno pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo, koje je uspjele "odoljeti" nevlasničkom režimu ZPVDLP-a, nadležni javni pravobranitelj pokrenut će **postupak za izvlaštenje**, a bivši vlasnik stječe pravo korištenja izvlaštenog objekta temeljem koncesije, za koju neće plaćati naknadu sve dok ukupni iznos neplaćene naknade ne dosegne vrijednost oduzetog vlasništva.

b) Ako se radi o objektima od kulturnog, humanitarnog, vjerskog, povijesnog ili drugog javnog značaja, opisani postupak izvlaštenja uz automatsko stjecanje koncesije neće se primijeniti. Umjesto toga, dio pomorskog dobra na kojemu se nalaze navedeni objekti **odlukom Vlade će se isključiti iz opće upotrebe kao pomorsko dobro**, a u mjeri koja najmanje ograničuje opću upotrebu susjednih dijelova pomorskog dobra.

c) Ako vlasnik, odnosno nositelj drugog stvarnog prava na pomorskom dobru ne može dokazati valjan naslov i način stjecanja, nadležni javni pravobranitelj će putem **redovitog sudskog postupka zatražiti da se to dobro utvrdi kao pomorsko dobro**. Ta osoba nema pravo na naknadu štete, a prinove i građevine koje je izgradio, može ukloniti samo ako je to po prirodi stvari moguće bez štete za pomorsko dobro. U ovom slučaju nema ni automatskog stjecanja koncesije kao u slučaju pod a) gore.



Status zatečenih korisničkih prava uređuje se na slijedeći način. Nakon stupanja na snagu Zakonika, nadležni županijski ured za pomorstvo objavit će **poziv** svim korisnicima pomorskog dobra koji su to pravo stekli po ZPVDLP-u, da **prijave** odluku o davanju pomorskog dobra na korištenje, kako bi se ta odluka **zamijenila odgovarajućim ugovorom i odlukom o koncesiji**. Svaki takav poziv treba objaviti tri puta u službenim glasilima i u važnijim dnevnim novinama, te oglasom u općinama na čijem se području nalazi dotično pomorsko dobro. Prijave se trebaju podnijeti u roku od šest mjeseci od dana objave trećeg oglasa u "Narodnim novinama". Ako korisnik pomorskog dobra pravodobno ne prijavi odluku, ona prestaje važiti *ex lege*. Ako pak ovlaštenik kod prijave ne pruži dokaz o dobivenom pravu korištenja pomorskog dobra, njegovu opsegu i pravnom naslovu stjecanja, smatrat će se da to pravo nije ni stekao. One odluke kojima se vrijeđaju posebni propisi o zaštiti okoliša prestat će vrijediti u roku od dvije godine, a prema programu koji će izraditi Ministarstvo pomorstva, prometa i veza u roku od godinu dana od dana stupanja Zakonika na snagu. Objekti izgrađeni temeljem takvih odluka uklonit će se s pomorskog dobra iz sredstava ostvarenih temeljem naknada za koncesije.

### Umjesto zaključka

Zbog značajnih gospodarskih interesa vezanih uz korištenje hrvatske obale, upravo one odredbe Pomorskog zakonika koje uređuju građu pomorskog dobra postale su predmetom žive diskusije, kako u vrijeme pripreme Zakonika, tako i po njegovu donošenju. Određene strahove glede toga što sve treba smatrati pomorskim dobrom izazvalo je uklanjanje riječi "najmanje" kod određivanja širine obalne komponente pomorskog dobra u metrima, te okolnost da Zakonik u pomorsko dobro izričito ne ubraja luke kao jedan od najvrjednijih i time najbitnijih dijelova hrvatske obale. Sumnje u učinkovitost imovinskopravne zaštite pomorskog dobra kao općeg dobra u "nevlasničkom" režimu unijele su i odredbe iz kojih proizlazi da je osoba koji je temeljem koncesije izgradila objekt na pomorskom dobru "privremeni" vlasnik toga objekta.

Budući da će luke biti predmetom uređenja posebnog zakona, koji je upravo u pripremi, te da se odredbe Zakonika koje se tiču pomorskog dobra izriječno nadovezuju upravo na taj posebni zakon, smatramo da će se cjelovita slika o učinkovitosti pravne zaštite luka moći dobiti tek po donošenju Zakona o lukama, zajedničkim čitanjem toga zakona i Pomorskog zakonika.

### Summary

#### THE REGIME OF THE COASTAL ZONE IN THE MARITIME CODE OF CROATIA

The Maritime Code of Croatia comprises a wide range of topics connected with the sea and navigation. Amongst them is the legal regime of the Croatian coastal zone, a topic previously regulated by a separate statute. It is this subject which, due to the substantial commercial interests involved, provoked a vigorous debate, both before and after the Code had been promulgated. Although the Code's provisions on the scope and contents of the zone resemble the legislative technique of the previous regulation, the extent of the land component of the zone is defined in a substantially different manner. The possibilities of commercial use of the zone are regulated in a completely new manner, through the regime of concessions.

## SPECIFIČNOSTI RADNOG ODNOSA LUČKIH RADNIKA U ITALIJI\*

SANDRA LALETA, stručni suradnik  
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 331.104:656.615(450)  
Ur. 15. srpnja 1994.  
Pregledni znanstveni članak

*Članak sadrži prikaz specifičnih obilježja radnopravnog statusa lučkih radnika u Italiji. U prijelaznome trenutku značajnih promjena talijanskog pomorskog i lučkog zakonodavstva, radni je odnos lučkih radnika, s jedne strane, ranije važećim Plovidbenim zakonikom i provedbenim propisima oblikovani odnos s jakim javnopravnim obilježjima, kao segment discipline lučkoga rada, dok je s druge strane, zakonskim promjenama projiciran kao radni odnos u uvjetima slobodne tržišne utakmice u lučkoj djelatnosti, suglasan europskim normama i standardima.*

### 1. Uvod

Radni odnosi lučkih radnika poimaju se već tradicionalno specifičnima. Kako su lučke operacije nezaobilazna karika u lancu prometa robe morem, status je lučkoga radnika potrebno izučavati kao segment složenoga tkiva "lučkoga rada".

Aktualni radnopravni položaj lučkih radnika u Italiji plod je istinske evolucije koju je ovaj, kroz stvaranje discipline lučkoga rada<sup>1</sup>, prošao od onog prvog, "lučkog istovarivača" ("*scaricatore del porto*"), do danas specijaliziranog i polivalentnog lučkog radnika.

Osobit pečat specifičnosti dao je, u 40 godina svoje primjene, kao *lex specialis* za radne odnose određenih kategorija radnika u lukama, 1952. godine doneseni Plovidbeni zakonik ("*Codice della navigazione*"), te Pravilnik za njegovu provedbu ("*Regolamento della navigazione marittima*") (u daljnjem tekstu: Pravilnik)<sup>2</sup>. Plovidbenim zakonikom radni odnosi lučkih radnika bili su regulirani u dijelu III.-pogl.IV., te u dijelu IV.-pogl.I. Poglavlje IV., "O lučkome radu", sadrži osnovna načela normativne strukture

\* Predmetni rad je izrađen u okviru istraživačkoga projekta 5-03-312 Ministarstva znanosti i tehnologije Republike Hrvatske "Hrvatski pomorci na stranim brodovima - krivična i građanskopravna zaštita - de lege ferenda."

<sup>1</sup> Povijesno gledano, temelji današnjeg pravnog poretka discipline lučkoga rada u talijanskom pravu nalaze se u onim normama kojima je zakonodavac po prvi puta intervenirao u ukupnost poslova ukrcaja i iskrcaja, skladištenja i, općenito, prometa robe u najvažnijim pomorskim lukama Italije, kao i u nizu normi općenitijeg karaktera koje su uređivale posebice pitanja, ograničenja broja osoba ovlaštenih da obavljaju službu ukrcaja i iskrcaja, kao i broja poduzeća ovlaštenih da pružaju lučke usluge; obveznog upisa u posebne registre lučkih radnika; duljine radnog vremena; tarifa; osnivanja Ureda lučkoga rada pri lučkim kapetanijama i njegovih ovlasti; stvaranja pravila o lučkoj radnoj snazi osnivanjem lučkih udruga i druga. Tako stvoreni pravni okvir zaokružili su Plovidbeni zakonik i Pravilnik za provedbu Plovidbenog zakonika. FIORILLO, Luigi, *Lavoro portuale*, Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVIII., Roma, 1990., str. 1.

<sup>2</sup> Decreto del Presidente della Repubblica, 15. 2. 1952., n. 328.

lučkoga rada, a iz odredbi poglavlja I., "O pomorskom osoblju", proizlazi da su lučki radnici uvršteni u kategoriju osoblja zaposlenog u luci, koje se upisuje u registre, te s pomorcima i tehničkim osobljem u brodogradnji čini pomorsko osoblje. Odredbe Zakonika razrađuje Pravilnik<sup>3</sup> te niz izvršnih akata (dekreata), u kojima talijanski teoretičar Iannuzzi pronalazi pravu i svojstvenu kodifikaciju pravnog statuta lučkoga rada.<sup>4</sup>

Aktualno pomorsko i lučko zakonodavstvo u Italiji u znaku je temeljitih promjena. U skladu sa Zakonom o promjeni lučkog zakonodavstva, donesenim početkom ove godine, na lučke radnike više se ne primjenjuju naprijed spomenute odredbe Plovidbenog zakonika, Pravilnika i drugih provedbenih propisa.

Ovaj prijelazni period možda je pravi trenutak da se o specifičnosti radnog odnosa lučkih radnika u Italiji progovori iz perspektive onoga što jest, i naznači ono što tek ima doći.

## 2. Obilježja radnog odnosa lučkih radnika

Uz određene oblike autonomnog reguliranja, jaki su različiti oblici intervencije i kontrole države u sferi organizacije, djelatnosti i poslovanja luka i lučko-transportnih poduzeća (tijela, organizacija), kao i u sferi rada i radnih i životnih uvjeta lučkih radnika. "To se opravdava time što se ta djelatnost definira kao djelatnost od posebnog društvenog interesa i što bi se rad lučkih radnika trebao obavljati u punoj sigurnosti i u što povoljnijim uvjetima."<sup>5</sup> Ovo mora osigurati svaka država svojim nacionalnim zakonodavstvom (te posebice predvidjeti sankcije za kršenje odredaba o zaštiti rada lučkih radnika).<sup>6</sup>

Talijansko je pravo primjer snažnog upliva države u materiju lučkoga rada, a pretežnost javnopravnih elemenata u specifičnim radnim odnosima lučkih radnika

<sup>3</sup> Posebice ova pitanja,

- ustanovljenje, djelatnost i ovlaštenja uprave nadležne za reguliranje rada u lukama;

- radni odnos lučkih radnika (II. dio, definicija lučkog radnika; kategorije lučkih radnika; registri lučkih radnika; sadržaj registara; uvjeti za upis u registre; primanje lučkih radnika; rang-lista kandidata; identifikacijska knjižica; brisanje iz registra; promjena kategorije; smanjenje broja radnih mjesta; dužnosti lučkih radnika; otkazi; prigodni radnici);

- ustrojstvo, funkcioniranje i ukidanje udruga i lučkih grupacija;

- kriterije za dodjeljivanje, od strane upravnih vlasti, koncesija poduzećima za obavljanje lučkih operacija.

<sup>4</sup> IANNUZZI, Mario, *Le compagnie portuali*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1954., str. 2. Autor dalje zaključuje, "Siromastvu zakona kao direktnom izvoru pravnog reguliranja odgovara, kao logična korelacija, bogatstvo (podzakonskih, op.a.) propisa, u kojima je navedena materija lučkih udruga i lučkoga rada uopće jedna disciplina potanko izložena, usklađena i razmjerno potpuna."

<sup>5</sup> TINTIĆ, Nikola, *Obalni (lučki) radnik*, Pomorska enciklopedija, Zagreb, Jugoslavenski leksikografski zavod, 1978., str. 488.

<sup>6</sup> Takvi se oblici intervencije, zaštite i kontrole izražavaju napose, upisom lučkih radnika u registar (odn. različite registre - za stalne, prigodne, privremene lučke radnike) koji vodi vlast nadležna za pitanja lučkoga rada, uz određivanje uvjeta za upis; utvrđivanjem ili odobravanjem tarifa i nadzorom nad njihovom primjenom; utvrđivanjem programa rada luke, uz nadzor nad njegovim izvršavanjem; utvrđivanjem ovlaštenja, dužnosti i odgovornosti nadležnih državnih i drugih organa i organizacija u vezi s inspekcijom rada u lukama, a isto tako i u vezi sa statusom lučko-transportnih poduzeća i lučkih radnika; ovlaštenjem u vezi s koordinacijom aktivnosti lučkoga rada (široka ovlaštenja imaju izvršni organi, uprava i sl.); obilježavanjem rada lučkih radnika kao rada na poslovima od posebnog društvenog interesa; institucionalizacijom različitih oblika organiziranja lučkoga rada, odn. udruživanja lučkih radnika u organizaciju lučko-transportnoga rada; uvođenjem posebnih oblika socijalne sigurnosti lučkih radnika, napose, stvaranjem posebnih blagajni, fondova socijalnog osiguranja, socijalne sigurnosti i socijalne zaštite, osobito u slučaju nezaposlenosti. Loc. cit.

dopušta prihvaćanje Iannuzzijevog stava o profesiji lučkih radnika kao "kontroliranoj profesiji" ("*professione controllata*").<sup>7</sup>

### 2.1. Javnopravna obilježja lučkoga rada

Disciplina lučkoga rada obilježena je javnopravnim elementima već zbog same činjenice što je takva djelatnost usko povezana s uporabom luke kao javnog dobra od primarne važnosti: "Pravo zajednice da ovo dobro koristi uključuje nužno i to da su i djelatnosti čija je primarna svrha njegova upotreba uređene tako da se vodi računa o javnoj svrsi koju korištenje luke pretpostavlja."<sup>8</sup>

Povijesna analiza lučkoga rada u Italiji pokazuje, po Querciju, kako ova gospodarska aktivnost biva postepeno podvrgnuta opsežnoj i strogoj javnoj kontroli koja traži znatna ograničenja privatne gospodarske inicijative.<sup>9</sup>

Načela kojima je bila nadahnuta do sada važeća regulativa, oživotvorena u Plovidbenom zakoniku i izvedbenom Pravilniku, sastoje se u:

- rezervi, u korist udruga ("*compagnia*") i grupacija lučkih radnika ("*gruppi portuali*"), svih operacija istovara, utovara, prekrcaja, skladištenja i premještanja robe (izuzev posebnih slučajeva utvrđenih od strane Ministarstva trgovačke mornarice) (čl. 108, 110 Zakonika);

- određivanju, od strane pomorskih uprava, radnog vremena, normi za vršenje operacija, te odobravanju obračunskih tarifa za radnu snagu i u dosljednom nadzoru nad primjenom istih (čl. 112 Zakonika);

- tehničkoj organizaciji rada i nadzoru nad izvođenjem lučkih operacija (od strane zapovjednika luke ("*comandante del porto*"), ili ureda lučkoga rada ("*Uffici del lavoro portuale*") kojima upravlja lučki službenik ("*Ufficiale di porto*") uz pomoć Savjeta za lučki rad ("*Consiglio del lavoro portuale*");

- selekciji i ograničenju broja lučkih poduzeća, određivanju tarifa za njihove usluge i u nadzoru nad njihovom aktivnošću od strane pomorske uprave (čl. 111, 112 Zakonika);

- selekciji lučkih radnika, ograničavanjem njihova brojnog stanja, proporcionalno potrebama pomorskog prometa, te njihovim obveznim okupljanjem u udruge i grupacije (čl. 148-160 Pravilnika);

- stvaranjem, u većim lukama, ureda za lučki rad, čija je zadaća provođenje poretka lučkoga rada (čl. 109 Zakonika).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> IANNUZZI, op.cit., str. 24.

<sup>8</sup> FIORILLO, op.cit., str. 2.

<sup>9</sup> Svrha je zaštititi dva temeljna zahtjeva, jedan, ekonomskog karaktera, a taj je zajamčiti efikasnost luka takvim sistemom rada koji će korisnicima osigurati neprekidnu dostupnost potrebnog broja kvalificirane radne snage spremne da odgovori na svako traženje obavljanja rada, po naravi neredovitog, isprekidanog i posebno intenzivnog u, tzv., špicama; drugi, socijalnog karaktera - osloboditi radnika sistematskog uzimanja udjela od strane posrednika. QUERCI, F. A., *Il lavoro portuale in Italia, Il diritto marittimo*, Genova, 1983., 1-2, str. 100-101.

<sup>10</sup> Navedimo samo neke od brojnih zadaća upravnih organa (ureda za lučki rad i, u manjim lukama, zapovjednika) nadležnih za uređivanje i kontrolu lučkoga rada, koje se tiču radnog odnosa lučkih radnika, vođenje registra lučkih radnika i registra lučkih poduzeća; čuvanje akata o osnivanju i funkcioniranju udruga; kontrola upravljanja i funkcioniranja udruga; utvrđivanje kriterija za poziv na posao i izmjenu radnika; osiguranje organizacije rada u vezi s pojedinačnim potrebama prometa u luci, nadzor nad normama i tarifama lučkoga rada; nadzor nad izvršenjem lučkih operacija; osiguranje provođenja odluka Savjeta za lučki rad; svi zadaci vezani uz

Za lučki rad u Italiji može se ustvrditi da je sektor tipično planske strukture, centraliziran u državnom organu (Ministarstvu pomorstva). Titulari djelatnosti lučkoga rada podvrgnuti su općem zakonodavnom određivanju programa, čiji je sadržaj određen diskrecionim kriterijima pomorske uprave, kojoj su dodijeljene funkcije planiranja, upravljanja i kontrole cjelokupnog radnog ciklusa.<sup>11</sup>

## 2.2. Pojmovno određenje lučkog radnika

Pravilnik je definirao lučke radnike kao sve osobe zaposlene na lučkim operacijama i drugim operacijama označenim pojedinačnim tarifama (osim izuzetaka predviđenih dekretima o osnivanju ureda za lučki rad) (čl. 148). Kako iz slova Zakonika slijedi da lučke operacije čine operacije ukrcaja, iskrcaja, prenošenja, skladištenja i, općenito, premještanja tereta, to se lučkim radnikom mogu smatrati sve osobe koje vrše te, "... kao i druge, njima supsidijarne i komplementarne operacije."<sup>12</sup>

Teoretičar pomorskoga prava Querci svrstava pod pojam "lučkog radnika" cijeli niz kvalificiranih i specijaliziranih radnika, počevši od slugača, vinčmana, iskrivača, mjerioca, brojača, dizalčara, pa do mehaničara i vozača traktora.<sup>13</sup>

Ovakvo je razgraničenje pojmova važno jer određuje položaj radnika te primjenu odgovarajućih propisa.<sup>14</sup> Tako su u talijanskom pravu lučki radnici već samim zakonom bili izjednačeni s pomorcima, jer je zakonodavac nazivom "pomorsko osoblje" ("*il personale marittimo*"), uz pomorce i tehničko osoblje u brodogradnji, obuhvatio i osoblje pogodno za lučke usluge ("*il personale addeto ai servizi dei porti*")<sup>15</sup>, specificirajući, nadalje, da ove posljednje čine: piloti, lučki radnici, ronioci (u lokalnoj službi), privezivači brodova i barkajoli (lađari)<sup>16</sup>. Ministar prometa mogao je, vodeći računa o karakteristikama i zahtjevima prometa, odrediti i druge kategorije osoba

---

natječaj za lučkog radnika; odobravanje molbe radnika da radi u drugoj kategoriji od one u koju je upisan u registru; uređenje trajnog premještanja viška radnika iz jedne u drugu kategoriju; ukidanje radnih mjesta; vođenje registra "povremenih" radnika; potvrđivanje internog pravilnika udruge i dr.

<sup>11</sup> QUERCI, op.cit., str. 102.

<sup>12</sup> FIORILLO, op.cit., str. 3.

<sup>13</sup> QUERCI, F.A., *Il lavoro portuale*, Milano, 1972, str. 21-22.

Prema Pravilniku o lučkomu radu Autonomnog Konzorcija Luke Genova iz 1953. godine lučkim se radnicima smatraju radnici zaposleni na operacijama koje su definirane kao lučki rad, operacije ukrcaja, iskrcaja, prekrcaja, skladištenja i uopće prometa robe i prtljage koje uključuju osobni rad, a osim toga i dodatne i dopunske operacije ambalažera, izrađivača sanduka, mjerača i radnika na teglenicama. Pravilnikom se ne smatra kao lučki rad, rad radnika zaposlenih na popravljanju, održavanju, preinačenju i demoliranju brodova; rad osoblja zaduženog za poslove i usluge unutar pogona ovlaštenih od strane Konzorcija za obavljanje svoje djelatnosti na području samog Konzorcija; operacije povezane s manipulacijama robom namijenjenom službama Konzorcija ili Državnoj željeznici; iskrcaj iz vagona robe koja dolazi iz unutrašnjosti ili drugih mjesta u luci, i koja je namijenjena za poslovanje tvornica određenih in dustrijskih grana koje postoje na području Konzorcija itd. *Regolamento per il lavoro portuale*, Consorzio Autonomo del Porto di Genova, 1953., str. 7-8.

<sup>14</sup> Niti u aktima Međunarodne organizacije rada pojam lučkoga radnika nije definiran na uobičajen način. U starijim konvencijama (Konvenciji br. 28 iz 1929. o zaštiti od nezgoda na radu radnika zaposlenih na ukrcavanju ili iskrcavanju brodova i Konvenciji br. 32 iz 1932. istog naziva) definiranjem "lučkih operacija" utvrđivao se i pojam "lučkog radnika" kao osobe zaposlene na tim operacijama. Nove su konvencije (Konvencija br. 137 iz 1973. o socijalnim reperkusijama novih metoda rada u lukama i Konvencija br. 152 iz 1979. o tehničkoj sigurnosti i higijeni lučkoga rada) učinile značajan korak naprijed prepuštajući nacionalnim zakonodavstvima i praksi da sami definiraju "lučki rad" i "lučkog radnika", a u vezi s novim metodama rukovanja teretom i njihovim utjecajem na raznovrsne poslove lučkih radnika.

<sup>15</sup> Čl. 114 Zakonika.

<sup>16</sup> Čl. 116 Zakonika.

podgovornih za rad u luci, držeci pod kontrolom, kad je to potrebno, zapošljavanje radne snage.<sup>17</sup>

Lučki radnik u Italiji profesionalni je radnik, koji takav status stječe upisom u poseban registar lučkih radnika, a privremeni manjak radne snage rješava se privremenim angažiranjem, tzv., prigodnih radnika ("*lavoratori occasionali*").

Lučki se radnici dijele u kategorije određene, prema zajedničkim obilježjima, kao i broju posloprimaca koji im pripadaju, a na osnovi potreba različitih grana prometa, od strane Savjeta ili Komisije za lučki rad. Pripadnost radnika pojedinoj kategoriji upisuje se u registar lučkih radnika, a pravilo je da lučki radnik može biti određen da privremeno radi i na poslovima druge kategorije samo uz odobrenje nadležne uprave. Iznimka su stanja viškova radnika jedne kategorije, koja se javljaju u vezi s veličinom prometa, kada nadležna uprava može, prema kriterijima koje je sama utvrdila, definitivno premjestiti prekobrojne radnike u druge srodne kategorije u kojima se iskazuje manjak radne snage i za koje takvi radnici imaju neophodnu stručnu sposobnost.<sup>18</sup>

Kolektivni ugovor za područje lučkoga rada (u daljnjem tekstu: Kolektivni ugovor) razlikuje dvije profesionalne razine lučkih radnika, članova lučkih udruga: specijalizirane lučke radnike (kojima odgovara 5. stupanj opće klasifikacijske ljestvice), te polivalentne lučke radnike (4. stupanj iste ljestvice).<sup>19</sup>

### 2.3. Zasnivanje radnog odnosa (primanje u službu)

#### 2.3.1. Postupak

Zasnivanje radnog odnosa lučkih radnika temelji se na Plovidbenim zakonikom predviđenom upisu u registre lučkih radnika nakon provedenog postupka javnog natječaja. Upis u takav posebni registar preduvjet je zakonitog obavljanja rada. Natječaj se pojavljuje kao akt izvršenja odluke donesene od Ministarstva pomorstva, a na prijedlog Savjeta ili Komisije za lučki rad (kao organa koji u lučkoj ustanovi provodi postupak zapošljavanja), koji "predlaže ministru pomorstva otvaranje novih radnih mjesta i broj mjesta u natječaju".<sup>20</sup> Natječaj se objavljuje putem oglasa.

Utvrđivanje postojanja neophodnih svojstava kandidata predstavlja ustvari ocjenjivanje isprava koje kandidati prilažu uz molbu, valjanih da dokažu ispunjenje traženih uvjeta. Kriterije ocjenjivanja postavlja Ministarstvo pomorstva.

Po završetku postupka utvrđivanja postojanja neophodnih svojstava kandidata, Savjet ili Komisija za lučki rad izrađuje rang-listu kandidata. Ona je podložna potvrdi od strane nadležne vlasti lučkoga rada<sup>21</sup>, koja istovremeno naređuje njezinu objavu na oglasnoj ploči lučkoga ureda. Protiv rang-liste dozvoljena je, unutar roka od 30 dana od dana objave, žalba šefu odjela, koji potvrđuje ili mijenja rang-listu.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Čl. 116/2 Zakonika.

<sup>18</sup> Čl. 157 Pravilnika.

<sup>19</sup> Contratto d'area portuale, Piattaforma rivendicativa per il rinnovo dei C.C.N.L. dei lavoratori, 1990.

<sup>20</sup> Član 153. Pravilnika. Na ovu regulativu nadovezuje se serija okružnica Ministarstva pomorstva, koje specificiraju načine za provođenje natječaja, kao i kriterije za sastavljanje rang-liste.

<sup>21</sup> Ova se potvrda ograničava samo na utvrđivanje zakonitosti rang-liste.

<sup>22</sup> Radi se, dakle, o žalbi protiv odluke kolegijalnog organa, a za odlučivanje je nadležan pojedina. Iannuzzi tu vidi hijerarhijski pogrešno postavljenu žalbu. IANNUZZI, op. cit., str. 30.

Oni kandidati koji su prema rang-listi obuhvaćeni brojem slobodnih radnih mjesta, upisuju se u registre lučkih radnika. Registri, podijeljeni po kategorijama, vode se kod nadležnih vlasti.<sup>23</sup> U njih se za svakog radnika, uz fotografiju, upisuju sljedeći podaci: redni broj i datum upisa; generalije, mjesto i datum rođenja i boravište; stupanj obrazovanja; upis u regrutne liste; svršetak vojnog roka; svaki podatak o vojnoj službi i službi u Trgovačkoj mornarici; potvrde (dokazi) o vojnim i građanskim zaslugama; obiteljsko stanje; nesreće na poslu, disciplinske kazne; osude za bilo koje kažnjivo djelo; datum i razlog brisanja (iz registra). Uz ove, u registre se mogu upisivati sve druge bilješke koje se ocijene oportunistički. Upisanome radniku izdaje se identifikacijska knjižica.

U talijanskoj pravnoj teoriji prijeporna je narav upravnog akta kojim se kandidat "uvrštava" u lučke radnike.<sup>24</sup> Iannuzzi vidi u upisu u registar lučkih radnika akt konstitutivnog utvrđivanja. Naime, prije upisa kandidat nema status profesionalnog radnika kao ni prava ni obveze koje on sobom nosi; može se uzeti da kandidat koji ispunjava tražene uvjete ima pravo na upis, ali ovo je pravo ciljem ograničeno samo na donošenje konstitutivnog akta o profesionalnom statusu. Tako se uz akte utvrđivanja, opskrbjene jedino dekretarnom snagom, javljaju i akti u kojima se, na osnovi izvršenog utvrđivanja uvjeta i svojstava predviđenih zakonom, odlučuje o dodjeljivanju subjektu nekog prava (ili nekog pravnog stanja koje ranije nije postojalo), tzv., konstitutivni akti utvrđivanja. I ograničenje broja primljenih radnika, nužnošću selekcije putem formiranja rang-liste, može se promatrati kao prekoračenje okvira jednostavnog utvrđivanja od strane upravnog organa. No u stvarnosti radi se o ocjenjivanju upravljenom na utvrđivanje redosljeda prvenstva u skladu s važećim kriterijima.<sup>25</sup>

### 2.3.2. Uvjeti

Uvjeti koje mora ispunjavati kandidat za lučkog radnika taksativno su određeni Pravilnikom i po svojoj su naravi: objektivni - životna dob, državljanstvo, boravište, nekažnjavanost za određena krivična djela, i dokazuju se ispravama koje se prilažu molbi; i oni koji podliježu ocjeni organa uprave: dobra fizička konstitucija, dobro moralno i civilno ponašanje.<sup>26</sup> Neki od ovih uvjeta preduvjeti su stalnosti zaposlenja pa će njihovo nepostojanje biti razlogom za brisanje lučkog radnika iz registra.

U talijanskom pravu prihvaćena je metoda kojom se uz donju, postavlja i gornja granica životne dobi kao uvjet za zaposlenje lučkog radnika. Tako se u registar može upisati radnik stariji od 18, ali mlađi od 35 godina, a u slučajevima predviđenim specijalnim zakonima dozvoljeno je odstupanje od ovog pravila. Na ovaj se način dobiva populacija radnika fizički i psihički sposobnih, koja može odgovoriti potrebama lučkoga rada. Jedan su od najčešćih razloga postavljanja gornje granice dobi razlozi radnoga mjesta (teški fizički poslovi koji zahtijevaju psihofizički zdravog radnika). Ovakvo bi se rješenje moglo predložiti i našem lučkom zakonodavcu - ne bi bilo suvišno

<sup>23</sup> Model registra odobrava Ministarstvo pomorstva.

<sup>24</sup> Pravilnik govori o "primanju među lučke radnike" ("ammissione") kao aktu usmjerenom primanju pojedinca u određenu organizaciju, ili, jednostavno, u posebnu kategoriju osoba sa ciljem da sudjeluje u određenim pravima ili privilegijama. IANNUZZI, op.cit., u bilj. 2, str. 25.

<sup>25</sup> Ibid, str. 24-29.

<sup>26</sup> Čl. 152 Pravilnika.

postaviti još jednu dobnu granicu zaštite za one lučke radnike koji to po prvi puta postaju u nešto kasnijoj životnoj dobi.

Poslove lučkog radnika može u Italiji obavljati samo talijanski državljanin. Uvjet državljanstva zemlje u kojoj se zasniva radni odnos vezuje se uz poslove koji su po svojoj naravi takvi da se njihovo izvršavanje ne može povjeriti stranim državljanima.

Lučki radnik mora biti zdrave i jake fizičke konstitucije, koju će ustanoviti lučki liječnik, a u njegovu odsustvu liječnik određen od šefa (lučkog) odjela. Iako talijanski propisi inzistiraju samo na fizičkoj sposobnosti radnika, a ne i psihičkoj, smatramo da je riječ o nomotehničkom propustu koji se otklanja u praksi, jer je vjerojatno da će liječnik pri pregledu utvrđivati, uz fizičko, i psihičko zdravlje i stabilnost lučkoga radnika, koji su neophodan uvjet sigurnosti lučkoga rada.

Sljedeći uvjet što ga mora ispunjavati lučki radnik u Italiji, jest neosuđivanost za kaznena djela i druge delikte taksativno utvrđene. Uvjet neosuđivanosti izražen je negativno pa tako lučki radnik može biti osoba neosuđivana:

- a) na određene kazne - za krivična djela na kaznu zatvora u trajanju dužem od 3 godine;
- b) zbog određenih krivičnih djela - šverca, krađe, prijevare, utaje, utaje poreza;
- c) za delikt protiv javne vjere.

Neosuđivanom se smatra i osoba koja je "rehabilitirana".

Uvjet dobrog, moralnog i civilnog ponašanja lučkog radnika može se označiti moralnom pogodnošću u užem smislu, dok bi u pojam moralne pogodnosti u širem smislu, uz dobro ponašanje, ulazila i neosuđivanost lučkog radnika.<sup>27</sup> Lučki radnik treba biti osoba koja nije sklona upotrebi alkohola, droga i drugih opojnih sredstava, koja nije agresivna i sklona tučama. Bilo bi zanimljivo istražiti na koji se način i da li dovoljno efikasno može provjeriti ispunjavanje ovog uvjeta prije zaposlenja.<sup>28</sup>

Kandidat za lučkog radnika mora, nadalje, imati boravište na području općine u kojoj je luka ili pristanište u kojem namjerava obavljati svoju aktivnost, ili u obližnjoj općini.<sup>29</sup>

#### 2.4. Dužnosti i odgovornosti lučkog radnika

Obilježje javnopravnosti sadrže i dužnosti i odgovornosti lučkih radnika, koje, tvrdi Iannuzzi, otkrivaju da između države i samih radnika postoji "...odnos posebne vlasti, obilježen posebnom neposrednošću i intenzitetom".<sup>30</sup>

Dužnosti lučkog radnika primjerično navedene u čl. 159 Pravilnika jesu:

1. da se pojavljuje redovito na pozivima i na poslu;

<sup>27</sup> Vidjeti TINTIĆ, Nikola, *Radna i socijalno pravo*, Knjiga prva, Radni odnosi, sv. II., Zagreb, Narodne novine, 1972., str. 67.

<sup>28</sup> U našem pravu nema ovog posebnog uvjeta za zasnivanje radnog odnosa lučkih radnika. Alkoholizam i agresivno ponašanje na radnom mjestu, česte pojave među lučkim radnicima, predviđeni su oblici povreda radne discipline i dužnosti.

<sup>29</sup> Ni ovog uvjeta nema u našim lučkim propisima. Tintić ga smatra uvjetovanim prirodom posla (radnikova uspješnost na radu ovisi upravo o stalnoj nastanjenosti u onom mjestu u kojem je zaposlen) i utvrđuje da se radi "o mjestu za koje se ta osoba, stupanjem u radni odnos, sama odlučila da bude mjesto njezina rada i interesa (constitutio rerum et fortunarum)." TINTIĆ, op. cit., str. 67.

<sup>30</sup> IANNUZZI, op.cit., str. 31.



2. da nosi sa sobom i pokaže na svako traženje službenika i predstavnika pomorske uprave i javnih vlasti identifikacijsku knjižicu;
3. da ga drugi ne zamijene u njegovu poslu;
4. da odmah obavijesti o bolestima, promjeni boravišta, pozivu u vojsku i svim okolnostima koje mogu utjecati na mogućnost njegova pronalaženja;
5. da ne odsustvuje s posla i ne prekida ga bez dopuštenja onih koji upravljaju, ili nadziru operacije.<sup>31</sup>

Obveze lučkog radnika da se redovito pojavljuje na pozivima i na poslu, da ne odsustvuje s posla bez odobrenja i da bude uvijek "*dostupan*", tumače se i kao izraz profesionalnosti njegova rada, tj. "*... di un generale dovere professionale a tempo pieno non conciliabile con la possibilità di dedicare ad altre mansioni professionali parte della propria attività.*"<sup>32</sup>

Lučke udruge svojim internim propisima određuju i dodatne dužnosti. Spomenutim Kolektivnim ugovorom traži se da: odnosi između radnika na svim razinama u organizaciji budu prožeti korektnošću i dobrim ophođenjem; na nadređenim i rukovodećim radnicima je da, sukladno dostojanstvu radnika, u odnosima s radnicima postupaju u duhu suradnje i uljudnosti; radnici su dužni pridržavati se radnog vremena i postupka kontrole prisutnosti, povjerene im dužnosti obavljati s dužnom brižljivošću, paziti na radne prostorije i na sve što im je u radu povjereno, pridržavati se odredbi kolektivnog ugovora i naredbi od strane nadređenih; radnik se treba suzdržavati od sudjelovanja, direktnog ili indirektnog, u koncesijama u onim poslovima u kojima interes ima lučko poduzeće, ustanova, udruga ili lučka grupacija, ili privatno poduzeće kojemu pripada, kao i od sastavljanja, za račun trećega, akata koji trebaju biti podvrgnuti odluci uprave; u svakom slučaju, radnik lučkog poduzeća ne smije obavljati djelatnost ili profesiju, niti prihvatiti obveze u društvima s lukrativnim ciljem; zabranjeno mu je da strancima ili osobama koje na to nemaju pravo, daje informacije i obavijesti vezane za mjere ili poslove upravljanja, čak i ako se ne radi o povjerljivim dokumentima, a do kojih je došao u obavljanju posla; radnik je obavezan pridržavati se važećih normi o prevenciji nesreća i onih posebnih normi propisanih u materiji lučkoga rada.<sup>33</sup>

Za kršenje dužnosti, u skladu s čl. 1251 Plovidbenog zakonika, radnici su disciplinski odgovorni, a prema težini disciplinskog djela može im se izreći novčana kazna, zabrana bavljenja profesijom do 3 mjeseca, te kazna brisanja iz registra (čl. 1254).

## 2.5. Radno vrijeme

Redovno radno vrijeme lučkih radnika, u skladu s Pravilnikom, iznosi 40 sati tjedno i raspoređeno je na pet radnih dana (od ponedjeljka do petka). Jedna stalna smjena predviđena je subotom ujutro u trajanju od šest i pol sati. O svim pitanjima u vezi s početkom radnog vremena, prekidom za obrok i nastavkom operacija odlučuju nadležne lučke vlasti.

<sup>31</sup> Čl. 159 Pravilnika.

<sup>32</sup> Članak 14, *Regolamentazione nazionale per i lavoratori delle compagnie e gruppi portuali*, Federazione unitaria lavoratori portuali, Roma, 1979., str. 17.

<sup>33</sup> Čl. 6 (Comportamento, responsabilità e incompatibilità) *Contratto d'area portuale*.

Osim u redovnom radnom vremenu, lučki radnik može svoj posao obavljati i u smjenskome radu, u kojemu radno vrijeme iznosi 39 sati tjedno. Svaka smjena traje šest i pol sati, a radi se od ponedjeljka do subote u dvije ili više smjena (od kojih su dvije "dnevne" smjene), osim u vrijeme blagdana kada su dopuštene samo dvije smjene.<sup>34</sup> Početak smjena određuju nadležne vlasti na lokalnom nivou. Svaki radnik može raditi do šest smjena tjedno.

Prekovremenim radom smatra se rad koji premašuje redovno radno vrijeme i normalne smjene. Obavezan je samo za završetak operacija na brodu i može trajati najduže do dva sata dnevno. U smjenskome radu dopušteno je produženje radnog vremena za 45 minuta, i to za rad na brodovima na kojima se operacije završavaju u toj smjeni (lokalno su moguća i drugačija rješenja).

Koji će se rad smatrati noćnim radom i kako će biti plaćen, određuju važeće norme pojedinih luka.

## 2.6. Pravo na godišnji odmor i dopuste

Lučkome radniku pripada neodrecivo pravo na 25 dana odmora u toku godine (subota se smatra radnim danom). Registriranim radnicima koji nisu stekli pravo na godišnji odmor u punom trajanju, pripada za svaki mjesec službe<sup>35</sup> dvanaesti dio perioda punog godišnjeg odmora.

Godišnji se odmor po pravilu mora iskoristiti u jednom neprekidnom periodu, prema rasporedu lučkog poduzeća ili grupe, na način da je uvijek osigurana nazočnost određenog, za tekuće potrebe prometa, neophodnog broja radnika.

U skladu s Kolektivnim ugovorom radniku pripada pravo na plaćeni dopust u slučaju:

1. vjenčanja - u trajanju od 15 radnih dana, uz plaću i sva ostala prava iz rada;
2. smrti člana obitelji (roditelja, bračnog druga, djece, braće, sestara) - u trajanju od tri do najviše pet dana;
3. davanja krvi - u trajanju od 24 sata od trenutka odsunosti s posla zbog davanja;
4. davanja organa i koštane srži - u trajanju jednakom boravku u bolnici, uz naknadu plaće u iznosu koji bi radnik stekao da je radio.

Iz odredbi istog Kolektivnog ugovora proizlazi da se institut neplaćenog dopusta vezuje uz, tzv., "čekanje" ("*aspettativa*"), koje je po učincima jednako "mirovanju" radnoga odnosa u našem pravu.

Kolektivnim ugovorom predviđeni su sljedeći slučajevi "čekanja" (mirovanja) i dopusta:

1. zbog obiteljskih razloga - o obrazloženom zahtjevu radnika za neplaćenim dopustom odlučuje uprava poduzeća u roku od 15 dana: ona može odbiti zahtjev, odgoditi prihvaćanje zahtjeva i smanjiti trajanje dopusta koji, u svakom slučaju, ne

<sup>34</sup> Korisnik lučkih operacija ima mogućnost izbora između redovnog radnog vremena i smjenskog rada. Ako izabere smjenski rad, mora nastaviti po tom sistemu do završetka operacija, pri čemu se završetkom operacija smatra i prijelaz s operacija ukraja na operacije iskraja i obratno, promjena veza i dr.

<sup>35</sup> Punim mjesecom smatrat će se u tu svrhu dio mjeseca duži od 15 kalendarskih dana. Na period "prisutnosti" u službi ne utječe odsustvo zbog vojne obveze i dopusta.

može trajati duže od jedne godine; uprava može i opozvati dopust zbog ozbiljnih i opravdanih potreba službe;

2. služenje vojske - razlikuje se služenje "regrutnog" vojnog roka, za vrijeme kojega radnik nema pravo na novčanu naknadu, i poziv u vojsku u vrijeme mira kada mu pripada i naknada;

3. izbor na javnu funkciju - pravo na neplaćeni dopust stječu izabrani članovi nacionalnog Parlamenta ili regionalnih skupština, ili izabrani na druge javne funkcije, za čitavo vrijeme mandata;

4. dopusti - neplaćene dopuste može odobriti nadležna uprava ako su spojivi s potrebama prometa, na temelju obrazloženog zahtjeva i s obzirom na starost podnosioca zahtjeva;

5. liječenje bolesti ovisnosti - radnici-ovisnici o drogi ili bolesni od AIDS- a koji se namjeravaju podvrgnuti medicinskim terapijama u specijaliziranim us tanovima imaju pravo na svoje radno mjesto po završetku terapije u trajanju do 18 mjeseci;

6. zbog obavljanja sindikalne funkcije;

7. razlozi obrazovanja - svakom radniku bez obzira na radni staž može pripasti pravo na mirovanje službe do jednog mjeseca, u izvanrednim okolnostima do tri mjeseca;

8. bolest djece - radnik može zatražiti dozvolu za odsustvovanje do najviše 60 dana, uz predočenje liječničkog uvjerenja, zbog bolesti djeteta starog od tri godine pa do završetka osnovne škole.

## 2.7. Plaća lučkih radnika

Plaća lučkih radnika sastavljena je iz tri dijela:

- dnevne osnovice ("*giornata lavorata base*")
- dodatka zbog skupoće ("*contingenza*")
- dodatka za radni staž ("*scatti di anzianita*").<sup>36</sup>

Dnevnu osnovicu plaće čini na nacionalnom nivou određen stalni novčani iznos koji lučkome radniku pripada za svaki odradeni radni dan.

Dodatak zbog skupoće utvrđuje se i isplaćuje tromjesečno (I.II., I.V., I.VIII. i I.IX.), prema, tzv., vrijednosti mjesečnog boda, identičnoj onoj radnika zaposlenih u industriji. Dodatak se isplaćuje u cijelosti radnicima koji su bili prisutni u luci čitavog mjeseca (podijeljen je u 26 dijelova koji odgovaraju broju radnih dana), a za svaki dan odsutnosti s posla (bez ob zira na razloge) odbija se po 1/26 dodatka. Dodatak ne ovisi o radu na akord<sup>37</sup>, ali će zato biti veći za rad obavljen izvan redovnog radnog vremena, na blagdan, noću, noću na blagdan, u uzastopnim smjenama, te za težak rad (prašina, kiša, u hladnjači itd.). Po svojim učincima dodatak ima karakter plaće, odnosno ulazi u

<sup>36</sup> Čl. 25 i dalje. *Regolamentazione nazionale per i lavoratori portuali delle compagnie e gruppi portuali.*

<sup>37</sup> Tarifa rada na akord određena je sljedećom formulom,

$$\frac{\text{dnevna osnovica} \times \text{broj radnika u grupi}}{\text{tarifni stav}}$$

Akord predstavlja razliku između tarifnog stava i stvarno izvršenog rada, i dijeli se po grupi, po brodu, ili po oba prethodna kriterija, u skladu s unutrašnjim pravilima udruge ili lučke grupacije. Kada, zbog razloga za koje radnici nisu krivi, ne bude realiziran tarifni stav, isplaćuje se, tzv., naknada za ispunjenje radnoga dana, jednaka dnevnoj osnovici.

iznos plaće koji se uzima kao osnovica za računanje 13. i 14. plaće, naknade za godišnji odmor, blag dane, itd.

Pravo na dodatak za radni staž uvedeno je 1.I. 1974. godine i pripada lučkome radniku za svako dvogodište službe, a teče od upisa radnika u registar, bilo stalnih, bilo povremenih lučkih radnika. Iznosi se kreću od 4-40% osnovice (koju čini zbroj dnevne osnovice i dodatka zbog skupoće) i isplaćuju se za svaki dan nazočnosti u luci, u isplatnoj vrećici.

Ovako utvrđena plaća odgovara fiksnom dijelu plaće naših lučkih radnika jer se pripadajući dijelovi, koji se isplaćuju radnicima po različitim osnovama, uvijek temelje i na kriteriju prisutnosti radnika u luci (bez obzira da li je toga dana stvarno radio ili nije).

### 2.8. *Prestanak radnog odnosa (brisanje iz registra)*

Prema talijanskome pravu, za nastanak i trajanje radnog odnosa lučkog radnika od suštinskog je, konstitutivnog značenja upis u registar lučkih radnika. Kao što se upisom u registar stječe status profesionalnog lučkog radnika, dakle, zasniva radni odnos, tako se brisanjem iz istog registra radni odnos raskida.

Razloge za brisanje lučkog radnika iz registra propisuje Pravilnik u čl. 156: pod zajedničkim nazivnikom gubitka, tj., nepostojanja uvjeta za upis u registar. Razloge predstavljaju: gubitak talijanskog državljanstva, neispunjenje uvjeta dobrog, moralnog i građanskog ponašanja, te boravišta u mjestu rada, a uz njih i: smrt; trajna nesposobnost za rad u luci; ispunjenje uvjeta godina života za stjecanje prava na starosnu mirovinu, propisanih zakonima o socijalnom osiguranju; neopravdana odsutnost s posla duže od 15 dana uzastopce, ili 30 dana ukupno u kalendarskoj godini.

Jedan od posebnih razloga za brisanje iz registra sadržan je u potrebi smanjenja broja radnih mjesta zbog viška radnika, u vezi s veličinom prometa. Posebna norma propisuje kriterije kojima se treba rukovoditi uprava nadležna za lučki rad pri izboru radnika koje će otpustiti, određujući da se u postepenom smanjenju broja radnih mjesta "brišu" po redu: radnici koji to zahtijevaju; radnici kojima je izrečeno više težih disciplinskih kazni; oni koji su pokazali manju marljivost na poslu; oni kojima otpust zbog njihova ekonomskog stanja može uzrokovati manju štetu; samci, udovci bez djece i oni u braku s manjim brojem djece, počevši od onih koji su kasnije upisani u registre, ili, ako su to istovremeno, počevši od onih mladih.

Problem viška radne snage u svjetlu neefikasnosti i neproduktivnosti talijanskih luka, razlogom je značajnih intervencija zakonodavca u tržište lučkoga rada. Sredinom 80-ih godina pristupa se sanaciji i prestrukturiranju luka programima zapošljavanja, bilo na trajan način, sustavom prijevremene mirovine, bilo privremeno, institutom Blagajni za dopunu plaće ("*Cassa integrazione*") i drugim oblicima naknade plaće.

Uvođenje instituta prijevremene mirovine ne ograničava se samo na promicanje, tzv., "samoisključivanja" radnika s tržišta rada (prijevremeno umirovljenje na radnikov zahtjev), odnosno na njegovo "udaljenje" na prinudan način (obvezno prijevremeno umirovljenje), već u sebi inkorporira i stvaranje stalnog sistema kontrole pritjecanja svježih radne snage u lukama.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Institut prijevremene mirovine uveden je Zakonom br. 230 (23.5.1983), ponajprije za one talijanske luke u kojima su radnici lučkih udruga i grupacija realizirali, u odnosu na 1982. godinu, "prosjeck mjesečne zapos

### 3. Pravna narav radnog odnosa lučkih radnika

#### 3.1. Udruge i grupacije lučkih radnika

Za odgovor na pitanje o pravnoj naravi radnog odnosa lučkih radnika potrebno je izložiti u osnovnome središnji i karakteristični aspekt uređenja lučkoga rada - isključivo grupno obavljanje profesionalne aktivnosti lučkih radnika, u okviru organizacije tipa udruge predviđene zakonom.

Lučki radnici u Italiji bili su do donošenja novih propisa organizirani u udruge ili grupacije lučkih radnika, za koje je zakonodavac rezervirao stvarno izvršenje lučkih operacija.<sup>39</sup> Njihovo djelovanje reguliraju Plovidbeni zakonik i navedeni Pravilnik. Osnovna je razlika između ova dva organizacijska oblika u različitom intenzitetu organizacije, jer su samo udruge stjecale pravnu osobnost. Zajedničko im je to da lučki rad ne može nikada korisniku izvršiti pojedini lučki radnik već jedino "grupa" (udruga) koja, koristeći se radom svojih članova, preuzima izvršenje ukupnog posla, dijeleći potom stečeni prihod između članova.

Udruga se osnivala dekretom Pomorskog direktora, na prijedlog Šefa odjela i uz mišljenje Savjeta ili Komisije za lučki rad.<sup>40</sup> Udruga ima pravnu osobnost *ex lege* (čl. 110 Pl. zakonika), raspolaže vlastitom imovinom i podvrgnuta je kontroli od strane Ministra pomorstva i lučke uprave. Ona određuje uvođenje radnika u rad i njihovu izmjenu, nadzire tok posla, naplaćuje od korisnika naknadu za obavljeni rad i brine se za isplatu plaća, kao i za uplatu davanja za socijalno osiguranje i socijalnu skrb.

Grupacije lučkih radnika nemaju pravnu osobnost i osnivaju se u lukama sa slabijim prometom na način određen od Ministarstva pomorstva. Odgovornost za grupu povjerena je grupovodi, koji se bira iz redova članova iste grupe i koji sudjeluje u izvršenju lučkih operacija. Njegova je posebna zadaća da upravu nadležnu za disciplinu lučkog rada obavještava o svemu što se odnosi na članove grupe, a u vezi je s

lenosti ne veći od 14 radnih dana". Cilj je bio postići ukidanje 6 100 radnih jedinica u periodu do 31.12.1986. Programi "brisanja" radnih mjesta i prijevremenog umirovljenja povjereni su zakonom Ministru pomorstva, koji je, nakon pribavljenog mišljenja predstavnništva korisnika luka, lučkih poduzeća i poduzeća tehničkih sredstava, imao obvezu utvrditi dekretom navedene programe za pojedinu luku. Zakonodavac je, nadalje, postavio i subjektivne kriterije, te se na popisu osoba za umirovljenje mogu naći samo radnici stariji od 55 godina za muškarce i 50 godina za žene, ili, ako su mlađi od 55 godina, oni radnici koji ispune uvjet duljine radnoga staža (30, odnosno 20 godina, ovisno o kojoj se blagajni osiguranja radi). Postupak se pokreće neopozivim zahtjevom zainteresiranog radnika. Ako se u odnosu na fiksne programe utvrđene dekretom, pojavi višak zahtjeva radnika, prednost je data starijim radnicima s dužim radnim stažom. U suprotnome, kod manjeg broja zahtjeva u odnosu na broj mjesta koja se ukidaju, Ministar vlastitim dekretom obvezno umirovljuje one radnike koji za to ispunjavaju uvjete, do popunjenja predviđenog broja. Ovakvo umirovljeni radnik ne trpi štetu kod utvrđivanja visine mirovine, jer se duljina radnoga staža uvećava za period od najviše 5 godina. Osim toga, radnik ostvaruje pravo na otpremninu ("una tantum"). Istim dekretom definira se i novi model pribavljanja radne snage; najviši broj radnika koji trebaju ostati upisani u registre udruga i lučkih grupacija; kriteriji za izmjenu instituta zajamčene plaće. Lukama s većom prosječnom zaposlenošću ostavljena je mogućnost da same potiču prijevremeno umirovljenje kao instrument kontrole nivoa zaposlenosti.

<sup>39</sup> Iznimnost slučajeva u kojima se derogira, u korist udruga postavljeno načelo rezerve (čl. 110 Plovidbenog zakonika) imalo je za posljedicu istinsko stanje monopola nasuprot ustavnim načelima o izbjegavanju situacija monopola i o razvoju privatne gospodarske inicijative. Teorija pomorskoga prava izjasnila se za legitimnost navedene rezerve, neki autori brane ustavnost rezerve u korist udruge na temelju odredbe čl. 45 Ustava, koja štiti društvenu funkciju zadruge s karakterom uzajamnosti; drugi objašnjavaju legitimnost rezerve na osnovi čl. 41/3 Ustava, okrenutog zaštititi gospodarskih aktivnosti usmjerenih postizanju društvenih ciljeva. FIORELLO, op.cit., str. 7.

<sup>40</sup> Čl. 161. Pravilnika. Istim članom propisano je uređenje i unutrašnja organizacija udruga i lučkih grupacija, čiji organi jesu, skupština članova, savjet, konzuli i vice-konzuli, te kolegij revizora.

upotpunjenjem registara; da kontrolira uvođenje i izmjenu radnika na poslu; te da kontrolira tok posla.<sup>41</sup>

Opće je prihvaćeno mišljenje u talijanskoj teoriji i sudskoj praksi da su lučke udruge društva zadružnog tipa, regulirane specijalnim zakonima.<sup>42</sup>

Prema teoretičaru Scialoji udruga je "prinudno društvo" ("*società coattiva*"), u kojem volja radnika, njezinih članova nema nikakvog utjecaja na ustrojstvo udruge, jer udruga nastaje po zakonu, na temelju jednog administrativnog akta.<sup>43</sup>

I pored dominirajućeg elementa javnopravnosti, veći dio teorije i sudska praksa pripisuju udruzi karakter privatne ustanove, tumačeći kako je aktivnost udruge od značenja za javni red, a ne za javni interes, koji su pojmovi pravno različiti. Detaljna zakonska regulativa te ovlasti kontrole pomorske uprave u odnosima s udrugom rezultat su monopola koji udruzi pripada, te interesa države da osigura redovito i pravilno izvršenje operacija na prostoru luke. No, svrha udruge tipično je privatna: ostvarenje što veće koristi za članove obavljanjem lučkih operacija.

Iznesena teza nije u doktrini jednodušno prihvaćena. Tako Querci zaključuje da lučki rad čini značajnu javnu službu, zbog čega udruge, kao poduzetničke organizacije, nisu drugo do zajednice radnika za koje je država rezervirala izvršenje jedne javne službe.

Postoje i shvaćanja koja priznaju udrugama poslovnu sposobnost samo pod uvjetom da one, pored funkcije organa ovlaštenih na zapošljavanje radnika, mogu preuzeti i poduzetničke zadaće i funkcije.<sup>44</sup>

### 3.2. *Teorije o pravnoj naravi lučkog radnog odnosa*

Temeljno pitanje u raspravi o pravnoj naravi "lučkog" radnog odnosa jest predstavlja li ovaj specifični radni odnos, upravo zbog pripadnosti lučkih radnika udrugama i lučkim grupacijama, odnos zavisnosti na koji se primjenjuju propisi radnoga prava, ili se, pak, radi o odnosu ortaštva. Stavovi su talijanskih teoretičara o tome različiti i tvore tri osnovne teorije.

Vladajuće je mišljenje da "lučki radni odnos" predstavlja tipičan primjer odnosa ortačkog karaktera, "... kojeg obilježava pravna i stručna jednakost u pravnom položaju ortaka i, kao takvom, strana mu je bilo kakva obveza subordinacije"<sup>45</sup>, na koji se, dosljedno tome, ne primjenjuju zakonske odredbe predviđene u materiji zavisnoga rada. Izvor se obveze radnika prema udruzi u njegovu svojstvu ortaka (člana), a ne podređenoga: "... on obavlja svoj rad samo kako bi se ostvario cilj društva; samo tako osigurava drugima i sebi samome učešće u nagradi, dok je ostvarenje osobnog interesa samo posredni cilj." <sup>46</sup> Sveobuhvatni nadzor lučkih uprava nad radnicima (određivanje

<sup>41</sup> Čl. 191-193 Pravilnika

<sup>42</sup> Iz odredbi talijanskog Građanskog zakonika proizlazi načelo po kojemu, pored zadruga uređenih u skladu s normama istog Zakonika, djeluju i zadruge regulirane specijalnim zakonima, na koje se norme Građanskog zakonika primjenjuju samo supsidijarno. (čl. 2511, 2512 i 2516 C.C.)

<sup>43</sup> SCIALOJA, A., *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1943, str. 140., cit. prema FIORELLO, op. cit., str. 6.

<sup>44</sup> ROMAGNOLI, U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967., str. 269, cit. prema FIORILLO, op. cit., str. 7.

<sup>45</sup> LOMBARDI, G., *La disciplina giuridica del lavoro portuale*, Milano, 1977, str. 44, cit. prema FIORILLO, op. cit., str. 3.

<sup>46</sup> Loc. cit.

radnog vremena, pravila izvršenja lučkih operacija, tarifa, disciplinska vlast) ne utječe na tako protumačenu narav odnosa i opravdava se razlozima javnog interesa, kao oblik "funkcionalne ovisnosti" koji ne zahvaća u radno-ortračko obilježje lučke radne snage.<sup>47</sup> Odnos između lučkog radnika i korisnika usluga udruge, čiji je radnik član, ova teorija tumači polazeći od dvije pretpostavke. Prema prvoj, u slučaju kada udruga formalno stječe svojstvo poduzeća za izvršenje lučkih operacija<sup>48</sup> sklapajući ugovor o zakupu, a komitent (lučkih usluga) uspostavlja ugovorni odnos isključivo s udrugom, treba isključiti svaki oblik zavisnosti jer radnik ne dolazi nikada u kontakt s komitentom. Ako se, pak, udruga javlja kao organ zapošljavanja i uvođenja u rad lučke radne snage za potrebe lučkog poduzeća, tj. poslodavca (dakle, za trećega), uspostavlja se odnos zavisnosti između pojedinačnog radnika, upućenog od strane udruge, i lučkog poduzeća, ili brodarskih kompanija. Tipičan slučaj "*locatio operarum*" javlja se između komitenata i radnika-članova lučkih grupacija, jer je takav oblik udruživanja lišen pravne osobnosti.

U drugoj su grupi autori koji zastupaju tezu o "lučkom radnom odnosu" kao tipično zavisnome odnosu. Režim subordinacije objašnjava se tumačenjem cjelokupnog sustava normi lučkoga rada, posebice normi koje uređuju dužnosti lučkog radnika, sustav uvođenja u rad, dužnost svake udruge da izradi pravilnik o organizaciji rada. Iz ovakve organizacije rada proizlazi subordinirajuća narav ove vrste djelatnosti. Naime, rad u grupi znači odsutnost svake autonomije radnika i njegovu neprekidnu potčinjenost grupovodi, koji je izvršitelj hijerarhijske i organizacijske vlasti za račun udruge, vjerovnika prestacije rada. Čak i pod pretpostavkom da grupovoda ne postoji (npr. kod pomanjkanja posla), predstavnici ove teorije tumače rad koji lučki radnik obavlja, pokoravajući se direktivama i organizatorskim ovlastima lučkoga poduzeća (suugovornice Udruge), kao tipičan oblik zavisnoga rada.<sup>49</sup> O subordinaciji svjedoče i interni pravilnici pojedinih udruga, koji na prvo mjesto stavljaju dužnost "ortaka" da se pokoravaju naredbama rukovodilaca. Iannuzzi će ustvrditi da "prestacija rada kao udio u društvu (udruzi, op.a.) ne sprečava sasvim da se lučkim radnicima prizna svojstvo zavisnoga posloprirca".<sup>50</sup>

U pregledu različitih teoretskih stajališta dolazimo na koncu do teorije koja odriče postojanje odnosa zavisnosti između radnika i udruge, ali ga priznaje između lučkog radnika i komitenata lučkoga rada (lučkih i brodarskih poduzeća). U ovom posljednjem slučaju rad je lučkih radnika pravno izjednačen s drugim odnosima zavisnoga rada. Odnosi se stvaraju između radnika i komitenata neposredno, a nema utjecaja činjenica da su zbog zahtjeva disciplinske i organizacijske naravi radni odnosi određeni, pripomognuti i kontrolirani od strane udruge kao posrednika. Ugovor, dakle, zaključuje udruga, ali su radnici u obavljanju rada podređeni poduzeću. "Stoga ne treba miješati, kako se to često dešavalo, odnos ortaštva koji veže radnika za udrugu, s odnosom zavisnosti koji ga veže za poduzeće ukoliko su ovi momenti različiti."<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Loc. cit.

<sup>48</sup> U skladu s čl. 111/3 Plovidbenog zakonika o koncesijama za izvršavanje lučkih operacija.

<sup>49</sup> IANNUZZI, op. cit., str. 105.

<sup>50</sup> Ibid. str. 109.

<sup>51</sup> DE SOLE, D., Regime amministrativo del lavoro portuale, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1976., str. 240, cit. prema FIORILLO, op. cit., str. 4.

### 3.3. *Sudska praksa*

Problem naravi rada izvršenog u okviru zadruga pojavio se i pred sudovima.

Vrhovni sud zauzeo je jasan stav izjašnjavajući se općenito o zadrugama proizvodnje i rada, u kojemu se, u načelu, ne isključuje mogućnost da radnik bude istovremeno član zadruga i zavisni radnik iste zadruga. No preduvjet je da je rad kojeg član obavlja različit i stran specifičnom cilju poslovanja istog društva.<sup>52</sup>

U suglasju s navedenim bilježi se u materiji lučkoga rada, npr., presuda Suda u Livornu, kojom se potvrđuje da ukoliko lučka udruga, osim izvršenja lučkih operacija u režimu zakonskog monopola, obavlja istovremeno i autonomnu poduzetničku djelatnost u režimu konkurencije između udruge i pojedinog njenog člana koji obavlja rad u vezi s takvom autonomnom organizacijom proizvodnje, stvara se odnos zavisnoga rada, različit od onog ortačkog, na koji se primjenjuju radnopravni propisi.<sup>53</sup>

Ne nedostaju, s druge strane, presude koje elementu zavisnosti radne aktivnosti člana "radne zadruga" daju, bezuvjetno, bitnu prevagu nad obilježjem jednostavnog ortačkog odnosa, garantirajući pritom istu zaštitu koju uživa svaki odnos zavisnoga rada.<sup>54</sup>

### 3.4. *Kolektivni ugovori*

Analizirajući narav radnog odnosa lučkih radnika kroz prizmu kolektivnog ugovaranja, dojam je da su pri njegovu uređivanju poštivana gotovo sva načela na kojima počiva zaštita subordiniranog radnog odnosa. Argumente za to daje čl. 14 Nacionalnih propisa za radnike udruge i lučkih grupa, u kojem se naglašava nespojivost rada lučkog radnika s drugom profesionalnom službom u vezi sa spomenutim dužnostima radnika, te institutom zajamčene plaće koja "odgovara zahtjevu kontinuiteta prisutnosti i raspoloživosti radnika".

Određena ekonomska prava lučkog radnika iz radnog odnosa: plaća (i njena struktura), 13. i 14. plaća, plaćeni godišnji odmor, posebna prava u slučaju bolesti i nezgode, naknade plaće, iz sfere su zaštite zavisnoga rada. Na lučke radnike primjenjuju se i sljedeće norme:

- Zakon br. 903 (9.12.1977.) o jednakom tretmanu za muškarce i žene u oblasti rada;
- Zakon br. 300 (20.5.1970.), poznatiji kao Statut o pravima radnika;
- Zakon br. 533 (11.8.1973:) o novim uzancama u radu.

## 4. *Promjene lučkog zakonodavstva*

Neposredan povod promjena talijanskog lučkog zakonodavstva sadržan je u zahtjevu upućenom od Europske zajednice, kojim se od Italije traži da važeće zakonske propise iz oblasti lučkoga rada izmijeni, odnosno, uskladi s propisima Zajednice, točnije, onim odredbama Sporazuma EZ koje reguliraju lučki rad.

<sup>52</sup> Cassazione, sezione lavoro, 9. 10. 1979., n. 5214, cit.prema FIORELLO, loc. cit.

<sup>53</sup> Pret. Livorno, 31.5.1979., in Foro italiano, 1979., 1, 2762, cit. prema FIORILLO, loc. cit.

<sup>54</sup> Loc. cit.



No stvarni uzrok temeljitih promjena treba tražiti u nužnosti i težnji da se okonča dugogodišnja kriza talijanskih luka, čiji počeci sežu u polovinu sedamdesetih, u vrijeme stvarne tehnološke revolucije pomorskoga prometa.

Talijanske luke, sažeto rečeno, pate od tri grupe nedostataka: onih lučke in frastrukture, suprastrukture i lučkih usluga; manjkavosti veze sa zaledem; te nedostataka u upravljanju i djelovanju luka. Jedan će talijanski autor slikovito nazvati "crnim neprijateljima" talijanskih luka: parazitizam, korporativizam, birokratizam, neefikasnost, dezorganizaciju, ogorčenu konfliktnost, izostanke (lučkih radnika), nekonkurentno posredništvo, prihod na položaj luke, praksu izrabljivanja nezaštićenih radnika, "okultne" tarife (uzimanje udjela, napojnice i sl.), korištenje zakona o azilu.<sup>55</sup>

Veoma je rašireno mišljenje da je istinski razlog ovakovoga stanja u režimu monopola nad operacijama prenošenja tereta i u dosljednom pomanjkanju poduzetništva u lučkoj djelatnosti.

Statistički pokazatelji o produktivnosti u, tzv., "povijesnim" lukama Italije (Genova, Trst, Venecija, Napulj), koje ovdje navodimo, prikupljeni su da bi poslužili kao dokaz za tvrdnju o anakronizmu rezerve lučkih operacija u korist lučkih udruga: Tako 27 radnika u Genovi pokrene 90 kontejnera po smjeni, tj. 3,3 kontejnera po radniku; njihovih 12 kolega u Trstu pokrene 100 kontejnera, tj. 8,3 po radniku; dok 6 radnika u Rotterdamu pokrene 160 kontejnera po smjeni, tj. 26,7 kontejnera po radniku. 14 radnika u Veneciji obrade 110 tona različitog tereta u koletima po smjeni, tj. 7.9 tona po radniku, dok njihovih 8 kolega iz Antverpena u jednoj smjeni obradi 160 tona, tj. 20 tona po radniku.<sup>56</sup>

Pokazalo se da, uz određene izuzetke, u lukama u kojima postoje, udruge ne investiraju, koriste ovlasti bez odgovornosti, ne "plaćaju" za vlastite greške, ne odgovaraju za svoj rad, oslobađaju radnike odgovornosti. Tome nasuprot, uspješnije su "privatne luke", u kojima su ponekad i udruge pretvorene u prava poduzeća za ukrcaj i iskrcaj tereta privatne inicijative, zadržavajući i dalje rezervu nad lučkom radnom snagom.

Aktualnim zakonodavnim promjenama prethodile su različite mjere sanacije i restrukturiranja luka, od kojih je za položaj lučkog radnika bilo od važnosti uvođenje instituta prijevremene mirovine<sup>57</sup>, te instituta zajamčene plaće i različitih oblika "pokretljivosti" radnika.

Cilj je Zakona br. 84 od 28.1.1994. o promjeni zakonodavstva u materiji lučkoga rada<sup>58</sup>, kako se to uvodno navodi, urediti i organizirati luke te lučke djelatnosti kako bi se one prilagodile ciljevima i općim planovima prometa i transporta u cjelini. U tom smislu Zakon predstavlja skup okvirnih načela.<sup>59</sup>

Kao bitne za status lučkoga radnika izdvajamo redom: odredbe o lučkim operacijama, osiguravanju radne snage i savezu organizacija lučkih radnika, o pretvorbi udruga i grupacija lučkih radnika u društva, o zaposlenima, o zaštiti i sigurnosti na radu te o higijensko-zdravstvenoj zaštiti. Zakonom se ukidaju čl. 108, 109, 110, 112, 116/1 i 2 Plovidbenog zakonika, kao i pogl. III., gl.IV. provedbenog Pravilnika.

<sup>55</sup> GUSSO, Giuliano, *Realtà portuali in Italia (Introduzione generale)*, Tavola Rotonda, Venezia, 18 Gennaio 1984, str. 15.

<sup>56</sup> op.cit., str. 16.

<sup>57</sup> Vidi bilješku 38.

<sup>58</sup> "Riordino della legislazione in materia portuale", *Gazzetta Ufficiale*, Supplemento ordinario n. 21/94.

<sup>59</sup> Detaljnije, HLAČA, Vinko, *Međunarodni režim morskih luka s osvrtom na Tršćansku i Riječku luku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1993, 14, str. 39-61.

Kao i dosada, lučkim je upravama ili, tamo gdje ih nema, pomorskim upravama, povjereno reguliranje lučkih operacija, nadzor nad njihovim izvršenjem te nad primjenom lučkih tarifa.

Prema novim zakonskim propisima, udruge i grupacije lučkih radnika pretvaraju se u dionička društva, odnosno udruge ili zadruge, prema vrstama društava predviđenih u Građanskom zakoniku, a radi obavljanja lučkih operacija u uvjetima tržišne utakmice. Zakonodavac je otvorio mogućnost da se u procesu pretvorbe udruge i grupacije lučkih radnika spajaju s drugim sličnim udrugama kako bi se u lukama s većim prometom konstituirali u složenija društva radi obavljanja poduzetničkih aktivnosti.

Transformacija koja će se desiti ne smije dovesti u pitanje radni odnos lučkih radnika. Tako po slovu zakona lučki radnici upisani u registre (u skladu s provedbenim Pravilnikom Plovidbenog zakonika) prelaze bez prekidanja radnog odnosa u novoosnovana društva. Zaštićeni su i radnici koji se pojavljuju kao višak (odlukom lučkih uprava i uz suglasnost lučkog odbora, te lokalnih savjetodavnih odbora, prema kriterijima iz dekreta ministra prometa i pomorstva i u suglasnosti sa Središnjom savjetodavnom komisijom). Za njih je predviđen režim, tzv., privremenog ("mobilnog") radnog odnosa kod novoosnovanih društava i poduzeća ovlaštenih za obavljanje lučkih operacija. Ova društva su obvezna kod zapošljavanja novih radnika dati prednost takvim "prekobrojnini" radnicima (obveza traje do 31.12. treće godine računajući od godine kada je Zakon stupio na snagu). Za vrijeme trajanja privremenog radnog odnosa radnici imaju ista prava na socijalno i mirovinsko osiguranje kao i redovno zaposleni radnici, te pravo na neka retroaktivna primanja. Pravni status, radno vrijeme i uvjeti rada ovih radnika utvrđuju se kolektivnim ugovorom sklopljenim s društvima i poduzećima koja takve radnike zapošljavaju. Po isteku privremenog rada radnici mogu izabrati između zaposlenja kod lučkog poduzeća ili pridruživanja savezu organizacija lučkih radnika pri lučkoj upravi.

Savez organizacija lučkih radnika ("*associazione del lavoro portuale*") predstavlja nov oblik udruživanja lučkih radnika i osniva se u svakoj luci u kojoj pretvorbom udruga i grupacija lučkih radnika nisu formirana društva. Osnivaju ga lučke, odnosno pomorske uprave. Savez stječe pravnu osobnost u skladu s odredbama Građanskog zakonika, a predstavlja savez različitih subjekata u luci koji brinu o lučkome radu. Njegovi članovi, dakle, nisu pojedinci, već poduzeća koja djeluju u luci, predstavnici radnika i lučke, odnosno pomorske uprave. Cilj mu je postizanje veće efikasnosti rada u luci zapošljavanjem svojih stalnih ili privremeno zaposlenih radnika na povremeno potrebnim poslovima, kao i obrazovanjem i stručnom prekvalifikacijom radnika u okviru luke.

Savezi su pod nadzorom lokalnih zavoda za zapošljavanje, surađuju s Inspekcijom rada i u radu dužni su pridržavati se Zakona, kolektivnih ugovora, kao i propisa o higijenskim i sigurnosnim uvjetima rada u luci. Tijela Saveza jesu: skupština članova, odbor izabran od skupštine i direktor kojega imenuje odbor. U svome radu tijela postupaju prema statutu.

Savez ima određeni broj svojih stalno zaposlenih lučkih radnika, a broj određuje i izbor obavlja skupština članova, dajući pri zapošljavanju prednost radnicima koji predstavljaju višak. Radnici zaključuju ugovor o radu ("*contratto di lavoro*"), koji važi za radnike zaposlene u poduzećima koja vrše lučke operacije. Umjesto kolektivnog pregovaranja, na razini poduzeća utvrđuju se odredbe o pravima i dužnostima radnika za vrijeme, tj. u danima dok su zaposleni kod nekog poduzeća.

Radnici poduzeća koja djeluju u luci, kao i zaposleni kod saveza organizacija lučkih radnika upisuju se u namjenske registre koji se vode kod lučkih, odnosno pomorskih uprava.

Iz grupe odredbi o zaštiti i sigurnosti na radu izdvojimo onu koja ovlašćuje talijansku Vladu da, u cilju izvršenja obveza koje za Italiju proizlaze iz Konvencije MOR br. 152 (ratificirane Zakonom br. 862 od 19.11. 1984.), u roku od 6 mjeseci od stupanja na snagu Zakona, donese propis koji će sadržavati odredbe o sigurnosti i zaštiti na radu u luci, kao i na radovima na popravku i održavanju brodova koji se vrše unutar luke.

## 5. Zaključni osvrt

Radni odnos lučkih radnika dio je kompleksa lučkoga rada i dijelom slijedi njegovu sudbinu. Za radnopravni status lučkih radnika u Italiji karakteristična je pretežnost javnopravnih obilježja. Pod "kontrolom" zakonodavnih i upravnih organa je strogi režim uvođenja radnika u rad, utemeljen na upisu u posebne registre, postupak natječaja, uvjeti za zasnivanje radnog odnosa, obveze i odgovornosti lučkih radnika, prestanak radnog odnosa.

Specifična i bitna odrednica jest i organizacijski model lučkoga rada, tj. vršenje lučkih operacija, zasnovan na pridržaju obavljanja lučkih operacija u korist udruge i grupacija čiji su članovi lučki radnici. Odsutnost, uz određene izuzetke, privatne inicijative zbog straha od samo poduzetničkih interesa može se opravdati višim, društvenim, ili državnim interesima, ali je rezultiralo, među ostalim, i slabom produktivnošću talijanskih luka. Zakonodavac je u međuvremenu reagirao programima sanacije i prestrukturiranja luka štiteći status, egzistencijalni i profesionalni, lučkih radnika institutima prijevremene mirovine, zajamčene plaće i različitim oblicima privremenog ili mobilnog radnog odnosa.

Koliko će najnovija promjena talijanskog pomorskog i lučkog zakonodavstva, koja zagovara slobodniji poduzetnički duh u okviru luka i atmosferu tržišne utakmice, izmijeniti status lučkoga radnika, ostaje da se vidi. Prvi je dojam da se radni odnos zaštićuje, te da se pruža određena mjera sigurnosti onim radnicima koji su proglašeni viškovinima u udrugama i poduzećima, ili će to kao posljedica promjena tek postati. Štite se i druge privilegije koje je lučki radnik stekao na temelju ranije važećih propisa.

Nedvojbeno je da je pred talijanskim zakonodavcem složena zadaća usklađivanja nacionalnih propisa s važećim europskim normama i standardima lučkoga rada.

## *S u m m a r y*

### **SPECIFIC FEATURES OF THE LABOUR RELATIONS OF DOCKERS IN ITALY**

The article contains a survey of specific features of labour relations of dockers in Italy.

In this particular moment in which the Italian regulations on maritime law and ports have been changing, the labour relation of dockers is, on the one hand, as a part of the portual activities, on previous Maritime Law and relating executive rules based and by them formed relation, characterised with some strong public law elements. On the other hand, it is by the new statutory regulations projected as a labour relation under conditions of the free market competition in portual activities, and made also in accordance with the european rules and standards.

## SUD EUROPSKIH ZAJEDNICA (Osnovne naznake o nadležnosti Suda te novosti prema Ugovoru iz Maastrichta)

ALEN RAJKO, student treće godine,  
Pravni fakultet u Rijeci

### 1. Uvodno o Sudu Europskih zajednica

Sud Europskih zajednica (Europski sud) je, uz Savjet, Komisiju i Europski parlament, jedna od glavnih institucija Europskih zajednica/Europskog saveza. Prema svojim ovlastima i djelovanju u praksi Sud je jedna od najutjecajnijih institucija Zajednice, s najizraženijim nadnacionalnim elementima. Unatoč tome riječ je u široj javnosti pretežito nepoznatom organu.

Članak 164. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici (Rim, 1957.) donosi opću odredbu o nadležnosti Suda:

"Sud vodi brigu o poštivanju prava prilikom tumačenja i primjene ovog Ugovora"<sup>1</sup>

Europski sud se razvio iz Suda Europske zajednice za ugljen i čelik, utemeljene 1951. godine<sup>2</sup> Ugovorom o udruživanju (Bruxelles, 1965.) došlo je do institucionalne unifikacije - spajanja organa triju zajednica (Europske zajednice za ugljen i čelik, Europske ekonomske zajednice i Europske zajednice za atomsku energiju): od tada Europski sud djeluje kao jedinstveni sud svih triju zajednica.<sup>3</sup> Temeljem Jedinstvenoga europskog akta (1986.) osnovan je i Sud prvog stupnja Europskih zajednica, kao samostalna institucija uže nadležnosti od Europskog suda.

Sud čine 13 sudaca i šestoro pravobranitelja koji se imenuju suglasjem vlada članica. Skorim primitkom četiriju novih članica u Europski savez (Austrije, Finske, Norveške i Švedske) vjerojatno će broj sudaca Suda biti povećan na 17. Pravna vrela koja čine mjerodavno pravo Suda jesu osnivački ugovori, konvencije i ugovori sklopljeni između država-članica, akti tijela Europske zajednice te običaji.<sup>4</sup> Sjedište Suda Europskih zajednica je u Luxembourg<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, Mlikotin-Tomić, Deša, Pravo Evropske ekonomske zajednice, Informator, Zagreb, 1989., 164. čl.

<sup>2</sup> Rodin, Siniša, Pravni sustav i institucije Evropske zajednice, Zagrebačka poslovna škola, Zagreb, 1990., 13-14. str.

<sup>3</sup> Dreyfus, Simone, Droit des relations internationales, Cujas, Paris, 1981, 315. str.

<sup>4</sup> Rodin, 30. str.

<sup>5</sup> Janis, Mark, An Introduction to International Law, Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1988, 220. str.

## 2. Nadležnost Europskog suda

### 2.1. Opća klasifikacija nadležnosti Suda

Za potrebe ovog članka prihvaćamo klasifikaciju koju navodi Rodin<sup>6</sup>

#### 1. POSTUPAK POKRENUT PROTIV DRŽAVA-ČLANICA ILI ORGANA EUROPSKIH ZAJEDNICA

##### 1.1. postupak protiv država-članica

##### 1.1.1. na inicijativu institucija Europskih zajednica

##### 1.1.2. na inicijativu država-članica

##### 1.2. postupak protiv organa Europskih zajednica

##### 1.2.1. sudska revizija zakonitosti (ustavnosti) akata Savjeta i Komisije (Action for annulment)

##### 1.2.2. tužba zbog propuštanja (Action against failure to act)

##### 1.2.3. izuzeće nezakonitosti (ekscepcija ilegalnosti) (Plea of illegality)

##### 1.2.4. odgovornost Zajednica za štetu (Unlimited Jurisdiction)

#### 2. RJEŠAVANJE O PRETHODNIM PITANJIMA (Preliminary rulings)

### 2.2. Teorijska stanovišta o nadležnosti Suda

Nadležnost Suda Europskih zajednica teoretičari najčešće dijele na međunarodnu, ustavnu i upravnu. Kao kriterij njihova međusobnog razlikovanja Rodin primjenjuje vrstu presude: ustavna nadležnost Suda ogleda se u rješavanju o prethodnim pitanjima, a upravna i međunarodna nadležnost u donošenju presuda povodom izravnih tužbi. Everling, pak, dijeli nadležnost Suda na ulogu ustavnog suda s jedne, te suda koji osigurava zaštitu individualnih prava s druge strane. Vladimir-Đuro Degan pridodaje mu i funkciju Suda za radne odnose. Sud je nadležan za rješavanje tzv. "službeničkih sporova" u institucijama Europskih zajednica. Nadležnost Suda Neville Brown razlučuje temeljem prava pasivne legitimacije: postupci protiv država-članica čine međunarodnu, a postupci protiv tijela Europskih zajednica upravnu nadležnost. Klasifikacija Lasoka i Bridgea iznijeta je u prethodnom potpoglavlju.<sup>7</sup>

Osim citirane opće odredbe o nadležnosti Suda (članak 164. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici), Sud obavlja i funkciju revizijskog suda (revizija presude Suda moguća je u slučaju naknadnog saznanja činjenica koje mogu biti od odlučujuće važnosti za ishod suđenja, najkasnije deset godina po izricanju presude) te izvršnog suda (imovina Europskih zajednica ne može biti predmetom bilo kakvih mjera upravne niti sudske ovrhe bez ovlaštenja Suda).<sup>8</sup>

### 2.3. Temeljni podaci o pojedinim postupcima pred Sudom

#### 2.3.1 POSTUPCI PROTIV DRŽAVA-ČLANICA

Postupak koji protiv države-članice pokreće neka od institucija Europskih zajednica, obuhvaća prethodni neformalni postupak i tri formalne postupovne faze. Ukoliko članica povrijedi osnivačke ugovore, Komisija Europskih zajednica će je na to

<sup>6</sup> Rodin, 181. str.

<sup>7</sup> Ibid. 174-180. str.

<sup>8</sup> Degan, Vladimir-Đuro, *Sud Evropskih zajednica*, *Jugoslavenska revija za međunarodno pravo*, 2-3/65, 402-405. str.

upozoriti. Ako odnosna članica ne postupi prema upozorenju, Komisija je poziva da pismeno podnese svoje viđenje o spornom pitanju. O viđenju članice Komisija izdaje svoje mišljenje, te predmet upućuje Sudu, koji potom donosi deklaratornu presudu.<sup>9</sup>

Drži li, pak, država-članica da je koja od inih članica Zajednica povrijedila ugovore, svoj će stav o tome dostaviti Komisiji. Komisija potom objema stranama dostavlja svoje mišljenje. Nakon toga, ili ako Komisija ne dostavi svoje mišljenje u roku od tri mjeseca, moguće je podnošenje tužbe Sudu.<sup>10</sup>

### 2.3.2. POSTUPCI PROTIV ORGANA EUROPSKIH ZAJEDNICA

#### 2.3.2.1 Revizija zakonitosti

Postupak revizije zakonitosti mogu pokrenuti države-članice, Komisija, Savjet i osobe na koje osporavani akt ima "neposredno i pojedinačno djelovanje". Temelji revizije zakonitosti mogu se podijeliti u četiri skupine: (1) nadležnosti; (2) povreda bitnih postupovnih pravila; (3) povreda Ugovora ili ma kojega drugog propisa u vezi s njegovom primjenom; (4) zloraba ovlaštenja.<sup>11</sup> Povredom bitnih postupovnih pravila smatraju se sljedeći propusti: (a) nedostatak dostatnog obrazloženja; (b) ukoliko prigodom donošenja akta nije bio konzultiran organ koji prema Ugovoru mora biti konzultiran; (c) nepropisno objavljivanje ili izdavanje akta.<sup>12</sup> Objektivni rok za pokretanje postupka revizije je dva mjeseca od objavljivanja spornog akta, dok se supsidijarno primjenjuje - ukoliko akt nije bio objavljen - subjektivni rok od dva mjeseca od saznanja za sporni akt. Pravni učinak presude u postupku revizije zakonitosti jest ništavnost pojedinačnoga pravnog akta (ako se radi o uredbi, Sud može odrediti koji dijelovi ništavne odluke ostaju na snazi). Učinci ništavnosti generalni su i apsolutni (*erga omnes i ex tunc*).<sup>13</sup>

Slučaj ERTA (Commission v. Council, 22/70, presuda od 31. ožujka 1971.) poslužio je Sudu kao prigoda da utvrdi kako su reviziji podložne sve mjere donijete s namjerom da imaju pravni učinak, bez obzira na formu u kojoj su donijete.<sup>14</sup> U pitanju može li se pobijati samo dio odluke, Sud je zauzeo pozitivan stav, presudivši u korist tužitelja u sporu Geitling GmbH v. High Authority (2/56, presuda od 20. ožujka 1957.).<sup>15</sup> Rješavajući spor IBM v. Commission<sup>16</sup> (60/81, presuda od 11. studenog 1981.). Sud je utvrdio da pobijani akt mora biti konačan.

#### 2.3.2.2. Tužba protiv propuštanja

Europski sud nije ovlašten samo ocjenjivati akte organa Zajednica, već i propuštanje tih organa da donesu akt kojeg su dužne donijeti (tzv. "šutnja administracije"). Za pokretanje postupka potrebno je dokazati da bi akt "neaktivnog" organa, da je bio donijet, bio upućen pokretaču postupka.<sup>17</sup>

#### 2.3.2.3. Isključenje nezakonitosti

<sup>9</sup> Ugovor, 169. čl.

<sup>10</sup> Ibid. 170. čl.

<sup>11</sup> Rodin, 185-186. str.

<sup>12</sup> Gijlstra, D.J., Schermers, H.G., Völker, E.L.M., Winter, J.A., *Leading Cases on the Law of the European Communities* (dalje, LCLEC), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1982, 55. str.

<sup>13</sup> Ugovor, 173. čl.

<sup>14</sup> LCLEC, 39-40. str.

<sup>15</sup> Ibid. 38-39. str.

<sup>16</sup> Ibid. 40-42. str.

<sup>17</sup> Ugovor, 175. čl.

Ovaj je postupak jedan od oblika kontrole općih akata institucija Zajednica. Odnosi se isključivo na uredbu Savjeta i Komisije. Članak 184. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici pruža mogućnost pobijanja pojedinačnog akta u konkretnom slučaju ako Sud utvrdi nezakonitost općeg akta.<sup>18</sup>

#### 2.3.2.4. Odgovornost Zajednice za štetu

Članak 215. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici regulira izvanugovornu odgovornost Europskih zajednica za štetu:

"Europska zajednica će, u skladu s općim načelima zajedničkima za sva prava država-članica, nadoknaditi svaku štetu koju su prouzročili njeni organi ili službenici u izvršavanju svojih dužnosti"<sup>19</sup>

Zajednice se ne izlažu odgovornosti zbog zakonske mjere koja uključuje mogućnost izbora ekonomske politike, osim ako je došlo do ozbiljne povrede više pravne norme, koja regulira zaštitu pojedinaca.<sup>20</sup> Apsolutni zastarni rok za podizanje tužbe za naknadu štete u izvanugovornoj materiji je pet godina od nastanka štete.

#### 2.3.3. RJEŠAVANJE O PRETHODNIM PITANJIMA.

Nacionalni sudovi članica mogu Sudu postaviti prethodna pitanja ako se ta pitanja tiču tumačenja osnivačkih ugovora. Postavljanje prethodnih pitanja Sudu obvezatno je ukoliko u postupku pred nacionalnim sudom više ne postoji pravo priziva. Postupak rješavanja o prethodnim pitanjima neophodno je jamstvo jedinstvenog tumačenja europskog prava.

Prekretnice u odnosu prava članica i europskog prava, te u praksi Suda uopće, predstavljaju klasični slučajevi "Van Gend" i "Costa". Povodom spora "Van Gend"<sup>21</sup> Sud je utvrdio da subjekti europskog prava nisu samo države-članice, već i njihovi državljani, ističući da Zajednice postavljaju novi pravni poredak u međunarodnom pravu, a članice su u korist tog poretka ograničile svoja suverena prava. U obrazloženju presude slučaja "Costa"<sup>22</sup> Sud navodi da - nasuprot inima međunarodnim ugovorima - Ugovor o Europskoj ekonomskoj zajednici utvrđuje vlastiti poredak, integriran s nacionalnim porecima članica.

Analizirajući spomenute slučajeve, Janis<sup>23</sup> će zaključiti:

"Vjerojatno ne postoji dio međunarodnog prava koji je tako rutinski integriran s nacionalnim pravom, kao što je europsko ekonomsko pravo integrirano s nacionalnim pravom država članica".

#### 2.4. Nadležnost Suda prvog stupnja Europskih zajednica

Tri su skupine nadležnosti Suda prvog stupnja: "službenički sporovi", tužbe protiv Komisije podignute od poduzeća ili njihovih udruga (prema Ugovoru o Europskoj zajednici za ugljen i čelik), te tužbe protiv organa Zajednica, podignute od fizičkih ili pravnih osoba. Protiv presude Suda prvog stupnja dopušten je priziv Europskom sudu u roku od dva mjeseca od objave presude.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Ibid. 184. čl.

<sup>19</sup> Ibid., 215. čl.

<sup>20</sup> Baulouis, Jean, Chevallier, Roger-Michel, Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes, Tom 1, Dalloz, Paris, 1983, 446-451.

<sup>21</sup> Janis, 225-226. str.

<sup>22</sup> LCLEC, 87. str.

<sup>23</sup> Janis, 225. str.

<sup>24</sup> Rodin, 209-210. str.

#### 4. Sud Europskih zajednica u sustavu Europskog saveza

Ugovorom iz Maastrichta (1991.) utemejen je Europski savez. Ugovor iz Maastrichta počiva na trima potpornim stupovima: (1) amandmanima na postojeće ugovore Zajednica; (2) odredba o zajedničkoj vanjskoj i sigurnosnoj politici; (3) odredbama o suradnji na područjima pravosuđa i unutarnjih poslova.<sup>25</sup> Zajednice nisu formalno proširene niti transformirane u Savez. Savezom je stvoreno jedinstvo ("unity") država, koje je provno odvojeno od Zajednica. Savez je utemejen na Zajednicama, ali nije identičan s njima. Savez za svoje djelovanje "posuđuje" organe i pravne instrumente Zajednica. Važno je također istaknuti da Savez nije pravna osoba.<sup>26</sup> Ugovor iz Maastrichta predviša i ine nove ciljeve, nadležnosti i djelatnosti Zajednica, šireći okvir djelovanja zapadnoeuropske integracije s pravnoga ekonomskog područja i na ostale segmente političkoga i društvenog djelovanja.

Iz nadležnosti Europskog suda isključena su dva od spomenutih triju potpornih stupova Ugovora iz Maastrichta: zajednička vanjska i sigurnosna politika te suradnja na područjima pravosuđa i unutarnjih poslova. Unatoč tome, utemeljenjem Europskog saveza došlo je do djelimičnog proširenja funkcija Suda. Sud je ovlašten poništiti odluke suprotne europskom pravu, koje bi bile utemejene na smjernicama Europskog saveza. Od osobite je važnosti novi članak 171/2 Ugovora o Europskoj zajednici, prema kojemu, ukoliko Sud utvrdi da članica ne ispunjava obveze iz Ugovora, Komisija može odnosni predmet ponovno uputiti Sudu, koji je potom ovlašten odrediti novčanu kaznu.<sup>27</sup>

Lane,<sup>28</sup> među izazovima koji stoje pred Sudom utemeljenjem Europskog saveza, izdvaja: tumačenje i primjenu načela supsidijarnosti; proširenja djelatnosti Europskih zajednica na nova područja; pitanje pravnih standarda - njihova sadržaja i utuživosti njihove povrede (npr. "visoki stupanj zdravstvene zaštite").

#### 5. Zaključak

Svojim djelovanjem Sud je širio ranije okvire europskog prava, preuzimajući od ograničene uloge konstitucionalnog jamca postepeno i ulogu intergracijskog zakonotvorca, a katkad i doktrinarnog lučonoše.

Daljnji integracijski procesi u okvirima Europskog saveza, pristup novih članica, širenje djelokruga i značaja Suda, kao i dosadašnja preopterećenost njihovih sudaca zacijelo će zahtijevati određene organizacijske, ali i funkcionalne promjene. Za početak tih promjena vjerojatno će najprihvatljivije biti povećanje uloge Suda prog stupnja, što najavljuje i Lord Slynn.<sup>29</sup> Moguće je zatim očekivati određeni stupanj specijalizacije europske sudbene vlasti, uz istodobno sve veće oslanjanje na nacionalne sudove. Njihova će vezanost s europskim pravom jamačno biti još izraženija. Na području međunarodne trgovine (Zajedničkog tržišta), iz koje izrasta najveći broj sporova pred Sudom, bitni se učinci mogu postići daljnjom afirmacijom arbitražnog sudovanja te, eventualnom, unifikacijom njegovih glavnih materijalnih i postupovnih odredbi.

<sup>25</sup> Lane, Robert, *New Community Competences Under the Maastricht Treaty*, CMLR, 5/93, 940-941. str.

<sup>26</sup> Everling, Ulrich, *Reflections on the Structure of the European Union*, CMLR, 6/92, 1056-1061. str.

<sup>27</sup> *Ibid.* 1073. str.

<sup>28</sup> Lane, 978-979. str.

<sup>29</sup> Slynn, Lord of Hadley, *What is a European Community Law Judge?*, *The Cambridge Law Journal*, Volume 52, Part 2, July 1993, 236-237. str.



U okružju novih izazova s kojima će se u svojim unutrašnjim odnosima susretati Savez, izazova ponajprije političko-interesne i supranacionalne naravi, postojanje, djelovanje i stvarni značaj Europskog suda još više dobivaju na važnosti, osobito, promatra li se Sud kao uporišna točka nedvojbenog autoriteta i tijela znatne neovisnosti spram potreba svakodnevne politike - glavnoga izvora nedosljednosti u javnim poslovima.

Dr. Milovan Jovanović, docent,  
Pravni fakultet u Rijeci

## POLITIČKA EKONOMIJA U PRAVNOM STUDIJU\*

### Uvod

Ovaj referat nastao je kao rezultat osobnoga razumijevanja, analize i zaključivanja o potrebi proučavanja Političke ekonomije na pravnom studiju. Kao rezultat individualnog zaključivanja podložan je daljnjoj stručnoj i znanstvenoj kritici kako bi dobio sveobuhvatniju dimenziju. Glede navedenoga predstavlja samo radni materijal za raspravu.

### 1. Politička ekonomija za pravnike

Znanstvenicima koji se bave tom problematikom, već je odavno definicija Političke ekonomije kao znanstvene discipline poznata. Svakako da i tu postoje određene razlike, ovisno o sadržaju koji se pod tim pojmom podrazumijeva kao i samog pristupa proučavanju.

Ipak, kada se govori o Političkoj ekonomiji kao predmetu koji slušaju, studiraju i polažu studenti I. godine studija na pravnim fakultetima, ona se mora donekle modificirati i prilagoditi potrebama sadašnjeg studenta i budućega pravnika. Ne znači to da će njezin osnovni smisao biti narušen, naprotiv, on će se još nadopuniti vezom koja će ukazati na neminovnost i svaku isključivost potrebe za odgovarajućim znanjima nužnim pravniku za svakodnevno razumijevanje društvene stvarnosti, kao i uočavanja onoga što dolazi ili će doći. Potreba za takvim znanjem nameće se svakom aktivnom učesniku današnjeg življenja, a posebice pravniku.

Zbog toga za pravnika političku ekonomiju možemo definirati kao nauku koja proučava objektivne zakone u društvenoj bazi (društveno-ekonomski proces) i njihovu međuovisnost s društvenom nadogradnjom (pravo i država), te viziju tih odnosa u budućnosti.

Iz navedenoga slijedi da Politička ekonomija proučava zakone koji proizlaze iz odnosa među ljudima u društvenoj bazi, pa joj to daje poziciju temeljne društvene znanosti. Ulazeći u toj analizi svom puninom svog proučavanja u ekonomsku oblast društvenog života, što je temeljna odrednica svih zbivanja u društvu, ona je istovremeno i anatomija ekonomskih znanosti.

Osnovni društveni odnos, to znači i ekonomski, počiva na obitelji kao zajednici individuumata vezanih emocionalnim i ekonomskim potrebama, koja u osnovi rezultira reprodukcijom ljudske vrste. Daljnje povezivanje teče u institucionalnim zajednicama kao što su kućni odnosi većeg broja domaćinstava, mjesto zajednice, općine, županija i republika, te međunarodne udruge.

Osim toga, ljudi se susreću u odnosima vezanim za isključivo ekonomsku oblast društvenog zbivanja. To su odnosi povezani uz proces proizvodnje, gdje se ljudi

---

\* Referat sa internacionalnog sastanka nastavnika političke ekonomije održan u Zagrebu 24. veljače 1994. godine.

pojavljuju s različitim sposobnostima u kreiranju proizvodnje i odlučivanju, i kao nepoznati čimbenici različitog odgoja, tradicije, navika, kultura, jezika itd. Zbog toga su i njihovi prohtjevi i potrebe različite, što sve treba adekvatno uskladiti da bi se postigli optimalni rezultati. Sačuvati sklad tih odnosa, bilo da se radi o političkom odlučivanju, što mora osigurati demokratski ustroj društva, te odnosima proizvodnje i pravilne raspodjele, u osnovnoj je aktivnosti i djelotvornosti društvene nadgradnje koju sačinjava pravni sustav odnosno država. Te poslove mora obavljati moderno educirani i formirani pravnik. Zbog toga u sferi političke ekonomije kao znanstvene discipline, svaka ideologija mora biti odbačena. Jedino tako neopterećen pravnik moći će, poznavajući temeljne zakonitosti društveno-ekonomskih odnosa, donositi cjelovite, ispravne i nepristrane prosudbe u interesu cijele društvene zajednice i svakoga njezinog člana.

Osim toga, članovi društva dolaze i u treći važan međusobni odnos, a on pretpostavlja razmjenu različitih dobara i usluga. To je izrazito delikatan odnos koji podrazumijeva potpunu pravednost koja se izražava u obostranom, odnosno višestranom zadovoljstvu svih učesnika razmjene. Poštenje i čestitost ovog dijela društvenih odnosa rezervirana je za ekonomsko-političku suradnju. Bez posjedovanja tih znanja pravnik bi bilo hendikepiran.

Odnosi vlasništva temelj su pravedne i cjelovite egzistencije svakog sistema. Jasno, mješovito i privatno vlasništvo, pretvorba društvenog, denacionalizacija, kao i ostali problemi, temelj su ekonomskih odnosa u društvu. Dionička društva i dionice, burze i burzovno poslovanje, banke i bankovni poslovi (inflacija i deflacija) trebaju biti usađeni u temeljima znanja koje mora imati pravnik. Tu su još problemi dohotka koji proizlazi iz rada i kapitala.

Navedene zakonitosti i pravila njihova ponašanja valja usaditi u fundament pravničkog znanja kako o njima ne bi trebalo naknadno razmišljati. To je moguće postići samo onda ako se odbace bilo kakve ideološke natruhe.

Prema tome, odnosi društvene baze u kojoj njezini članovi ovisno ili neovisno o svojoj volji, temelj su svakog društva, pa, prema tome, i tema izučavanja svakog društveno-znanstvenog studija, u što pogotovo ubrajamo pravni studij. Zbog toga i društvenopravna nadgradnja ne bi se mogla oblikovati bez poznavanja društveno-ekonomske osnove.

## 2. Pravnik za 21. stoljeće

Promjene koje zahvaćaju čovječanstvo toliko su brze da se pojedinci u njemu ne snalaze. To se u prvom redu ogleda u tehnološkim promjenama društvene proizvodnje, što se odnosi i na samu društvenu nadogradnju.

Da bi se taj odnos sklada i pravovremeno odvijao, potrebno je da i budući pravnik bude pripremljen za praćenje, i reguliranje takvih dinamičnih i sveobuhvatnih promjena. To će moći postići samo adekvatnom izobrazbom, u čemu Politička ekonomija predstavlja osnov za razumijevanje.

Današnja podjela svijeta na visokorazvijene kapitalističke zemlje, zemlje u razvoju i nerazvijene gotovo je neprihvatljiva. Visoko razvijene zemlje napuštaju osnovne odnose kapitalističkog organiziranja privrede i ulaze u fazu postkapitalističke privrede. Zemlje u razvoju, a posebice one koje su napustile socijalističku robnu proizvodnju, žele uspostaviti neki svoj kapitalistički ustroj, dok su nerazvijene i dalje nerazvijene. Osim toga, ne treba zanemariti ni Kinu u kojoj živi jedna četvrtina svjetskog stanovništva, a koja i dalje nastavlja sa socijalističkom izgradnjom.

Novi oblici integracija, a posebno ujedinjena Europa, predstavlja novi izazov u globalnom svjetskom odnosu snaga. Taj proces mogao bi dovesti do ponicanja ekonomske moći s područja Sjeverne Amerike u Europu, a time bi se preusmjerili robni i novčani tokovi.

Današnji telekomunikacijski i transportni sistemi povezali su i zblížili sve učesnike i interesene svjetske proizvodnje i razmjene te njihove različite pravne sustave. Poznavanje tih sustava osnova je njihove međusobne suradnje. Sama saznanja o pravnom sustavu zemlje nisu dovoljna za uspostavljanje normalnih i sveobuhvatnih temeljnih veza ako nisu spoznate i temeljne društvene odrednice u nekoj zemlji, a koje podrazumijevaju ustrojstvo baze i odnosa u samoj bazi. Tu, u prvom redu, ulaze vlasnički odnosi, organizacija proizvodnje, odlučivanje i raspodjela novostvorene vrijednosti i viška vrijednosti.

Osim integracijskih procesa u 21. stoljeću očekuju se i procesi dezintegracije koji se naziru i nekim visokorazvijenim zemljama, što će sigurno uvjetovati i nove državne granice na svim kontinentima.

Sve te procese prati brza znanstveno-tehnološka revolucija na koju pravnik mora biti upućen. U novim okolnosti, a čovjek mora doći u svim društvenim odnosima u dodir s znanošću. Povezivanjem znanosti i tehnike brzina primjene znanstvenih otkrića svodi se svakim danom na sve manji vremenski period. Tome značajno pridonosi brzina razmjene informacije koja ulazi u centar međusobnih interesa, te mogućnosti i način njezinog korištenja. Sve to dovodi do toga da je uloga čovjeka u tehnološkom procesu izravno sve manje zastupana. Umno učešće čovjeka u procesu proizvodnje sve je prisutnije, ali i tamo gdje je i dosada umni angažman čovjeka bio gotovo u potpunosti odsutan, u pomoć mu je pritekla nova tehnika i tehnologija. Međusobna prepletenost odnosa u društveno-materijalnoj proizvodnji tolika je da se bez primjene znanstveno-tehnoloških faktora, ne može zamisliti.

Time se došlo i do novih odnosa u svjetskim razmjerama. Polarizacija i interesi pojedinih svjetskih čimbenika sve su uočljiviji. Oni koji su se koristili tokovima znanstveno-tehnološke revolucije, ušli su u 21. stoljeće. Vode brigu o ekonomiziranju vlastitim izvorima sirovina i energije, brinu o ekologiji (voda, zrak i okoliš), raste im proizvodnost i efikasnost ljudskog rada, postižu niže troškove proizvodnje, uključuju se u međunarodnu razmjenu, ostvaruju veće profite, osiguravaju viši životni standard svojim stanovnicima itd. Sa svim tim promjenama valja biti pravovremeno upoznat.

Poseban problem kojega mora sagledati pravnik, a mogao bi svoje negativne efekte postići u 21. stoljeću, vezan je za samog čovjeka. Do sada se čovjeka stvaralo, radalo, odgajalo i obrazovalo pod odgovarajućim uvjetima koja mu je omogućavala obitelj i društvo u kojemu je živio i radio. Jedna od bitnih vrijednosti svakog člana neke zajednice jest i produžavanje vrste.

Nova znanstvena dostignuća razvila su biološki inženjering koji je omogućio čovjeku da "proizvodi" čovjeka. No, sve ukazuje na to da će se taj trend nastaviti, da će se uskoro moći proizvesti točno određenog čovjeka, s onim karakteristikama koje će netko naručiti i platiti. Znači da će se moći proizvoditi novog modernog robota. No što onda kad takav čovjek počne proizvoditi čovjeka? Može se tako dogoditi da njegov stvoritelj postane njemu rob.

Drugi značajan problem vezan je uz proces oslobađanja rada. Zahvaljujući znanstveno-tehnološkoj revoluciji dužina radnog vremena bit će sve kraća a slobodnog dulja. Prirodna simetrija od osam sati rada, osam sati aktivnog odmora i osam sati za spavanje već je duboko narušena. Intencija da će se vrijeme za aktivni odmor produžiti

može dovesti čovjeka da postane totalni rob tog vremena. Uz pretpostvku da će članovi društvena zajednice imati dovoljno materijalnih (novčanih) sredstava da plate svoje prohtjeve, ipak će ih oni moći koristiti samo u određenom trenutku, što znači da će svoje slobodno vrijeme morati unaprijed detaljno rasporediti. Tako detaljno ekonomiziranje sa slobodnim vremenom bit će potrebno kako bi svi mogli doći na red za svoj dio rekreacije. Pa već i danas ako netko žeki igrati tenis, mora se ranije predbilježiti; u kazalište možeš samo kada je predstava, a na kružno putovanje onda kada su organizirana itd.

Kako je povijest pokazala, društveno-ekonomske formacije sve su kraće. Kapitalizam traje već pet stotina godina, a sami znanstvenici Zapada tvrde da mu je došao kraj te da se treba pripremiti za nove načina društvene proizvodnje. Sve te odnose trebat će i pravno regulirati, a da bi ta regulativa bila adekvatna, valja je poznavati. Tek onda moći će se i kreativno djelovati na što povoljnije odnose društvenog življenja.

### 3. Pravnik-kreativac

Oduvijek je pravnik kao tvorac pravnih normi morao imati i svoju kreativnu ulogu. Ona se očitovala u formuliranju, interpretaciji i primjeni svih pravnih dokumenata koje je pojedina zajednica donosila. Sve su te norme donošene u interesu klase koja je na vlasti, pa makar u sebi sadržavale i najhumanije, najsocijalnije, najliberalnije i sve "naj". Uz te, tzv. državno-klasne pravnike pojavljivali su se i oporebenjaci koji su nudili svoju viziju države, demokracije, slobode, itd. Takav odnos je normalan, jer se tek tako stječu nove spoznaje o mogućem boljem. No, u pravu i kao i nekim drugim znanostima pojavilo se odgovarajuće omalovažavanje struke. Pogotovo je to bilo prisutno teorijom samoupravljanja, gdje je svatko mislio da "znajući" interpretirati normativne akte, odmah postaje i pravnik. Tome je pridonio i specifičan oblik obrazovanja tako da su se svi morali razumjeti u sve, pa se odjednom pojavio velik broj takvih stručnjaka koji su sjedili na mjestima odlučivanja. Pogotovo su za njih bile rezervirane partijske institucije i slične organizacije. Partijskom kontrolom sistema vlasti, (zakonodavna, sudska i izvršna) te privrede, pravnik postaje isključivo izvršilac naručene zakonodavne forme. Nakon toga sve se ostalo odvija prema uputama.

Novo vrijeme traži i novoga pravnika, pravnika-kreativca koji mora poznavati sve tokove društvene proizvodnje, i to ne samo u okvirima područja kojima se bavi. On mora upućivati i upozoravati na sve pozitivne i negativne posljedice koje bi mogle proizaći promjenom odgovarajuće pravne norme, zakona itd., kreirati nove predlagati ukidanje i korekciju postojećih jer oni možda više ne djeluju adekvatno naspram postojećih odnosa u društvenoj bazi.

Nije dovoljno pratiti zbivanja u privredi vlastite zemlje. Treba posvetiti pažnju i onome što se događa s ostalim subjektima s kojima ta zemlja privredno, kulturno, politički itd. surađuje.

Kreativnost od pravnika traži dodatne napore, i to posebno u tijeku temeljne izobrazbe. Ta će mu znanja kasnije omogućiti da stekne društveni status koji mu pripada. Kreativnost vraća pravnika u tokove društvene stvarnosti. Kako društvena zbivanja uglavnom počivaju na ekonomskim odnosima, pravnik ih mora dobro, ako ne i temeljito, poznavati.

Temeljnu i temeljitu naobrazbu iz te oblasti društvenih odnosa potrebnih za kreativnu aktivnost pravnika može mu tijekom studija dati Politička ekonomija.

---

Radi što potpunijeg razumijevanja postojećih i mogućih budućih odnosa u društvenoj bazi danas ih je moguće dosta jednostavno simulirati na kompjuterima, pa će i kreativnost pravnika doći do punog izražaja. To je onda pravnik-kreativac za ovo i 21. stoljeće.

### **Umjesto zaključka**

U svakom pogledu Politička ekonomija na pravnim fakultetima više nije ideološka disciplina.

Proučavanje Političke ekonomije neophodno je današnjim i budućim pravnicima, a posebice pravniku kreativcu.

Sam naziv ničim nije opterećen, naprotiv odražava sadržaj discipline koju proučava.

Kako je referat samo podloga ili podstrek za daljnju analizu predmeta i njegova temeljitijeg definiranja, svi ostali elementi za formiranje zaključka ostaju otvoreni.



MILE BOGOVIĆ, *Katolička Crkva i pravoslavlje u Dalmaciji za mletačke vladavine*, Zagreb, "Kršćanska sadašnjost" i "Školska knjiga", 1993., I-XVI + 188 stranica i 28 slikovnih priloga, posebno "Pogovor" str. 1-11.

Knjiga dr. M. Bogovića po drugi put dolazi do čitatelja. Riječ je o doktorskoj disertaciji, obranjenoj na Fakultetu crkvene povijesti Papinskog sveučilišta Gregorijana u Rimu 1971. godine, a koja je prvi puta predstavljena javnosti 1982. god. u nizu *Analecta croatica christiana*, kao svezak XIV. u izdanju Kršćanske sadašnjosti u Zagrebu.

Knjiga je već tada izazvala pozornost i doživjela uglavnom pozitivne kritike. Tako Nikola Crnković (Katolička crkva i prevoslavlje u Dalmaciji za vrijeme mletačke vladavine, *Croatica christiana periodica*, VIII, 1984., 13, str. 90-95): "Svojom sadržajnom i tehničkom kakvoćom knjiga je uzoran oblik suvremene znanstvene publikacije i vrijedan prinos istraživanju južnohrvatske pa i naše šire povijesti." Slavko Kovačić (Katolička Crkva i pravoslavlje u Dalmaciji, Crkva u svijetu, XIX, 1, Split 1984, str. 94-97): "Prikaz u cjelini, a jednako tako pojedini izričaji, sudovi i zaključci (...) zvuče trijezno, jasno i objektivno (...)" Franjo Šanjek (*Église catholique et les orthodoxes en Dalmatie à l'époque de la domination venetienne*, *Revue d'histoire ecclésiastique*, LXXXIX, 3-4, Louvain 1984, str. 825-827): "Il faut souligner enfin que l'approche de M.B. sur ce sujet interconfessionnel toujours délicat est très ouverte et scientifiquement objective, et que c'est grâce à cette méthode que l'histoire de l'Église dans cette partie de l'Europe se trouve enrichie d'un ouvrage de qualité." Takoder i Anđelko Mijatović (Historijski zbornik, XXXVI (1), Zagreb 1983, str. 296-297):

"Bogovićeve rad važan je ne samo za objašnjenje vjerskih prilika u Dalmaciji u doba Mletačke republike nego i za upoznavanje uzroka i okolnosti koje su prethodile nacionalnim i društveno-političkim prilikama (...) i svakako, s obzirom na posebnost sadržaja, ima trajniju historiografski vrijednost." Takvo stajalište je samo potvrđeno ovim pretiskom, a slično je ocijenjen i danas (Redakcija časopisa, Rijčki teološki časopis, god. 2, br. 1, Rijeka 1994., str. 135-138). Jedina kritika došla je od Drage Roksandića (U grčko-rimskom stilu, NIN od 2. XII. 1984., str. 38-39), makar i on mora priznati da "povijest crkava u nas ni izdaleka nije u dovoljnoj mjeri naučno istražena, što u još većoj mjeri vrijedi za međuvjerske odnose, (pa je, op. aut.) njegov rad nesumnjivo koristan." i "(...) mnoštvom izvornih navoda (...) pisac je nesumnjivo obogatio naše spoznaje o ovom važnom pitanju."

Na koji način autor pristupa obradi navedenog problema?

On u uvodnom dijelu navodi kratak prikaz dolazaka Morlaka u Dalmaciju, vezan uz tadašnje prilike učestalih ratova s Turcima.

U središnjem dijelu možemo razlučiti pet cjelina:

1. U prvom su obrađeni uspjesi i neuspjesi unionističkih nastojanja, a posebice unija episkopa Epifanija Stefanovića i borba krčkih kaluđera protiv nje, te posebno unija Nikodima Busovića;
2. Drugi dio opisuje otvoreno pravoslavno protivljenje pokušajima unije prikazom osoba i djelovanja Savatija i Stefana Ljubibratića, Lava Abramovića i Simeona Končarevića, kao i kaluđersku djelatnost;
3. U trećem dijelu knjige ističu se razlike između Srpske pravoslavne crkve, koja je uspjela obuhvatiti doseljene Morlake, najviše u seoskim sredinama,



te Grčke (carigradske) crkve koja je egzistirala u dalmatinskim gradovima, ali nije imala toliko utjecaj na doseljeno stanovništvo;

4. Četvrti dio posebno obrađuje nastojanja Rimokatoličke crkve u odnosu na morlačko stanovništvo (pokušaje obraćanja, karitativnu djelatnost), a naročito je značajno upozoravanje na djelovanje dva zadarska nadbiskupa, Vinka Zmajevića i njegovga nasljednika Mate Karamana, te ulogu glagoljaškog "ilirskog" klera u problemu obraćanja;

5. Konačno, peti dio sadrži odnos svjetovne vlasti - Mletačke republike spram problema kršćana bizantskog obreda.

Pokušamo li pojednostaviti problem, uvidjet ćemo da su početni uspjesi katoličke hijerarhije bili uvjetovani neorganiziranošću dosljednog stanovništva, turskim ratovima i slabim položajem doseljenika među starosjediocima. Nažalost, pokušaji unije nisu uspjeli, što poglavito treba pripisati djelovanju pravoslavnih kaluđera. S druge strane, ni katolički biskupi nisu pokazali dovoljno takta i spretnosti u rješavanju problema, već su ostali pri čvrstom stajalištu crkvene podložnosti, njihovoj biskupskoj jurisdikciji, kako stanovništva, tako i pravoslavnog klera u cijeloj Dalmaciji.

Takvo stajalište potpomognuto je stavom svjetovne vlasti Mletačke republike koja je, s jedne strane, morala voditi računa o zaštiti interesa Rimokatoličke crkve (što je u većini slučajeva i činila, ali što je dobrim dijelom ovisilo i osobi providura - namjesnika za Dalmaciju), ili barem prividno, a s druge strane nije se smjela otvoreno i oštro upuštati u konačno rješenje pitanja Morlaka bizantskog obreda, tako da je uvijek "plesala po žici" ne želeći se previše zamjeriti niti jednoj niti drugoj strani.

Naročito je značajno istaknuti hvale vrijedan trud autora knjige koji prikuplja raspoloživu neobjavljenu arhivsku građu u Vatikanu, Veneciji, Zadru, Arhivu Srpske akademije nauka u Beogradu i drugdje, ali i provjerava već objavljene dokumente.

Problemi koje autor obrađuje, zanimljivi su povjesničarima koji se bave ne samo poviješću Crkve nego i državno-pravnim pitanjima hrvatske povijesti, a dotiču se i nekih djela koja mogu biti značajna za lingvistička istraživanja koja do sada nisu dovoljno proučena.

Autorov jezik i stil čine ovu knjigu prihvatljivom i privlačnom širokom krugu čitatelja, a tu su osobito korisni prijevodi latinskih i talijanskih tekstova na hrvatski jezik.

U vremenskom razmaku od izrade disertacije (1971. god.), njenog prvog objavljivanja (1982. god.) i ovog ponovljenoga (1993. god.) došlo je u Hrvatskoj i u svezi s njom do cijeloga niza značajnih događanja koja zahtijevaju od povjesničara rad na ispunjavanju i osvjetljavanju "crnih rupa" hrvatske povijesti. Knjiga upravo i obrađuje upravo neke od njih, kao što su: pitanje pravoslavlja, crkvene hijerarhije (pa i one aktualne) te naročito pitanje izučavanja Vlaha (Morlaka), pa zato nije ni malo izgubila, već naprotiv dobila na značaju.

U radu na takvim problemima naročito je osjetljivo pitanje objektivnosti autorovih istraživanja i stajališta te samog djela kao njihovog konačnog rezultata. Nezaobilazno je istaći i pohvaliti autora upravo u svezi s ovim pitanjem jer u dijelu nema niti jedne neutemeljene postavke, izvrtanja činjenica (čemu pomaže i objavljivanje originalnih tekstova) ružne ili, čak, loše riječi i predrasude, tako da je i u ovim teškim vremenima, kada je lako moguće postati emotivan i čak neobjektivan, uspio

zadržati visoku razinu objektivnoga, ali i humanističkog znanstvenog pristupa problemu. Pristup dr. Mile Bogovića pored toga sadrži i jednu izuzetnu poruku, a to je ekumenizam, i to ne kao fraza, već uz iznošenje svih podataka, bez prešućivanja povijesne istine a sve u svrhu rješavanja problema.

Ne bismo smjeli propustiti napomenuti upravo obrnut pristup izvjesnog Marka Jačova, koji također obrađuje probleme pravoslavlja u Dalmaciji (ali on u prijevodu dokumenata riječ Vlah, Morlak, Grk zamijenjuje riječju Srbin tako da čitatelj dobiva krivu sliku o rasprostranjenosti Srba u Dalmaciji), a naročito začuđuje i iznenađuje podatak da objavljivanje takvih djela podupire čak i jedan vatikanski ured..

Slijedom svega izloženoga, možemo samo pohvaliti ponovno tiskanje knjige jer za njime očito postoji potreba.

Možemo samo žaliti što djelo nije obuhvatilo problem i u nekim drugim područjima, osobito na teritoriju susjedne Habsburške monarhije. Takva obrada pružila bi cjelovit uvid u odnos katoličanstva i pravoslavlja i države na cijelom području današnje Hrvatske države.

Nadamo se da će se knjiga što prije naći u rukama čitatelja, koji će sigurno uživati u njenom čitanju.

Mr. sc. Željko Bartulović

*Ustav Stjepana Radića*, Zagreb, "Prometheum", 1994.

Zagrebački nakladnik "Prometheum" tiskao je Nacrt ustava Hrvatske republikanske seljačke stranke ("Radićev ustav") od godine 1921.

Radićeva Seljačka stranka, iako je izašla na izbore za prvu jugoslavensku Ustavo-

tvornu skupštinu (1920), te za nju izborila čak 50 mandata, nije sudjelovala u njezinu radu. Ona naime, nije priznavala tzv. prvoprosinački akt (ujedinjenja), nije priznavala, dakle, Kraljevinu SHS pa, razumljivo, niti njezinu Ustavotvornu skupštinu. Hrvatska republikanska seljačka stranka je izvan Ustavotvorne skupštine objavila svoj nacrt ustava.

Nacrt ustava Hrvatske republikanske seljačke stranke jest, uglavnom, djelo Stjepana Radića te ga, stoga i nije pogrešno nazivati "Radićevim ustavom".

Osnovno obilježje "Radićeva ustava" jest: konstitucionalizacija ideje hrvatskog državnog prava. Ustav, naime, utemeljuje Hrvatsku kao suvremenu državu, kojoj je ime Neutralna Seljačka Republika Hrvatska. Eventualno stupanje Republike Hrvatske u savez s drugim državama moguće je urediti, samo, na ugovornom temelju, tj. samo na konfederativnom principu. Na taj način Ustav recipira ugovor kao povijesni ustavnopravni instrument očuvanja i jamstva hrvatske državnosti.

Ustav, razumljivo, sadrži i vrlo značajne odredbe o pripadničtvu i obavljanju suverenosti. Ustavna rješenja na tragu su narodne (pučke) suverenosti: narod (puk) je, naime, označen kao "nositelj" suverenosti, dakle, kao subjekt, kojemu, u potpunosti, suverenost i pripada ("narodno vrhovništvo je potpuno i djeluje neprekidno"). Osim posrednog obavljanja suverenosti (putem narodnog ustavotvornog sabora, narodnog zakonodavnog sabora, županijske skupštine, općinske skupštine), Ustav predviđa i neposredno obavljanje suverenosti. Neposredno narod obavlja suverenost oblicima neposrednog odlučivanja: plebiscitom, referendumom, narodnim zakonodavnim vetom i peticijom. Tako se, primjerice, svi važniji zakoni ("zakoni koji se tiču životnih potreba

naroda") - oni koji su osnova sklapanja saveza s nekom drugom državom, uzimanje zajmova izvan granica Hrvatske, zakoni o agrarnoj reformi - donose referendumom.

Činjenica da se takvim načinima odlučivanja odlučuje o vrlo značajnim pitanjima (promjena državnih granica, raspust ustavotvornog sabora, raspust redovitog sabora, opoziv predsjednika i potpredsjednika republike, donošenje najznačajnijih zakona, itd.) sugerira pomisao da je taj tekst - glede problematike suverenosti - izrađen na najboljim rusovskim tradicijama te da, stoga, pruža sjajan primjer konstitucionalizacije načela narodne suverenosti: u njegovu najizvornijem značenju.

U Ustavu je, osobita, pozornost poklonjena konstitucionalizaciji ljudskih prava: bilo da se radi o osobnim, političkim ili, pak, gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima. Apostrifirat ćemo slobodu sastajanja. S tim u svezi Ustav utvrđuje: "Sastajanje kao najprirodnija potreba posvema je slobodno. Oblast ne može ni u jednom slučaju ni iz kojega razloga zabraniti nijednoga sastanka i nijedne skupštine... Na uobičajenim javnim mjestima skupštinu prijavljuje koji god sazivač nadležnoj sigurnosnoj oblasti najkasnije prije početka skupštine ili usmeno, ili pismenom obaviješću, koja se može na uredska vrata prilijepiti."

Nacrt Ustava Hrvatske republikanske seljačke stranke od godine 1921. jest svojevrsna recepcija ustavnopravnih i političkih nazora ideologa Hrvatskog seljačkog pokreta, kao što je i signatura političkih (ne)prilika vremenu u kojem je nastao. Iako ukorijenjen u svom vremenu, Ustav ga je - po mnogim svojim rješenjima - uvelike i transcendirao. Dostatan je to razlog njegova ponovnog iščitavanja.

Mr. sc. Nado Grubić

*KRIMINOLOGIJA I SOCIJALNA INTEGRACIJA*, Fakultet za defektologiju, Zagreb, br. 1/1993, str. 1-132

Pri samom kraju 1993. g. pojavio se u javnosti Republike Hrvatske časopis pod nazivom "Kriminologija i socijalna integracija" u ediciji Fakulteta za defektologiju - Zagreb. Časopis je namijenjen publiciranju znanstvenih i stručnih radova iz krivičnih znanosti i to, prije svega, iz područja kriminologije i penologije, ali isto tako obuhvaća radove koji se bave poremećajima u socijalnom ponašanju osoba svih dobnih skupina - djece, malodobnika i punoljetnih osoba.

Prvi broj novog časopisa ponudio je deset originalnih znanstvenih i jedan stručni članak koji bi se, unatoč različitim sadržajima, mogli gotovo tematski povezati s problematikom devijantnih ponašanja djece i malodobnika:

A. Buđanovac: "Promjene u konativnim dimenzijama djece s poremećajima u ponašanju starijeg osnovnoškolskog uzrasta u funkciji toka socijalno-pedagoškog tretmana"

M. Mejovšek: "Neki podaci o razvoju kognitivnih sposobnosti učenika osnovnoškolske dobi s poremećajima u ponašanju"

M. Mejovšek: "Povezanost nekih poremećaja ličnosti i ponašanja maloljetnih delinkvenata kojima je izrečena sankcija dom za preodgoj i nekih obilježja strukture i socijalnog statusa njihovih obitelji"

S. Uzelac: "Neke sociodemografske karakteristike maloljetnika sankcioniranih u Republici Hrvatskoj"

Lj. Mikšaj-Todorović: "Manifestna razina promjena u strukturi delinkvencije malodobnih u Republici Hrvatskoj."

Z. Poldrugač: "Teritorijalne karakteristike kriminaliteta maloljetnika u Republici Hrvatskoj u 1992. godini"

I. Cajner: "Osobne i sociodemografske karakteristike počiniteljica čedomorstva"

J. Bašić: "Kompetentnost roditelja za roditeljsku ulogu i socioemocionalni status predškolskog djeteta".

N. Koller-Trbović: "Relacija socioemocionalnog statusa predškolske djece i njihovih obiteljskih prilika".

A. Žižak: "Relacije roditeljskog odgojnog stila i socioemocionalnog statusa djece".

S. Uzelac: "Individualni socijalnopedagoški rad s učenicom"

Unatoč želji da se za ovu prigodu izdvoje najznačajniji rezultati pojedinih istraživanja, zbog jednog "vječnog" razloga - organičenosti prostora taj će se "posao" prepustiti samim čitateljima. Međutim, ne može se ne ukazati na aktualnost sadržaja prvog broja časopisa u vremenu izrazito uzlaznog trenda kretanja maloljetničke delinkvencije u Hrvatskoj, koji prema podacima kojima raspolažu organi krivičnog postupka u 1992. g., bilježi gotovo eksplozivni porast, čak za 53%. Istovremeno se zapaža i znatno pogoršanje strukture delinkvencije mladih: čine se sve teža krivična djela, raste broj krivičnih djela počinjenih u većim gradovima, a isto tako znatno se povećava udio maloljetnika koji su već ranije više puta bili prijavljivani. U kontekstu postojeće zbilje rezultati provedenih istraživanja, pa čak i onih iz kojih su proizašli samo djelomice očekivani rezultati, imaju veliko značenje, i to pogotovo stoga što ukazuju na nužnost preventivnog djelovanja definiranjem faktora prema kojima tu prevenciju treba usmjeriti. Iako represija još uvijek predstavlja dominantan oblik organizirane reakcije društva na kriminalitet, jasna i određena preventivna politika najučinkovitija je u smanjenju krininaliteta.

Podsjećajući da upravo časopisi kao mediji komuniciranja bitno utječu na razvoj znanosti te da vrijednost znanstvenog časopisa ne proizlazi iz njegova postojanja već iz njegova korištenja, časopis "Kriminologija i socijalna integracija" preporučuje se znanstvenim i stručnim krugovima koji se bave delinkventnim i devijantnim ponašanjima mladih i odraslih, a isto tako i onima koji se žele detaljnije informirati o ovoj problematici.

Doc. dr. sc. Velinka Grozdanić

*"Privreda i pravo"*, časopis za privredno - pravnu teoriju i praksu, godište 33, svezak 3-4, str. 145-304, Zagreb, ožujak-travanj 1994.

Dvobroj posvećen prvom hrvatskom arbitražnom savjetovanju o temi "Međunarodna trgovačka arbitraža u Hrvatskoj i Sloveniji", održanog u Zagrebu 9. i 10. prosinca 1993.

Iz tiska je izašao novi dvobroj časopisa "Privreda i pravo, koji je u potpunosti posvećen prvom hrvatskom arbitražnom savjetovanju o temi "Međunarodna trgovačka arbitraža u Hrvatskoj i Sloveniji". Savjetovanje je održano u Zagrebu 9. i 10. prosinca 1993. god., u organizaciji Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. U dvoboju su objavljeni prilozi što su ih hrvatski i slovenski autori pripremili za navedeno savjetovanje. Kako se u predgovoru navodi, nastojalo se voditi računa o tome da se tim radovima obuhvate ili barem dotaknu svi ključni momenti procesnopravnog i materijalno-pravnog kompleksa arbitražnog rješavanja međunarodnih trgovačkih sporova, te bi u tom smislu ovaj dvobroj trebao imati značenje i pregleda

aktualnog stanja hrvatskog i slovenskog međunarodnog arbitražnog prava.

Arbitražno sudovanje postaje sve više alternativa državnom pravosuđu, a posebno sudionici u trgovinskom prometu prihvaćaju i koriste arbitražu kao najpovoljniji oblik za rješavanje međusobnih sporova. Tako je u znanosti i praksi prihvaćeno postojanje posebne discipline - međunarodno trgovačko arbitražno pravo. Zato je nesumnjiv značaj i aktualnost izabrane teme savjetovanja. Posebito kada se ima u vidu da je državnopravni osamostaljenjem Republike Hrvatske i Slovenije u djelokurgu stalnih izbranih sudišta pri gospodarskim komorama tih država i rješavanje sporova s međunarodnim elementom.

U dvoboju, koji ima sve karakteristike zbornika radova, objavljeno je deset radova slovenskih i hrvatskih autora, koji su recenzirani i kvalificirani kao (izvorni) znanstveni radovi. Prof. dr. Mihajlo Dika preveo je radove sa slovenskog jezika, pa su svi objavljeni radovi pisani hrvatskim jezikom. Autore radova nije potrebno posebno predstavljati, jer se radi o osobama koje su u samom vrhu hrvatske i slovenske pravne znanosti, a uživaju reputaciju i u inozemstvu. Posebno je značajno da su autori osobe koje su inače neposredno vezane uz Stalno izbrano sudište u Zagrebu, odnosno Stalnu arbitražu u Ljubljani.

U prvom vrlo iscrpnom radu pod naslovom "Arbitražno rješavanje međunarodnih trgovačkih sporova" (str. 145-172), koji je i uvodni referat za savjetovanje, prof. dr. Siniša Triva sintetički i sustavno obrađuje temeljne institute arbitražnog prava. Rad ima sve karakteristike općeg pristupa pitanjima od značaja za arbitražu, ali i cjelovitog prikaza pravnog stanja arbitražnog sudovanja u Republici Hrvatskoj. Analizom vrsnog poznavanja problematike koja se izlaže prikazano je sve ono što je

relevantno za tu pojavu, a posebnu pozornost privlači autorovo razmatranje terminologije i kvalifikacije arbitražnih instituta, argumenata u prilog i protiv arbitražnog rješavanja međunarodnih trgovačkih sporova, instituta nagodbe u arbitražnom sudovanju, značenja novih "Zagrebačkih pravila" i sl.

U drugom radu pod naslovom "Uporednopravni osvrt na bit odredbi Pravilnika o rješavanju sporova s međunarodnim elementom Stalnog izbranog sudišta u Zagrebu i Pravilnika o postupku pred Stalnom arbitražom kod Privredne komore Slovenije" (str. 173-186), autor prof. dr. Krešo Puharić ukazuje na promjene u kvaliteti nadležnosti ranijih stalnih izbranih sudišta pri gospodarskim komorama Slovenije i Hrvatske, nastalim nakon osamostaljenja i stjecanja suverene neovisnosti tih država. Autor se posebno osvrće na razlike u konceptu tih pravilnika, te na razlike prema privremenim (*ad hoc*) arbitražnim sudovima. U završenom dijelu autor upozorava na značaj obaju stalnih izbranih sudišta s aspekta njihovog mogućeg utjecaja na razvitak trgovačkih odnosa kako između Slovenije i Hrvatske, tako i između nekih drugih država.

U trećem radu pod naslovom "Nadležnost arbitražnog suda" (str. 187-189), autorica Dragica Wedam-Lukić razmatra i razrađuje različite probleme koji se javljaju u svezi s nadležnošću suda za razrješenje konkretnog spora. Ugovorom o arbitraži stranke derogiraju nadležnost državnih sudova i rješavanje spora povjeravaju arbitražnom sudu. Nadležnost arbitražnog suda može se osporavati ako je upitno postojanje i valjanost arbitražnog ugovora, a, iako je arbitražni ugovor valjan, može se osporavati nadležnost arbitraži da odlučuje o pitanjima koja nisu predviđena arbitražnim ugovorom. U svezi s time, sporno je pitanje je li arbitražni sud ovlašten suditi o valjanosti arbitražnog ugovora, a i o

tome je li nadležan za suđenje u konkretnom sporu (tzv. Kompetenz-Kompetenz Problem). Kod obrade ovog problema autorica polazi od općenito prihvaćenog načela da je arbitražni sud nadležan za odlučivanje o vlastitoj nadležnosti, s time da je njegova odluka podložna naknadnoj sudskoj kontroli.

U četvrtom radu pod naslovom "Arbitražni sporazumi" (str. 200-221), autor dr. Mirko Ilešić obrađuje različita pitanja o pravovaljanosti i sadržaju arbitražnog ugovora. Pravovaljani arbitražni ugovor jest temeljna pretpostavka za nadležnost arbitražnog suda. Arbitražni ugovor može se zaključiti kako glede određenog spora, tako i glede budućih sporova koji mogu proizaći iz određenog pravnog odnosa. Analizirajući relevantne odredbe hrvatskog i slovenskog prava o sadržaju, tumačenju i dokazivanju arbitražnog ugovora, autor pokazuje da se ta dva pravna poretka ne razlikuju u određivanju uvjeta za pravovaljanost arbitražnog ugovora. Autor ukazuje na nedostatke u redigiranju arbitražnih ugovora koji se najčešće uočavaju u trgovačkoj praksi, te daje praktične naputke poradi njihova otklanjanja.

U petom radu pod naslovom "Neka pitanja arbitražnog postupka" (str. 222-233), autor, dr. Vladimir Belajec osvrće se na neka pitanja koja se odnose na načelo saslušanja stranaka i na dostavljanje pismena u arbitražnom postupku. U prvom dijelu rada autor posebno ukazuje na pravne posljedice povrede načela saslušanja stranaka. U drugom dijelu rada autor ukazuje na neke nove oblike dostave u međunarodnom arbitražnom pravu, te istražuje odgovaraju li takvi oblici dostave minimalnim standardima koji su propisani pravilima domaćeg procesnog prava.

Autor šestog rada pod naslovom "Mjerodavno materijalno pravo za arbitražne

sporove s međunarodnim obilježjem" (str. 234-244) je prof. dr. Krešimir Sajko. Pri rješavanju trgovačkih sporova s međunarodnim obilježjem važno je utvrditi mjerodavno materijalno pravo. Izbor materijalnog prava u prvom redu zavisi od dispozicije stranaka i stranke bi ga trebale predvidjeti već u glavnom ugovoru. Stranke u pravilu biraju materijalno pravo neke treće zemlje, odnosno ono pravo koje je najizgrađenije i najbolje odgovara međunarodnim poslovnim odnosima. U radu autor navedenu problematiku analizira sa stajališta hrvatskoga međunarodnog privatnog i arbitražnog prava, uzimajući u obzir komparativne pravne znanosti i praksu.

Prof. dr. Lojze Ude autor je sedmog rada pod naslovom "Pobijanje arbitražne odluke" (str. 245-259). Prilikom odlučivanja arbitražnog suda, ističe autor, može doći do grešaka u postupanju, do pogrešnog i nepotpunog utvrđenja činjeničnog stanja i pogrešne primjene materijalnog prava. Za arbitražni je postupak karakteristično da nezadovoljne stranke imaju na raspolaganju mali broj pravnih sredstava protiv arbitražne odluke. Naime, arbitražna odluka može se pobijati onim pravnim sredstvima koja su u pojedinim pravnim sustavima dopuštena za pobijanje arbitražne odluke. Strankama je dopušteno ugovaranje prava na žalbu protiv arbitražne odluke o kojoj će odlučiti neka druga arbitraža, ali se ovo načelno ovlaštenje koristi u praksi izuzetno rijetko. Protiv konačnih arbitražnih odluka dopuštena je tužba za poništaj, koju priznaju i poznaju svi procesni sustavi. Štoviše, međunarodno je priznato pravo da se stranke ne mogu odreći prava na pobijanje pravomoćne arbitražne presude pred državnim sudom, jer je tužba za poništaj *de facto* glavno i jedino pravno sredstvo protiv arbitražnih odluka. Upravo poradi toga autor je najveći dio rada posvetio tužbi za

poništaj arbitražne odluke, a posebno razlozima za pobijanje arbitražne odluke i pravnom položaju nakon poništaja arbitražne odluke.

U vrlo iscrpnom radu pod naslovom "Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka po hrvatskom i slovenskom pravu" (str. 260-278), prof. dr. Mihajlo Dika bavi se problemima na području priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka izazvanih osamostaljenjem republika Hrvatske i Slovenije. Za priznanje ili izvršenje strane arbitražne odluke potrebno je ispuniti sve pretpostavke koje se općenito traže za priznanje ili izvršenje inozemne sudske presude, kao i daljnje uvjete specifične za arbitražno sudovanje. Nakon što je detaljno analizirao pojam strane arbitražne odluke, autor razmatra, s internopravnog i međunarodnopravnog aspekta, postupak i pretpostavke za priznanje i izvršenje takve odluke, a posebno stranih arbitražnih odluka u odnosu s postjugoslavenskim elementom.

Deveti i zadnji rad, "Troškovi arbitražnog postupka - i kako ih izbjeći" (str. 279-304), djelo je mr. Alana Uzelca. Kao što je iz samog naslova rada razvidno, autor razmatra pojedina praktična pitanja vezana uz troškove arbitražnog postupka. Autor iznosi niz podataka o vrstama troškova, metodama za određivanje visine honorara arbitara i administrativnih troškova, te o utjecaju dinamike naplate arbitražnih troškova na tijek arbitražnog postupka. Posebno je interesantan komparativni prikaz podataka o predvidivim troškovima angažiranja nekih poznatih arbitražnih sudišta. Iscrpno su prikazana i relevantna pravila i praksa Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori u postupcima s međunarodnim elementom.

Dvobroj predstavlja izuzetno uspješno znanstveno - stručno ostvarenje.

Aktualnost materije, standardna znanstvena razina, fundirana i argumentirana obrada temeljnih pojmova arbitražnog prava, brojni podaci, precizno navođenje relevantnih izvora, te sudjelovanje priznatih znanstvenika daju ovom zborniku radova karakter visokovrijednog izvora spoznaje i rješavanja arbitražnih pitanja. U načinu prezentiranja materije koja se obrađuje neposredno se osjeća spoj teorije i prakse, te je očito da autorima ni jedno ni drugo nije strano. Imajući u vidu da je područje arbitražnog sudovanja i prava u našoj pravnoj teoriji i struci uvelike zanemaran, pojava jednog ovakvog zbornika radova ima prvorazredan značaj. Nesumnjivo je i da zbornik predstavlja doprinos razvoju znanosti međunarodnog (procesnog i materijalnog) arbitražnog prava.

Zbornik bi trebao postati nezaobilazno štivo kako znanstvenicima, tako i praktičarima koji se bave problematikom arbitražnog rješavanja međunarodnih trgovačkih sporova, ali i svim pravnicima koji se pripremaju za savladavanje složene materije arbitražnog prava.

Mr. Jozo Čizmić,

*Riječki teološki časopis (Ephemerides Theologicae Fluminenses)*, god. 2, br. 2, str. 157-346, Rijeka 1994., časopis Katoličke bogoslovije u Rijeci.

Pred čitateljstvom se nedavno pojavio novi broj "Riječkog teološkog časopisa" posvećen "Profesoru ocu Ivi Peranu o pedesetog obljetnici svećenstva."

Sadržaj časopisa podijeljen je na šest dijelova, a u prvome "Članci i rasprave" nalazimo pregršt zanimljivih i vrijednih članaka i to slijedećim redom:

Dr. Mile Bogović ponovo nas je obrađivao radom s tematikom iz hrvatske

povijesti "Počeci i uspon glagoljice u Senju" (str. 157-175). Rad predstavlja značajan doprinos hrvatskoj povijesnoj znanosti i zaslužuje našu osobitu pozornost (pa zato i nekoliko redaka više) jer na posve novi način obrađuje pitanje papine dozvole senjskom biskupu Filipu od 1248. god. za vršenje bogoslužja na glagoljskom pismu i staroslavenskom jeziku. Dosadašnje tumačenje težište je stavljalo na senjsku biskupiju, a sada autor naročito ističe činjenicu da se biskupova nadležnost proteže i na čitavu Bosnu. Dozvola pape Inocenta IV. vezana je i uz politiku katoličke crkve u XIII. st., utemeljenje Latinskog carstva na Bosporu, dodira sa Rusijom gdje se služba božja na staroslavenskom jeziku pokazuje kao pogodno sredstvo za obranu i širenje zapadnog kršćanstva. Problem nastanka glagoljice, po autorovom mišljenju, vezan je za one prostore koji su bili pod bizantskim utjecajem, te naročito utjecajem monaha. Takav samostan postojao je uz crkvu sv. Jurja na senjskom brdu i bio je jedno od glagoljičkih žarišta.

Dr. Ivan Devčić u svom članku "Problem Boga kao polazište inedureligijskog dijaloga" (str. 177-206) polazi od stajališta da je svim religijama zajedničko iskustvo Boga kao transcendentne i sveprožimajuće stvarnosti kao i problem određivanja tog iskustva. Autor mudro zaključuje o postojanju nužnosti razgovora među religijama "u smislu suživota na vlastitim putu" što "ne uključuje nijekanje drugosti" odnosno "prihvatanje drugog u Bogu".

Članak dr. Josipa Grbca "Okultizam - spiritizam - satanizam" (str. 207-228) iznošenjem brojnih podataka iz inozemne literature upoznaje čitatelja sa ovim negativnim pojavama koje su danas vrlo česte i kod nas te pozitivnim

izlaganjem "kršćanske nauke kao jednog sredstva kojim se ljudima što se time bave moće pomoći". Kao posebno zanimljive možemo istaknuti pitanje satanizma u rock-glazbi mada bi mogli reći da autor "vidi vruga" tamo gdje je to pomalo dvojbeno.

Dr. Ivan Šporčić u radu "Isus i subota u Markovu evanđelju (Mk 2, 23-3,6)" (str. 229-248) kroz navedeni dio evanđelja upoznaje čitatelje sa vječnim problemom, koji poglavito postoji i u pravu" pretjeranog formalizma i "robovanja" formi. Putem Isusovog odnosa prema subotnjim propisima ističe negativnosti koje na taj način onemogućavaju "da svjetlost istine i ljudskosti uđe u način djelovanja". Veoma koristan savjet i za nas pravnike.

Rad Antona Šuljića "Katolički radio - potreba ili avantura?" (str. 249-264) zaslužuje posebnu pozornost. U njemu se obrazlaže aktualna potreba utemeljenja katoličkog radija. Odvagujući razloge za i protiv radija autor naglašava značaj medija, iznosi stavove u crkvenim dokumentima, razmatra pravnu problematiku i zaključuje da Crkva ne bi smjela propustiti tu priliku, premda se za sada daje prednost drugim sredstvima priopćavanja. Na koncu su predložena konkretna rješenja mogućeg programa takve radi-postaje.

"Novopečeni" mladi doktor Anton Tamarut objavljuje rad "Slika Božja kao teološko mjesto nauka o mladosti. Milost kao blizina Boga u djelima Ivana Goluba" (str. 265-274). Članak predstavlja sažetak njegove doktorske radnje obranjene na Gregorijani u Rimu, na njemačkom jeziku. Iznešena su načelna opredijeljenost po kojoj je teologija bliža umjetnosti nego filozofiji, problem izbora kao načina postojanja te milost kao blizina Boga.

Dr. Marijan Jurčević u radu "Antropologija i spasenje danas" (str. 275-286)



obrađuje suvremene teme krize istine, etike i savjesti u današnjem društvu koje se odažavaju na svakog čovjeka te mogućnosti spasenja kroz Isusa Krista.

Dr. Milan Špehar člankom "Svećenička duhovnost (II)" (str. 287-304) nastavlja istoimeni rad objavljen u prošlom broju istoga časopisa. Autor je naglasio da u današnjem društvu "pastir mora tražiti stado", a ne obratno, kao i biti primjerom zajednici te "zaljubljen u čovjeka". Posebno se raspravlja o potrebi svećenikovog beženstva, poslušnosti, siromaštvu, molitve i meditacije te preopterećenosti klera.

Mile Pecić, prognani župnik iz Slunja u članku "Naš odnos prema prognanicima i izbjeglicama" (str. 305-310) obrađuje, vrlo prisutnu i bolnu, pojavu prognanika i izbjeglica u ratu protiv Hrvatske, daje njihovu kategorizaciju, psihološku i religiozno-moralnu ravan problema, kao i odnosa Crkve i sredine prema njima. Zanimljiv članak za one pravnik koji se u svome radu susreću sa takvim osobama.

Časopis se nastavlja rubrikom "II. Priopćenja" u kojoj možemo pročitati članak Ivana Dreščika "Ljudska nada u patnji i bolesti" (str. 311-315).

Slijedi odjeljak "III. Likovi" koji je priredio Stipe Nosić "O pedesetoj obljetnici svećeničkog jubileja" (str. 316-319 - životopis te str. 320-323 popis radova) posvećen ocu Ivanu Peranu.

Odjeljak "IV. Kronika" donosi radove dr. Josipa Grbca "Pazinska klasična gimnazija. Prvi hrvatski koledž" (str. 324-326) i fra Ive Perana "Prva hrvatska gimnazija u Istri i na Kvarnerskim otocima. Uz 100-godišnjicu osnutka Franjevačke gimnazije i zavoda na Košljunu (1894-1994)" (str. 327-330)

Rubrika "V. Prikazi i osvrti" sadrži prikaz "Pismo obiteljima pape Ivana Pavla II." dr. Mile Bogovića (str. 331-

335) i još pet zanimljivih prikaza raznih publikacija (str. 335-343).

Na koncu časopisa nalaze se rubrika "VI. Bibliografija" u kojoj je dan popis radova "Povijesne i religijske teme u periodici "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci" Željka Bartulovića (str. 344-346)

Vrijedni kolektiv Katoličke bogoslovije u Rijeci vrijedno nastavlja sa izdavanjem publikacije koja donosi niz nadasve vrijednih i aktualnih radova koje poglavito nose duboko ljudske poruke te predstavljaju užitek za one koji će ih pročitati. Što im još možemo zaželjeti. "Feliciter"! i hrabro naprijed.

Mr. sc. Željko Bartulović

*ZAŠTITA VJEROVNika* - prikaz savjetovanja u Opatiji -

1. Dana 28. i 29. ožujka 1994. održano je u Opatiji (hotel "Adriatic") savjetovanje o građanskopravnoj zaštiti vjeronika.

Naš se Fakultet pojavio kao suorganizator, a ujedno i kao suizdavač posebnog Zbornika (drugi izdavač i organizator je "Informator", d. d. Zagreb) u kojem su objavljeni svi referati i saopćenja.

Naši su nastavnici - osim toga - i osobno dali veliki doprinos uspjehu savjetovanja: prof. dr. Petar Simonetti imao je ulogu redaktora Zbornika i održao je i uvodni referat pod nazivom "Hipotekarno izlaganje nekretnina i pravo građenja", mr. Gordan Stanković je - zajedno s prof. dr. Ivom Grabovcem iz Splita, napisao (također referat) o "Osiguranju potraživanja prema novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske"; s pisanim saopćenjima su se na skupu pojavili mr. Edita Čulinović-Herz ("Zalaganje pokretnih stvari bez gubitka posjeda"), dr. Aldo Radolović

("Odgovornost za nedostatke i stabilnost građevine") i mr. Sonja Zubčić s mr. Višnjom Rosenberg-Volarić - "O nekim aspektima odgovornosti za pravne nedostatke".

Svim se učesnicima pozdravom, ali i vrlo znakovitim govorom obratio i naš dekan prof. dr. Vinko Hlača.

Riječ je, svakako, o značajnom događaju za Fakultet, o lijepom doprinosu njegovoj znanstvenoj afirmaciji, o čemu svjedoči i vrlo značajan odaziv iz svih pravnih struktura u našoj Republici i njihovo vrlo zainteresirano i angažirano učešće u raspravljenim pitanjima.

2. Tema savjetovanja izuzetno je dobro odabrana. Vjerovnici su doista u proteklom povijesnom razvoju bili ona ugovorna strana koja je - makar je po svojoj pravnoj prirodi uvijek bila nositelj kapitala kao jedne od bitnih komponenta svakog socijalnog razvoja - bila višestruko ugrožena. Socijalizam je bio civilizacija dužništva, "raj za dužnike" i taj je raj trajao dok se od vjerovnika (bilo inozemnih bilo tuzemnih) moglo nešto uzimati...

Savjetovanje - međutim - nije proteklo u znaku ni plakanja za socijalizmom niti lamentiranjem nad onim što je socijalizam na ovom planu donosio. Sasvim opravdano pažnja je usmjerena na normativno koncipiranje novog pravnog sustava u kojem će vjerovnik i materijalnoopravno i procesnoopravno imati bitno bolju poziciju i u kojem će se njemu pravilno garantirati kako reintegracija uloženog kapitala tako i njegovo pravno dopustivo oplođivanje.

Iz svih pisanih refereta i saopćenja jasno proizlazi i - kao jedna od bitnih poruka - da je (daleko bolja) zaštita vjerovnika i jedan od preduvjeta da nas razvijeni vanjski svijet prihvati i prizna kao svog partnera.

Izostala je - što se ne može uzeti kao nedostatak savjetovanja nego kao objektivna nemogućnost da se i to obradi - sociološkopravna analiza mogućnosti da se stvarno "prebacimo" na novi kolosijek zaštite vjerovnika. Trebalo bi tek vidjeti imamo li cjelokupnu pravnu, posebice sudsku, infrastrukturu koja je u stanju udovoljiti novim zahtjevima, a uz to je i nepobitna činjenica da je višedecenijska "diktatura dužnika" ostavila u gotovo svakome od nas mentalitet koji je bliži staroj praksi nego zahtjevima novog vremena.

3. Pravo zaloga istaknuto je kao jedno od najjačih sredstava zaštite vjerovnika. Referat prof. dr. Petra Simonettija i saopćenje mr. Edite Čulinović-Herz obrađuju zalaganje nekretnina, odnosno pokretnina (ovo drugo bez gubitka posjeda) i tu su uistinu izloženi svi relevantni problemi s tim u svezi.

O procenopravnim aspektima konstituiranja i realizacije prava zaloga referat je (zapravo dva referta) napisao prof. dr. Mihajlo Dika (Pravni fakultet Zagreb).

Bitne aspekte zaštite vjerovnika tijekom parničnog postupka odredio je Marijan Ružđak, sudac Županijskog suda u Gradu Zagrebu. Autor je posebno detaljno obrazložio problem privremenih i prethodnih mjera, ukazavši ipak i na to da se ova procesna preventivna zaštita vjerovnika ne smije pretvoriti u donošenje odluka kojima će se praktički konzumirati tužbeni zahtjev.

O klasičnoj, ali i vječnoj aktualnoj, odgovornosti za materijalne (faktične) nedostatke referat je napisao Andrija Eraković, sudac Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske. Pisac je po svojoj vokaciji bio u prilici prezentirati bogatu sudsku praksu u ovoj oblasti, i to je naročito aktualan dio njegova rada.

Trgovačka društva i pomorsko pravo možda su trenutačno najmoderniji dio privatnog prava. O "Zaštiti vjerovnika

po Zakonu o trgovačim društvima" referat je napisao dr. Zoran Parać (Pravni fakultet u Zagrebu) a prof. dr. Ivo Grabovac i mr. Gordan Stanković obradili su "Osiguranje potraživanja prema novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske".

Do ovog mjesta ješ nespomenuta saopćenja obradila su: ugovornu kaznu (dr. Vlado Beloj, Pravni fakultet Osijek), zabilješku određenih činjenica u službi zaštite vjerovnika (mr. Tatjana Josipović, Pravni fakultet Zagreb), o pravu nazadkupnje u istoj funkciji (mr. Hrvoje Kačer, Pravni fakultet Split), o jedinstvenim pravilima i običajima za dokumentarne akreditive te o zaštitnim klauzulama u novčanim obvezama (mr. Miljenko Giunio, urednik časopisa "Privreda i pravo", Zgb), te o jedinstvenim pravilima, na zahtjev" 1991. Međunarodne trgovačke komore u Parizu (mr. Ljiljana Maurović, Pazin).

4. Ovaj kratki prikaz podnijetih referata i saopćenja ukazuje da su dotaknuta gotovo sva sredstva zaštite vjerovnika, odnosno - kako se to u našoj nastavi građanskog prava tradicionalno kaže - pojačanja obveznopravnog odnosa.

Možda će malo pomniji kritičar ipak primijetiti da neka pitanja nisu spomenuta. Nije npr. obrađeno pitanje ekvivalencije (u građanskom pravo sve manje važno a u trgovačkom već napušteno), nije pobliže - analiziran niti institut kapare kao ni problem jamstva (poručništva). Slično bi se možda moglo reći i za kompletnu materiju odgovornosti za štetu gdje se svaki oštećenik pojavljuje uvijek u svojstvu vjerovnika. Nedostaje - konačno, što smo već i naprijed istakli - barem globalna analiza funkcije sudskog sistema (parničnog i napose izvršnog sudskog postupka), koji predstavlja stvarnu realizaciju poduzetih mjera za zaštitu vjerovnika.

Ovo doista nisu nedostaci savjetovanja nego upozorenje da ćemo jednom sljedećom zgodom i to morati obraditi. Savjetovanje - uostalom - nije ni željelo biti "zatvorena knjiga" nego poziv da se pristupi daljnjem izučavanju zaštite vjerovnika.

5. Naš pravni sustav u svojoj ukupnosti treba u mnogim aspektima biti bitno mijenjan. Iznad svega u taj sustav treba unijeti više reda.

Više reda značit će - već samo po sebi - i više sigurnosti za vjerovnike. Po našoj ocjeni predstoji nam upravo ukupna analiza našeg pravnog i sudskog mehanizma na istoj liniji razmišljanja, a prezentirano savjetovanje o zaštiti vjerovnika dalo je uistinu vrijedne priloge i za trenutačno sagledavanje relevantnih problema kao i još više - da se na toj osnovi pristupi daljnjim analizama radi ukupnog poboljšavanja pravne pozicije vjerovnika.

Objavljeni Zbornik preporučujemo svim znanstvenim djelatnicima prava, pravnicima u praksi a također i našim studentima.

Doc. dr. Aldo Radolović

*Posjet povijesnom arhivu u Pazinu*

Već treću godinu zaredom nastavlja se uspješna suradnja Povijesnog arhiva u Pazinu i Pravnog fakulteta u Rijeci u okviru nastave iz predmeta "Povijest hrvatskog prava i države".

Dana 21. i 28. svibnja 1994. god. dvije grupe od po 50 studenata seminarista na predmetu "Povijest hrvatskog prava i države" u okviru seminarske nastave posjetili su knjižnicu Franjevačkog samostana u Pazinu te se upoznali sa arhivskim materijalima, inkunabulama, rijetkim knjigama, a gvardijan samostana održao je predavanje o

povijesti samostana i franjevačkog reda, u trajanju od dva školska sata.

Nakon toga održan je središnji dio nastave u Povijesnom arhivu gdje su prisutni nastavnici i studenti upoznati sa najznačajnijom arhivskom građom (statutima, urbarima, matičnim knjigama i sl.), metodama njenog očuvanja i korištenja kroz predavanja ravnatelja arhiva mr. sc. Jakova Jelinčića na temu "STATUTI, URBARI I MATIČNE KNJIGE" te arhivske radnice gđe. Mladenke Hamer na temu "ARHIVSKA GRAĐA" u trajanju od 4 školska sata.

Kako je posjet nastavnika i studenata Pravnog fakulteta privukao veću pozornost ne samo Povijesnog arhiva već i čitavog grada to je organiziran i razgovor za Hrvatski radio Radio Pazin.

Po završetku predavanja sudionici su otišli na organizirani zajednički ručak, a nakon toga nastavili su sa obilaskom značajnih spomenika kulture u Istri.

U poslijepodnevnom dijelu programa sudionici su posjetili Beram i uz kratko predavanje razgledali poznate freske Vincenta iz Kastva iz XV. st., a nakon toga posjetili su i Motovun kao primjer srednjovjekovne arhitekture u Istri.

Posjet druge grupe, održan 28. svibnja, razlikovao se utoliko što se u jutarnjem dijelu, prije predavanja u samostanu i arhivu, prvo obišao Etnografski muzej smješten u Kaštelu u Pazinu, a u poslijepodnevni obilazak održan je u mjestima Roč uz predavanje tamošnjeg župnika o sakralnim spomenicima u Roču, te Hum kao primjeru srednjovjekovne arhitekture i "najmanjeg grada na svijetu".

Posjet je bio od koristi studentima I. godine studija jer su se neposredno upoznali sa značajnim pisanim i drugim spomenicima hrvatske prošlosti u Istri o kojima su učili u predavanjima na

fakultetu te radom institucija u kojima mogu provesti pravnopovijesna istraživanja.

Uz to ovaj oblik nastave pridonio je razbijanju jednoličnosti uobičajenih predavanja "ex chatedra" pa se nadamo da će i studenti slijedećih generacija imati mogućnost uživati u ovom poučnom posjetu.

Moramo također spomenuti izuzetnu ljubaznost i susretljivost osoba koje su nas primile, naročito mr. sc. Jakova Jelinčića i gđe. Mladenke Hamer iz Povijesnog arhiva i časnih otaca gvardijana Krste i oca Mavra iz Franjevačkog samostana u Pazinu, a koje već treću godinu zaredom, bez ikakve naknade, odvajaju dio svog vremena za rad sa studentima Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci.

Ujedno izražavamo osobitu zahvalnost gospodinu Tomislavu Milošu i MUP Republike Hrvatske PU primorsko goranska Odjel vatrogasci te gospodinu Grubišiću i poduzeću "Brodokomerc" d. d. Rijeka i njihovim vozačima na pomoći koju su nam pružili u organiziranju prijevoza.

Doc. dr. sc. Neda Engelsfeld  
Mr. sc. Željko Bartulović



## I. Posjeti Fakultetu:

U suradnji s Rektoratom Sveučilišta u Rijeci, Fakultet je sudjelovao u realizaciji tribine 17. 11. 1993. na kojoj je gostovao američki veleposlanik u Hrvatskoj gosp. Peter W. Galbraith.

U suradnji a agencijom američke ambasade u Zagrebu USIS (United States Information Service) ostvarena su slijedeća gostovanja stranih predavača:

MARK S. ELLIS, direktor programa CEELI (Central and East European Law Initiative) Američke odvjetničke udruge (American Bar Association), datum predavanja: 2. i 3. 12. 1993., tema: a) Porota u američkom kaznenom postupku, b) Strana ulaganja u istočnoj i centralnoj Evropi,

SOLTAN KAROL, University of Maryland, SAD, datum: 18. 03. 1994., tema: Samoograničenje u ustavnoj demokraciji,

FRANK NAVRATIL, dekan Scholl of Business, John Carroll University, Cleveland, Ohio, SAD, datum: 18. 05. 1994., tema: Poslovna etika,

Gđa ANTONIA DOLAR iz CEELI inicirala je rad na projektu osnivanja pravnih klinika na pravnim fakultetima u Hrvatskoj. Rad na projektu je u tijeku i očekuje se njegova realizacija u idućoj školskoj godini.

U lipnju 1994. posjetili su Fakultet članovi stručnog tima za reformu visoke naobrazbe u sklopu Croatian Democracy Project. U timu su bili: Dora Pavletić, direktor programa, Louis W. Goodman, profesor i dekan School of International Service, te James Lee, profesor, obojica sa The American University, Washington, D. C., SAD.

U međunarodnu suradnju ubraja se i korištenje međunarodnih stipendija naših nastavnika. Ovu su školsku godinu asistent mr. Miomir Matulović i istraživač Nikša Marušić proveli na stručnom i znanstvenom usavršavanju na Central European University u Budimpešti. Asistentu mr. Gordanu Stankoviću odobrena je stipendija za boravak u SAD tijekom iduće školske godine. Veći broj nastavnika koristio je kraće stipendije za boravak na stručnim i znanstvenim skupovima u inozemstvu.

Prof. dr. Mile Bogović rektor Visoke katoličke bogoslovije u Rijeci i generalni vikar Nadbiskupije riječko-senjske održao je u okviru predmeta "Povijest hrvatskog prava i države" dana 21. travnja 1994. god. predavanje "KATOLIČKA CRKVA I HRVATSKA DRŽAVNOST" (3 sata).

U okviru praktičnih vježbi iz predmeta Krivično procesno pravo, studentima II. godine održao je predsjednik Županijskoga suda Slavko Petrić predavanje o temi Ustroj sudbene kaznene vlasti u Primorsko-goranskoj županiji.

U okviru predmeta Kriminalistike blok predavanja iz sudske medicine održala je doc. dr. sc. Renata Dobi-Babić predstojnik Zavoda za sudsku medicinu Medicinskog fakulteta u Rijeci.

U okviru istoga predmeta predavanje o temi Psihologija kaznenoga postupka održao je prof. dr. sc. Đuro Tabaković s Pedagoškoga fakulteta u Rijeci.

## II. Sudjelovanje nastavnika na skupovima i predavanjima:

Dr. sc. Ute Karlavaris Bremer, docentica na kolegijima "Njemački jezik I" i "Njemački jezik II" je tijekom ak. god. 1993/94. održala kao gost-predavač kolokvij iz njemačke književnosti na Sveučilištu u Essenu, seminar s tematikom "Slika i tekst u njemačkom ekspresionizmu" na Sveučilištu u Torinu te predavanje o nastavi stranog jezika pri Hrvatskom društvu nastavnika stranog jezika. Prilikom svog gostovanja na Università degli Studi di Torino, u svibnju, dr. sc. Karlavaris Bremer je, kao jedna od

sudionica znanstveno-istraživačkog tima na planiranom projektu Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci "Pravni i socijalni status žene u Hrvatskoj" uspostavila suradnju s međunarodno poznatom institucijom u toj domeni - Centro Interdipartimentale di Ricerche e Studi delle Donne (C.I.R.S.), koja djeluje pri torinskom sveučilištu.

Na Međusveučilišnom centru za poslijediplomske studije u Dubrovniku održan je od 6. do 11. lipnja 1994. godine tečaj "Human Rights and Medicine". U redu tečaja sudjelovalo je dvadeset polaznika iz Hrvatske i pet stranaca. Prvi tečaj pod istim nazivom održan je 1984. godine. Direktori ovogodišnjeg tečaja bili su doc. dr. Miroslav Mastilica s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, doc. dr. Nenad Hlača s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i dr. Judith Sandor s Central European University, Budimpešta.

Na teološkoj tribini Visoke bogoslovne škole u Rijeci dana 27. travnja 1994. doc. dr. Nenad Hlača održao predavanje na temu "Pravni pristup obiteljskim odnosima".

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu povodom međunarodne godine obitelji organizirao je 19. svibnja 1994. godine Okrugli stol "Obitelj u hrvatskom pravnom i socijalnom sustavu". Doc. dr. Nenad Hlača bio je aktivni učesnik s prilogom "Status osoba treće životne dobi prema obiteljskom zakonodavstvu".

Na Vth Session of the Academy of European Law koja je održana u Firenci od 27. lipnja do 15. srpnja 1994. godine na European Law Institute učestvovao je doc. dr. Nenad Hlača.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti održao je glavni referat na savjetovanju Zaštita vjerovnika održanom u Opatiji 28. i 29. ožujka 1994. godine.

Mr. Edita Čulinović-Herc sudjelovala je na tom savjetovanju i podnijela priopćenje "Zalaganje pokretnih stvari bez gubitka posjeda".

Mr. Gordan Stanković sudjelovao je na istom savjetovanju priopćenjem "Osiguranje tražbina prema novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske".

Dana 19. svibnja 1994. pred Hrvatskim pravničkim društvom u Rijeci, mr. Gordan Stanković održao je predavanje na temu "Pomorski zakonik Republike Hrvatske".

Doc. dr. sc. Velinka Grozdanić, kao članica Predsjedništva "Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu", organizirala je, u suradnji s predsjednikom Županijskog suda u Rijeci, gosp. Slavkom Petrićem, raspravu o prijedlogu novog Kaznenog zakonika RH te prijedlogu novog Zakonika o kaznenom postupku. Rasprava je održana početkom 1994., u dvorani Županijskog suda u Rijeci, a prisustvovali su joj pravosudni dužnosnici i djelatnici Istarske i Primorsko-Goranske županije.

Mr. sc. Željko Bartulović sudjelovao je na znanstvenom skupu "Iz prošlosti Rijeke" u organizaciji Grada Rijeke i Zavoda za povijesne i društvene znanosti HAZU Rijeka u povodu proslave dana sv. Vida, održan 13. lipnja 1994. god. s izlaganjem na temu "Pravni aspekti srednjovjekovnih bratovština sa osvrtom na Rijeku".

Mr. sc. Željko Bartulović održao je predavanje na HRT Radio Pazin tijekom svibnja i lipnja 1994. na temu: "Iz povijesti hrvatske državnosti", također i u emisiji "Zavičajne teme".

## UPUTE AUTORIMA

Časopis objavljuje radove koji se recenziraju i one koji ne podliježu recenzentskom postupku. Recenzirani radovi kategoriziraju se u ove kategorije:

- \* izvorni (originalni) znanstveni članak - original scientific paper
- \* prethodno priopćenje - preliminary communication
- \* pregledni članak - review
- \* izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- \* stručni članak - professional paper

Izvorni znanstveni članak sadrži dosad još neobjavljene rezultate izvornih istraživanja. Prethodno priopćenje sadrži nove rezultate znanstvenih istraživanja koji zahtijevaju brzo objavljivanje. Pregledni članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autora izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

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 :

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 priredene, 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 skraćeni 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 podliježe kategorizaciji ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest kartica čini jedan autorski arak (30.000 znakova).





