

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349x

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 17

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 17,  
Br. 2, str. XII+233-482, Rijeka, 1996.

ZBORNÍK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA  
U RIJECI



ISSN 1330-349x

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 17

BROJ 2

RIJEKA, 1996.

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

---

**Nakladnik/Publisher:** Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

**Glavna urednica/Editor-in-Chief:** doc. dr. sc. Velinka Grozdanić

**Uredništvo/Editorial Board:** prof. dr. sc. Mladen Montana, prof. dr. sc. Petar Simonetti, prof. dr. sc. Dragutin Ćedić, prof. dr. sc. Berislav Pavišić, doc. dr. sc. Velinka Grozdanić, doc. dr. sc. Robert Blažević, Sandra Laleta

**Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:** akademik dr. h. c. Lujo Margetić (Rijeka/HR), prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Umberto Leanza (Rim/I), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. R. Eugene Harper (Charleston/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Trieste/I)

**Lektorica/Lector:** Dušanka Starčević, prof.

**Prijevod/Translations:** doc. dr. sc. Ute Karlavaris Bremer (za njemački) / dr. sc. Gordan Stanković (za engleski)

**Adresa uredništva/Address of the Editorial Board:** Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, fax: (051) 227-058, 226-689

**e-mail:** ZBORNİK@LAW.PRAVRI.HR

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

**Kompjuterska priprema/Layout:** Graftrade Žagar - Opatija

**Tisak/Print:** Graftrade Žagar - Opatija

---

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *Current Legal Theory*, Tilburg, Netherlands i *Recht in Ost und West*, Berlin, Deutschland.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti i tehnologije Republike Hrvatske i Županije primorsko-goranske.

## SADRŽAJ

## I. Članci:

Lujo MARGETIĆ, GLI INIZI DELL'ORDINAMENTO STATUTARIO A ARBE (izvorni znanstveni članak) .....	233
Marcus LUTTER, EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT (izvorni znanstveni članak) .....	243
R. Eugene HARPER, GUNS AND MILITIAS: SOME THOUGHTS ON THE SECOND AMENDMENT TO THE U.S. CONSTITUTION (izvorni znanstveni članak) .....	261
Antun JURMAN, POLITIKA FORMIRANJA OPTIMALNE STRUKTURE PLASMANA HRVATSKIH BANAKA (izvorni znanstveni članak) .....	279
Velinka GROZDANIĆ, Ute KARLAVARIS-BREMER, POREMEČAJ KAO ELEMENT BIČA KAZNENOG DJELA ČEDOMORSTVA (izvorni znanstveni članak) .....	293
Miomir MATULOVIĆ, Alen BOŠKOVIĆ, PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND MINORITY RIGHTS IN CROATIA (izvorni znanstveni članak) .....	303
Paolo PITTARO, LA NUOVA DISCIPLINA ITALIANA DELL'USURA (prethodno priopćenje) .....	329
Vesna CRNIĆ-GROTIĆ, MEĐUNARODNI ZLOČIN I KAZNA (pregledni članak) .....	339
Marinko UČUR, RADNOPRAVNI STATUS RIBARA (pregledni članak) .....	365
Nada VUKOBRAT-BODIROGA, OSNOVNI POREDAK EUROPSKE UNIJE - OTVORENA USTAVNO-TEORIJSKA PITANJA (pregledni članak) .....	387
Christoph WEBER, DIE SOZIALE DIMENSION DES BINNENMARKTS AUS SICHT DES DEUTSCHEN ARBEITSRECHTS (pregledni članak) .....	395

Dragutin LEDIĆ, DAS KROATISCHE ZIVIL- UND HANDELSRECHT - GESCHICHTE, BESTANDSAUFNAHME UND ENTWICKLUNGSPERSPEKTIVEN (izlaganje sa znanstvenog skupa).....	415
---	-----

## **II. Bibliografija:**

Dario ĐERĐA, Budislav VUKAS, NOVE KNJIGE I ČASOPISI U KNJIŽNICI PRAVNOG FAKULTETA, POKLON "THE SCHOOL OF LAW OF THE CASE WESTERN RESERVE UNIVERSITY" CLEVELAND, OHIO, U.S.A. ....	429
--	-----

## **III. Osvrti:**

Vinko HLAČA, RIJEČKI DOPRINOS POMORSKOM PRAVU HRVATSKE.....	441
--	-----

## **IV. Prikazi:**

Božidar LATKOVIĆ, ESTATUTO DE POLJICA, CODIFICACIÓN MEDIEVAL DEL PRINCIPADO CROATA DE POLJICA (Traducción y Comentario) (Lujó Margetić).....	453
Ivo BORKOVIĆ, NOMOTEHNIKA (Marinko Đ. Učur) .....	453
Robert BLAŽEVIĆ, POLITIČKI PORETCI I LEGITIMITET (Duško Lozina) .....	456
Zoran PAVLOVIĆ, PSIHOLOŠKE PRAVICE OTROKA. OTROKOVE PRAVICE ONSTRAN PRAVNEGA VARSTVA (Hajrija Sijerčić-Čolić) .....	458
Philip Raoul TETU, PROBABLE CAUSE - BETWEEN THE POLICE OFFICER AND THE MAGISTRATE (Sandra Fabijanić) .....	462
<b>V. Fakultetska kronika</b> .....	471

## TABLE OF CONTENTS

### *I. Articles:*

Lujko MARGETIĆ, ON THE "PROTOSTATUTE" OF RAB (original scientific paper).....	233
Marcus LUTTER, EUROPEAN COMPANY LAW (original scientific paper).....	243
R. Eugene HARPER, GUNS AND MILITIAS: SOME THOUGHTS ON THE SECOND AMENDMENT TO THE U.S. CONSTITUTION (original scientific paper).....	261
Antun JURMAN, THE POLICY IN FORMING AN OPTIMAL STRUCTURE OF INVESTMENT OF CROATIAN BANKS (original scientific paper).....	279
Velinka GROZDANIĆ, Ute KARLAVARIS-BREMER, DISORDER AS AN ELEMENT OF THE CRIME OF INFANTICIDE (original scientific paper).....	293
Miomir MATULOVIĆ, Alen BOŠKOVIĆ, PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND MINORITY RIGHTS IN CROATIA (original scientific paper) .....	303
Paolo PITTARO, NEW ITALIAN LAWS ON USURY (preliminary communication) .....	329
Vesna CRNIĆ-GROTIĆ, INTERNATIONAL CRIME AND PUNISHMENT (review) .....	339
Marinko UČUR, THE LABOUR-LAW STATUS OF FISHERMEN (review).....	365
Nada VUKOBRAT-BODIROGA, THE BASIC CONSTELLATION OF THE EUROPEAN UNION - OPEN QUESTIONS OF CONSTITUTIONAL THEORY (review) .....	387
Christoph WEBER, SOCIAL DIMENSION OF THE DOMESTIC MARKET FROM THE VIEWPOINT OF GERMAN LABOUR LAW (review).....	395



VIII

Dragutin LEDIĆ,  
CROATIAN PRIVATE AND COMMERCIAL LAW - HISTORY,  
CURRENT STATUS AND PROSPECTS OF DEVELOPMENT  
(conference paper) ..... 415

*II. Bibliography:*

Dario ĐERĐA, Budislav VUKAS,  
NEW BOOKS AND JOURNALS IN THE LIBRARY OF  
THE FACULTY OF LAW, A GIFT BY THE CASE WESTERN  
UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, CLEVELAND, OHIO, USA ..... 429

*III. Comments* ..... 439

*IV. Surveys* ..... 451

*V. Faculty Chronicle* ..... 471

## INHALT

*I. Aufsätze:*

Lujo MARGETIĆ, ÜBER DAS "PROTOSTATUT" VON RAB (wissenschaftlicher Originalbeitrag).....	233
Marcus LUTTER, EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT (wissenschaftlicher Originalbeitrag).....	243
R. Eugene HARPER, GEWEHRE UND BÜRGERHEER: ÜBERLEGUNGEN ZUM ZWEITEN AMENDEMENT DER VERFASSUNG DES USA (wissenschaftlicher Originalbeitrag).....	261
Antun JURMAN, ENTWICKLUNGSPOLITIK ZUR OPTIMALEN STRUKTUR DES PLACEMENTS KROATISCHER BANKEN (wissenschaftlicher Originalbeitrag).....	279
Velinka GROZDANIĆ, Ute KARLAVARIS-BREMER, SEELISCHE STÖRUNG ALS WESENTLICHES ELEMENT DER STRAFTAT KINDSMORD (wissenschaftlicher Originalbeitrag).....	293
Miomir MATULOVIĆ, Alen BOŠKOVIĆ, SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE UND RECHTE DER MINDERHEITEN IN KROATIEN (wissenschaftlicher Originalbeitrag).....	303
Paolo PITTARO, NEUE BESTIMMUNGEN DES ITALIENISCHEN RECHTS ÜBER DEN WUCHER (vorläufige Mitteilung).....	329
Vesna CRNIĆ-GROTIĆ, INTERNATIONALES VERBRECHEN UND AHNUNG (Übersichtsartikel).....	339
Marinko UČUR, ARBEITSRECHTLICHER STATUS DER FISCHER (Übersichtsartikel).....	365
Nada VUKOBRAT-BODIROGA, GRUNDORDNUNG DER EUROPÄISCHEN UNION - OFFENE VERFASSUNGSTHEORETISCHE FRAGEN (Übersichtsartikel).....	387

Christoph WEBER, DIE SOZIALE DIMENSION DES BINNENMARKTS AUS SICHT DES DEUTSCHEN ARBEITSRECHTS (Übersichtsartikel) .....	395
Dragutin LEDIĆ, DAS KROATISCHE ZIVIL- UND HANDELSRECHT - GESCHICHTE, BESTANDSAUFNAHME UND ENTWICKLUNGSPERSPEKTIVEN (Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung) .....	415
 <b>II. Bibliographie:</b>	
Dario ĐERĐA, Budislav VUKAS, NEUE BÜCHER UND ZEITSCHRIFTEN DER BIBLIOTHEK DER JURISTISCHEN FAKULTÄT, GESCHENK DER "SCHOOL OF LAW OF THE CASE WESTERN RESERVE UNIVERSITY", CLEVELAND, OHIO, U.S.A. ....	429
 <b>III. Berichte</b> .....	439
 <b>IV. Besprechungen</b> .....	451
 <b>V. Fakultätschronik</b> .....	471

## **I. Članci (Articles, Aufsätze)**



## GLI INIZI DELL'ORDINAMENTO STATUTARIO A ARBE

Akademik, dr.h.c. Lujo Margetić  
Rijeka

UDK: 940/34(497.5)  
34(09)RAB"1234"  
UR: 10. travnja 1996.  
Izvorni znanstveni članak

### *O Rapskom "protostatutu"*

*Autor raščlanjuje najstarije vijesti o Rapskom statutu i utvrđuje da je i prije sačuvanog Rapskog statuta iz 1326. godine postojao i raniji, sastavljen nakon 1234. god., ali najkasnije 1268. god. Analizirajući jednu rapsku ispravu iz 1234. god. autor dokazuje da bi se ona mogla nazvati nekom vrsti Rapskog "protostatuta". Autor uspoređuje Statut iz 1326. god. s ispravom iz 1234. god. i utvrđuje da među njima postoji duboka razlika.*

*U daljnjim raščlambama autor dokazuje da je već u vrijeme bizantske vlasti nad Dalmacijom postojala neka vrsta provincijskog osnovnog zakona. Taj zakon donijela je središnja bizantska vlast. Njime se utvrđivalo osnovne odnose među središnjom vlasti, s jedne i dalmatinskim gradovima, s druge strane.*

*Ključne riječi: statut, Dalmacija, razvoj.*

### I.

Il più antico e conservato Statuto di Arbe<sup>1</sup> è stato compilato verso il 1326.<sup>2</sup> Certamente anche prima di quell'anno Arbe aveva avuto il suo statuto, ma purtroppo non è stato conservato. D'altra parte in un contratto di compravendita del 7 maggio 1273<sup>3</sup> si trova questa clausula: *que vendicio clamata fuit in platea secundum statutum ed consuetudinem civitatis Arbensis*. Ma ci sono notizie ancora più antiche. Secondo l'accordo del settembre 1268<sup>4</sup> tra la generazione del giuppano Crnoslav e Arbe, il comune si obbligava, in caso di trasgressione

<sup>1</sup>Publicati da U. Inchiostri e A. C. Galzigna in: "Archeografo Triestino" XXIII n.s., Trieste 1899-1901. Ristampa: Atti e Memorie della Società dalmata di storia patria, vol. XIV, Venezia 1986, 23-127.

<sup>2</sup>Op. cit. (nt. 1), 29. Vedi anche U. Inchiostri, Il comune e gli statuti di Arbe fino al secolo XIV, "Archivio storico per la Dalmazia" a. V, vol. IX e X e a. VI, vol. XI e XII, Roma 1930-1931. Ristampa come nella nt. 1, 131 e ss.

<sup>3</sup>T. Smičiklas, Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae (CD), vol. VI, VI, 33, n. 32.

<sup>4</sup>CD 474, n. 940.

dell'accordo, a pagare la pena *secundum consuetudinem et statuta dicte ciuitatis Arbensis*. Inchiostri c'informa che già in un documento del 1244 si fa cenno ad uno statuto arbense che si riferisce alla donazione del monte Richeto a Ruggero Morosini, conte di Arbe: la sua donazione è stata proclamata dal messo comunale *secundum statutum domini comitis, iudicum et consiliarorum*.<sup>5</sup> Il paragone tra il documento del 1244 e quello del 1268 potrebbe dare spunto alla tesi che nel 1244 non esisteva uno statuto che comprendeva una certa quantità di norme giuridiche raggruppate in un unico volume. Forse nel 1244 il potere arbense (conte, giudici e consiglieri) emanavano le singole norme secondo la necessità del momento. Quindi, tra l'anno 1244 e il 1268 le norme sono state verosimilmente raccolte in un solo volume statutario. Ma ciò non è del tutto sicuro. Non è impossibile che già nel 1244 esistesse uno statuto arbense e che il documento del 1244 faccia riferimento proprio a quello nel medesimo modo come lo fa un documento del 1273: *secundum statutum (...) civitatis Arbensis*. Se ciò è vero, rimane insoluto l'anno dell'emanazione del primo statuto. Un documento del 5 dicembre 1234<sup>6</sup> ci può essere d'aiuto. Secondo questo documento il conte arbense, tre giudici, sei consiglieri, due rappresentanti del comune e quattro avvocati decidono che bisogna registrare il proclama che sarà in vigore fino al 2 febbraio 1236. Già a prima vista questo proclama ci convince che si tratta dell'emanazione di un documento assai importante che contiene molte norme di carattere generale o, in altre parole, di uno "statuto". Dal "vero" statuto differisce unicamente nel fatto che il proclama era di durata limitata, cioè un'anno e due mesi. Ma questo non è di grande importanza perché questo periodo limitato era più che sufficiente per rafforzare le usanze giuridiche ad Arbe. Com'è noto, nel Medio evo bastava un periodo ancora più breve. Non era raro che l'applicazione di un solo provvedimento venisse considerata come l'introduzione di una "consuetudine". Perciò gli abitanti di un posto, se acconsentivano alla richiesta del potere di eseguire qualche ordine o pagamento in molti casi sottolineavano che con questo nuovo pagamento non s'introduceva una nuova "consuetudine".

Molteplice è l'importanza del documento del 1234 non soltanto per la storia del diritto medievale croato, ma anche per quello europeo.

Innanzitutto, per la storia del diritto croato il documento è importante perché contiene il più antico e conosciuto ampio documento con norme di carattere generale. È vero che esistono delle singole norme conservate di questo carattere nel senso ristretto della parola. Così p. es. a Spalato è stata emanata nell'1174<sup>7</sup> un'importante norma sui testimoni, anche se molto più breve del documento arbense del 1234. Il documento di Spalato del 1174 fa pensare ad uno sviluppo ulteriore che porterà al vero statuto della metà del secolo XIII. Perciò è utile citare le sue norme:

- le donne non possono testimoniare;
- come prova piena si considera la testimonianza di due o tre testimoni;
- lo spergiuro non è più ammesso al giuramento o alla testimonianza;
- se a qualcuno, sospettato per furto, viene ordinato di prestare giuramento secondo la consuetudine, egli sceglie da solo la metà dei congiuratori.

<sup>5</sup>Inchiostri, op. cit. (nt. 2), 136.

<sup>6</sup>CD III, 421, n. 366.

<sup>7</sup>CD II, 138, n. 135.

Se la norma spatatina del 1172 può essere considerata come il germoglio del futuro statuto, il documento arbense del 1234 può essere considerato già il "protostatuto". Se consideriamo che il più antico conservato statuto è lo Statuto di Curzola del 1265, poi quello di Ragusa del 1272 e quello del Vinodol del 1288, allora la precedenza spetta al documento arbense che in confronto al più antico Statuto di Curzola è più vecchio di ben 31 anni.

## II.

Il documento del 1234 è stato pubblicato nel Codice di Smičklas, ma alcuni punti del testo non sono stati ben letti. Per la grande importanza di questo documento lo pubblichiamo qui.

### 1. Il testo del documento del 1234

Anno dominice incarnationis millesimo CC, tricesimo quarto, indictione VIII., mense decembris, die quinto intrante / Arbe, temporibus equidem domini nostri Jacobi Teupoli incliti ducis Veneciarum, Dalmacie atque Crohacie et Jordani venerabilis / Arbensis episcopi, et Marci magistri Petri egregii comitis. Nos quidem Marcus magistro Petrus comes Arbensis, / Petringna et Clemens atque Christophorus iudices una cum consiliariis omnibus, videlicet Ni/colao de Rutaldo, Cipriano de Madio, Madio Telcho, Kalenda, Petro de Permanno et Creste / Gambegrosse et cum procuratoribus nostri comunis Duymo de Jacobo et magistro Dobro atque cum / aduocatoribus Abundo Dabraruçe, Jacobo de Sergio, Dimingna de Gambegrosse et Vito Crissi C/Cne<sup>a</sup> hoc bannum fieri iubemus habendum et firmiter tenendum amodo in antea usque ad purificaci/onem beate Marie mensis februarii primitus uenturum et ab inde usque ud vnum annum, ita /<sup>10</sup> scilicet: quod si quis uunerauerit (!) aliquem huius terre cum gladio aliquo, uel cum lapide seu / ligno, qui hoc fecerit, soluat viginti quatuor perperos bonos, de quibus dominus comes octo / habeat, communitas VIII. et qui malum sustinuerit VIII.; tamen de uulnerato in prouidencia curie / fiat. Et si non habuerit, unde soluere posset, perdat manum dexteram, et si de illa percus/sione fuerit mortuus soluat centum perperos, de quibus comes tertiam partem habeat et vxor /<sup>15</sup> defuncti uel eius filii seu parentes duas partes, et expellatur de hac ciuitate et nunquam in ea / redeat nec cum uoluntate parentum interfecti, et si non habuerit, unde soluere posset / et captus fuerit, suspendatur. Preterea quicumque furatus fuerit aliquas res et inuentus fuerit, / pro vnoquoque soluat decem et bannum curie,<sup>b</sup> et si latro citatus fuerit accurate et tercia<sup>c</sup> / die usque ad uesperas non uenerit, sit condempnatus de illo furto, et qui eum citauerit et non conuenerit, /<sup>20</sup> perdat ius suum. Et si latro a duobus furtis et supra emendauerit et probatum fuerit, non / ualeat se purgare nec cum ferro, tamen in prouidentia curie de latrone condempnato / fiat. Item qui fecerit indicaturam super hominem qui ferrum portare debuerit, iuret quod per fraudem / neque per ullum ingenium seu malam uoluntatem de furto sibi facto fecit indicari, / et nullus latro habeat aduocatum, nec pater pro filio, frater pro fratre, dominus pro seruo et suis dome/<sup>25</sup> sticis. Preterea si quis commorante in aliquo suo loco et



ab aliquo malefactor fuerit / molestatus, qui bona eius uellet diripere et malefactor ille fuerit interfectus siue / uulneratus, ille qui eum interfecerit uel uulnerauerit nullum bannum soluat, sed a communitate tueatur et sustentetur. Item si qua mulier fecerit erbarias et probatum fuerit, / non ualeat se purgare nec cum ferro, et si ceciderit, conburatur.<sup>d</sup> Et si quis querendo /<sup>30</sup> suum furtum ad aliquem locum iuerit cum nuncio curie seu cum aliquo alio bono homine, / et aliquis sibi contraierit et non permiserit locum illum querere, qui hoc fecerit latro permaneat. / Item si quis de aliquo maleficio in testem nominatum (!) fuerit, testis ille iuret rei ueritatem / dicere, et si iurare noluerit, soluat XII. perperos, qui uero furtiue poma uel erbas / de ortis seu uuas de vineis acceperit, soluat III. perperos, item de communibus<sup>e</sup> bannis primo sol /<sup>35</sup>uat qui iniuriam sustinuerit et postmodum dominus comes. Super hiis autem sic ordinamus, / ut si quis fuerit interfectus et interfeutor negaret et pro mortuo nullus esset qui per bellum / uellet probare mortem illius hominis, tunc debet per communitatem poni bellatorem ad probandum, / et quotquot fuerint inuenti culpabiles de morte illius mortui, soluant bannum, ut superius est / dictum. Acta sunt hec in communi curia coram hiis appositis testibus: Martino de Duymo, Mad/<sup>40</sup>dio<sup>xx</sup>, Ginnarii,<sup>f</sup> Duymo Romasulla, Micha de Barba et aliis. /

+ Ego Christoforus Cotopagna examinatore et iudex manum misi.

Et ego Lanfranchus Arbensis notarius interfui et rogatus, ut audiui et uidi scripsi, compleuique / et roborau.

\*\*\*\*\*

- a Smič. : Crissene
- b Smič. : currat
- c Smič. : certa
- d Smič. : conburetur
- e Smič. : omnibus
- f Smič. : Ginani

## 2. Alcune osservazioni

Oltre alla sua principale caratteristica di "protostatuto", il documento del 1234 ha delle caratteristiche formali e di contenuto che lo distinguono dallo Statuto di Arbe del 1326.

Innanzitutto esso contiene la parola *bannum* con vari significati. Il primo di questi significati si riferisce al completo contenuto del documento, cioè alla totalità delle norme prescritte: *hoc bannum fieri iubemus*. In questo caso *bannum* si può tradurre come "ordine", "proclama". Il secondo significato si riferisce alla pena pecuniaria a favore della curia arbense: il ladro deve pagare al danneggiato il valore decuplo dell'oggetto rubato *et bannum curie*.<sup>8</sup> Stranamente non si dice a quanto ammonta la pena che spetta alla curia. Lo stesso significato del *bannum* si trova nella norma, secondo la quale, se più persone hanno preso parte all'assassinio, ogni singola persona paga al comune il *bannum* (cioè, non pagano tutti insieme un solo *bannum*). Il terzo significato del *bannum* si trova

<sup>8</sup>Nel CD III, 421, n. 366 errato: *bannum currat*.

nella norma secondo la quale, se il comune ha il dovere di pagare per qualche crimine,<sup>9</sup> prima di tutto deve farlo il danneggiatore, e se lui per una qualsiasi ragione non effettua il pagamento, paga il conte - probabilmente con diritto di rimborso dal danneggiatore. In questo caso la parola "*bannum*" si riferisce soltanto all'atto proibito. Il termine *bannum* è stato introdotto a Arbe sotto l'influenza del diritto italiano, dove era stato introdotto a sua volta già dalla prima legislazione carolingia.

Mentre nel documento del 1234 si nomina il giudizio di Dio, che consisteva sia nel tenere in mano un ferro rovente sia nel duello, lo Statuto del 1326 non parla più di queste prove arcaiche. Al contrario, lo Statuto del 1326 conosce la tortura.<sup>10</sup> La tortura è stata introdotta ad Arbe nel 1281 e nello stesso anno è stato abolito il giudizio di Dio nonostante l'intensa resistenza del Consiglio Maggiore arbense. L'introduzione della tortura per i ladri e le avvelenatrici conteneva il reale pericolo che il conte, che rappresentava gli interessi veneziani ad Arbe, l'avrebbe usata anche in casi di natura politica. Anche per il ladro recidivo e per l'avvelenatrice lo Statuto vieta la pena del ferro rovente con le stesse parole "*non valeat se purgare nec cum ferro*". Perché "*nec*"? Giudichiamo che si tratti del divieto di qualsiasi forma di giudizio di Dio, cioè che non si permetteva né il giuramento con congiuratori né il ferro rovente.<sup>11</sup>

Se il giudizio di Dio esisteva ad Arbe nella metà del secolo XIII, allora non ci sono dubbi che lo si usava anche nelle vicine regioni, p. es. a Segna, Vinodol e Veglia. Ed infatti, la Legge del Vinodol del 1288 conosce molto bene il giuramento con congiuratori, dal che bisogna concludere che in precedenza, nella prima metà del secolo XIII, come prova si usava anche il ferro rovente che più tardi è stata abolita, forse nello stesso periodo quando è stata abolita ad Arbe con una differenza, cioè che nel Vinodol non era stata introdotta la tortura. Cent'anni più tardi lo Statuto di Veglia (1388) conosce già la tortura.

Il giudizio di Dio tramite duello era noto nella legge longobarda ancora nel secolo VII<sup>12</sup> dalla quale ovviamente passò ad Arbe. Anche negli altri sistemi giuridici europei è conosciuto l'istituto giuridico della nomina di un'altra persona (il c.d. *camphio*) che lotterà per dimostrare l'innocenza della parte per la quale lotta. Così già l'Editto di Rotario del 643 stabilisce che la persona accusata davanti al re per un reato pesante può sfidare l'avversario presente *per camphionem id est per pugnam*.<sup>13</sup> Il duello è stato esplicitamente condannato da papa Onorio III (1216-1227).

Nel documento del 1234 si nomina anche l'*indicatura*, cioè la denuncia dell'attore contro il ladro. Anche questa parola trae le sue origini dalla terminologia longobarda, perché per i Longobardi ancora nel secolo VII l'*indicator* era la persona che rintracciava qualche prova alla persona

<sup>9</sup>Nel CD III, 421, n. 366 errato: omnibus (invece di communibus).

<sup>10</sup>Lo Statuto di Arbe IV, 40 e 47.

<sup>11</sup>L. Margetić, Prijelaz od božjeg suda na torturu prema neobjavljenoj rapskoj ispravi iz 1281., "Vjesnik Histořijskog arhiva u Rijeci", 32, 1990., 103.-109.

<sup>12</sup>Editto di Rotario (Ro.), 365: "(...) praebeat (...) sacramentum (...) aut per pugna defendat" (F. Beyerle, Die Gesetze der Langobarden, Weimar 1947, 146).

<sup>13</sup>Ro. 202: (...) aut per sacramentum aut per camphionem (id est per pugnam)". V. Beyerle, op. cit. (nt. 12), 80.

danneggiata.<sup>14</sup> *Indicator* corrisponde alla parola slava *sok*, e anche nella Legge del Vinodol si trova un simile istituto giuridico.

In breve, il documento arbense del 1234 è molto somigliante sia nella forma sia nel contenuto al diritto longobardo e logobardo-franco. Ciò non meraviglia, perché è noto che p. es. anche l'antico diritto veneziano era sotto la forte influenza del diritto logobardo-franco e che un'influenza più forte del diritto romano iniziò appena nel secolo XIII. Però anche più tardi il diritto veneziano aveva conservato molte norme e istituti giuridici che differenziavano profondamente dal diritto romano anche nella sua forma modernizzata.

Nel documento del 1234 si trova ancora il rimborso in denaro in caso di ferimento e assassinio. Soltanto se l'autore non poteva pagare perdeva la mano in caso di ferimento, o veniva impiccato se il ferito moriva. Secondo lo Statuto del 1326 l'assassino viene impiccato soltanto in caso di tentata fuga, e dai suoi beni si preleva quanto necessario per pagare la multa al comune per l'importo di 100 perperi e per l'indenizzo ai parenti prossimi nella stessa quantità.<sup>15</sup>

Il documento arbense del 1234 ha una certa importanza per l'interpretazione e una migliore comprensione dello sviluppo delle norme partendo dalla tregua di Dio e successivamente dalla tregua reale fino alle norme statutarie. Questo anello è importante soprattutto nel diritto penale dove si può constatare lo sviluppo partendo dalle pene pecunarie verso quelle corporee. È noto che nelle zone francesi meridionali, dove nel tardo secolo X il potere reale era per così dire sparito, i vescovi e gli abati si prodigavano affinché l'aristocrazia si obbligasse al mantenimento della tregua di Dio (*pax Dei, tregua dei*). Questa tregua garantiva la sicurezza degli abitanti, inizialmente soltanto di domenica e nei giorni festivi. I trasgressori pagavano una multa in denaro, e qualche volta venivano puniti anche fisicamente. L'idea della tregua di Dio si dilagava verso nord ed est, e il potere civile la sosteneva. Così p. es. nell'Impero tedesco, l'imperatore Enrico IV stabilì nel 1103 la tregua per 4 anni per l'intera popolazione per la quale giurarono i "*primates totius regni*". Se p. es. qualcuno durante questo periodo invadeva la casa altrui, feriva o uccideva, lo si puniva con la perdita della mano o degli occhi. Più tardi sono da segnalare gli sforzi in questo senso di Federico Barbarossa (1152-1190) e Federico II (1197-1240). Qui non possiamo entrare nei dettagli.

### III.

1. Tutti gli autori sono d'accordo che una delle differenze fondamentali tra le città medievali slave e quelle dalmate è che le prime basavano i loro diritti e obblighi sui privilegi che per ogni singola città stabiliva (in linea di principio) il re, mentre le altre avevano statuti relativamente ampi nei quali si rispecchiava il loro sistema giuridico. Eppure si pone la domanda in base a quale permesso del potere superiore le città dalmate stabilivano le norme di indole generale. È fuori dubbio che prima del secolo XIII gli organi del potere cittadino in linea di principio non emanavano le norme in forma scritta. Ma, dopo due o tre anni,

<sup>14</sup>Ro. 255: "(...) per proditorem, id est per certum indicatorem". V. Beyerle, op. cit. (nt. 12), 104.

<sup>15</sup>Lo Statuto di Arbe, IV, 31.

come si poteva sapere quali erano i termini esatti della norma accettata? Con le sentenze è più facile. L'organo cittadino che rappresentava il potere giudiziario assegnava a uno o più testimoni ufficiali (*pristavi*) il compito di stabilire il testo della sentenza, così che in caso di vertenza sull'interpretazione della sentenza era compito del *pristav* stabilire il contenuto della sentenza. Di solito il suo intervento era inutile, perché p. es., quando colui che vinceva la causa per un certo terreno veniva introdotto nel possesso, il solo fatto che la possedeva era più che sufficiente per presumere che ne era il proprietario. È evidente che era molto più difficile stabilire il testo di un'altra norma di diritto pubblico o privato. Questo è inoltre la ragione dell'estrema fluidità del sistema giuridico. Stabilire le singole norme dipendeva in ultima linea del ceto governante. In altre parole, ambedue gli aspetti di una situazione giuridica - quella di fatto e quella giuridica - dovevano essere provati davanti la corte: il principio *iura novit curia* non era ammesso. Siccome dal momento in cui la norma era stata stabilita per lo più era passato molto tempo, l'organo cittadino competente aveva un'idea vaga della norma e in molti casi nemmeno questo. Ai membri dell'organo giudiziario non rimaneva che proporre una soluzione per ogni singolo caso e quindi la soluzione accettata diventava così una norma che valeva per i futuri casi analoghi. Così era in tutta l'Europa nel basso Medio evo, naturalmente anche in Dalmazia - quindi anche ad Arbe.

Ma se non altro, almeno il rapporto con il potere superiore doveva avere una base più solida. P. es. nella Croazia continentale, cioè nella Slavonia, ciò era semplice: su una zona stabilita il potere veniva espletato dal conte che era il rappresentante del re. Egli era un funzionario del re e doveva ubbidire al re, e la sua ubbidienza includeva anche l'ubbidienza dei sudditi. Soltanto il rilascio di un privilegio assicurava ad un territorio o città un certo autogoverno. Ma nelle città dalmate la situazione era differente. Da sempre esse godevano un grado elevato di autonomia, quindi, doveva esistere una cornice entro la quale si esercitava questa autonomia. Ma quale? Nel risolvere questo quesito ci è d'aiuto la preziosa notizia che solitamente si data con l'anno 1118, riguardante il contratto tra il doge veneziano e Arbe.<sup>16</sup> Il doge aveva giurato agli abitanti di Arbe che rispetterà *consuetudinem et statum vestrum et libertatem terre vestre* e il diritto che secondo la vostra dichiarazione avete avuto nell'antichità sotto l'imperatore costantinopolitano e sotto il re ungaro, cioè di poter scegliere il proprio vescovo e il conte - che però dovrà essere confermato dalla nostra curia (cioè veneziana). Da questo giuramento del doge si può discernere che prima, sotto Bisanzio, Arbe aveva una posizione giuridica precisa e ben delineata. E infatti, Costantino Porfirogenito ha conservato un dato che si riferisce alla metà del secolo IX, secondo il quale le città dalmate pagavano allo stratega bizantino in segno di sottomissione determinati importi, che Basilio I aveva stabilito che si dovevano versare agli Slavi e non più allo stratega: Spalato 200, Traù 100, Zara 110, Ossevo 100, Arbe 100, Veglia 100 monete d'oro.<sup>17</sup> Anche in Istria troviamo una situazione molto simile, dove all'inizio del secolo IX durante il Placito di Risano si elenca l'ammontare che nella seconda metà del secolo VIII le città

<sup>16</sup>CD II, 29, br. 27.

<sup>17</sup>Gy. Moravcsik-R. J. H. Jenkins, *Constantine Porphyrogenitus De Administrando imperio*, I, Budapest 1949 (esiste una nuova edizione, Dumberton Oaks 1967, ma il testo è identico), 146.

istriane versavano alla cassa imperiale: Pola 66, Rovigno 40, Parenzo 66, "il numero tergestino" 60, Albona 30, Pedena 20, Montona 30, Pinguento 20, "il cancelliere di Cittanova" 12 monete d'oro, in totale 344 monete d'oro.<sup>18</sup> Per fortuna il Placito di Risano c'informa su altri elementi importanti. Prima di tutto, che erano stati scelti 172 "capi" della popolazione che dovevano sotto giuramento dichiarare i diritti e doveri degli abitanti istriani ai tempi di Bisanzio. Essi iniziano la loro dichiarazione con la presentazione dei *breves per singulas civitates vel castella*. Che cosa sono questi *breves*? Secondo alcuni autori essi sono le liste dei contribuenti (p. es. Benussi<sup>19</sup>, Guillou<sup>20</sup>), per altri si tratta di norme particolareggiate sull'organizzazione del potere nei comuni cittadini istriani, sull'ammontare dei contributi al potere centrale ecc. (Cavallari<sup>21</sup>). A nostro parere la prima tesi comprende i *breves* in modo troppo ristretto. Al Placito di Risano si risolveva la totalità dei rapporti tra il potere centrale e le città istriane, e perciò le liste dei contribuenti sarebbero state inutili. Inoltre, i rappresentanti degli Istriani continuano la loro deposizione dichiarando che le istituzioni ecclesiastiche non adempivano ai loro doveri, p. es. non sostenevano la metà delle spese per gli inviati imperiali. È chiaro che questi dati non potevano risultare dall'elenco dei contribuenti. Inoltre l'elenco dei contribuenti subiva dei cambiamenti a causa di morti, nuovi contribuenti ecc. così che già dopo circa 15 anni cadeva in disuso. È ovvio che i *breves* non potevano abbracciare questi elenchi. La seconda tesi dà a questi documenti un'importanza eccessiva: sembrerebbe che i *breves* fossero una specie di statuto. A noi sembra più verosimile che l'organo competente del potere centrale (in Istria il *magister militum*; o forse, secondo Cavallari, gli inviati imperiali) stabilisse gli obblighi e i doveri fondamentali della città nel suo complesso, p. es. l'importo totale dovuto dalla città al potere centrale (nell'ambito dell'importo totale stabilito per l'intera Istria), quindi l'esatta descrizione del confine della città, la partecipazione all'assemblea provinciale, il rapporto tra il potere ecclesiastico e quello civile in riguardo alla distribuzione dell'onere verso il potere centrale, i doveri e gli obblighi in caso dell'arrivo degli inviati imperiali, l'obbligo del servizio militare degli abitanti ecc. Ogni città godeva di completa autonomia entro i limiti imposti da questi *breves*. È lecito concludere che simili *breves* esistessero anche in Dalmazia. La poca distanza temporale (VIII e IX secolo) e l'obbligo di versare un determinato paragonabile contributo in denaro al potere centrale e al suo rappresentante (p. es. al *magister militum* in Istria, allo stratega in Dalmazia dall'inizio del secolo IX) impone la conclusione che anche ad Arbe c'era una base simile per i suoi obblighi, doveri e diritti verso il potere centrale.

2. Bisogna sottolineare che le "consuetudini" non venivano stabilite solo tramite la decisione del potere cittadino, ma anche in altri modi. Proprio per Arbe ci sono due notizie importanti del 1177-1178. Secondo la prima (del 1

<sup>18</sup>A. Petranović - A. Margetić, Il placito del Risano, "Atti" del Centro di ricerche storiche Rovigno, XIV, 1983-1984, 60.

<sup>19</sup>B. Benussi, Nel medio evo, Pagine di storia istriana, Parenzo 1897, 137.

<sup>20</sup>A. Guillou, Régionalisme et indépendance dans l'empire byzantin au VIIe siècle, Rome 1969, 295.

<sup>21</sup>V. Cavallari, La costituzione tribunizia istriana, "Rivista di Storia del Diritto Italiano", 23, 1950, 59.

marzo)<sup>22</sup> davanti al vescovo, al conte, ai giudici e ad "altre persone nobili" si presenta un diacono che si lamenta che il conte lo obbliga a pagare i contributi della casa della quale egli è il capofamiglia. Il vescovo ed il clero si offrono di testimoniare e dichiarano che in tal caso l'intera comunità familiare, inclusi i fratelli e le sorelle che vivono col chierico, sono esonerati dal versamento al conte e obbligati a versarli al vescovo. Solo se un fratello o una sorella lasciano questa famiglia, saranno obbligati al conte. Secondo la seconda notizia (del 12 aprile)<sup>23</sup> il vescovo inquisisce e chiede a 12 persone di testimoniare a chi paga la vedova che si trova in potere del figlio chierico. Queste persone rispondono che la "consuetudine" richiede che tutta la famiglia versi i contributi al vescovo e aggiungono che il vescovo ha diritto a tre "scusati" a scelta. Si ha l'impressione che il conte non abbia accettato la testimonianza del vescovo e del clero fatta il 1 marzo e che quindi il vescovo abbia offerto un'altra prova e il giuramento di 12 persone.

3. Il conservato statuto di Arbe del 1326 non è stato creato in base ad altri statuto di territori vicini. Esso è un prodotto autonomo dei compilatori locali, e molto probabilmente compilato in buona parte in base all'antico Statuto perduto della metà del secolo XIII. È strano che allo Statuto manchi il proemio e i dati dell'organo e del momento dell'emanazione. Forse il testo conservato non è altro che un'abbozzo di Statuto. Non è per niente impossibile che sia stato compilato nel 1326 e previamente inviato a Venezia dove non fu approvato e che perciò non era stato neanche proposto al Consiglio Maggiore, anche se in pratica era operante.

Lo Statuto è stato più volte trascritto,<sup>24</sup> e la trascrizione principale è quella del 1597 a cura di Antonius Cernotta, notaio arbense. Cernotta lo ha autenticato con la sua firma e il segno notarile.

A parere di Inchiostri lo Statuto di Arbe ha subito dei cambiamenti il 14 agosto 1480 e che nel 1512 sia stato confermato da Venezia.<sup>25</sup>

4. Abbiamo sottolineato che lo Statuto di Arbe del 1326 è opera autonoma. A questo è collegata anche la terminologia autonoma. Basta un esempio. In parecchi posti lo Statuto arbense differenzia due specie di procedura, una civile *de beneficiis*,<sup>26</sup> l'altra penale *de maleficiis*. Da quanto è nostra conoscenza in nessun altro luogo la procedura civile si chiamava *de beneficiis*.

## Summary

### ON THE "PROTOSTATUTE" OF RAB

The author analyzes the oldest information on the Statute of Rab and establishes that even before the preserved Statute of Rab of 1326 there existed an even earlier one, which had been made after 1234, but not later than 1268.

<sup>22</sup>CD II, 150, n. 147.

<sup>23</sup>CD II, 151, n. 148.

<sup>24</sup>V. I. Strohal, *Statuti primorskih gradova i općina*, Zagreb 1911, 42.

<sup>25</sup>Inchiostri, op. cit. (nt. 2), 29.

<sup>26</sup>V. Lo Statuto di Arbe I, 1; III, 1 ecc.

Analyzing a deed from Rab dating from 1234, the author proves that it may be considered some kind of the "Protostatute" of Rab. The author compares the Statute of 1326 with the deed of 1234 and finds that there is a great difference between the two.

The author further proves that, as early as during the Byzantine rule in Dalmatia, there existed some kind of a provincial basic law. This law was made by the central Byzantine government. It regulated the basic relationships between the central government and Dalmatian cities.

*Key words: statute, Dalmatia, development.*

## Zusammenfassung

### ÜBER DAS „PROTOSTATUT“ VON RAB

Der Autor analysiert die ältesten Daten über das Statut von Rab und stellt fest, daß vor dem erhaltenen Statut von Rab aus dem Jahre 1325 schon ein früheres bestand, das nach 1234 bzw. spätestens 1268 aufgestellt wurde. Indem er ein Dokument von Rab von 1234 analysiert, beweist der Autor, daß man es als eine Art „Protostatut“ von Rab bezeichnen könnte. Der Autor vergleicht das Statut von 1325 mit dem Dokument von 1234 und stellt fest, daß zwischen ihnen ein großer Unterschied besteht.

Der Autor zeigt in seiner weiteren Analyse auf, daß schon zur Zeit der byzantinischen Herrschaft über Dalmatien eine Art provinzielles Grundgesetz bestand. Dieses Gesetz wurde von der zentralen byzantinischen Regierung erlassen. Damit wurden die grundlegenden Beziehungen zwischen der Zentralregierung auf der einen und den dalmatinischen Städten auf der anderen Seite festgelegt.

*Stichworte: Statut (1234), Dalmatien, Entwicklung.*

## EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT

Prof.Dr.Dr.h.c. Marcus Lutter  
Direktor des Instituts für Handels- und  
Wirtschaftsrecht der Universität Bonn

UDK: 327EU/347.7  
UR: 8. svibnja 1996.  
Izvorni znanstveni članak

### *Europsko pravo poduzeća*

*Pravo poduzeća u okviru EU predstavlja nacionalno pravo posebne vrste, jer se suglasno odredbama Rimskih ugovora i svih kasnijih temeljnih akata to pravo mora ujednačavati. To se postiže prije svega zahvaljujući smjericama što ih za pojedina područja gospodarskog i pravnog života donosi Komisija EU, u kojima se određuju rokovi, sadržaj i način usuglašavanja pojedinih nacionalnih prava zemalja-članica. Tako se na području prava poduzeća ne javlja zasebno, kodificirano pravo Zajednice, odnosno sada Unije, već se samo pojedini dijelovi tog nacionalnog prava mijenjaju kako bi se na području koje pokriva EU ostvarilo jedinstvo propisa a time i uvjeta koji na taj način dobivaju značenje europskog prava poduzeća.*

*Autor objašnjava s nekoliko konkretnih primjera (Španjolska i Grčka) prijašnje stanje i kakvo je rješenje proizašlo nakon primjene smjernica. Isto tako pregledno prikazuje razvitak tog zajedničkog prava poduzeća načelima pojedine već ostvarene ili u pripremi nove smjernice koje očekuju gospodarske subjekte, pa tako i hrvatske, kada se jednoga dana nađu na tržištu EU. Njihova primjena bitno će ovisiti od izobrazbe i spremnosti kadrova, prije svega pravničke struke, da sudjeluju u primjeni takvog europskog, pa i svjetski ujednačenog prava poduzeća.*

*Ključne riječi: usklađivanje, bez nove kodifikacije, suodlučivanje, porezno pravo.*

### **I. Einleitung**

Deutsches Aktienrecht und französisches GmbH-Recht, kroatisches Gesellschaftsrecht und spanisches GmbH-Gesetz sind dem Kenner des Unternehmensrechts in Europa bekannt, ja vertraut. Ein europäisches Aktiengesetz und ein europäisches GmbH-Recht aber sind unbekannt: Es gibt sie nicht. In diesem klassischen und durchaus geläufigen Sinne einer Gesamtregelung und einer systematischen Ordnung gibt es mithin auch kein europäisches Unternehmensrecht. Dennoch ist es zulässig, davon zu sprechen. Denn wie in frühen Zeiten der nationalen Rechte, in denen es auch keine systematischen



Gesetze über die Gesellschaften gab, sondern allenfalls verstreute Einzelregelungen, so entwickelt sich auch das europäische Unternehmensrecht aus einzelnen Teilen, aus Sandbänken und Dünen, die mehr und mehr zur Insel zusammenwachsen und bereits Anschluß an das feste Land suchen. Europäisches Unternehmensrecht ist also nicht ein großer Wurf wie das französische Gesetz von 1966<sup>1</sup> oder das kroatische Gesetz von 1993<sup>2</sup> über die Handelsgesellschaften oder die neuen spanischen Gesetze über Aktiengesellschaft und GmbH, sondern besteht aus eklektisch anmutenden Einzelregelungen, die aber mehr und mehr zu einem Ganzen zusammenwachsen. Dabei kommt diesem wachsenden Recht zugute, daß seine Stück um Stück entstehenden Teile stabil sind, also in der Zeit bleiben und nicht mehr verschwinden, sondern nur wachsen können: Jeder neue Teil vergrößert die Insel und läßt den Abstand zum festen Land kleiner werden.

## II. Überblick

Unternehmensrecht in der EU ist nationales Recht, doch handelt es sich um nationales Recht einer ganz besonderen Art - und zwar um solches, das vom europäischen Recht überlagert und mit diesem vermischt ist<sup>3</sup>. Die Artt. 54 Abs. 3, 100 und 100a des EGV sehen nämlich vor, daß die nationalen Rechte der Unternehmen angeglichen werden müssen, wenn es zur Sicherung der Niederlassungsfreiheit und der Freiheit von Wettbewerbsverzerrungen auf dem einen Markt der Union erforderlich ist. Und diese Angleichung geschieht durch Richtlinien des Europäischen Rates und des Europäischen Parlaments nach Art. 189 Abs. 3 EGV, die sich an die 15 nationalen Gesetzgeber richten und sie verpflichten, ihre nationalen Rechte den Richtlinien entsprechend zu ändern und zu ergänzen<sup>4</sup>.

Europäisches Unternehmensrecht meint also auch nicht etwa ein überall einheitliches nationales Recht, sondern ein materiell gleichwertiges Recht, nicht förmlich gleiches Recht<sup>5</sup>. Auf diese Weise ist in Europa eine Rechtslage entstanden, die auf der Welt ganz und gar einmalig ist: Es handelt sich um nationales Recht, das von den nationalen Gerichten angewandt wird, dessen Inhalt aber europäisch standardisiert ist und dessen Verständnis und Auslegung vom Europäischen Gerichtshof mit dem allseits akzeptierten Gebot zu richtlinienkonformer Auslegung<sup>6</sup> festgelegt und kontrolliert wird.

<sup>1</sup>Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 und das décret d'application n° 67-236 du 23 mars 1967.

<sup>2</sup>NN RH Nr. 111/93; deutsche Übersetzung abgedruckt in BREIDENBACH (Hrsg.), Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa, Loseblatt München, Stand Dezember 1995, Kroatien Nr. 300.

<sup>3</sup>Vgl. LUTTER, Zur Auslegung angeglichenen Rechts, in: JZ 1992, S. 593 ff (594 f).

<sup>4</sup>Vgl. GRABITZ, in: Grabitz/Hilf (hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblatt München, Stand Mai 1995, § 189 Rn. 51 ff.

<sup>5</sup>Vgl. BLECKMANN, Europarecht, 5. Auflage, Köln 1990, Rn. 136 ff.

<sup>6</sup>Vgl. dazu ausführlich: LUTTER, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Auflage, Berlin 1996, S. 26 ff. Sowie aus der EuGH-Rechtsprechung: Urteil vom 10.4.1984, RS 14/83 (VON COLSON & KAMMANN), Slg. 1984, S. 1891 ff; Urteil vom 10.4.1984, RS 79/83 (HARZ), Slg. 1984,

Das bedeutet: Der EuGH legt das Verständnis und den Inhalt der Europäischen Richtlinien fest; und dieses Verständnis wird dann auf dem Weg über die richtlinienkonforme Auslegung in das nationale Recht transportiert. Ich möchte diese Verschränkung zwischen europäischem und nationalem Unternehmensrecht an zwei Fällen aus der Rechtsprechung des EuGH deutlich machen:

### 1. Der Fall "MARLEASING"<sup>7</sup>

Das frühere spanische Aktienrecht beruhte - wie alle älteren romanischen Rechte über Handelsgesellschaften - auf dem Vertragsgedanken. Das hatte zur Folge, daß die vielen Gründe, aus denen eine Willenserklärung oder ein Vertrag unwirksam sein können, auch auf die Gründung einer Aktiengesellschaft einwirkten: Die Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe waren Legion. Als Spanien dann der EU beitrug, mußte es naturgemäß den ganzen bis dahin entwickelten und erreichten Rechtszustand übernehmen (sog. *acquis communautaire*). Dazu gehörte auch die 1. (Publizitäts-) Richtlinie<sup>8</sup>, die in ihrem Art. 11 die Nichtigkeitsgründe für Aktiengesellschaften drastisch einschränkt. Spanien wollte nach seinem Beitritt seine Rechtspflichten in diesem Zusammenhang durch eine Gesamtreform des Aktienrechts erfüllen. Dafür aber war mehr Zeit erforderlich, als der Beitrittsvertrag als Anpassungsfrist erlaubte. So kam es wie es kommen mußte:

In einem normalen Verfahren des Gläubigers einer spanischen Aktiengesellschaft auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrages erklärte plötzlich die beklagte Gesellschaft, sie existiere gar nicht, da ihre Gründung nichtig sei. Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund entsprach zwar dem (noch) geltenden spanischen Recht; er gehörte aber nicht zum Katalog der 1. EG-Richtlinie.

Der spanische Richter legte dem EuGH die Frage vor, wie er sich denn nun verhalten solle: Einerseits verbietet die Richtlinie einen solchen Nichtigkeitsgrund und die Umsetzungsfrist war abgelaufen. Andererseits erklärte nach wie vor geltendes spanisches Aktienrecht die fragliche Gesellschaft für null und nichtig.

Der EuGH stellte zunächst einmal fest, daß die 1. Richtlinie inzwischen geltendes Recht in Spanien geworden war und daß der spanische Gesetzgeber seiner Rechtspflicht nicht fristgemäß nachgekommen war. Er stellte aber auch weiter fest, daß eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie im Verhältnis von zwei Privatpersonen nicht in Betracht komme, die Richtlinie also im Verhältnis dieser beiden Privatpersonen zueinander keine verdrängende Wirkung gegenüber dem nationalen spanischen Recht entfalten könne. Auf dem Hintergrund dieser beiden Feststellungen erklärte der EuGH sodann: Die spanischen Gerichte sind Teil der spanischen Öffentlichen Hand. Diese ist nach Art. 5 EGV in allen ihren Teilen gehalten, die Pflichten aus dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht korrekt zu erfüllen. Also auch der spanische Richter. Dieser

---

S. 1921 ff; Urteil vom 7.11.1989, RS C 125/88 (NIMAN), Slg. 1989, S. 3533 ff; Urteil vom 13.11.1990, RS C 106/89 (MARLEASING), Slg. 1990, S. 4144 ff.

<sup>7</sup>AaO (Fn. 6).

<sup>8</sup>Richtlinie 68/151/EWG vom 9.3.1968, Amtsblatt EG L 65/8 vom 14.3.1968; Text mit Erläuterungen ist abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 101 ff.

müsse also unter Anspannung aller seiner Möglichkeiten zur Auslegung des nationalen spanischen Rechts dafür sorgen, daß der Widerspruch zwischen nationalem und spanischem Recht und europäischem Recht geschlossen werde.

Der spanische Richter ist dem gefolgt und hat sein nationales spanisches Recht richtlinienkonform ausgelegt und den Nichtigkeitsgrund für nicht bestehend erklärt.

## 2. *Der Fall Karella & Karellas*<sup>9</sup>

Hier ging es um einen Konflikt zwischen dem griechischen Recht und dem europäischem Recht. Was war geschehen?

Die 2. (Kapital-) Richtlinie von 1976<sup>10</sup> sieht vor, daß alle Satzungsänderungen und mithin auch alle Kapitalerhöhungen nur von der Hauptversammlung der Aktionäre beschlossen werden kann. Dem entsprach auch das griechische Recht. Einige Zeit nach dem Beitritt und dem Ablauf der Umsetzungsfrist kam es in Griechenland zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten; und zur Vermeidung von Konkursen großer Gesellschaften erließ Griechenland ein Sanierungsgesetz. Nach diesem Gesetz war es einer speziellen Wirtschaftsbehörde des Landes erlaubt, das Kapital einer in der Krise befindlichen Gesellschaft zu erhöhen, also an der Hauptversammlung "vorbeizuregieren".

So geschah es in einem Fall; und hiergegen erhob der Aktionär Karella Klage vor dem griechischen Gericht. Die 1. und 2. Instanz der griechischen Gerichte erklärten die behördliche Maßnahme für rechtens; der Oberste Gerichtshof hingegen legte dem EuGH die Frage vor, ob er das nationale (neue) Recht anwenden könne, obwohl es im Widerspruch zur Richtlinie stand.

Der EuGH stellte wiederum fest, daß die Umsetzungsfrist der 2. Richtlinie abgelaufen, die fragliche Richtlinienvorschrift also für Griechenland endgültig verbindlich geworden war. Er stellte weiter fest, daß die griechische nationale Vorschrift dem Richtliniengebot zuwiderlief. Und er konnte hier, wo es um die Zuständigkeit der griechischen Öffentlichen Hand ging, weiter feststellen, daß der griechische Kläger sich auf die ihm günstige Vorschrift der Richtlinie "berufen" könne. Das hatte zur Folge, daß die Richtlinienbestimmung das (spätere) nationale griechische Recht verdrängt: höherrangiges EG-Recht läßt widersprechendes nationales Recht erst gar nicht wirksam entstehen.

So stand das Ergebnis fest: Der EuGH beantwortete die ihm gestellte Frage dahin, daß der nationale griechische Richter sein neues, aber richtlinien-widriges Recht nicht anwenden könne, die von der griechischen Behörde getroffene Maßnahme also wirkungslos sei.

Wenn man sich diese Fälle vor Augen hält wird deutlich, daß auf diesen sehr verschlungenen Wegen der Auslegung nationalen Rechts auf dem Hintergrund einer Richtlinie bzw. der (teilweise) verdrängenden Wirkung von Richtlinien gegenüber nationalem Recht de facto doch ein hohes Maß an

<sup>9</sup>EuGH Urteil vom 30.5.1991 RS C 19/90, 20/90 (KARELLA & KARELLAS), Slg. 1991, S. 2691 ff. Diese Rechtsprechung wurde fortgeführt in den Entscheidungen Urteil vom 24.3.1992, RS C 381/89 (EVANGELIKIS EKKLISIAS), Slg. 1992, S. 2111 ff; Urteil vom 12.11.1992, RS C 134/91, 135/91 (KERAFINA), Slg. 1992, S. 5699 ff; Urteil vom 12.3.1996, RS C 441/93 (PAFITIS), noch nicht in Slg.

<sup>10</sup>Richtlinie 77/191/EWG vom 13.12.1976, Amtsblatt EG L 26/1 vom 31.1.1977; Text mit Erläuterungen ist abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 109 ff.

materieller Übereinstimmung in Fragen des Unternehmensrechts erreicht wird.

### *III. Der derzeitige Stand des europäischen Unternehmensrechts*

#### *1. Überblick*

Wenn wir von Unternehmensrecht sprechen, dann meinen wir in erster Linie einmal das Gesellschaftsrecht und also die uns bekannten großen Kodifikationen. Davon kann in Europa, wie bereits gesagt, keine Rede sein. Europäisches Gesellschaftsrecht baut auf den nationalen Kodifikationen auf, benutzt diese und wirkt auf sie ein. Weil das so ist, kann dieses europäisch geprägte nationale Gesellschaftsrecht sich auch in kleinen Flächen entwickeln, muß nicht immer gleich das ganze Gebiet erfassen: Im nationalen Recht wäre das so nicht möglich.

Auf diese Weise ist seit 1968, seit Erlaß der 1. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, also in nun gut 25 Jahren ein Mosaik entstanden, auf dem sich - trotz einiger markanter Löcher - die geplante Gestalt des europäischen Rechts der Kapitalgesellschaft deutlich abzeichnet. Um das zu verdeutlichen, werde ich dem Aufbau einer klassischen Kodifikation des Aktienrechts folgen und jeweils fragen, ob und welche der Aspekte heute schon angeglichen und mithin europäisch geprägt sind.

#### *2. Gründung einer Aktiengesellschaft*

Dieser Vorgang mit Festlegung der Satzung in gehöriger Form und einem festgelegten Mindestinhalt, Übernahme der Aktien und Bestellung des zur Vertretung berechtigten Organs, Anmeldung des Vorgangs zum Handelsregister und (konstitutive) Eintragung dort mit anschließender Veröffentlichung (Publizität) und Zurückdrängung etwaiger Nichtigkeitsgründe ist uns allen vertraut. Und dieser Vorgang der Gründung einer Aktiengesellschaft ist in der 1. und 2. EG-Richtlinie eingehend behandelt und mithin europäisch standardisiert: Die Gründung einer Aktiengesellschaft ist heute also im Europa der 15 Mitgliedsländer materiell gleichwertig gestaltet, die verbleibenden Unterschiede sind marginal und ohne größere Bedeutung. Und nicht zu vergessen: der ganze Vorgang wird über die Klammer der richtlinienkonformen Auslegung dieser 15 nationalen Rechte zusammengehalten.

#### *3. Vertretungsmacht*

Die Vertretungsmacht der zuständigen Organe, also des Vorstands in der Aktiengesellschaft und der Geschäftsführer in der GmbH, ist einer der wichtigsten Aspekte zum Schutz des nationalen und internationalen Wirtschaftsverkehrs. Hier kommt es darauf an, daß sich der Verkehr informieren und auf die Information verlassen, also auf die im Register eingetragenen und publizierten Daten vertrauen kann. Genau das war bereits Gegenstand der 1. EG-Richtlinie von 1968 mit drei grundlegenden Aspekten:

- (1) Der Pflicht zur Registerpublizität der Vertretungsmacht: Sie muß sich ganz genau nach Person und Inhalt aus dem Register ergeben. Genau

dieser Aspekt war Grundlage einer der ganz frühen Entscheidungen des EuGH in der Sache "HAAGA"<sup>11</sup>: Aufgrund einer Vorlage des Bundesgerichtshofs entschied der EuGH, daß sich die Vertretungsmacht eines Vorstandsmitglieds oder Geschäftsführers ganz genau aus dem Register ergeben müsse, also auch die Vertretungsmacht eines Alleingeschäftsführers ausdrücklich im Register vermerkt sein muß.

(2) Den Schutz des Vertrauens in dem so publizierten Sachverhalt: Art. 8 der 1. EG-Richtlinie sieht ausdrücklich vor, daß dem vertrauenden Geschäftspartner Mängel in der Bestellung oder eine spätere Abberufung solange nicht entgegengehalten werden können, als sie nicht wiederum im Register eingetragen und publiziert sind. Der Geschäftspartner in Palermo kann also auf den Inhalt des Registers in Kopenhagen vertrauen: Was dort eingetragen ist, muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen, was nicht eingetragen ist kann sie dem vertrauenden Geschäftspartner nicht entgegengehalten.

(3) Und schließlich bestimmt Art. 9 der 1. EG-Richtlinie, daß die Vertretungsmacht des Vorstands einer AG und des Geschäftsführers einer GmbH sachlich nicht eingeschränkt werden kann. Dieser in Deutschland seit langem bekannte Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkaren Vertretungsmacht war so im angelsächsischen Bereich nicht bekannt. Dort galt die sogenannte "ultra-vires-Lehre" mit dem Inhalt, daß der Gegenstand der Gesellschaft gleichzeitig die Grenze der Vertretungsmacht ihrer Organe war. Das ist heute abgeschafft.

Dieser Grundsatz zum Schutze des Verkehrs führt natürlich zu erhöhten Risiken beim Gesellschafter und Aktionär. So hat die VW AG über eine Milliarde DM verloren, weil der damalige Vorstand eine marode Schreibmaschinen-Fabrik - satzungswidrig - gekauft hatte: die entsprechenden Verträge aber waren gültig.

#### **4. Kapital, reale Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung**

Ist damit der Verkehrs- und Gläubigerschutz in zwei ersten wichtigen Aspekten europäisch standardisiert - der Gültigkeit der Gründung und dem Vertrauen in die Vertretungsmacht - so bleibt mit dem Grundkapital, der Sicherung seiner materiellen Aufbringung und Erhaltung ein dritter Aspekt des Gläubigerschutzes in der Aktiengesellschaft. Auch dieser Aspekt ist ungemein weit und sorgfältig in der 2. EG-Richtlinie von 1976 behandelt. Diese Richtlinie enthält sehr viele Details, insgesamt aber ein umfassendes System des materiellen Kapitalschutzes und damit des mittelbaren Gläubigerschutzes. Im einzelnen:

- (1) Das Mindestkapital beträgt 25.000 ECU, Art. 6 Abs. 1;
- (2) dieses Kapital muß vor Eintragung der Gesellschaft zu mindestens 25% geleistet sein, Art. 9 Abs. 1;
- (3) auf die Einlageverpflichtung können auch andere Gegenstände als Geld gebracht werden (Sacheinlagen). Dafür aber sind genaue Angaben in

<sup>11</sup>EuGH Urteil vom 12.11.1974, RS 32/74 (HAAGA), Slg. 1974, S. 1201 ff.

der Gründungsurkunde erforderlich und eine zusätzliche Sachverständigenprüfung; darüber, ob diese Gegenstände auch den ihnen beigemessenen Wert haben, also das Kapital materiell zu decken in der Lage sind; Art. 10;

- (4) bei allen Mängeln dieser Art haften neben dem Einleger auch alle Mitglieder der Verwaltung persönlich auf die Differenz;
- (5) und all das gilt nicht nur bei der Gründung, sondern auch bei der Kapitalerhöhung, für die die Richtlinie im übrigen zum Schutze der Aktionäre ein Bezugsrecht verbindlich vorschreibt, Artt. 25 ff, 29.

Ist mit diesen Einzelregelungen europaweit Sorge getragen für die reale, materielle Aufbringung des Kapitals in seiner festgelegten Höhe, so geht es in einem zweiten Schritt um die Erhaltung dieses Kapitals. Auch hier gilt naturgemäß der Grundsatz, daß das Kapital nicht etwa auf einem Sparkonto angelegt werden muß, sondern zugleich Betriebskapital für die Gesellschaft ist. Das Risiko seines Verlustes bleibt also; geschützt werden die Gläubiger nur dagegen, daß dieses Kapital unmittelbar oder mittelbar an die Gesellschafter zurückgezahlt wird.

Dies geschieht

- (1) zunächst einmal durch die Vorschriften der 4. (Jahresabschluß) Richtlinie<sup>12</sup> über die Rechnungslegung und Bilanzierung. Dort ist vorgeschrieben, daß das Kapital stets auf der Passivseite der Bilanz aufgeführt werden muß und damit Aktivvermögen in gleicher Höhe bindet: erst wenn mehr, also ein Überschuß der Aktiva über die echten Passiva und das Kapital ausgewiesen werden kann, ist ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden.
- (2) Davon abgesehen bestimmt die 2. Richtlinie ausdrücklich, daß das Kapital nur im Rahmen einer förmlichen Kapitalherabsetzung zurückgezahlt werden darf; Verstöße führen zur Haftung aller Beteiligten, Art. 15 f.
- (3) Und schließlich regelt die 2. Richtlinie auch noch eingehend das Problem des Erwerbes eigener Aktien (Artt. 18 ff) - und neuerdings auch das Problem des Erwerbes von Aktien des herrschenden Unternehmens durch das abhängige Unternehmen (Art. 42 a): Ein solcher Erwerb ist nur aus freien Mitteln möglich, also aus Mitteln, die auch als Gewinn an die Aktionäre verteilt werden dürften.

Selbstverständlich bleibt die Ausschüttung fiktiver Dividenden verboten; das versteht sich von selbst.

## 5. Aktien

In einer nationalen Kodifikation käme jetzt ein Abschnitt über "Die Aktien und ihre Übertragung". Dazu finden sich in den bisher ergangenen Richtlinien

---

<sup>12</sup>Richtlinie 78/660/EWG vom 25.7.1978, Amtsblatt EG L 222/11 vom 14.8.1978. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 139 ff.

keine Regelungen: Einzelheiten sind im Vorschlag der 5. (Struktur-)Richtlinie<sup>13</sup> vorgesehen; doch diese Richtlinie wird seit fast 20 Jahren erfolglos verhandelt. Ich komme darauf zurück.

Im übrigen gehört der Abschnitt "Aktien und ihre Übertragung" europarechtlich betrachtet heute eher zum Abschnitt über die Börsen; es könnte also leicht sein, daß im Zusammenhang mit der durchaus erfolgreichen Angleichung der nationalen Börsenrechte<sup>14</sup> in Europa auch die Fragen der Aktien und Obligationen einmal behandelt werden.

## **6. Die Organe der Aktiengesellschaft**

Im folgenden Kapitel einer nationalen Kodifikation käme es jetzt zu dem großen Abschnitt über Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung. Wie soeben schon angedeutet, gehört dieser Bereich zum Vorschlag der 5. (Struktur-)Richtlinie, die wegen ihrer Verknüpfung mit den Fragen der Mitbestimmung seit langen, langen Jahren erfolglos verhandelt wird. Es gibt daher bisher keine standardisierten Regeln zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern; und es gibt keine Regeln zur Einberufung, zum Stimmrecht und zur Zuständigkeit der Hauptversammlung einschließlich der Fragen zur Anfechtung und Nichtigkeit ihrer Beschlüsse.

## **7. Rechnungslegung, Prüfung und Publizität**

In der von uns gedachten nationalen Kodifikation würde spätestens jetzt ein Abschnitt über die jährliche Rechnungslegung der Gesellschaft, die Prüfung dieser Rechnungslegung und ihre Publizität erfolgen. Dieses sehr weite und wichtige Gebiet ist umfassend angeglichen durch die 4. (Jahresabschluß-) und die 8. (Prüferbefähigungs-) Richtlinie<sup>15</sup>. Dieser Abschnitt der Angleichung des Unternehmensrechts in Europa, also des Jahresabschlusses und seiner Prüfung durch geeignete Prüfer sowie der entsprechende Publizität, war zunächst ein großer Erfolg; leider wurde die Verabschiedung vor allem der 4. Richtlinie erkauft durch eine sehr große Zahl nationaler Wahlrechte, die z.B. in Deutschland dazu geführt haben, daß noch immer in hohem Maße sogenannte stille Reserven gebildet werden können. Das führt inzwischen zu einem Problem mit den Regeln der US-amerikanischen Rechnungslegung; denn deren Bestimmungen sind maßgebend für die Zulassung von Aktien an der Börse in New York. Diese Zulassung in den USA wird aber für große Aktiengesellschaften aus Europa immer wichtiger. Es kann also durchaus sein, daß in absehbarer Zeit eine Änderung dieser 4. Richtlinie in Richtung auf die Standards der amerikanischen Rechnungslegung stattfinden muß. Das alles hängt naturgemäß zusammen mit dem nächsten Abschnitt, nämlich dem

<sup>13</sup> geänderter Vorschlag vom 20.11.1991, Amtsblatt EG C 321/9 vom 12.12.1991. Text mit Erläuterungen abgedruckt bei LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 171 ff.

<sup>14</sup>Vgl. dazu LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 93 ff.

<sup>15</sup>Richtlinie 84/253/EWG vom 10.4.1984, Amtsblatt EG L 126/20 vom 12.5.1984. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 229 ff.

## 8. Konzernabschluss

Ein für das Unternehmensrecht in Europa besonderer Erfolg war die Verabschiedung der 7. EG-Richtlinie über den Konzernabschluss<sup>16</sup>. Dieser Abschluß hat im Gegensatz zum Einzelabschluß nicht die Funktion der Feststellung ausschüttungsfähiger Gewinne und Überschüsse; dieser Abschluß hat vielmehr die Aufgabe der Information des Gläubigers und Anlegers einer (Konzern-)Obergesellschaft sowie der Eliminierung von Zwischengewinnen. International ist der Konzernabschluss daher heute viel wichtiger als der Einzelabschluss; denn er gibt Auskunft über die gesamte wirtschaftliche Situation etwa des Daimler-Konzerns in Deutschland oder des ICI-Konzerns in London bzw. des General Motors-Konzerns in den USA. Die oben zum Einzelabschluss angeschnittenen Fragen der unterschiedlichen Betrachtungen in Europa einerseits, den USA andererseits wirken sich naturgemäß auch auf den Konzernabschluss aus. In Europa findet daher zur Zeit eine sehr eingehende Diskussion zu der Frage statt, ob und wie man die europäischen Regeln zum Konzernabschluss an die US-Regeln angleichen könnte.

## 9. Satzungsänderung

In einem vorletzten Abschnitt der gedachten nationalen Kodifikation ginge es jetzt um Satzungsänderungen und insbesondere Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, Fusion und Spaltung. All diese besonders wichtigen Strukturänderungen im Leben einer Gesellschaft sind sehr sorgfältig angeglichen in der 2. (Kapital-) Richtlinie, der 3. (Fusions-)<sup>17</sup> und der 6. (Spaltungs-) Richtlinie<sup>18</sup>. Hier sind in ganz hohem Maße europäische Standards gesetzt.

## 10. Liquidation

Als letzter Abschnitt bliebe noch die Liquidation zu erwähnen; sie ist bisher von keiner Richtlinie behandelt; doch gibt es Vorentwürfe dazu<sup>19</sup>.

## 11. Fazit

Bis auf das Gebiet der inneren Organisation, ihrer Organe und deren Zuständigkeiten ist alles Wichtige im Recht der Aktiengesellschaft europäisch behandelt<sup>20</sup>: Der Umfang der Angleichung im klassischen Bereich der Kodifikation eines nationalen Aktienrechts ist also sehr groß, insbesondere die klassischen Fragen des Gläubigerschutzes sind nahezu vollständig angeglichen, nicht hingegen der aktienrechtliche Minderheitenschutz. Zusätzlich zu dieser geradezu systematischen Behandlung der Aktiengesellschaft und ihres Rechts durch Richtlinien der EG gibt es dann noch einige wichtige zusätzliche Inseln:

<sup>16</sup>Richtlinie 83/349/EWG vom 13.6.1983, Amtsblatt EG L 193/1 vom 18.7.1983: Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 207 ff.

<sup>17</sup>Richtlinie 78/855/EWG vom 9.10.1978, Amtsblatt L 295/36 vom 20.10.1978. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 131 ff.

<sup>18</sup>Richtlinie 82/891/EWG vom 17.12.1982, Amtsblatt L 378/47 vom 31.12.1982. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 196 ff.

<sup>19</sup>Überarbeiteter Vorentwurf einer 14. Richtlinie, KomDok XV/43/87, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 299 ff.

<sup>20</sup>Vgl. dazu ausführlich LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 45 ff.



- (1) Die 1. EG-Richtlinie mit ihren Schutzregeln für den Rechtsverkehr und Dritte durch Publizität, Vertretungsmacht und Einschränkung der Nichtigkeit sowie die 4. Richtlinie zur Rechnungslegung, Prüfung und Publizität gelten auch für GmbH.
- (2) Weiterhin erlaubt die Ein-Personen-GmbH-Richtlinie von 1989<sup>21</sup> europaweit die Gründung und den Bestand von Ein-Personen Gesellschaften: Das ist für mittelständische Unternehmen von ganz großer Bedeutung. Für Länder wie Deutschland war das nie ein besonderes Problem, aber die romanischen Länder haben die Ein-Personen-Gesellschaft immer als *contradictio in adjecto* verstanden: Heute ist das ebenso überwunden wie die alte *ultra-vires*-Lehre.  
Man bedenke: Überall in Europa und in den 15 Ländern der EU kann heute durch eine einzige Person eine GmbH gegründet<sup>22</sup> und mithin die Befreiung des betreffenden Unternehmers von persönlicher Haftung erreicht werden. Und gleiches ist möglich durch den Erwerb aller Geschäftsanteile einer bereits bestehenden GmbH.  
Die Mitgliedstaaten können die gleiche Regel auch für die Aktiengesellschaft einführen: Deutschland und andere Länder haben das gemacht, so daß es in diesen Staaten heute nicht nur die Ein-Personen-GmbH sondern auch die Ein-Personen-AG vom Augenblick der Gründung an gibt.
- (3) Und schließlich können aufgrund der Artt. 52 und 58 EGV sowie der 11. (Zweigniederlassungs-) Richtlinie<sup>23</sup> überall in Europa ganz billig und unkompliziert Zweigniederlassungen errichtet werden.

#### *IV. Einzelne besondere Problem-Aspekte des europäischen Unternehmensrechts*

##### *1. Das Problem des Konzernrechts*

Der Konzern ist heute eine selbstverständliche Organisationsform von Unternehmen und überall auf der Welt bekannt. Überall besteht die Möglichkeit, daß sich eine Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft mehrheitlich beteiligt und auf diese Weise die Leitung über die abhängige Gesellschaft gewinnt. Das europäische Recht nimmt von diesem Sachverhalt in der bereits erörterten Konzernabschluß-Richtlinie Kenntnis und verpflichtet alle herrschenden Unternehmen und insbesondere alle Aktiengesellschaften und GmbHs, neben dem Einzelabschluß auch einen Konzernabschluß nach eingehenden gesetzlichen Regeln zu erstellen.

<sup>21</sup>Richtlinie 89/667/EWG vom 22.12.1989, Amtsblatt L 395/40 vom 30.12.1989. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 274 ff.

<sup>22</sup>Portugal bildet eine Ausnahme, dort wurde statt der Einmann-GmbH die Rechtsform des Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung eingeführt.

<sup>23</sup>Richtlinie 89/666/EWG vom 22.12.1989, Amtsblatt L 395/36 vom 30.12.1989. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 266 ff.

Im übrigen aber nimmt das europäische Recht auf den Konzern und das Konzernrecht keinen Einfluß, ja alle bisherigen Versuche einer Angleichung dieses schwierigen Rechtsgebietes sind wegen höchst unterschiedlicher Auffassungen in den Mitgliedsländern gescheitert<sup>24</sup>. Zwei Philosophien stehen sich gegenüber:

- (1) Die deutsche Philosophie der §§ 311 ff. AktG mit ihrem System der Prophylaxe: Nachteilige Einflußnahme des herrschenden Unternehmens auf das abhängige Unternehmen sind nicht verboten, wenn sofort ein entsprechender Ausgleich bei der abhängigen Gesellschaft geschaffen wird. Und um dieses System von do-ut-des zu stabilisieren, verlangt das Gesetz die Erstellung eines besonderen jährlichen Abhängigkeitsbericht und dessen Prüfung durch den Abschlußprüfer der Gesellschaft.
- (2) Die Philosophie der meisten anderen Länder, insbesondere des englischen und des französischen Rechts steht dieser Vorstellung diametral entgegen: Nachteilige Einflußnahmen sind dem herrschenden Unternehmen schlicht verboten; wenn es doch geschieht, so entstehen Schadensersatzansprüche der abhängigen Gesellschaft, die ggf. auch von einzelnen Gläubigern und einzelnen Mitgesellchaftern geltend gemacht werden können (Philosophie der Reaktion).

Unter diesen beiden Philosophien gibt es derzeit keine Möglichkeit der Einigung: Wir werden abwarten müssen, welches System sich auf die Dauer bewährt.

## **2. Das Problem des stand-still**

Jede Richtlinie des europäischen Rates verpflichtet die Mitgliedstaaten zu entsprechender Angleichung ihres nationalen Rechtes und zur Belassung des derart angeglichenen Rechts: Der oben geschilderte Fall Karella macht dies deutlich. Das hat zur Folge, daß die Mitgliedstaaten ihre Rechtsordnung im gegenständlichen Umfang der Richtlinie nicht mehr ändern dürfen und auch gar nicht mehr ändern können. Rechtsangleichung hat also zur Folge, daß im gleichen Umfange, wie sie stattfindet, die bislang nationale materielle Gesetzgebungskompetenz auf die Gemeinschaft übergeht. Diese Festschreibung hat gerade im Bereich des dynamischen Unternehmensrechts durchaus problematische Seiten. So hat etwa der deutsche Gesetzgeber in Übereinstimmung mit den Unternehmensverbänden festgestellt, daß die Publizitätsanforderungen an die Jahresabschlüsse von GmbHs in der 4. Richtlinie zu streng und aufwendig geregelt sind. Der deutsche Gesetzgeber kann daran nichts ändern. Allein der Europäischen Kommission steht hier das Initiativrecht zu. Die Kommission konnte aber bislang von diesem Regelungsbedürfnis nicht überzeugt werden. Der deutsche Gesetzgeber und die deutsche politische Öffentlichkeit müssen es also hinnehmen, daß sich ein von ihnen als dringend empfundenes rechtspolitisches Anliegen in der EG nicht verwirklichen läßt.

Die Europäische Kommission hat das Problem der späteren Änderungen und Ergänzungen als solches offenbar erkannt; denn sie geht in ihren

---

<sup>24</sup>Der Vorentwurf einer 9. (Konzernrechts-) Richtlinie (KomDok III/1639/84, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 239 ff) wird nicht weiter beraten.

Richtlinien-Entwürfen der letzten Zeit mehr und mehr dazu über, für eine rechtzeitige Überprüfung der betroffenen Lösungen und ihrer Wirkungen in der Praxis zu sorgen, um darauf aufbauend selbst Änderungen einleiten zu können. Aber ein ganz entscheidendes Problem bleibt: Die Änderungs-Initiative kann allein von der Europäischen Kommission ausgehen, nicht von einem einzelnen Mitgliedsland.

### 3. Das Problem des strengeren nationalen Rechts

Eine der schwierigsten Aspekte des europäischen Unternehmensrechts ist die Frage, ob die einzelnen Angleichungs-Richtlinien (nur) Mindestregeln enthalten oder ob sie zugleich Höchstregeln sind<sup>25</sup>. Materiell lautet die Frage: Kann der nationale Gesetzgeber in seinen Anforderungen über den Text der Richtlinie hinausgehen oder sind diese Regeln zugleich Höchstregeln.

- (1) Häufig gibt die Richtlinie darauf ausdrücklich Antwort. So sagt etwa die 3. (Fusions-) Richtlinie in ihrem Art. 5 Abs. 2, der Verschmelzungsplan (Verschmelzungsvertrag) müsse "mindestens" die folgenden Angaben enthalten. Der deutsche Gesetzgeber ist mit § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG über diesen Katalog hinausgegangen; Bedenken bestehen dagegen wegen der ausdrücklichen Formulierung in der Richtlinie nicht.

Das gleiche gilt für die Zustimmungs- und Mehrheitserfordernisse des Art. 7 der 3. Richtlinie, die ebenfalls ausdrücklich Mindestregeln sind und daher die deutsche 3/4-Regelung (statt der Mindestregeln von 2/3) zulassen.

- (2) Neben solchen Mindest- gibt es in den Richtlinien aber auch ausdrückliche Höchstvorschriften. So läßt etwa Art. 22 der 3. Richtlinie nur die enumerativ aufgelisteten Nichtigkeitsgründe zu; würde der deutsche Gesetzgeber weitere Nichtigkeitsgründe schaffen (er hat es nicht getan), so schüfe er wirkungslos nationales Recht.
- (3) Fehlt es an solchen Hinweisen im Text der Richtlinie, so kann wiederum nur die Auslegung der Richtlinie weiterhelfen. Diese Auslegung geschieht unter Berücksichtigung des Wortlauts der Richtlinienorm, ihres Kontext im Zusammenhang der gesamten Richtlinie sowie ihres Telos; hilfreich sind vor allem die Erwägungsgründe, die in hohem Maße über die Motive der Richtlinienorm Aufschluß geben und die Rechtsgrundlage der Richtlinie (Art. 54 Abs. 3 oder Artt. 100, 100 a EGV)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup>Vgl. dazu LUTTER, Zum Umfang der Bindung durch Richtlinien, in: Festschrift Everling, Baden-Baden 1995, S. 765 ff.

<sup>26</sup>Vgl. die besonders prägnanten Ausführungen im Urteil des EuGH vom 6.10.1982, RS 283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, S. 3415 ff.

## V. Weitere Aspekte des europäischen Unternehmensrechts

Europäisches Unternehmensrecht beschränkt sich nicht auf das Gesellschaftsrecht, es geht weit darüber hinaus. Einige dieser weiteren Aspekte sollen hier zum Abschluß angesprochen werden:

### 1. Mitbestimmung in Europa

Die unternehmerische Mitbestimmung ist in der EU ganz außerordentlich umstritten. Während sie in Deutschland, den Niederlanden und Österreich seit langem etabliert ist und von keiner politischen Kraft beseitigt werden will, sind andere Länder und Gesellschaften genau gegenteiliger Auffassung. An diesen diametral verschiedenen Auffassungen scheitern seit langem ganz viele Vorhaben der EU: Die längst geplante Verordnung über Europäische Aktiengesellschaften<sup>27</sup> kann deswegen ebensowenig verabschiedet werden wie die 5. (Struktur)-Richtlinie oder die geplante Richtlinie über die grenzüberschreitende Sitzverlegung und Fusion (10. EG-Richtlinie<sup>28</sup>): Während die politischen und gewerkschaftlichen Kräfte etwa in Deutschland fürchten, daß bei einer Nichtberücksichtigung der Mitbestimmung in diesen Fällen eine "Flucht" bzw. "Auswanderung" der deutschen Unternehmen aus Deutschland in andere europäische Länder stattfinden würde, fürchten andere Länder den Einzug des Teufels in die Kirche. Kompromisse sind hier kaum möglich; denn was Ländern wie England und Frankreich schon viel zu viel an vorsichtiger Mitbestimmung wäre, ist aus der Sicht von Deutschland, den Niederlanden und Österreich ebenso viel zu wenig. Projekte, die mit dem Problem Mitbestimmung verknüpft sind, werden sich daher in der EU vorerst nicht verwirklichen lassen.

### 2. Europäischer Betriebsrat

Im September 1994 konnte der Europäische Rat zur großen Überraschung aller interessierten Kreise die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat<sup>29</sup> verabschieden. Damit ist zwar kein Element der Mitbestimmung geregelt worden, wohl aber ein ganz neuer Weg mit ganz neuen Organen auf der Ebene der Information von Arbeitnehmern in europäischen Konzernen beschritten worden. Es geht hier also gerade nicht um unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer, sondern es geht um folgende zwei Aspekte.

- (1) Die Berücksichtigung des Faktors, daß die Freizügigkeit nach Art. 52 ff. EGV dazu geführt hat, daß immer mehr auch kleinere und mittelgroße internationale (europäische) Konzerne entstanden sind, also Unternehmen mit Tochtergesellschaften im Ausland. Hier scheitert jede Form der nationalen Information auf Betriebsebene; denn auch das deutsche Betriebsverfassungsgesetz 1972 endet an den Grenzen

---

<sup>27</sup>3. Geänderter Vorschlag vom 16.5.1991, Amtsblatt EG C 176/1 vom 8.7.1991, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 715 ff.

<sup>28</sup>Vorentwurf einer 10. Richtlinie vom 8.1.1985, Amtsblatt EG C 23/11 vom 25.1.1985, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 257 ff.

<sup>29</sup>Richtlinie 94/45/EG vom 22.9.1994, Amtsblatt EG L 254/64 vom 30.11.1994, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 679 ff.

Deutschlands, kann also nicht übergreifen auf die französische oder italienische Tochter.

- (2) Fast alle nationalen Rechte sehen bei wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen jedenfalls die Information der betrieblichen Vertreter der Arbeitnehmer vor. Auch dieses Recht endet jeweils an der Grenze des betreffenden Landes, erreicht also den Konzern als Verbund nicht.

Auf diesem Hintergrund hatte es schon lange Bestrebungen gegeben, durch Schaffung eines eigenen und neuen europäischen betrieblichen Organs, eben eines europäischen Betriebsrats die nationalen Grenzen zu überwinden und die Informationen über die einzelnen Teile des Konzerns auch international verfügbar zu halten<sup>30</sup>. Das ist nun mit der genannten Richtlinie gelungen:

die nationalen Gesetzgeber sind gehalten, durch nationales Recht ihre Unternehmen mit mehr als 1000 Arbeitnehmer im Verbund und mindestens einer Betriebsstätte in einem anderen EG-Land anzuhalten, durch Wahlen einen solchen europäischen Betriebsrat herzustellen und diesen regelmäßig und mindestens jährlich einmal am Ort der Hauptverwaltung tagen zu lassen und entsprechend zu informieren.

Abgesehen von ihrer unmittelbaren Bedeutung für die internationalen Konzerne in Europa hat diese Richtlinie auch noch in anderer Hinsicht besondere Bedeutung: sie erlaubt nämlich den Beteiligten, also den Unternehmensleitungen und den Vertretern der Arbeitnehmer eine eigene vertragliche Grundlage für diesen europäischen Betriebsrat zu schaffen. Diese vertragliche Grundlage geht, wenn sie bestimmte Mindestanforderungen erfüllt, der späteren nationalen gesetzlichen Regelung aufgrund der Richtlinie vor. Damit wird erstmals versucht, die Beteiligten mit in die Lösung eines schwierigen Problems einzubinden und ihrer vertraglichen Gestaltung den Vorrang vor der gesetzlichen Lösung zu geben.

### 3. *Börse in Europa*<sup>31</sup>

Die Organisation der Unternehmen und insbesondere der Aktiengesellschaften ist das eine, ihre Finanzierung das andere. Diese ist aber in besonderer Weise bestimmt und möglich durch Einschaltung der Börse, an der die Unternehmen nicht nur ihre Aktien zulassen, sondern auch Anleihen auflegen können. Börsen sind also für die Finanzierung von Unternehmen von ganz besonderer Bedeutung, mithin auch für die Unternehmen in Europa. Das nationale Recht dieser Börsen ist inzwischen ebenfalls durch viele Richtlinien behandelt; so gibt es die Börsenzulassungsrichtlinie von 1979<sup>32</sup>, die Börsenzulassungsprospektrichtlinie von 1980<sup>33</sup>, die Richtlinie über Halbjahres-

---

<sup>30</sup>Vgl. dazu den bereits 1980 vorgelegten und 1983 geänderten Vorschlag der sog. VREDELING-Richtlinie, Amtsblatt EG C 217/3 vom 12.8.1983.

<sup>31</sup>Vgl. dazu LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 93 ff.

<sup>32</sup>Richtlinie 79/279/EWG vom 5.3.1979, Amtsblatt EG L 66/21 vom 16.3.1979, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 528 ff.

<sup>33</sup>Richtlinie 80/390/EWG vom 17.3.1980, Amtsblatt EG L 100/1 vom 17.4.1980 Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 546 ff.

berichte von 1982<sup>34</sup> und die ungemein wichtige Transparenzrichtlinie von 1988<sup>35</sup> sowie schließlich und nicht zuletzt die Insiderrichtlinie<sup>36</sup> und die Emissionsprospektrichtlinie<sup>37</sup> von 1989: All das hat in der Summe zu einer großen materiellen Angleichung des Bösenrechts in Europa geführt; das Ende dieser Entwicklung wird erreicht sein, wenn eine einmal erteilte Börsenzulassung an einer Börse in Europa für alle anderen Börsen in Europa gilt. Aber soweit sind wir im Augenblick noch nicht.

#### **4. Take-over-Richtlinie**

In besonderem Maße mit der Börse verknüpft ist das Problem von Übernahmeangeboten (Take-overs). Solche Vorgänge spielen in Europa lange nicht die Rolle wie in den USA, aber sie kommen naturgemäß immer wieder vor. In verschiedenen nationalen Rechten gibt es dazu längst Vorschriften, so insbesondere in Großbritannien, Frankreich und Italien. In Deutschland sind gesetzliche Regeln für solche Take-overs stets mit Nachdruck abgelehnt worden; es gibt aber inzwischen eine freiwillige Regelung auf der Ebene der Börsen und Unternehmen<sup>38</sup>. Insgesamt geht es in diesem Zusammenhang um die Frage, wie die Gleichbehandlung aller Aktionäre und ihre gleiche Information in diesem Zusammenhang gesichert werden kann. Die Europäische Kommission hat dazu bereits 1989 einen ersten Vorschlag gemacht und diesen aufgrund erheblicher Widerstände in den unternehmerischen Kreisen bereits im Jahre 1990 geändert. Da auch dieser Vorschlag überwiegend auf Widerspruch stieß, wurde im Frühjahr 1996 ein 3. überarbeiteter Vorschlag<sup>39</sup> vorgelegt, der den Mitgliedstaaten, die die Minderheit nach einer Übernahme mittels eines Konzernrechts o. ä. schützen, das Wahlrecht einräumt, auf die Einführung einer gesetzlichen Pflicht zur Abgabe eines Übernahmeangebots zu verzichten; daneben bleibt ihnen unbelassen, richtlinienkonforme gesetzliche Regeln für freiwillige Übernahmeangebote zu erlassen. Der weitere große Streitpunkt, ab welcher Beteiligungshöhe ein Großaktionär ein Übernahmeangebot an die anderen Aktionäre machen muß, ist in dem Richtlinienvorschlag bewußt offengelassen worden. Frühere Vorschläge waren immer davon ausgegangen, daß ein Großaktionär mit nur 33 1/3 Prozent für die verbleibenden 2/3 (!) bereits ein Übernahmeangebot machen muß. Das ist sicher so nicht durchführbar. Denn einerseits überfordert es den Großaktionär, gegen seinen Willen 2/3 aller Aktien auf einen Schlag erwerben zu müssen; und andererseits führt eine solche Lösung zur Förderung der Konzentration in Europa und ist damit im Grunde wettbewerbsfeindlich.

---

<sup>34</sup>Richtlinie 82/121/EWG vom 15.2.1982, Amtsblatt EG L 48/26 vom 20.2.1982, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 578 ff.

<sup>35</sup>Richtlinie 88/627/EWG vom 12.12.1988, Amtsblatt EG L 348/62 vom 17.12.1988, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 585 ff.

<sup>36</sup>Richtlinie 89/592/EWG vom 13.11.1989, Amtsblatt EG L 334/30 vom 18.11.1989, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 594 ff.

<sup>37</sup>Richtlinie 89/298/EWG vom 17.4.1989, Amtsblatt EG L 124/8 vom 5.5.1989, Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 605 ff.

<sup>38</sup>BÖSENSACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION BEIM BUNDESMINISTER DER FINANZEN, Leitsätze für freiwillige Übernahmeangebote, abgedruckt u. a. in: ZIP 1995, S. 1464 ff.

<sup>39</sup>KomDok (95)655 endg.

## 5. Steuern

Unternehmensrecht ist in ganz hohem Maße in der heutigen Welt Unternehmens-Steuerrecht. Die Unternehmen berechnen ganz genau, welche Standorte in welchen Ländern ihren steuerlichen Wünschen am ehesten entsprechen. Und dementsprechend ist in Europa auch längst ein Wettbewerb der Steuergesetzgeber um günstige Konditionen für die Ansiedlung von Unternehmen ausgebrochen. Das hat aber noch nicht dazu geführt und wird vorerst auch nicht dazu führen, daß die Besteuerung der Unternehmen - also die sogenannte Körperschaftsteuer - angeglichen werden könnte<sup>40</sup>. Worum es allenfalls geht, sind einzelne Randbereiche. Dazu gehört insbesondere die Frage, daß Steuern, die von Tochtergesellschaften in einem Land bezahlt worden sind, auf die Steuerpflicht der Mutter im anderen Land angerechnet wird<sup>41</sup>. Und dazu gehören vor allem auch Vorschriften, die den grenzüberschreitenden Verkehr steuerlich neutralisieren: Zu diesem Zweck ist schon vor einigen Jahren eine sogenannte steuerliche Fusions-Richtlinie<sup>42</sup> ergangen, die es den Unternehmen erlaubt, ohne Auflösung ihrer stillen Reserven sich über die Grenze hinweg mit anderen Unternehmen zu verbinden.

Diese steuerliche Richtlinie ist im übrigen ein Kuriosum: sie erleichtert nämlich steuerliche Vorgänge, die es in vielen nationalen Rechten noch gar nicht gibt: so ist etwa nach der herrschenden Meinung in Deutschland die Fusion eines deutschen Unternehmens ins Ausland bzw. die Hineinfusion eines ausländischen Unternehmens nach Deutschland aus Rechtsgründen nicht möglich - obwohl die steuerliche Fusionsrichtlinie exakt diesen Vorgang steuerlich behandelt und steuerlich privilegiert.

## VI. Schlußbemerkungen

Damit bin ich am Ende meiner Überlegungen zum europäischen Unternehmensrecht. Es ist heute schon außerordentlich weitreichend gestaltet, daher politisch spannend und rechtlich außerordentlich interessant. Dieses Rechtsgebiet wird sowohl innerlich und aufgrund der bis heute vorliegenden Normen in der Praxis sich konsolidieren und äußerlich durch weitere Richtlinien wachsen und eines Tages von Warschau bis Palermo und von Budapest bis Rijeka gelten. Für die nächste Generation an Juristen, seien sie nun in Europa, in Asien oder den USA tätig, wird dies alles von hohem intellektuellem Reiz und hohem praktischen Interesse bleiben.

---

<sup>40</sup>Vgl. dazu RUDING-Bericht, deutsche Übersetzung abgedruckt in: DB-Beilage 5/1992.

<sup>41</sup>Richtlinie 90/435/EWG vom 23.7.1990, Amtsblatt EG L 225/6 vom 20.8.1990. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 796 ff.

<sup>42</sup>Richtlinie 90/434/EWG vom 23.7.1990, Amtsblatt EG L 225/1 vom 20.8.1990. Text mit Erläuterungen abgedruckt in: LUTTER, aaO (Fn. 6), S. 806 ff.

## Summary

### EUROPEAN COMPANY LAW

The company law within the EU represents a national law sui generis, since, pursuant to the provisions of the Treaties of Rome and all subsequent basic acts, this law should be unified. This is being achieved mainly due to the directions issued by the EU Commission for certain areas of commercial and legal life, which regulate the terms, contents and method of harmonization of individual national laws of the states-members. Consequentially, in the field of company law, there does not exist a separate, codified Community (i.e. the Union) law, but instead only parts of any national law are being amended so as to achieve, in the areas covered by the EU, uniformity of laws and of the terms, thus gaining the status of the European company law.

Through a number of actual examples (Spain, Greece) the author describes the previous state of affairs, as well as the situation resulting after the directions were applied. The development of the common company law is also described through the principles, the directions already actualized and/or those in the course of preparation, which expect new addressees, including the ones in Croatia. Their application will substantially depend on the education and preparedness of the personnel, mainly of the legal profile, to participate in the application of such European, and even globally unified, company law.

*Key words:* harmonization, without new codification, joint decision-making, tax law.

## Zusammenfassung

### EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT

Das Unternehmensrecht stellt im Rahmen der EU ein Nationalrecht besonderer Art dar, denn in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrags von Rom und aller späteren Grundakta muß dieses Recht vereinheitlicht werden. Das geschieht vor allem dank der Richtlinien, die die Kommission der EU für die einzelnen Wirtschafts- und Rechtsgebiete erlassen hat, und in denen Fristen, Inhalt und Art der Angleichung einzelner Nationalrechte der Mitgliedsländer geregelt werden. So gilt für das Gebiet des Unternehmensrechts nicht ein besonderes, kodifiziertes Recht der Gemeinschaft bzw. der Union, sondern es ändern sich nur einzelne Teile des nationalen Rechts, damit auf dem Gebiet der EU einheitliche Vorschriften realisiert werden können und damit Bedingungen geschaffen, die auf diese Art die Bedeutung eines europäischen Unternehmensrechts erlangen.

Der Autor erklärt an einigen konkreten Beispielen (spanischen und griechischen) wie die Situation früher war und wie erst durch die Anwendung der Richtlinien Lösungen gefunden werden konnten. Ebenso übersichtlich wird die Entwicklung dieses gemeinsamen Unternehmensrechts durch Prinzipien aufgezeigt, von denen einzelne schon verwirklicht, andere erst in der Vorbereitungsphase neuer Richtlinien sind, die die Wirtschaftsobjekte erwarten,



d.h. auch Kroatien, wenn es eines Tages zum Markt der EU gehören wird. Ihre Vorbereitung wird wesentlich von der Ausbildung und auch Bereitschaft der Kader abhängen, vor allem der Juristen, an der Vorbereitung eines solchen einheitlichen europäischen sogar auch Welt-Unternehmensrechts mitzuarbeiten.

*Stichworte: Angleichung, keine neue Kodifikation, Mitbestimmung, Steuerrecht.*

## GUNS AND MILITIAS: SOME THOUGHTS ON THE SECOND AMENDMENT TO THE U.S. CONSTITUTION<sup>1</sup>

Prof. dr. R. Eugene Harper,  
Moris Harvey University of Charleston  
U.S.A.

UDK: 342.4(73):623.1/.7+341.231.14  
UR: 25. travnja 1996.  
Izvorni znanstveni članak

### *Oružje i milicije:*

#### *Neka razmišljanja o Drugome amandmanu Ustava S.A.D.*

*Članak razmatra kontekst za tekuću raspravu o kontroli oružja u Sjedinjenim Američkim Državama, i to ispitujući podrijetlo Drugog amandmana te ulogu milicija u američkoj povijesti, zatim važne sudske odluke koje se odnose na Drugi amandman kao i trenutne napore usmjerene prema kontroli naoružanja.*

*Drugi amandman izrastao je na kolonijalnim i revolucionarnim iskustvima Amerikanaca u osamnaestom stoljeću, koji su se jako pribojavali stalnih vojski te vjerovali da jedino građanska milicija smještena po državama može očuvati slobodu u republici. Milicije su tijekom većeg dijela devetnaestoga stoljeća služile i savezним državama i savezu kako u pozitivnim tako i u nekim negativnim ulogama.*

*Drugi amandman propisuje da "s obzirom da je dobro regulirana milicija nužna za sigunost slobodne države, pravo naroda na držanje i nošenje oružja ne smije se uskratiti". Nije posve razjašnjeno da li je riječ o apsolutnom pravu ili tek o kvalificiranome pravu, vezanom uz održavanje milicije. Malo je odluka Vrhovnoga suda koje se tiču Drugoga amandmana, a one, čini se, upućuju da savezne države imaju široke ovlasti da uređuju vlasništvo nad oružjem, dok savezna vlada ima manje fleksibilnosti.*

---

<sup>1</sup>The author is pleased to offer this guest essay to colleagues at the Law Faculty of the University of Rijeka where, from October 1995 to June 1996, he spent eight months as a Fulbright Lecturer teaching American constitutional history and government to beginning law students. This essay makes no pretense of being a definitive study of the issue; limited resources and language barriers prohibit that. It does attempt to define the issues and set the context for understanding the debate over gun control in the United States. The author wishes to thank several of his colleagues: V. Crnic-Grotic for graciously sharing her office, Z. Bartulović, M. Matulović, V. Grozdanić, V. Tomljenović, A. Petranović, S. Laleta for their kindness and help, and Dekan B. Pavišić for his support. Likewise, the secretarial staff cheerfully met every request with dispatch and efficiency. A particularly warm thank you goes to some very special students who were a delight to teach. Writing this essay was possible only because of the considerable help given by Donna Lewis, Librarian of my home institution, the University of Charleston in West Virginia, and the magic of telefacsimile communication.

*Od početka dvadesetog stoljeća milicije su formalno pretvarane u Narodnu gardu, a strahovi od stalne vojske su od Drugog svjetskog rata ustupili mjesto održavanju najvećeg vojnog ustroja na svijetu. Unutrašnju sigurnost sada čuvaju brojne policijske snage saveznih država i federacije. Stoga, pitamo da li se kontekst nošenja oružja toliko izmijenio da bi trebalo dopustiti više kontrole oružja? U posljednje dvije godine uvedeno je petodnevno razdoblje čekanja za kupnju osobnog oružja, a određene vrste napadačkog oružja zabranjene su. Dok se ova pitanja još uvijek rješavaju pred sudovima, "milicije" se vraćaju pod maskom desničarskih paravojnih organizacija. Smatrajući sebe milicijom, one se udružuju s Nacionalnim udruženjem za oružje i drugim desničarskim skupinama kako bi se usprotivile utjecaju savezne vlade na lokalna pitanja te kako bi se othrvale nečemu što vide kao zavjeru usmjerenu na ograničavanje prava građana.*

*Ključne riječi: Drugi amandman, milicije, kontrola naoružanja, Bradyev prijedlog zakona.*

It is no secret that the United States has a problem with violence resulting from the widespread ownership and availability of guns. Statistics consistently show that there are three to ten times more homicides per unit of population in the United States than in any other western democratic society. Nearly two million violent crimes (murder, rape, robbery and aggravated assault) are committed annually. There were more than 23,000 murders in 1994 (a rate of 9.0 per 100,000 population) and the majority of these (56 percent in 1993) involved the use of handguns. Washington D.C., the nation's capital, routinely has one of the highest murder rates. Tourists have second thoughts about visiting Miami because of senseless murders. Guardian Angels patrol New York City subways. Although the crime rate has actually declined in the early 1990s, and in large cities like New York, new police patrolling techniques have sharply lowered the murder rate, still the great majority of violent crime occurs in the cities, and the amount of crime associated with the use of handguns is increasing. Violent crime among teenagers is also increasing, and with forty million children under the age ten growing up in increasingly difficult conditions, many predict the crime rate will soon rise again. On the surface, it would seem that controlling the access to guns would significantly help reduce America's death rate from crime, to say nothing about accidental deaths from guns. As is well know, however, the issue is not so simple both on the political and on the constitutional level.<sup>2</sup>

The focus of this article will be on the constitutional issues relating to the Second Amendment, and much less on the current political climate. Without doubt, the role of the 2.6 million member National Rifle Association (NRA) is

<sup>2</sup>American crime statistics are readily available in the news magazines, particularly when the FBI issues its annual crime report. *Facts on File World News Digest*, June 2, 1994, p. 398; *The New York Times*, Oct. 24, 1995, p. 12, National Edition; Fox Butterfield, "Crime Continues to Decline, but Experts Warn of Coming 'Storm' of Juvenile Violence," *The New York Times*, Nov. 19, 1995, p. 12, National Edition; U. S. Department of Justice, *Uniform Crime Reports for the United States 1994*, (1995), p. 95.

central to the current political debate over guns. The fact that the NRA has successfully blocked or significantly limited most gun control legislation, in spite of public opinion polls that regularly show majorities favoring various forms of gun control, is a clear example of the power that a vigorous special interest lobby with an activist membership can have in American politics against a defused general public sentiment. While no complete understanding of the gun control issue would be possible without careful study of this organization and its allies, the influence of the NRA is beyond the scope of this essay. Rather, we will look at the Second Amendment in its historical context. Why was it added to the Constitution? What is its relationship to state militia units? What have the courts said about the Second Amendment? What relationship does this have, if any, to the gun control debate and the militia movement of today?

### *The Origins of the Second Amendment*

Perhaps, if the Second Amendment contained a clear prohibition like the First Amendment does, politics surrounding the Second Amendment would be more simple. The First Amendment to the U.S. Constitution simply states:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for redress of grievances.”

The words “Congress shall make no law” is about as simple and direct as the idea can be stated, but that still has not prevented many First Amendment cases from coming before the courts. The prohibition contained in the Second Amendment, however, is preceded by a qualifying clause that the National Rifle Association and its friends often choose to ignore.

“A well-regulated militia being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed.”

The right to keep and bear arms seems to be a qualified right, but is it? What did it mean at the end of the eighteenth century, and what relevance does that have today?

To understand the origins of the Second Amendment, one must return to the period of the American Revolution. There is general agreement between supporters and opponents of gun control that the amendment and its companion Third Amendment—against quartering soldiers in private homes—is rooted in the colonial response to British military activity during that period. Quartering troops was a source of dispute before actual war began, especially in the New York colony, and private property was commandeered for use by the British Army. The local militia units were the first line of defense whether in Indian warfare, in the struggles against the French prior to 1763, and all during the Revolutionary War. The Minute Men (the local militia) of Lexington and Concord suffered the first casualties of the war, and extracted many more in return, when the British Army tried to seize colonial arms in 1775. Militia troops caused heavy losses to the British Army at Bunker Hill before having to concede

the field for a lack of powder. Every major engagement of the Revolutionary War used militia units from the various states, depending on the location of the fighting, to supplement Gen. George Washington's Continental Line. Washington rarely had more than 5,000 - 7,000 regular troops under his command, all volunteers since the Continental Congress was an *ad hoc* government with no power of conscription. There continued to be no power to maintain an army when the first constitutional document, the Articles of Confederation (1781), was adopted. Fears of central power and of standing armies were far too vivid for the new government to be given coercive powers of any kind.<sup>3</sup>

When the Constitution was written in 1787 to correct some of the weaknesses found in the Articles, the new government was given specific powers to "raise and support armies" and to call forth "the militia to execute the laws of the Union, suppress insurrections and repel invasions." The President was given specific powers to be "commander in chief of the army and of the navy of the United States, and of the militia of the several States, when called into the actual service of the United States." These very powers were among those attacked by the Antifederalist opponents of the new Constitution who feared a whole range of centralizing tendencies they found in the document. One such opponent, Brutus II, writing in November 1787 and comparing state bills of rights with the lack of such protection in the Constitution as drafted, stated:

"In the bills of rights of the states it is declared, that a well-regulated militia is the proper and natural defense of a free government—that standing armies in time of peace are dangerous, they are not to be kept up, and that the military should be kept under strict subordination to, and controlled by the civil power."

These sentiments were voiced so frequently that the Federalist proponents of the new Constitution with its expanded powers, in effect, conceded the debate. James Madison, perhaps the most active and effective member of the Constitutional Convention, defended the powers of the proposed central government in *Federalist* No. 45 and 46 by minimizing them compared to the combined powers of the states. He conceded in No. 46 that no national army could ever exceed the number of armed citizens in the militias. Such a national army could be opposed by "a militia amounting to near half a million of citizens with arms in their hands, officered by men chosen from among themselves, fighting for their common liberties and united and conducted by governments possessing their affections and confidences." Friends and foes alike of the new Constitution saw a citizen militia as the bulwark against central tyranny, real or potential.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup>Don Higginbotham, *The American War for Independence*, (1971) is a standard work on the military during the war. Jackson T. Main, *The Sovereign States*, (1973) and Jack N. Rakove, *The Beginnings of National Politics*, (1977) discuss the functioning of the Continental Congress and The Articles of Confederation.

<sup>4</sup>There are many compilations of the arguments surrounding ratification of the Constitution. One recent compilation is John P. Kaminski and Richard Lefler, eds., *Federalists and Antifederalists: The Debate Over the Ratification of the Constitution*, (1989). The quotation from Brutus II is p. 162. Clinton Rossiter, ed., *The Federalist Papers*, (1961) is also a standard collection. See p. 299 for the quotation from No. 46. These fears of standing armies and the reliance on militias to defend freedom, which were widely expressed in the

Given these kinds of arguments against the Constitution, especially the many condemnations that it contained no bill of rights, Federalist politicians accepted the criticism and promised to make changes to the document. In the crucial ratification debate in Massachusetts in early 1788, Federalists successfully urged delegates to ratify now and send recommendations for change to Congress as a way of gaining the necessary votes for ratification and warding off calls for a second convention. Following a narrow victory in Massachusetts, Federalists used the ratify now but with recommendations technique in other bitterly divided states to win ratification. It is not surprising, therefore, that James Madison felt a strong obligation, as a representative from Virginia in the first Congress, to add a bill of rights to the Constitution. Although many in the first Congress felt less need, he persevered and became chairman of a select committee to consider the matter. More than two hundred suggestions had been sent by the states. Eliminating all but those he believed were basic rights likely to win the assent of Congress and not engage the members in endless debate, Madison pushed his set of amendments through the House of Representatives. The Senate modified and condensed Madison's version somewhat, but ultimately twelve amendments were sent to the states for ratification, and ten were approved becoming the American Bill of Rights in 1791.<sup>5</sup>

With the central role of militias and opposition to standing armies now protected in the second and third amendments of the Constitution, militias continued to play a significant role in American history far into the nineteenth century. The Administration of George Washington called up 15,000 militia members as early as 1794 to put down an insurrection in the Pennsylvania back country known as the Whiskey Rebellion. Angry debates took place in Congress in 1798-1799 over the creation of a professional army during a period of undeclared war with France. Opponents made much of the prevailing fear of standing armies and effectively limited and soon killed the efforts to expand the army. The militia played a significant—if not always victorious—role in supplementing the efforts of the army in the War of 1812 against England. The one great American victory in that war, Gen. Andrew Jackson's victory at New Orleans in 1815, relied heavily on citizen soldiers. Citizen volunteers, following the legendary defeat at the Alamo, joined Gen. Sam Houston's army to win Texas independence from Mexico in 1835. Likewise, citizen soldiers were involved in the Mexican War, 1846-1848, particularly in California. The Civil War began in earnest when President Abraham Lincoln responded to the April 12, 1861 bombardment of Ft. Sumter by calling up 75,000 citizen volunteers to put down rebellion in the Confederate States. After the war, militias were increasingly used to maintain order in labor disputes. In the great railroad strike

---

Revolutionary Era, have become the standard line of argument for those advocates of the Second Amendment who oppose gun control. See Stephen P. Halbrook, "The Original Understanding of the Second Amendment," in Eugene W. Hickok, Jr., ed., *The Bill of Rights: Original Meaning and Current Understanding*, (1991).

<sup>5</sup>Bernard Schwartz, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, (1992) thoroughly documents the history of the Bill of Rights from its English precedents, through the state constitutions and ratification, to Madison's efforts to secure enactment and some comment on subsequent operation. See Ch. 6 for Madison and his legislative efforts.

of 1877, some local militia units supported the strikers and others were ineffective causing the President to use federal troops.

The militia were not an unmixed blessing, however, in the early Republic. It is worth remembering that it was fear caused by Shays' Rebellion in western Massachusetts in 1786 that convinced many leaders of the need for a stronger national government. These veterans of the Revolutionary War shut down county court houses to prevent foreclosure on their farms during a post-war depression, and it took private subscriptions from merchants in Boston to raise an army to disperse the rebels. In the event with which I have some greater familiarity, it was the militia units of western Pennsylvania who were the heart of the opposition to federal excise taxes during the 1794 Whiskey Rebellion. Militia men numbering as high as 7,000 by some estimates, gathered at the height of the rebellion to march on the small settlement of Pittsburgh. The region's two Democratic Societies, societies founded throughout the new nation in sympathy for the ideals of the French Revolution as well as their own Revolution, were located in the heart of the most rebellious areas, and the membership of these societies was heavily dominated by the local militia units. Thomas Slaughter, in his fine study of the rebellion, fundamentally argues that the western Pennsylvanians were continuing to practice the ideology of the recent Revolution, using an armed citizenry to oppose governmental tyranny (in the guise of unfair taxation), even though many of their countrymen failed to see the Washington Administration in that light.<sup>6</sup>

When the state of South Carolina passed its Ordinance of Nullification in December 1832, declaring that United States tariff laws no longer operated within her borders, she also immediately called up her state militia to defend her against the United States. In this crisis, a political compromise was arranged in early 1833 that allowed South Carolina to back down and prevented President Andrew Jackson from leading an army against the state and its militia. Some of the citizen soldiers involved in the Texan and Mexican events, the majority of whom came from southern states, became further involved in American foreign policy after the Mexican War. Southern "filibuster" troops, with the quiet approval of the Administration of Franklin Pierce in the 1850s, engaged in military raids in Central America with the ostensible purpose of adding more slave territory to the nation. William Walker's paramilitary organization actually governed Nicaragua for many months, and Walker was formally recognized as the President of Nicaragua by the American government in 1856.<sup>7</sup>

It is also worth remembering, as we consider the original context of the Second Amendment, that firearms were a daily part of the American experience

<sup>6</sup>R. Eugene Harper, "Rebellion Contained: A Socioeconomic Approach to the Whiskey Rebellion and the Role of the Local Elite," in *The Whiskey Rebellion and the Trans-Appalachian Frontier: Topic 45, A Journal of the Liberal Arts*, Washington and Jefferson College, (1995), pp. 39-56; Jeffrey A. Davis, "The Whiskey Rebellion and the Demise of the Democratic-Republican Societies of Pennsylvania," in *Ibid.*, pp. 22-38. Thomas Slaughter, *The Whiskey Rebellion: Frontier Epilogue to the American Revolution*, (1986) is the standard study of the rebellion. See M. L. Starkey, *A Little Rebellion*, (1955) for a readable account of Shays' Rebellion.

<sup>7</sup>William W. Freehling, *Prelude to Civil War*, (1966) is the standard account of the Nullification Crisis in South Carolina. Also see Robert E. May, *The Southern Dream of a Caribbean Empire, 1854-1861*, (1973).

from the moment the first Englishman stepped foot on the North American continent. Firearms were essential for defense against rival European colonizing nations and in conflicts with the Native Americans, no matter from what perspective one chooses to view these encounters. Also, the wilderness frontier into which settlement keep pushing was a dangerous place. Isolated settlers not only had to be on guard against wild animals, but they also relied on hunting for a portion of their food. In my own studies of the western Pennsylvania frontier, I discovered a significant dependence on hunting in the livelihoods of people well into the second generation of settlement. (Even in the 1990s, hunting remains an important activity in rural regions. Many public high schools, including some in my state of West Virginia, will close on the first day of deer hunting season.) Ownership of firearms, therefore, was very widespread from the beginning of American society, and everyone knew how to use them. Particularly in frontier regions, where established institutions were few, citizen militias formed the protective police power in the same way that citizens, not trained lawyers, performed the judicial functions of justice of the peace, and collectively served as the county courts in early America.<sup>8</sup>

Having thus relied on themselves for protection for decades, it is not surprising, when confronted by what they interpreted as British tyranny, Americans placed great faith in their local militia units and had great distrust for the paid mercenary soldiers typical of the European past they had left. Few writers have summarized this deep distrust better than Stanley Elkins and Eric McKittrick in their discussion of the 1798 debates in Congress over raising an army for the anticipated war against France.

“This was the odious specter of the traditional standing army of eighteenth century Europe: the common soldiery gathered from the scum of society, officered by an insolent and imperious aristocracy, employed for arbitrary purposes, a tyrannical pestilence whenever it moved and wherever it was quartered.”<sup>9</sup>

There can be little doubt about the origins of the Second Amendment; the armed citizen soldier was seen by Americans of the Revolutionary generation and after as the bulwark of a free society against tyranny. Knowing this background, however, does not answer the fundamental question about the Second Amendment. Is the right to bear arms an absolute or a qualified right? Here the evidence becomes a little more fuzzy. Many of the arguments from this era are couched in qualified terms. The model for the Bill of Rights is generally considered to be the Virginia Declaration of Rights written in 1776 by George Mason, who later became a member of the Constitutional Convention and was one of the few delegates who opposed the Constitution because it extended national powers too much and did not provide a bill of rights. The Virginia Declaration states “that a well regulated Militia, composed of the body of the people, trained to Arms, is the proper, natural, and safe Defense of a free State.” Similarly, the Pennsylvania Declaration of 1776 said that the people had “a right to bear arms for the defense of themselves and the state,” and went on

---

<sup>8</sup>R. Eugene Harper, *The Transformation of Western Pennsylvania, 1770-1800*, (1991). See discussions of both the occupational structure and the courts.

<sup>9</sup>Stanley Elkins and Eric McKittrick, *The Age of Federalism*, (1995), p. 594.



to say standing armies should not be kept. Similar sentiments were echoed in North Carolina where the right to bear arms was “for the defense of the State.” In Vermont, the Declaration of 1777 placed the right to bear arms in the context of the “defense of themselves and the state.” In 1780, Massachusetts, the last of the thirteen states to establish a new state constitution, stated that the right to bear arms was “for the common defense.” A few years later, when the Constitution was being debated, Pennsylvania Antifederalists proposed to protect the right to bear arms in these words:

“That the people have a right to bear arms for the defense of themselves, their state, or the United States, and for killing game, and no law shall be enacted for disarming the people except for crimes committed or in a case of real danger of public injury from individuals.”

New Hampshire opponents of the Constitution proposed an amendment that Congress never disarm a citizen “unless such are or have been in actual rebellion.” Even Samuel Adams, in the Massachusetts ratification debates, argued that Congress should not be able “to prevent the people of the United States, who are peaceable citizens, from keeping their own arms.”<sup>10</sup>

All of the above statements suggesting some qualification to the right to bear arms are taken from an article arguing in favor of the original meaning of the Second Amendment and entering the contemporary debate on the side of opponents of gun control. The purpose of quoting from this source is not to argue that the evidence for unregulated gun ownership is tainted; there is a significant body of additional material that can be used—as gun advocates clearly have—to argue that the founding generation saw the right to bear arms as fundamental. The fact that the Senate refused to add the words “for the common defense” to the Second Amendment is not the least of those arguments. The point is to suggest, that in the minds of the founding generation, citizens bearing arms and the defense of the nation were inextricably tied together; national defense was impossible without an armed citizenry. At the same time, some persons understood that an armed citizenry could lead to “actual rebellion” or “pose a real danger of public injury” in which cases those citizens could be disarmed. What then did the founding generation really mean by the Second Amendment? Was this a qualified right or an absolute one?

There are many dangers in trying to determine “original intent” when interpreting the meaning of the Constitution. It is sufficient to say that the intent may well vary with the individual involved, that there may have been several original intents, and that we can never know with absolute certainty. As a result, courts have been given the responsibility of resolving these issues. Nevertheless, no matter how widespread the common understanding in the eighteenth century, does the equating of the militia with national defense have much relevance at the end of the twentieth century? Far from being afraid of standing armies, the United States today possesses the most powerful military force in the world with thousands of troops stationed around the globe. It annually appropriates a military budget in excess of two hundred billion dollars. What exactly do armed thugs terrorizing urban neighborhoods with automatic

<sup>10</sup>Halbrook, “Original Understanding,” *passim*.

weapons have to do with the common defense? Has the context for the debate so changed over the past two hundred years so as to make comparisons difficult, even meaningless, and original intent irrelevant? Before looking further at the current situation, what have the courts said about the meaning of the Second Amendment over the decades?<sup>11</sup>

### *The Courts and the Second Amendment*

The body of court decisions regarding the Second Amendment is small compared to other portions of the Bill of Rights. The early Supreme Court cases come only after the Civil War and initially are more related to Reconstruction policies than to dealing directly with the right to bear arms. The major case is *United States v. Cruikshank* which the Supreme Court decided in 1876. The major finding of the *Cruikshank* decision is that the right to bear arms is a state matter. The crucial wording is:

“This is not a right granted by the Constitution. Neither is it in any manner dependent upon that instrument for its existence. The Second Amendment declares that it shall not be infringed; but this, as has been seen, means nothing more than that it shall not be infringed by Congress.”

Thereafter, the courts have adhered to this doctrine that gun control is a state matter. Similarly in 1886, the Supreme Court upheld a state statute prohibiting “private armies.” The court said:

“We think it clear that the sections under consideration, which only forbid bodies of men to associate together as military organizations, or to drill or parade with arms in cities and towns unless authorized by law, do not infringe the right of the people to keep and bear arms.”

This case, *Presser v. Illinois*, went on to say, however, that the states cannot “prohibit the people from keeping and bearing arms” and thereby deprive the United States of their potential value for “public security.” Note that as late as 1886, bearing arms was still evaluated in terms of its public security function, but that otherwise, the matter was in the hands of the states. In the modern era, local authority was again upheld when the Supreme Court, in 1981, refused to review a lower court decision that allowed the community of Morton Grove, Illinois, to ban handguns within its borders.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup>Steven R. Boyd, in writing about the idea of original intent, argues: “there was no common understanding (sometimes referred to as the framer’s original intent) of the ambiguous phrases of the Constitution and the first ten amendments. Quite the contrary, the words and phrases meant different things to different men in 1787 ( or 1789 or 1791) and beyond.” He is particularly discussing First Amendment understandings, but his article also mentions the Second Amendment as well. “The Whiskey Rebellion, Popular Rights, and the Meaning of the First Amendment,” in *The Whiskey Rebellion*, (1995), pp. 73-84. Quotation is from pp. 73-74.

<sup>12</sup>William Cohen and John Kaplan, *Constitutional Law: Civil Liberties and Individual Rights*, 2nd ed., (1982). Quotations are from p. 785. Josh Sugarman, *National Rifle Association: Money, Firepower, & Fear*, (1992), Appendix One, pp. 265-268.

Perhaps a word of explanation is needed to clarify why the federal government does not have automatic control over this matter. It must be remembered that the American system created by the Constitution is a federal system in which the states share with the national government the sovereign powers of the nation state. The Bill of Rights was not seen as applying to the states when it was adopted. Although Madison drafted and the House of Representatives passed an amendment that would have specifically applied basic freedoms such as those in the First Amendment to the states, the Senate deleted that amendment, and no such statement is in the Bill of Rights. The Supreme Court subsequently declared that the Bill of Rights did not apply to the states in the 1833 case, *Barron v. Baltimore*, which dealt specifically with the Fifth Amendment. This situation provided a major challenge to Congress after the Civil War when it tried to legislate to protect the former slaves in southern states. A further impediment was the *Dred Scott* decision of 1857 which affirmed that citizenship was determined by the states and that the quality of being Black excluded a person from the category of citizen, even though examples to the contrary existed in northern states at the time. The solution devised by Congress was the Fourteenth Amendment which for the first time defined national citizenship—"all persons born or naturalized in the United States"—and then provided the now famous three prohibitions against the states. No state may deprive a citizen of the United States of "equal protection," "due process," or the "privileges and immunities of citizenship." In the Civil Rights Cases of 1883, however, the Supreme Court took pains to emphasize that the Fourteenth Amendment limited only state sponsored discrimination, not the failure of the states to protect against private acts of discrimination, a point of view reversed only in the modern era. Nevertheless, although there is now a mechanism to apply the Bill of Rights to the states to prevent discrimination, the fundamental powers of the states in a federal system remain.

The primary case relating the Second Amendment to the federal government is *United States v. Miller* in 1939. The case involved an appeal from Jack Miller who was convicted under the National Firearms Act for illegally transporting an unregistered sawed-off shotgun. In upholding Miller's conviction, the court stated:

"In the absence of any evidence tending to show that possession or use of a 'shotgun having a barrel of less than eighteen inches in length' at this time has some reasonable relationship to the preservation or efficiency of a well regulated militia, we cannot say that the Second Amendment guarantees the right to keep and bear such an instrument. Certainly it is not within judicial notice that this weapon is any part of the ordinary military equipment or that its use could contribute to the common defense."<sup>13</sup>

Advocates of gun control take the *Cruikshank* and the *Miller* decisions and claim that gun control is a non-issue. *Cruikshank*, reaffirmed by *Presser*, limits only Congress, but gives the states full power to regulate firearms, and *Miller* still requires that bearing arms have "some reasonable relationship" to a well-regulated militia. These interpretations they claim have been reaffirmed in 1980

<sup>13</sup>Cohen and Kaplan, *Constitutional Law*, p. 783.

in *United States v. Lewis* in which the Supreme Court, with current Chief Justice William Rehnquist participating, said certain "legislative restrictions on the use of firearms do not trench upon any constitutionally protected liberties." Thus, gun control advocates conclude:

"The legal precedents are clear: Almost any state or local gun-control action is fine; the Second Amendment does not apply. On the federal level, only laws interfering with state militias are prohibited."<sup>14</sup>

The fact is, however, the Supreme Court has not directly confronted the Second Amendment and ruled on its precise meaning. *Lewis* in 1980 merely affirmed that a provision of the Gun Control Act of 1968 that prohibited felons from owning firearms was constitutional, hardly a surprising ruling. The *Cruikshank* decision grew out of a case in which guns were not the major issue. It related to white people in Louisiana during the Reconstruction Era following the Civil War depriving Blacks of civil rights protected under the Fourteenth Amendment. One constitutional commentary does not even mention guns when discussing *Cruikshank*, but rather places it with other cases in a different context. "The Supreme Court's central purpose in these decisions was to vindicate federal power to protect civil rights, while maintaining the states' primary jurisdiction in regulating civil rights." It was such fence-straddling that allowed the court ultimately to uphold the constitutionality of the "separate but equal" doctrine in *Plessy v. Ferguson* (1896) which affirmed the legality of segregation in the southern states.<sup>15</sup>

There are also questions left unanswered by the *Miller* decision. If a sawed-off shotgun does not relate to a well-regulated militia, does that affirm the reverse, namely, that a person today has an unrestricted right to own an automatic weapon or machine gun which are the normal weapons of the militia or National Guard of today? Or could a citizen be required to have the old weapons of the militia—the flintlock, powder and ball—as they were when the amendment was written? Is it the militia—National Guard today—or the widespread ownership of guns that protects against tyranny of the central government? Is it realistic to envision a military power struggle between the states and the national government, or to assume that an armed citizenry could resist the modern military power of the national government? And should, by some wild scenario, the United States government turn its military might against the states or its citizens, would the Second Amendment be anything more than a worthless scrap of paper to be incinerated in the conflagration sure to follow?<sup>16</sup>

<sup>14</sup>*Mother Jones [Magazine]*, Jan.-Feb. 1994, p. 43.

<sup>15</sup>Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison, and Herman Belz, *The American Constitution: Its Origins and Development*, 6th ed., (1983), p. 366, emphasis added; Sugarman, *National Rifle Association*, Appendix One, pp. 265-268. That the courts have said little on the Second Amendment is indicated by the fact that the Kelly, Harbison, Belz text of more than 700 pages makes no mention of the Second Amendment.

<sup>16</sup>See Cohen and Kaplan, *Constitutional Law*, pp. 783-785 for a series of such questions.

### *Guns and Militias Today*

The reality is that the modern debate over gun control takes place in a very different context from that of 1789 when Congress passed and sent to the states for ratification the Bill of Rights. The citizen soldiers who formed the militia units of the past no longer form the front line of public safety or national defense. Throughout the nineteenth century, urban communities gradually replaced the night watchman with police forces. New York City led the way in 1845 replacing its constables and night watch with the New York Police Department. Philadelphia and Boston followed in the mid-1850s. These early, non-uniformed forces served as models for a major expansion of urban police in the post-Civil War years. By the end of the century, states were also forming police forces to buttress the county sheriff and to deal with industrial strife which often forced state governors to call out their militia or National Guard units to maintain order. In my home state of West Virginia, the state police were seen as the preferred means for maintaining order following a bitter coal strike in 1912-1913. During such strikes, coal operators routinely hired private detective firms—the Pinkerton Detective Agency and West Virginia's own Baldwin-Felts Agency were typical—to protect industrial property. These private armies—"hired thugs" in the view of miners and other laborers—often caused more violence than they prevented and led to the establishment of the West Virginia State Police in 1919. As a result of these developments, law enforcement today runs the full gamut from the county sheriff and his deputies, the city police, the state police to a range of federal agencies from U.S. Marshals to the Federal Bureau of Investigation (FBI) and the agents of the Bureau of Alcohol, Firearms, and Tobacco (AFT).<sup>17</sup>

Likewise, national defense depends on a professional volunteer army, recruited through a series of incentives such as paid education, a trained force of military reserves, and the National Guard which has officially replaced the state militias. After the Civil War, states gradually reorganized their militias into guard units, often in response to the demands of industrial unrest. However, it was the poor performance of the U.S. Army in the Spanish-American War (1898) that led to a thorough study of the army, its organizational structure and the need for some kind of thoroughly trained reserve force. The power of state governors and the lobbying ability of the militia/guard units prevented the elimination of a state-based military force, but it was restructured. Legislation in 1903 repealed the old 1792 Militia Act, which had served for 111 years, and formalized the new National Guard structure, which required twice monthly training sessions and an annual summer camp experience. Gradual cooperation between the Guard and the regular army increased, and further reform occurred in the National Defense Act of 1916 which doubled the amount of training required and further defined the relationship of the Guard to the national military. By 1916, the term "militia," as used in this act, referred to nothing

---

<sup>17</sup>James F. Richardson, *Urban Police in the United States*, 1974, Ch. 2, *passim*; "Division of Public Safety," *West Virginia Blue Book:1994*, p. 108. The struggles between miners and coal operators in West Virginia may be followed in John Alexander, *West Virginia: A Bicentennial History*, (1976).

more than the whole body of able-bodied men between 18 and 45 years of age. Thus, the National Guard and the military reserves provide the well-regulated and well-trained military professionals who supplement the regular army of today, and the National Guard also provide a wide range emergency services to the states.<sup>18</sup>

The modern debate over gun control probably dates back to the 1960s when President John F. Kennedy, his brother, Senator Robert F. Kennedy, and civil rights leader, Rev. Martin Luther King, were all assassinated. There followed a failed attempt to assassinate President Gerald Ford in 1975, and President Ronald Reagan was wounded in another assassination attempt in 1981. The debate was further fueled by rising crime rates that worried many people in the 1960s and 1970s, and more recently by the soaring homicide rates in American cities largely associated with drug trafficking and crack addiction. There also have been a number of bizarre incidents in which mentally troubled individuals with automatic weapons have mindlessly opened fire in public places killing many people in restaurants and school yards. When, in 1981, President Reagan was shot by John Hinckley, and his Press Secretary, James Brady, was also shot and permanently disabled, the demand for gun control became a significant movement.<sup>19</sup>

The disabled Brady and particularly his wife, Sarah Brady, became active lobbyists on behalf of handgun controls. The National Rifle Association became ever more prominent as a bulwark against such legislation. Nearly seven years after the so-called "Brady Bill" was introduced into Congress, President Bill Clinton signed the bill on November 30, 1993. The Brady Handgun Violence Prevention Act is an amendment to the Gun Control Act of 1968 and provides for a "five-day waiting period" for the purchase of a handgun, and it requires law enforcement authorities to do a background check on the prospective buyer. An appropriation of \$200 million was authorized to develop a computerized system to enforce the law. Six months after the Brady Bill took effect, Congress passed and the President signed an assault weapons ban on September 13, 1994. Formally known as the Public Safety and Recreational Firearms Use Protection Act, the bill outlawed the production, sale and possession of nineteen types of semiautomatic weapons and provided for a study of the effect of the legislation on drug trafficking.<sup>20</sup>

The arguments over the Brady Bill and over gun control, in general, tend to focus on two broad questions: whether gun control will actually be effective, and whether such legislation is not part of a general pattern in which individual rights are being eroded by an increasingly powerful and remote central government. The first argument is generally framed by the opponents of gun control in terms of "guns don't kill, people do." They argue that registering guns and controlling their purchase will not prevent crimes of passion, nor will it heal

---

<sup>18</sup>John K. Mahon, *History of the Militia and the National Guard*, (1983), Ch. 10, *passim*.

<sup>19</sup>Cohen and Kaplan, *Constitutional Law*, pp. 787-797; "Clinton Signs the Brady Bill," *Facts on File World News Digest*, Dec. 2, 1993, p. 899.

<sup>20</sup>"Clinton Signs the Brady Bill," p. 899; "Finally Brady Passes," *Time*, Dec. 6, 1993, p. 19; "Clinton Signs Anticrime Bill," *Facts on File World News Digest*, Sept. 22, 1994; Public Law 103-169 and Public Law 103-322.

the social problems that give rise to such violence. Further, it penalizes the great majority of peaceable sportsmen and gun owners, and it will do little to prevent crime because criminals will not register their guns, and they will obtain others illegally even if registered. Advocates of gun control argue that making guns more difficult to obtain will keep them out of the hands of young people, the mentally unstable, and former criminals. They also contend that most murders are crimes of momentary passion, and that if guns were not readily available, if fights of rage involved knives instead of more lethal guns, many fewer people would die. Often police officers join in favor of controlling guns, especially the semiautomatic weapons, as a means of protecting officers on the streets. The second argument takes the form of the NRA arguing that registering handguns is simply the first step in the ultimate elimination of the right to bear arms, and they have drawn the line to prevent or at least limit that first step. On the surface, eliminating the right to bear arms seems a most unlikely circumstance, but this must be seen in the context that there are indeed those who would regulate guns much more strictly, and that gun control advocacy provides further evidence to support the fears of big government so dominant among the right wing of American politics.<sup>21</sup>

Republican Party control of Congress following the November 1994 elections ended any further efforts at gun control and began a counter effort to undo some of the legislation. Nothing, as of this writing, has been repealed, but a number of county sheriffs, supported by the NRA, have brought suit against the Brady Bill. They argue that assigning them the enforcement requirement violated the Tenth Amendment, which provides a general protection of state rights against federal interference. Federal District Court judges in Arizona, Louisiana, Mississippi, Montana and Vermont have upheld these sheriffs' suits, but a similar suit failed in Texas. Subsequently, however, the judges of the Ninth Circuit Court of Appeals, which covers nine western states, reversed the Montana and Arizona decisions and upheld the Brady Bill by a 2-1 vote. The majority ruled that the law was only a "minor burden" which the government could legitimately require. Because of these challenges, the enforcement of the Brady Bill has been spotty in both urban and rural areas. Nevertheless, the Secretary of the Treasury reported that in the early months after passage, the bill had halted about five percent of purchases, and he speculated it had prevented "some terrible crimes."<sup>22</sup>

The contemporary debate over gun control contains one more twist: the militias are back. These are self-styled "citizen militias," groups of private citizens who are organized and train together to defend themselves and the nation against a host of vague enemies. Initially ignored as harmless people who liked to dress in military camouflage and shoot guns, the militias suddenly burst into national prominence following the 1995 bombing of the Federal Building in Oklahoma City, when the investigation focused on suspects with ties to the

<sup>21</sup>See the range of arguments in Cohen and Kaplan, *Constitutional Law*, pp. 787-797. Mark M. Moore, "Life, Liberty, and the Handgun," *Communications Quarterly*, Fall 1994, pp. 434-448 provides a more theoretical analysis of the debates over the Brady Bill.

<sup>22</sup>"A Law Under Fire," *U.S. News & World Report*, Aug. 15, 1994, p. 35; "Appeals Court Reverses Rulings in Victory for Gun-control Law," *The New York Times*, Sept. 9, 1995, p. 7, National Edition.

Michigan militia. Further investigation soon revealed that the Brady Bill and the assault weapons ban, coupled with two earlier events known as "Waco" and "Ruby Ridge," had brought rapid growth in militia membership, and a greater militancy and popular appeal.

Waco refers to the Texas city and to the fiery end to a stand-off between FBI agents and the Branch Davidian religious cult led by David Koresh. After days of siege, the agents stormed the cult's compound, and the resulting fire, probably set by the Davidians, killed nearly twenty people including women and children. Ruby Ridge is the site in the mountains of Montana where the wife and son of Randy Weaver, an avowed white separatist, were killed in a clash with agents of the Bureau of Alcohol, Firearms, and Tobacco in a stand-off and shoot out over a firearms charge. The situation has further ironies. Ruby Ridge took place on April 19, 1992 and Waco took place on April 19, 1993. That date, April 19, is the anniversary date of the defense of Lexington and Concord by the Minute Men militia that marked the beginning of the American Revolution in 1775. The fact that the Oklahoma City bombing also occurred on April 19, 1995 may not be pure coincidence.<sup>23</sup>

These new citizen militias have appeal in rural areas and in regions where economic forces have created pockets of uncertainty and distress. Particularly in the American West, the militias are able to build on general discontents among ranchers, mining companies, timber interests who resent federal environmental restrictions and attempts to raise fees and tighten controls over federal lands. Gun control adds directly to this vague unease and resentment against "Big Brother" interfering in their lives. In a number of cases, the militias have found allies and made common cause with a variety of other right wing discontents: anti-tax groups, property rights groups, as well as a number of groups on the Christian right who oppose abortion and gay rights. The militias also have roots in the neo-Nazi, Klu Klux Klan, and white separatist movements. Although the actual number of activists is small, the coalition of right wing malcontents can become a powerful influence in local politics. The rapid growth of these new militias in the early 1990s, which has spread them to an estimated forty states, may well have slowed markedly or even reversed after the Oklahoma City bombing, but no one believes they will go away any time soon.

There exists among the leaders of these new "patriot" militias a vague and dangerous ideology. The fear of the federal government expands to a broader fear of vague global enemies. Old racist and anti-Semitic hatreds, once focused on bankers like the Rothschilds, now have been merged into to fears of their current manifestations in the Federal Reserve System and the International Monetary Fund. Older fears of the communist conspiracy headed by the Soviet Union have given way to new fears of a "new world order" poised to take over the United States. United Nations troops, the same troops who could scarcely keep the peace in a small place like Bosnia, nevertheless, are supposedly training

---

<sup>23</sup>The popular press have followed the militia movement. This discussion is based on the following: Mike Tharp, "The Rise of the Citizen Militias," *U.S. News & World Report*, Aug. 15, 1994, pp. 34-35; Mike Tharp, "Thunder on the Far Right," *U.S. News & World Report*, May 1, 1995, p. 36; Marc Cooper, "Montana's Mother of All Militias," *The Nation*, May 22, 1995, pp. 714-720; John M. Swormley, "Armed and Dangerous: The Threat of the 'Patriot Militias,'" *The Humanist*, Nov.-Dec., 1995, pp. 8-11.



to take over the United States. There is a whole mythology circulating about secret shipments of arms or isolated training camps for foreign troops that feed the paranoia these groups feel. Regulating firearms, in the minds of these people, is indeed the first step to gun confiscation which is necessary to the realization of the grand conspiracy they have conjured up. Obviously, these are the irrational beliefs of a radical fringe who could be ignored if they did not feed on and feed into a broad spectrum of other discontents playing out in the right wing of American politics.<sup>24</sup>

The use of the militia label by these paramilitary groups is an obvious attempt to wrap themselves in the patriot past and to give themselves a protective umbrella under the Second Amendment. Clearly, they do not have that level of legitimacy; they would not meet the requirement of a "well-regulated militia." The National Guard is now the official state militia unit, and any militia must be legally summoned and controlled by state officials. These militias would seem to fall under the 1886 *Presser* decision that allowed states to forbid "private armies." It is not likely, however, that any state is going to take such action against the militias in the current political climate. Rather, the new Republican Congress, both the House of Representatives and the Senate, held formal hearings during the summer of 1995 into the failures of the federal agencies at Ruby Ridge and Waco, but there have been no hearings into the activities of the militias. Critics further charge, in the aftermath of the Oklahoma City bombing, that the FBI has not kept watch over militant right wing groups with the same thoroughness it has shown left wing groups.

"A well-regulated militia being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed." The precise meaning of the Second Amendment remains obscure. Militias are gone, and the context in which the amendment operates has substantially changed. It seems clear that the amendment does not contain an absolute right to bear any and all arms without some regulation. States do have wide latitude to regulate firearms, but the national government has less flexibility, and its role still seems tied in vague ways to the militia. At some point, the Supreme Court will agree to rule on a case that will clarify some of the ambiguities, but assuredly other uncertainties will remain. Given the various social discontents in American politics, arguments over guns will continue. There may be some additional regulations and controls placed on firearms, but there seems to be no chance that guns will be eliminated from American society. Neither politics nor the Second Amendment will allow that to happen in the foreseeable future.

---

<sup>24</sup>Paranoia is not unusual in American politics. See the classic study by Richard Hofstadter, *The Paranoid Style in American Politics*, (1965).

Summary:

**GUNS AND MILITIAS: SOME THOUGHTS ON THE SECOND  
AMENDMENT TO THE U.S. CONSTITUTION**

The article examines the context of the current debate over gun control in the United States by looking at the origins of the Second Amendment and the role of militias in American history, then the important court decisions relating to the Second Amendment as well as the current efforts at gun control.

The Second Amendment grew out of the colonial and revolutionary experiences of eighteenth century Americans who had a strong fear of standing armies and believed only a citizen militia located in the states could maintain freedom in a republic. Militias served both states and the nation for much of the nineteenth century in both positive and some negative roles.

The Second Amendment proclaims that "a well-regulated militia being necessary to the security of the free State, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed." Whether this is an absolute right or a qualified right relating to maintaining a militia has not been fully clarified. There have been few Supreme Court cases on the Second Amendment, and they seem to indicate that the states have broad powers to regulate guns ownership, but the national government has less flexibility.

Since the early twentieth century, militias have been formally turned into the National Guard, and fears of a standing army have, since World War II, given way to maintaining the world's largest military establishment. Numerous state and national police forces now maintain internal security. Thus, in the current debate, has the context for bearing arms so changed as to allow more control of weapons? In the past two years, a five day waiting period for the purchase of handguns has been imposed, and certain kinds of assault weapons have been banned. While these matters are still before the courts, the "militias" have returned in the guise of right-wing paramilitary organizations. Claiming the militia label, they have joined with the National Rifle Association and other right-wing groups to oppose the intrusion of the national government into local affairs and to fight what they see as a conspiracy to erode individual rights.

*Key Words: Second Amendment, militias, gun control, Brady Bill.*

## Zusammenfassung

### **GEWEHRE UND BÜRGERHEER: ÜBERLEGUNGEN ZUM ZWEITEN AMENDEMENT DER VERFASSUNG DES USA**

Im Artikel wird der Kontext für die gegenwärtige Diskussion über die Waffenkontrolle in den Vereinigten Staaten von Amerika betrachtet indem die Herkunft des Zweiten Amendements untersucht wird sowie die Rolle der Miliz in der amerikanischen Geschichte und außerdem wichtige Gerichtsentscheidungen, die sich auf das Zweite Amendement beziehen, sowie die gegenwärtigen Bemühungen hinsichtlich der Kontrolle der Aufrüstung.

Das Zweite Amendement erwuchs aus den kolonialen und revolutionären Erfahrungen der Amerikaner des achtzehnten Jahrhunderts, die sich mächtig vor einem stehenden Heer fürchteten und glaubten, nur ein Bürgerheer in den einzelnen Staaten könne die Freiheit der Republik erhalten. Diese Milizen dienten im größten Teil des neunzehnten Jahrhunderts sowohl den einzelnen Staaten als auch dem Bund sowohl in positiven als auch in einigen negativen Rollen.

Das Zweite Amendement schreibt vor, daß „da eine gut organisierte Miliz für die Sicherung der Freiheit des Staates notwendig ist, das Recht des Volkes Waffen zu besitzen und zu tragen nicht beschnitten werden darf“. Es ist nicht völlig geklärt, ob es sich um ein absolutes oder nur qualifiziertes Recht handelt, das an die Aufrechterhaltung der Milizen gebunden ist. Es gibt wenige Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die mit dem Zweiten Amendement zu tun haben, doch diese, so scheint es, weisen darauf hin, daß die Bundesstaaten eine breite Befugnis haben, den Waffenbesitz zu regeln, während die Bundesregierung weniger Flexibilität besitzt.

Seit den Anfängen des zwanzigsten Jahrhunderts werden die Milizen formal in die Nationalgarde umgewandelt, und die Angst vor einem ständigen Heer hat seit dem Zweiten Weltkrieg der Erhaltung des größten Militärgefüges der Welt Raum gemacht. Für die innere Sicherheit sorgen jetzt zahlreiche Polizeikräfte der Bundesstaaten und der Föderation. Deshalb wird gegenwärtig darüber diskutiert, ob sich der Kontext des Waffentragens so sehr verändert hat, daß man eine größere Kontrolle der Waffen zulassen sollte. In den letzten zwei Jahren wurde eine fünftägige Wartefrist für den privaten Waffenkauf eingeführt und bestimmte Arten von Angriffswaffen wurden verboten. Während diese Fragen noch immer vor den Gerichten verhandelt werden, kehren die „Milizen“ unter der Maske rechter paramilitärischer Organisationen zurück. Indem sie sich als Milizen begreifen, verbinden sie sich mit dem Nationalverband für Waffen und andere rechte Gruppen, um sich der Einmischung der Bundesregierung in lokale Fragen entgegenzustellen und gegen etwas zu kämpfen, was sie als eine Verschwörung betrachten, die sich gegen die Menschenrechte richtet.

*Stichworte: Zweites Amendement, Miliz, Kontrolle der Aufrüstung, Bradies Gesetzesvorlage.*

## POLITIKA FORMIRANJA OPTIMALNE STRUKTURE PLASMANA HRVATSKIH BANAKA

Dr. sc. Antun Jurman, redovni profesor  
Ekonomski fakultet u Rijeci

UDK: 336.7(497.5)  
UR: 10. travnja 1996.  
Izvorni znanstveni članak

*Analiza financijskog položaja hrvatskih banaka ukazuje da su one prikupljene depozite i pribavljena sredstva u domaćoj i stranim valutama, od fizičkih i pravnih osoba u zemlji i iz inozemstva, ulagale u kreditne i nekreditne plasmane koji donose minimalan ili nikakav realan prinos, ne mogu se unovčiti i čija je naplata vrlo neizvjesna. Pretežiti dio aktive mnogih, pogotovo većih banaka, zapravo je nenaplativ, što ima za posljedicu nesolventnost i nelikvidnost, kao i poslovanje s realnim gubitkom. Sanacija, restrukturiranje i privatizacija su prijeko potrebni koraci koje treba poduzeti u većim hrvatskim bankama. Kako se u budućnosti ne bi ponovila sadašnja situacija, prilikom donošenja odluka o ulaganju sredstava banke trebaju voditi računa o načelima sigurnosti, likvidnosti, profitabilnosti, multiplikativnim učincima ulaganja i intenziviranju poslovnih odnosa banaka i njihovih klijenata. Ta načela su na određen način i kriteriji u formiranju optimalne strukture plasmana hrvatskih banaka.*

*Ključne riječi: banka, plasmani, optimalnost.*

### I. Uvod

Banke su financijske organizacije koje prikupljaju depozite i pribavljaju kreditna sredstva kako bi ih zajedno s vlastitim kapitalom, po odbitku potrebnih rezervi likvidnosti - propisanih i iskustvenih, uložile u kreditne i nekreditne plasmane. Na uložena sredstva banke ostvaruju prihode čija visina treba pokriti troškove i alimentirati vlasnicima banke - dioničarima primjerenu dividendu. Dividenda ne bi smjela biti manja od kamatne stope na odgovarajuću vrstu depozita.

Cjelokupan proces mobilizacije tuđih sredstava, njihova ulaganja u kreditne i nekreditne plasmane, naplata i plaćanje kamate, naplata uložениh sredstava i njihov povrat vlasnicima mora se nesmetano odvijati, jer bilo kakav poremećaj može izazvati nepovjerenje vlasnika sredstava, povlačenje depozita i negativne efekte koje takvo povlačenje može izazvati.

Svrha je ovog rada ukazati na probleme hrvatskih banaka i propuste koje su one učinile upravo u plasiranju sredstava, predložiti kriterije kojih se treba držati prilikom ulaganja sredstava i dati preporuke bankama u kojem pravcu trebaju mijenjati politiku plasiranja sredstava kako bi postale sigurne, stabilne i profitabilne financijske organizacije.

## 2. Analiza postojeće situacije u hrvatskim bankama

Na području Republike Hrvatske djeluju 52 banke, čiji je financijski potencijal krajem 1994. godine prešao razinu od 60 milijardi kuna<sup>1</sup>. U tablici 1. prikazana je struktura aktive i pasive bilance banaka za 1993. i 1994. godinu kako bi se uočile promjene koje se u bankarstvu Hrvatske događaju.

Tablica 1. - Struktura bilance poslovnih banaka Hrvatske na dan 31. prosinca 1993. i 1994. godine

OPIS	1993.	1994.
	(u%)	
<b>AKTIVA</b>		
1. Rezerve banaka kod centralne banke	1,8	3,6
2. Inozemna aktiva	17,1	15,9
3. Potraživanja od države		
3.1. Obveznice za blokiranu štednju građana	29,5	20,0
3.2. Velike obveznice	7,2	8,7
3.3. Ostala potraživanja	2,2	2,5
4. Potraživanja od ostalih domaćih sektora		
4.1. Potraživanja od lokalne države	0,0	0,2
4.2. Potraživanja od poduzeća	38,4	43,1
4.3. Potraživanja od stanovništva	3,8	5,8
5. Potraživanja od ostalih bankarskih institucija	0,0	0,1
6. Potraživanja od ostalih financijskih institucija	0,0	0,1
<b>UKUPNA AKTIVA</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>
<b>PASIVA</b>		
1. Depozitni novac	3,5	6,9
2. Štedni i oročeni depoziti	2,9	3,3
3. Devizni depoziti	11,3	16,0
4. Obveznice	0,8	1,8
5. Inozemna pasiva	24,4	23,3
6. Depoziti države	2,1	1,5
7. Krediti primljeni od centralne banke	0,5	0,4
8. Ograničeni depoziti	0,2	0,3
9. Blokirani devizni depoziti građana	27,6	20,1
10. Kapital i rezerve	23,4	24,8
11. Ostala pasiva	3,3	1,6
<b>UKUPNA PASIVA</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>

Izvor: Strukturu je izračunao autor prema podacima iz Godišnjeg izvješća Narodne banke Hrvatske za 1994. godinu, Zagreb, 1995., str. 97.

<sup>1</sup>Prema Godišnjem izvješću Narodne banke Hrvatske za 1994. godinu, Zagreb, 1995., str. 47.

Analizirajući strukturu financijskog potencijala hrvatskih banaka krajem 1994. u odnosu na 1993. godinu može se zapaziti:

1. Udio depozitnog novca povećan je s 3,5 na 6,9%, udio štednih i oročenih depozita u kunama sa 2,9 na 3,3%, a udio deviznih depozita fizičkih i pravnih osoba sa 11,3 na 16%. Te promjene mogu se ocijeniti pozitivnim i posljedica su, najvećim dijelom, sve većeg povjerenja građana u bankarski sustav Hrvatske, ali i sve značajnijeg deviznog poslovanja pravnih osoba kao rezultata uvoza i izvoza robe i usluga.

2. Udio inozemne pasive u ukupnim izvorima smanjen je s 24,4% u 1993. na 23,3% u 1994. godini. Smanjenje je neznatno, ali treba naglasiti, da se preko plovice tih obveza i dalje odnosi na neriješene obveze prema bivšoj SFRJ.

3. Udjel obveza banaka prema građanima po deviznim depozitima pretvorenim u javni dug<sup>2</sup> smanjen je s 27,6% krajem 1993. na 20,1% u 1994. godini kao posljedica nastojanja banaka da građanima postupno isplaćuju blokirane devizne depozite radi plaćanja troškova liječenja, rješavanja socijalnih slučajeva ili kao rezultat posebnih aranžmana s vlasnicima tih sredstava.

4. Udio temeljnog kapitala i svih oblika rezervi banaka neznatno je povećan i dostiže krajem 1994. godine razinu od 24,8% u ukupnim izvorima.

5. Udjeli depozita države (1,5%), kredita primljenih od centralne banke (0,4%), ograničenih depozita (0,3%), kao i ostale pasive (1,6%) u ukupnim izvorima nisu značajni i u prosjeku su također smanjeni prema 1993. godini. Takvo kretanje posljedica je, najvećim dijelom, napuštanja politike selektivnog kreditiranja, koja je pred pet i više godina bila jedna od glavnih aktivnosti centralne banke.

Analizirajući strukturu aktive bilance poslovnih banaka krajem 1994. u odnosu na 1993. godinu može se uočiti:

1. Udio rezervi banaka kod centralne banke povećan je s 1,8% na 3,6%. Ovdje treba dodati da je i u 1995. godini Narodna banka Hrvatske kontinuirano povećavala stopu obvezne rezerve i stopu upisa obveznih blagajničkih zapisa<sup>3</sup>, tako da poslovne banke imaju po toj osnovi imobilizirano gotovo 40% depozita u kunama. To im uzrokuje probleme u održavanju likvidnosti i povećava kamatnu stopu na date kredite, koja je ionako dva do tri puta viša od kamatne stope u inozemnim bankama.

2. Udio inozemne aktive smanjen je s 17,1% u 1993. na 15,9% krajem 1994. godine. Približno jedna četvrtina odnosi se na potraživanja od bivše SFRJ.

3. Udio potraživanja po javnom dugu Republike Hrvatske za blokiranu deviznu štednju smanjen je s 29,5% u 1993. na 20,0% krajem 1994. godine, budući da je i ukupno potraživanje banaka po toj osnovi smanjeno s približno 4 na nešto preko 3 milijarde DEM. To smanjenje posljedica je politike banaka koje su tijekom 1994. godine prodavale svoja potraživanja po javnom dugu kupcima i to na kredit ili za gotovinu uz diskont, a oni su tim potraživanjima kupovali uglavnom dionice poduzeća i neznatno stanove. Jednim dijelom takvih

<sup>2</sup>Prema Zakonu o pretvaranju deviznih depozita građana u javni dug Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 106/93.

<sup>3</sup>Usporedi: - Odluka o obveznoj rezervi banaka i štedionica, Narodne novine, broj 85/94., 31/95. i 35/95.

- Odluka o obveznom upisu blagajničkih zapisa Narodne banke Hrvatske, Narodne novine, broj 35/95., 40/95., 47/95., 56/95., 64/95., 79/95., 91/95., i 2/96.

potraživanja banke su i same kupovale dionice poduzeća, koje su onda preprodale ili zadržale u svojem vlasničkom portfelju.

4. Udio potraživanja po velikim obveznicama<sup>4</sup> u ukupnoj aktivi povećan je s 7,2% u 1993. na 8,7% krajem 1994. godine. Apsolutno i relativno povećanje iznosa u bilancama banaka posljedica je revalorizacije nominalne vrijednosti tih obveznica stopama rasta cijena industrijskih proizvoda. Potrebno je istaknuti da je tijekom 1991. godine Republika Hrvatska izdala obveznice u visini 1 milijarde USD i dala ih javnim poduzećima, izvozno orijentiranim poduzećima, ali i nekim drugim. Poduzeća su tim obveznicama podmirila dospjele i nedospjele obveze prema bankama. Budući da su to obveznice koje se amortiziraju tijekom 20 godina, što znači da godišnje dopijeva na naplatu 5% od nominalne vrijednosti, ali se zato ne obračunava nikakva kamata, može se kazati, da je to bio dobar posao za one banke koje se primile takve obveznice u zamjenu za stvarno nenaplativa potraživanja. Međutim, banke koje su takvim obveznicama naplatile potraživanja od turističkih i trgovačkih poduzeća, kao i drugih poduzeća koja su imala imovinu, kvalitetne inozemne vrijednosne papire i sl., supstituirale su potraživanja s prinosom od 20 do 25% kamate godišnje u vrijednosne papire bez ikakve kamate.

Sasvim je logično da su neke banke nakon takvih poteza počele poslovati s gubitkom i danas imaju velike probleme u održavanju likvidnosti.

5. Udjel potraživanja od poduzeća u ukupnoj aktivi banaka povećan je s 38,4% u 1993. na 43,1% krajem 1994. godine. Na prvi pogled moglo bi se reći da je dobro što se potraživanja od poduzeća povećavaju apsolutno i relativno u bilancama banaka. Međutim, detaljnijom analizom kreditnih portfelja hrvatskih banaka može se zapaziti da je apsolutni rast razine tih potraživanja, najznačajnijim dijelom, rezultat pripisane nenaplaćene kamate. Isto tako krediti u hrvatskim bankama neravnomjerno su raspoređeni, tako da je manji broj velikih poduzeća iz brodogradnje, turizma, poljoprivrede, metalnog kompleksa i energetike praktički apsorbirao sav potencijal banaka. Mala i srednja poduzeća zapravo nemaju nikakve kreditne podrške hrvatskih banaka, ni u financiranju razvoja, ni u praćenju tekućeg poslovanja. Koncentracija kredita prema malom broju velikih poduzeća, najčešće problematičnog poslovanja, znači ujedno koncentraciju rizika, gubitaka i naposljetku nelikvidnost hrvatskih banaka.

6. Udio potraživanja od stanovništva u ukupnoj aktivi banaka povećan je s 3,8% u 1993. na 5,8% krajem 1994. godine. činjenica da je stanje datih kredita stanovništvu povećano za 77% u 1994. godini<sup>5</sup> ne znači da su banke otvorile svoju kreditnu ponudu prema građanima i da im odobravaju potrošačke kredite, kredite za stambenu izgradnju, za unapređenje gospodarske djelatnosti i sl. Taj rast kredita uglavnom je proizašao na temelju datih kredita za kupnju dionica poduzeća manjem broju građana. To su krediti s rokom vraćanja uglavnom do 5 godina, uz valutnu klauzulu i uz kamatu od 6 do 9% godišnje, najčešće u visini od nekoliko stotina tisuća pa do nekoliko milijuna DEM. Kreditnu sposobnost zajmotražilaca svaka je banka ocijenila na svoj način, pribavila one instrumente osiguranja povrata kredita kakve je već mogla pribaviti i obavlja naplatu takvih

<sup>4</sup>Prema Zakonu o izdavanju obveznica za restrukturiranje gospodarstva u Republici Hrvatskoj, Narodne novine, Broj 27/91.

<sup>5</sup>Izračunato iz podataka u Izvještaju Narodne banke Hrvatske za 1994. godinu, Zagreb, 1995., str. 97.

kredita gotovinom, obveznicama po blokiranoj deviznoj štednji i na druge načine, najčešće u skladu s financijskim rezultatima poduzeća čije dionice je zajmotražilac kupio kreditom banke.

Inače običan građanin može u većini hrvatskih banaka, od svih mogućih vrsta kredita, dobiti jedino pravo "ulaska u minus" po tekućem kreditu. Svaka druga kreditna aktivnost banaka prema građanima prava je rijetkost, odnosno iznimka.

7. Preostala potraživanja banaka, a to su potraživanja od raznih financijskih institucija, države, lokalne samouprave itd., čine vrlo mali udjel ukupne aktive.

U Tablici 2 prikazane su aktiva i pasiva kreditne bilance banaka grupirane prema ročnosti, budući da nesklad ročne strukture izvora i plasmana može prouzročiti probleme u održavanju likvidnosti.

*Tablica 2 - Ročna struktura aktive i pasive hrvatskih banaka  
krajem 1994. godine*

(u %)

AKTIVA	
- Novčana sredstva u kunama i devizama, depoziti kod središnje banke	6,1
- Sredstva u obračunu, plaćeni predujmovi poreza i sl.	3,3
- Kratkoročni krediti, vrijednosni papiri i ostala kratkoročna potraživanja	25,9
Ukupna kratkoročna ulaganja	35,3
- Ulaganja u dionice i vlasničke uloge	9,1
- Materijalna i nematerijalna ulaganja banaka	3,6
- Dugoročni krediti, vrijednosni papiri i ostala dugoročna potraživanja	52,0
Ukupna dugoročna ulaganja	64,7
<b>UKUPNA AKTIVA</b>	<b>100,0</b>
PASIVA	
- Obveze s osnova kamate i provizija	5,0
- Kratkoročni depoziti i pribavljeni kratkoročni krediti	37,6
Ukupni kratkoročni izvori	42,6
Ukupni dugoročni izvori (depoziti, pribavljeni krediti, temeljni kapital i svi oblici rezervi)	57,4
<b>UKUPNA PASIVA</b>	<b>100,0</b>

Izvor: Struktura je izračunata prema podacima iz Izvještaja Narodne banke Hrvatske za 1994. godinu, Zagreb, 1995., str. 47., 48. i 49.

Podaci u tablici 2 ukazuju na ročnu neusklađenost aktive i pasive. Hrvatske banke imaju krajem 1994. godine 7,3% kratkoročnih izvora usmjerenih u dugoročna ulaganja, ne računajući pri tome, da je i značajan dio kratkoročnih kredita radi nemogućnosti naplate, zapravo, dugoročno uložen.

Analizirajući ukupnu pasivu i aktivu hrvatskih banaka može se zaključiti:



1. Pasiva sadrži obveze po depozitima i primljenim kreditima od domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba. Te su obveze jasno definirane i ne mogu se ni na koji način dovesti u pitanje.

2. Temeljni kapital banaka i razni oblici rezervi imaju relativno visok udjel, približno četvrtinu izvora, i značajan dio alimentiran je ranijih godina iz obračunskih, a ne stvarnih prihoda banaka.

3. Velik udio, približno 40%, čine potraživanja od države, po javnom dugu za blokiranu deviznu štednju i velikim obveznicama, što bankama ne donosi prihod. Isto tako ta potraživanja imaju nizak stupanj likvidnosti.

4. Ulaganja u dionice i vlasničke uloge, približno 9,1%, nastala su najčešće pretvaranjem potraživanja banaka u vlasničke uloge. Ta ulaganja u većini slučajeva ne donose prihod i teško se mogu pretvoriti u likvidna sredstva po primjerenoj cijeni.

5. Kreditna potraživanja od poduzeća i stanovništva koncentrirana su na manji broj subjekata. Ona su značajnim dijelom vrlo rizična, donose bankama obračunske prihode, a samo manjim dijelom banke uredno naplaćuju kamatu i dospjele otplate. Ozbiljnija kvalifikacija tih potraživanja prema rizičnosti u skupine od A do E<sup>6</sup> zasigurno bi utvrdila da je stvarna vrijednost tih potraživanja znatno manja od vrijednosti iskazane u poslovnim knjigama banaka.

6. Značajan dio novčanih sredstava u kunama i u devizama imobiliziran je temeljem propisa središnje banke (obvezna rezerva, obvezni blagajnički zapisi Narodne banke Hrvatske, obvezno deponiranje dijela "nove" devizne štednje kod inobanaka<sup>7</sup> uz vrlo niske kamatne stope.

Sve ovo ukazuje da je preko tri četvrtine, a u nekim bankama i preko 80% aktive, nedovoljno mobilno, što uzrokuje probleme u održavanju likvidnosti. Isto tako jedan dio takve aktive donosi bankama mali, a drugi dio nikakav stvarni prihod. Na preostali dio aktive, koji je u mnogim bankama manji od dvadesetak posto, obračunata kamata po iznimno visokim stopama, 20 do 30% godišnje, ne može donijeti toliko prihoda da bi se pokrili svi troškovi poslovanja i potencijalni gubici po lošim plasmanima.

Uzroci su ovakve situacije u hrvatskim bankama različiti. Prvo, ratna situacija, gubitak nekadašnjih tržišta istočnih zemalja i tržište bivše Jugoslavije djelovao je na smanjenje poslovanja hrvatskih poduzeća i njihovu mogućnost urednog podmirivanja obveza prema bankama. To su zaista objektivne okolnosti. Drugo, u bankama koje su pretežito u državnom vlasništvu zadržana je filozofija rada iz doba kada su banke bile "asocijacije", odnosno "servis" udruženog rada. Zašto su neke banke zamijenile kreditna potraživanja za velike obveznice, i to od poduzeća s vrijednom imovinom? Zašto su banke financirale izgradnju mnogih objekata, a nisu upisale hipoteku na te objekte? Zašto su banke financirale mnoge poslove, a nisu osigurale cesiju priljeva po tim poslovima za otplatu datih kredita? Zašto su banke odobravale kredite bez kvalitetnih instrumenata osiguranja naplate? Zašto banke realno ne ocjenjuju kreditnu sposobnost zajmotražilaca, u prvom redu visinu datih kredita i budućih otplata prema stvarnim novčanim primicima zajmotražilaca, bez obzira je li riječ o

<sup>6</sup>Prema Odluci o načinu raspoređivanja rizične aktive i odgovarajućih izvanbilančnih stavki banaka i štedionica, Narodne novine, broj 107/93. i 15/94.

<sup>7</sup>Prema Odluci o obvezi ovlaštenih banaka da drže određeni iznos u devizama u inozemstvu radi održavanja opće likvidnosti, Narodne novine, broj 109/95.

višemilijunskim ili običnim potrošačkim kreditima? Očito je da mnoge hrvatske banke nisu svoj posao obavljale na stručan način i da s tuđim sredstvima nisu gospodarile na primjeren način.

Iz tih razloga potrebno je promijeniti poslovnu politiku hrvatskih banaka, prvenstveno u segmentu ulaganja prikupljenih i pribavljenih sredstava.

### **3. Kriteriji optimalnosti ulaganja u sredstva banaka**

Standardni, odnosno uobičajeni kriteriji koji se moraju respektirati prilikom ulaganja novčanih sredstava jesu sigurnost, profitabilnost i likvidnost<sup>8</sup>. Međutim, njima treba pridodati i neke druge koji ukazuju na uspostavljanje čvršćih poslovnih odnosa između banke i njezinih klijenata, kao i na multiplikativne učinke uloženi sredstava.

#### **3.1. Kriterij sigurnosti**

Budući da ulaganja sredstava banaka mogu imati različite namjene, pojam "sigurnost" treba protumačiti u skladu s vrstama ulaganja.

Sredstva u domaćoj ili u stranim valutama koje banke drže kod drugih banaka smatraju se apsolutno sigurnim jer su ona dostupna u skladu s ugovorom o depozitu ili kreditu. Iznimno rijetko događa se da banka primalac ne vrati sredstva drugoj banci u skladu s ugovorom. Takva bi banka izgubila poslovni ugled u zemlji i u inozemstvu.

Sredstvima koje poslovne banke drže kod središnje banke može se disponirati u skladu s propisima i takve vrste ulaganja smatraju se isto tako apsolutno sigurnim.

Ulaganja u kreditne vrijednosne papire, primjerice obveznice, komercijalne zapise, blagajničke zapise i sl., smatraju se sigurnim ukoliko izdavatelj tih papira isplaćuje glavnice i obračunatu kamatu u ugovorenim rokovima. Ulaganja u vlasničke vrijednosne papire, kao što su razne vrste dionica, smatraju se sigurnim ukoliko ne postoji opasnost da će poduzeće izdavatelj tih dionica otići u stečaj ili naposljetku u likvidaciju. Budući da vrijeme otplate nekih vrijednosnih papira može biti 5, 10, pa i više godina, kada mogu nastupiti različiti rizici, uobičajeno je vrijednosne papire svrstavati u bonitetne skupine. Takvo razvrstavanje<sup>9</sup> može biti vlasniku kapitala jedan od indikatora prilikom donošenja odluke o kupnji određenih vrijednosnih papira.

Ulaganja u kreditne plasmane smatraju se sigurnim ukoliko dužnik uredno otplaćuje glavnice i plaća kamatu na primljen kredit. Međutim, za kreditne

<sup>8</sup>Usporedi: Süchting, J.: Bankmanagement, 3. Auflage, Stuttgart Schäffer-Poeschel Verlag, 1992.

<sup>9</sup>U svijetu postoje institucije koje se bave rangiranjem obveznica. Najpoznatije su Standard&Poor's Corporation (New York), Moody's Investors Service (New York), Keefe, Bruyette&Wood's Inc., International Banking Credit Analysis Ltd. (London). Jedno je od mogućih rangiranja kvalitete: najviši kvalitet (najmanji rizik neplaćanja), visok kvalitet, iznad srednjeg kvaliteta, srednji kvalitet, ispod srednjeg kvaliteta, špekulativne, povećana špekulativnost, i najniži rang kvalitete. (Usporedi: Bestmann, U.: Börsen und Effekten von A-Z, Die Fachsprache der klassischen und modernen Finanzmärkte, Verlag: C.H. Beck, München, 1991.).

plasmane, ali i ulaganja u vrijednosne papire, kriterij sigurnosti potrebno je proširiti u smislu da u uvjetima inflacije otplate trebaju sadržavati realnu, a ne obezvrijeđenu vrijednost uložених sredstava.

Prilikom donošenja odluke o ulaganju sredstava u kupnju vrijednosnih papira i odluke o odobravanju kredita dva su ključna elementa. Prvi je ocjena boniteta i kreditne sposobnosti izdavatelja vrijednosnog papira, odnosno zajmotražitelja, a drugi je vrsta i kvalitet instrumenata osiguranja naplate uložених sredstava.

Za ocjenu boniteta i kreditne sposobnosti zajmotražitelja razrađeno je u svijetu, a i u našim bankama, niz različitih metoda<sup>10</sup>, kao primjerice metoda "5 c", metoda komparativne analize, zatim metode analize trenda, racio-analize, analize novčanih tijekova itd. Cilj je bilo koje od navedenih metoda procjena poslovanja zajmotražitelja u budućnosti i ocjena mogućnosti otplate glavnice i plaćanje kamate na posuđena sredstva iz realnih priljeva sredstava.

Budući da je rizik teško predvidjeti, pogotovo u dužim vremenskim razdobljima, za osiguranje naplate potrebno je imati i kvalitetne instrumente. Mjenice, čekovi, akceptni nalozi, garancije itd. imaju svoje prednosti i nedostatke. Međutim, cesija budućih priljeva sredstava na banku i hipoteka na imovinu koja ima dobru tržišnu vrijednost, uz izjavu dužnika da se bez pokretanja posebnog sudskog postupka za utvrđivanje potraživanja može aktivirati hipoteka, pokazuju se u sadašnje vrijeme najsigurnijim instrumentima osiguranja povrata kredita.

Ovdje treba posebno naglasiti da navedene instrumente osiguranja povrata kredita banke trebaju dobiti u trenutku odobravanja kredita, a ne ih tražiti tek onda dužnik postane neuredan u otplati. Sudski postupci naplate su osobito spori i neizvjesni, poslovni moral dužnika na niskoj razini, vjerovnici pravno nezaštićeni i svi propusti prilikom ocjene kreditne sposobnosti i pribavljanja kvalitetnih instrumenata osiguranja naplate najčešće znače gubitak potraživanja. Da bi se smanjili potencijalni rizici, odnosno gubici, banke trebaju svoja ulaganja disperzirati po namjenama, područjima, djelatnostima i na što veći broj fizičkih i pravnih osoba. Jednako tako ulaganja banaka u vrijednosne papire i kreditne plasmane, treba diversificirati po vrstama, rokovima, izdavateljima, kamatnim stopama, riziku itd.

### 3.2. Kriterij profitabilnosti

Prikupljena i pribavljena sredstva banke ulažu u kreditne i nekreditne plasmane s ciljem ostvarivanja prinosa na takva ulaganja. Banke će nastojati što manje sredstava držati na žiro računu i u blagajnama jer ta sredstva nisu ukamaćena, odnosno, devizna sredstva na računima kod domaćih i inozemnih banaka, jer na takva ulaganja dobivaju minimalnu kamatu.

Na date kredite banke obračunavaju i naplaćuju kamatu po kamatnim stopama utvrđenim njihovim odlukama. Tako primjerice početkom 1995. godine kamatne stope na kredite u domaćoj valuti kreću se između 24 i 25% godišnje, na kredite u stranim valutama od 8 do 15%, zavisno od vrste valute, a na

<sup>10</sup>Usporedi: - Van Horne, J. C.: Financijsko upravljanje i politika, Mate d.o.o., Zagreb, 1993.

- Garber, P. M. & Weisbrod, S.R.: The Economics of Banking, Liquidity and Money, D. C. Heath and Co., Lexington, 1992.

- Stein, J. H.: Organisationstheoretische Grundlagen für die Bankorganisation, Handbuch Bankorganisation, Weisbaden: Gabler, 1991.

kredite u kunama, ali uz valutnu klauzulu od 6 do 15% godišnje<sup>11</sup>. Troškovima kamate mnoge banke pridodaju i razne vrste naknada, kao primjerice troškove obrade kreditnog zahtjeva, naknadu za evidentiranje plasmana i sl., što sve poskupljuje cijenu datih kredita.

Kreditni vrijednosni papiri isto tako donose imateljima kamatu, ali se na poslovima njihove kupoprodaje može ostvariti i kapitalni dobitak ili gubitak, kao razlika cijena po kojoj je vrijednosni papir kupljen a zatim prodan.

Vlasnička ulaganja banaka trebala bi donositi prihod koji ne bi smio biti manji od troškova prikupljenih depozita, a trebalo bi težiti da ta stopa prinosa bude barem približno jednaka prinosa na ulaganja u zajmove i kreditne vrijednosne papire.

Svaka banka treba usmjeravati sredstva u ulaganja koja donose maksimalne prihode vodeći pritom računa o disperziji rizika.

### **3.3. Kriterij likvidnosti**

Likvidnost nekog potraživanja treba shvatiti kao sposobnost da se potraživanje unovči uz minimalne troškove i bez gubitka.

Promatrajući potraživanja banaka može se kazati da najviši stupanj likvidnosti imaju sredstva na žiro računu i u blagajnama, potom su sredstva u stranim valuta, koja se na međubankarskom tržištu ili kod središnje banke mogu pretvoriti u kune, a tek iza toga dolaze ulaganja u vrijednosne papire i zajmove. U Republici Hrvatskoj trguje se vrlo malo vrijednosnim papirima i obično su tržišne vrijednosti takvih potraživanja dosta niske. Sadašnja ili tržišna vrijednost vrijednosnog papira zavisi od nekoliko činitelja, kao primjerice:<sup>12</sup> rizika ulaganja, roka amortizacije, prinosa koji papir donosi, pogodnosti i prava koje vrijednosni papir daje imatelju (poreske olakšice, pravo upravljanja, mogućnost dobivanja lombardnog kredita i sl.), tržišne kamatne stope itd.

S gledišta likvidnosti bankama se, za sada, može preporučiti ulaganje u kratkoročne vrijednosne papire, prvenstveno blagajničke zapise Narodne banke Hrvatske i mjenice koje izdaje Ministarstvo financija.

U Hrvatskoj nije razvijeno tržište dugova tako da date kredite zapravo i nije moguće prodavati, odnosno unovčavati. Kreditna potraživanja moguće je prijevremeno naplatiti od dužnika jedino uz značajan diskont<sup>13</sup>. Sve druge transakcije takve naravi u hrvatskim bankama su prava iznimka.

Prihvaćajući činjenicu da se u Hrvatskoj ulaganja u vrijednosne papire teško mogu unovčiti, a dati krediti još teže prodati ili naplatiti prije roka dospijea, potrebno je ukazati bankama da s gledišta likvidnosti trebaju ulagati novčana sredstva u takve vrste plasmana i na takve rokove koji su maksimalno usklađeni s rokovima dospijea prikupljenih i pribavljenih sredstava. To ne znači samo

<sup>11</sup>Usporedi: Računovodstvo, revizija i financije, broj 1, Zagreb 1996., str. 270.

<sup>12</sup>Detaljnije o tome u: Jurman, A.: *Politika formiranja optimalne strukture portfelja vrijednosnih papira hrvatskih banaka*, Zbornik radova Ekonomskog fakulteta Rijeka, broj 12/2, Rijeka, 1994.

<sup>13</sup>U mnogim hrvatskim bankama odobravani su krediti za kupnju dionica poduzeća s rokom vraćanja do 5 godina i kamatu od 6 do 9% godišnje. Neki dužnici su prijevremeno vraćali takve kredite uz diskonte koji su bili približno jednaki tržišnim kamatnim stopama, što znači od 20 do 30%.

formalno usklađivanje izvora i plasmana s gledišta ročnosti<sup>14</sup>, već stvarno respektiranje rokova u kojima banke moraju izvršavati obveze po primljenim kreditima i prikupljenim depozitima.

Kriterij likvidnosti zahtijeva i usklađivanje deviznih potraživanja s deviznim obvezama, pogotovo u inflatornim uvjetima, ako se na ulaganja banaka ne primjenjuje valutna klauzula. Ukoliko bi se primljeni devizni depoziti pretvorili u domaću valutu i uložili u kreditne i nekreditne plasmane čiju bi realnu vrijednost inflacija obezvrijedila, onda se ne bi čak, niti urednom naplatom dospjelih kredita ostvarilo dovoljno sredstava kojima bi se mogli vratiti prvobitno uzeti devizni depoziti.

### **3.4. Multiplikacije depozita i kredita**

Svaka banka mora novčana sredstva ulagati u kreditne i nekreditne plasmane kod komitenata koji depozite drže kod nje i koji obavljaju poslovanje maksimalno s komitentima čiji se računi uključuju u depozitni sustav te banke. Takva poslovna politika imat će za posljedicu da se s određenim inicijalnim depozitom maksimalno kreiraju dodatni depoziti i dodatni krediti, da se čuva ukupna likvidnost banke, kao i da se postigne maksimalna profitabilnost poslovanja, jer su aktivne kamate na dodatne kredite višestruko veće od kamatnih stopa na dodatne depozite.

Ovo načelo može biti ponekad suprotno načelu sigurnosti ulaganja, pa ih treba usklađivati. Tako kreditna ulaganja mogu biti rizična i izazvati gubitke, dok su, primjerice, ulaganja u vrijednosne papire središnje banke apsolutno sigurna, ali znače početak negativne multiplikacije kredita i depozita<sup>15</sup>.

### **3.5. Uspostavljanje i održavanje poslovnog odnosa između banke i klijenta**

Banka treba ulagati novčana sredstva u plasmane onim klijentima koji svoje cjelokupno poslovanje obavljaju putem nje. To znači klijentima koji depozite u domaćoj i stranim valutama drže kod svoje banke, putem nje obavljaju platni promet s inozemstvom, zaposleni radnici, ako je riječ o poduzeću, primaju plaću putem banke, koriste garancije, avale i razne usluge kod svoje banke. Na taj se način jača potencijal matične banke, potpunije iskorištava njezin kapacitet i povećava profitabilnost bančinog poslovanja.

Naravno, ukoliko su klijenti velika poduzeća ili je riječ o velikim investicijskim projektima, odnosno velikim poslovima, tada praćenje takvih poduzeća, bez obzira da li se radi o kreditima ili garancijama, treba biti konzorcijalno, kako bi se rizik i mogući gubici disperzirali na više banaka.

<sup>14</sup>Prema Odluci o usklađivanju strukture plasmana banaka sa strukturom izvora sredstava po ročnosti, Narodne novine, broj 53/91. banke su obvezne najmanje 83% od kratkoročnih izvora koristiti za kratkoročne plasmane s rokom vraćanja do jedne godine.

<sup>15</sup>Detaljnije o tome u: Jurman, A.: Poslovna politika bank v vlogi multiplikacije kreditov in depozitov, Bančni vestnik, broj 12, Ljubljana, 1992.

#### 4. Preporuke hrvatskim bankama

Analizirajući situaciju u hrvatskim bankama i sagledavajući obilježja temeljnih načela o kojima treba voditi računa u politici ulaganja novčanih sredstava banaka, može se kazati:

- da ulaganja, u pravilu, ne bi smjela biti na duže rokove od rokova dospijeca prikupljenih depozita i pribavljenih kredita;
- da se ne preporuča ročna transformacija sredstava po viđenju u dugoročna ulaganja, već samo u kratkoročna, što znači s rokom povrata do jedne godine, cijeneći sva obilježja sredstava po viđenju<sup>16</sup> i sva obilježja kratkoročnih kredita<sup>17</sup>;
- da ulaganja ne bi smjela biti u slabijim valutama od valute pribavljenih izvora, odnosno da se uvijek naplati realna vrijednost uloženi sredstava;
- da ulaganjima treba prethoditi kvalitetna ocjena boniteta i kreditne sposobnosti zajmotražitelja, odnosno izdavatelja vrijednosnih papira;
- da ulaganja budu što je moguće više disperzirana mnoštvu manjih klijenata iz različitih područja i iz raznih djelatnosti;
- da ulaganja moraju biti maksimalno osigurana kvalitetnim instrumentima osiguranja naplate;
- da se prilikom ulaganja sredstava treba voditi računa o pozitivnim učincima multiplikacije depozita i kredita, kao i uspostavljanja kvalitetnog poslovnog odnosa banke i njezinih klijenata;
- da ulaganja budu usmjerena prvenstveno za praćenje procesa tekuće proizvodnje i razvoja kako bi se otvarala nova radna mjesta, povećala realizacija i financijski rezultati poduzeća, te dao poticaj razvoju gospodarstva i jačanju financijskog potencijala banaka, a ne u stjecanje vlasništva i slične neproduktivne investicije koje znače zadržavanje poslovanja poduzeća na istoj ili nižoj razini, odljev novčanih sredstava iz depozitnog sustava banaka, negativnu multiplikaciju i naposljetku smanjenje financijskog potencijala banaka;
- da ulaganja trebaju nositi maksimalne prinose u skladu s tržišnim uvjetima;
- da ulaganja budu što više u one vrste potraživanja koja se uz minimalne troškove i bez većih gubitaka mogu unovčiti;
- da banke trebaju formirati potrebne posebne rezerve za potencijalne identificirane i neidentificirane rizike na teret tekućih rashoda, kako bi se zaštitio temeljni kapital, odnosno sredstva dioničara.

Ove preporuke i načela mnogo je lakše primijeniti u manjim privatnim bankama. Velike hrvatske banke, pogotovo banke u pretežito državnom vlasništvu, potrebno je sanirati, restrukturirati, privatizirati, ali i radikalno promijeniti poslovnu politiku i filozofiju rada sukladno poslovnoj politici banaka u gospodarski razvijenim zemljama.

<sup>16</sup>Depoziti po viđenju pravnih osoba imaju značajne dnevne, a još više sezonske, oscilacije i nisu podobni za ulaganja na duža razdoblja. Potpuno drugačije obilježje imaju depoziti stanovništva. Oni u stabilnim uvjetima, u pravilu, trajno rastu bez obzira na velik broj dnevnih uplata i isplata. Jedina iznimka su sredstva na tekućim računima građana, kod kojih se mogu zapaziti oscilacije unutar jednog mjeseca, zavisno o datumima isplata plaća zaposlenim i isplata mirovina penzionerima.

<sup>17</sup>Kratkoročni plasmani hrvatskim poduzećima su samo formalno kratkoročni. Oni su zapravo dugoročni, budući da ih banke većinom obnavljaju i prolongiraju rokove povrata, a iznimno naplaćuju.

## 5. Zaključak

Banke kao financijske institucije prikupljaju depozite i pribavljaju kreditna i druga sredstva od domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba kako bi ih uložile u razne vrste kreditnih i nekreditnih plasmana radi ostvarivanja zarade, odnosno profita.

Dugi niz godina hrvatskim bankama upravljali su dužnici, tako da su banke umjesto pravih financijskih organizacija postale "servis udruženog rada". Filozofija da su banke "ničije" u smislu odgovornosti, odnosno "svačije" u smislu dobivanja kredita i nepodmirivanja obveza prema njima, uz neke objektivne razloge izazvane ratnom situacijom, dovela je do toga da je u prosjeku preko tri četvrtine aktive banaka nedovoljno mobilno, donosi slabe ili nikakve prinose i značajan dio toga zapravo je nenaplativ.

Restrukturiranje aktive hrvatskih banaka, privatizacija vlasništva, promjena načina upravljanja i promjena dosadašnje poslovne politike i filozofije rada bitni su preduvjeti ozdravljenja bankarstva.

Međutim, nezavisno od tog procesa nema niti jednog opravdanog razloga koji bi već sada sprečavao hrvatske banke da, prilikom donošenja odluka o ulaganju sredstava poštuju načela: sigurnost, likvidnost i profitabilnost ulaganja, kao i da po mogućnosti sva ulaganja znače intenzivnije povezivanje i stvaranje kvalitetnijih poslovnih odnosa između banaka i njihovih klijenata i maksimalne učinke multiplikacije kredita i depozita, sve s ciljem jačanja potencijala banaka i njihove profitabilnosti. Jedino provođenjem takve poslovne politike može se očekivati u doglednom razdoblju formiranje optimalne strukture aktive hrvatskih banaka, koja će biti primjerena strukturi njihova financijskog potencijala. Restrukturiranje i optimizacija strukture aktive banaka prijeko su potrebni preduvjeti za formiranje veće i jeftinije kreditne podrške tekućem poslovanju, kao i u brzem razvoju gospodarstva u Republici Hrvatskoj.

## LITERATURA:

1. Bestman, U.: *Börsen und Effekten von A-Z, Die Fachsprache der Klasischen und modernen Finanzmarkte*, Verlag: C.H.Beck, München, 1991.
2. Garber, P.M. Weisbrod, S.R.: *The Economics of Banking, Liquidity and Money*, D.C.Heath and Co., Lexington, 1992.
3. Van Horne, J.C.: *Financijsko upravljanje i politika*, Mate d.o.o., Zagreb, 1993.
4. Jurman, A.: *Politika formiranja optimalne strukture portfelja vrijednosnih papira hrvatskih banaka*, Zbornik radova Ekonomskog fakulteta Rijeka, broj 12/2, Rijeka, 1994.
5. Jurman, A.: *Poslovna politika bank v vlogi multiplikacije kreditov in depozitov*, Bančni vestnik, broj 12, Ljubljana, 1992.
6. Stein, J.H. *Organisationstheoretische Grundlagen für die Bankorganisation*, Wiesbaden: Gabler, 1991.
7. Süchting, J.: *Bankmanagement*, 3. Auflage, Stuttgart Schaffer-Poeschel Verlag, 1992.
8. *Računovodstvo, revizija i financije*, broj 1, Zagreb, 1996.
9. *Godišnje izvješće Narodne banke Hrvatske za 1994. godinu*, Zagreb, 1995.
10. *Zakon o pretvaranju deviznih depozita građana u javni dug Republike Hrvatske*, Narodne novine, broj 106/93.

11. Zakon o izdavanju obveznica za restrukturiranje gospodarstva u Republici Hrvatskoj, Narodne novine, broj 27/91.
12. Odluka o obveznoj rezervi banaka i štedionica, Narodne novine, broj 85/94., 31/95. i 35/95.
13. Odluka o obveznom upisu blagajničkih zapisa Narodne banke Hrvatske, Narodne novine broj 35/95., 40/95., 47/95., 56/95., 64/95., 79/95., 91/95. i 101/95.
14. Odluka o načinu raspoređivanja rizične aktive i odgovarajućih izvanbilančnih stavki banaka i štedionica, Narodne novine, broj 107/93. i 15/94.
15. Odluka o obvezi ovlaštenih banaka da drže određeni iznos u devizama u inozemstvu radi održavanja opće likvidnosti, Narodne novine, broj 109/95.
16. Odluka o usklađivanju strukture plasmana banaka sa strukturom izvora sredstava po ročnosti, Narodne novine, broj 53/91.

### Summary

#### THE POLICY IN FORMING AN OPTIMAL STRUCTURE OF INVESTMENT OF CROATIAN BANKS

An analysis of the financial status of Croatian banks indicates that the deposits collected and funds acquired in the domestic and foreign currencies from physical and legal persons home and abroad have been invested in credit and non-credit investments which gain a minimal to none profit, which cannot be collected, and the enforcement of which is very uncertain. The prevailing part of the assets of many banks, mainly larger ones, is actually unenforceable, which has led to insolvency and non-liquidity, as well as conducting business with an actual loss. Sanation, restructuring and privatization are the necessary steps which should also be taken with regard to larger Croatian banks. So as to avoid the current situation in the future, while making investment decisions the banks should take into account the principles of security, liquidity, profitability, multiplicative effects of investment as well as intensifying the business relations between the banks and their clients. These principles may also be concerned as the criteria in forming the optimal structure of investment of the Croatian banks.

*Key words: bank, investments, optimal.*

### Zusammenfassung

#### ENTWICKLUNGSPOLITIK ZUR OPTIMALEN STRUKTUR DES PLACEMENTS KROATISCHER BANKEN

Die Analyse der Finanzlage kroatischer Banken zeigt, daß diese die Depositen und beschafften Mittel in eigenen und fremden Valuten von juristischen und natürlichen einheimischen und ausländischen Personen in kreditäres und nichtkreditäres Placement investiert haben, das nur einen minimalen oder überhaupt keinen realen Gewinn bringt, nicht zu Geld gemacht werden kann und dessen Auszahlung sehr ungewiß ist. Der größte Teil der Aktiva vieler, fast aller großen Banken ist eigentlich ungleichbar, was



Zahlungsunfähigkeit und Nicht-Liquidität sowie eine Geschäftsführung mit realen Verlusten zur Folge hat. Sanierung, Rekonstruktion und Privatisierung sind weitere notwendige Schritte, die von den größeren kroatischen Banken unternommen werden müssen. Damit sich in Zukunft nicht die gegenwärtige Situation wiederholt, müssen die Banken bei der Entscheidungsfällung über Investitionen, die Prinzipien der Sicherheit, Liquidität, Profitabilität, der multiplikativen Leistungen von Investitionen und der Intensivierung von Geschäftsbeziehung zwischen den Banken und deren Klienten beachten. Diese Prinzipien sind gewissermaßen auch Kriterien für die Entwicklung einer optimalen Struktur des Placements kroatischer Banken.

*Stichworte: Bank, Placement, Optimum.*

## POREMEĆAJ KAO ELEMENT BIĆA KAZNENOG DJELA ČEDOMORSTVA

Dr. sc. Velinka Grozdanić, docent  
Dr. sc. Ute Karlavaris Bremer, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 343.62/343.96  
UR: 10. travnja 1996.  
Izvorni znanstveni članak

*U većini suvremenih zemalja ubojstvo djeteta od strane majke za vrijeme ili kratko vrijeme nakon poroda smatra se privilegiranim ubojstvom i kažnjava se blaže od drugih ubojstava izvršenih s umišljajem. Iako su motivi za blaže kažnjavanje ovog djela vrlo različiti, prevladavaju zakonska rješenja koja privilegij čedomorstva temelje na poremećaju majke roditelje, kao posebnom psihičkom stanju izazvanom porođajem. Takvo rješenje postoji i u Kaznenom zakonu Republike Hrvatske, pa se u tekstu analiziraju zakonske odredbe i njihova primjena u sudskoj praksi te daju konkretni prijedlozi de lege ferenda.*

*Ključne riječi: čedomorstvo, poremećaj izazvan porodom.*

### 1. Uvod

Pozornost javnosti, a povremeno i interes znanosti, žene u velikoj mjeri pobuđuju u situacijama kad se u odnosu na njih vrijeđaju moralni principi ili, još više, kada one povrijeđuju društvene norme koje s aspekta moralnosti determiniraju njihovu ulogu u društvu.

Najizraženiji primjer odstupanja od namijenjene uloge, i to ne samo društvene nego i biološke, nalazimo pri kaznenu djelu čedomorstva.

Čedomorstvo kao pojam koji podrazumijeva ubijanje tek rođenog djeteta od strane majke poznat je od davnina. Kroz različite periode razvoja ljudskog društva ovo se ponašanje različito tretiralo, ovisno prije svega o odnosu društva prema vlastitim potrebama za svojim obnavljanjem, a tek poslije toga, i u mnogo manjoj mjeri, i o uvažavanju žene kao samostalnog i odgovornog bića.

Tako već i letimičan pogled kroz povijest kaznenog prava pokazuje raspon od izrazito strogog kažnjavanja čedomorki u srednjem vijeku (npr. Constitutio Criminalis Carolina iz 1532. g. - zakopavanje, nabijanje na kolac, davljenje u vodi itd.) do njihova privilegiranog položaja (zatvorske kazne blaže nego za obično ubojstvo) u kaznenim zakonicima 19. i 20. stoljeća.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Više o povijesti čedomorstva Radbruch, G., Gwinner, H.: Geschichte des Verbrechens, Stuttgart, 1951., str. 224.; Wächtershauser, W.: Das Verbrechen des Kindsmords im Zeitalter der Aufklärung in der Reihe "Quellen und Forschungen zur Strafrechtsgeschichte", Bd. 3, Berlin 1973.; Balke, B.: Frauen toten einsam, Berlin, 1994., str. 62-72.; Pertile, A.: Storia del Diritto Italiano, Bologna, str. 584-591.

Danas se u većini suvremenih zemalja ubojstvo djeteta od strane majke za ili kratko vrijeme nakon poroda smatra privilegiranim ubojstvom i kažnjava se blaže od drugih ubojstava izvršenih s umišljajem.<sup>2</sup>

## 2. Komparativni pregled zakonskih rješenja

Iako je, dakle, čedomorstvo danas privilegirano ubojstvo, motivi zakonodavca za blaže tretiranje ovog djela vrlo su različiti. Tako npr. motiv "čuvanja časti", koji blaže kažnjavanje kaznenog djela čedomorstva opravdava sramotom i povredom časti majke, i danas je prisutan u kaznenim zakonima Španjolske, Portugala, Argentine, Čilea.<sup>3</sup> U ovu skupinu treba pribrojiti i ona zakonska rješenja koja privilegij blažeg kažnjavanja ograničavaju samo na slučajeve ubojstva izvanbračnog djeteta od strane majke. Najizrazitiji primjer takvog zakonskog rješenja nalazimo u Kaznenom zakoniku Njemačke: "Majka koja ubije svoje vanbračno dijete za vrijeme ili odmah nakon porođaja kažnjava se lišenjem slobode ne ispod tri godine" (čl. 217). Iako drugačije formuliran, motiv čuvanja časti nalazimo i u Kaznenom zakoniku Nizozemske: "Majka koja u strahu otkrivanja porođaja, bilo u toku porođaja ili kratko iza toga, namjerno ubije dijete biti će kao krivac osuđena na kaznu zatvora u trajanju do 6 godina" (čl. 290). Bez obzira na različite formulacije ovih kaznenih djela, koje dovode i do vrlo različite primjene kažnjavanja čedomorki u praksi, svima je njima zajednička postavka čuvanje časti kao isključiv motiv izvršenja čedomorstva. Drugim riječima, pod pritiskom moralnih normi društvene zajednice i nastojanja izbjegavanja "sramne" stigmatizacije izvanbračnog poroda, majka ubija vlastito dijete samo s jednom namjerom - uništavanja tragova svoga "grijeha".

Nema nikakve sumnje da je motiv "čuvanja časti" u današnjim uvjetima (izjednačavanje bračne i izvanbračne djece, favoriziranja samohranih majki itd.) zastarjeli i odavno prevladani kulturni, moralni i društveni model. Stoga su mnogobrojnija ona zakonska rješenja koja privilegij čedomorstva temelje na poremećaju majke-rodilje, kao posebnom psihičkom stanju izazvanom porođajem.<sup>4</sup> Time se uzroci čedomorstva prenose na biološko područje i središnje značenje zakonske definicije čedomorstva dobiva riječ "poremećaj". Ovakvo rješenje nalazimo u kaznenom zakonodavstvu Švicarske, Engleske, Danske, Norveške, Austrije itd. Budući da takvo rješenje postoji i u Kaznenom zakonu Republike Hrvatske, na njemu se valja duže zadržati.

<sup>2</sup>U nekim zemljama i danas ubojstvo od strane majke tek rođenog djeteta ne predstavlja poseban delikt već podliježe općim odredbama o lišenju života - npr. u Japanu, Rusiji, Mađarskoj.

<sup>3</sup>Izrazit primjer ove skupine je talijanski Codice Rocco iz 1930. g., koji je u čl. 578. sadržavao kazneno djelo - Čedomorstvo iz razloga časti: "Tko god prouzroči smrt novorođenčeta odmah nakon porođaja ili fetusa za vrijeme poroda da bi spasio svoju čast ili onu bliskog srodnika kaznit će se kaznom zatvora od 3 do 10 godina." 1981. g ovaj je zakonski članak zamijenjen kaznenim djelom čedomorstva u stanju materijalne i moralne napuštenosti. Više o čedomorstvu u talijanskom pravu Ambrosetti, E. M.: *L'infanticidio e la legge penale*, Cedam, Padova, 1992. g. i Gerin, C.: *Medicina legale e delle assicurazioni*, vol. 3, 1969-1970., str. 426-444.

<sup>4</sup>Jedna od najširih definicija čedomorstva iz ove skupine nalazi se u Kazenskom zakoniku Republike Slovenije, po kojoj privilegij čedomorstva pripada svakoj majci koja za vrijeme porođaja ili nakon njega, dok je još pod njegovim utjecajem ubije dijete (čl. 130).

### **3. Čedomorstvo u kaznenom zakonodavstvu Republike Hrvatske**

U Kaznenom zakonu Republike Hrvatske čedomorstvo predstavlja privilegiran delikt ubojstva za koji je zapriječena kazna zatvora od 3 mjeseca do 3 godine (za obično ubojstvo propisana je kazna zatvora najmanje 5 godina). Prema zakonskoj formulaciji ovo djelo čini majka koja umišljajno lišava života svoje dijete za vrijeme porođaja ili neposredno nakon njega dok traje poremećaj što ga je kod nje izazvao porod (čl. 36 st.1 KZH).

Privilegiranost ovog kaznenog djela temelji se, dakle, na poremećaju kojeg izaziva porođaj, a pod utjecajem kojeg majka ubija svoje tek rođeno dijete. Drugim riječima, ako poremećaj nije postojao, radi se o kaznenom djelu ubojstva. To znači da se u svakom konkretnom slučaju psihijatrijskim vještačenjem treba utvrditi postojanje poremećaja, jer upravo od utvrđivanja te činjenice ovisi kvalifikacija djela kao ubojstvo ili čedomorstvo. Stoga nisu prihvatljiva stajališta koja poremećaj za vrijeme porođaja ili neposredno iza njega smatraju neoborivom zakonskom presumpcijom, pa ga kao takvog ne treba utvrđivati.<sup>5</sup> U prilog navedenoga govori već i samo gramatičko tumačenje zakonske odredbe čedomorstva. Naime, da je zakonodavac pretpostavljao poremećaj kod svakog poroda koji je rezultirao ubojstvom djeteta, ne bi bilo potrebe da se riječ poremećaj uopće unosi u zakonsku definiciju bića kaznenog djela čedomorstva. Pored toga zakon ne govori o poremećaju što ga "izaziva" porođaj, već o poremećaju što ga je u majke "izazvao" porođaj. Dakle, nije riječ o notornoj činjenici karakterističnoj za sve slučajeve, već o iznimnoj situaciji do koje porod može dovesti.

#### **3.1. Porođajni i postporođajni psihički poremećaj**

Budući da je "poremećaj" konstitutivni element bića kaznenog djela čedomorstva, čije postojanje i utjecaj u svakom konkretnom slučaju treba utvrditi, nužno je osvrnuti se na stavove pravnika i psihijatarata o ovoj kategoriji. Tim više što ni sam zakonodavac ne definira ovaj pojam, ostavljajući mogućnost različitim tumačenjima. Stoga ne iznenađuju međusobno vrlo različiti stavovi pravnika o poremećaju izazvanom porođajem. I dok se po nekima radi o psihičkom poremećaju koji redovito nastaje pri porođaju<sup>6</sup>, drugi navode da porođaj nije nikakvo bolesno stanje, već predvidiv, poznat fiziološki proces ili stanje, često burnog tijeka, s mogućim psihičkim teškoćama povezanim s mnogim tegobama i strahovima vezanim, kako za ishod porođaja, za novorođenče, tako i za samu roditelju a što može dovesti do neke prolazne smanjene uračunljivosti.<sup>7</sup>

Mnogo su relevantnija, pa prema tome i interesantnija stajališta medicinara o poremećaju roditelje. U sudskopsihijatrijskoj literaturi tako se navodi da nozološku cjelinu "poremećaj koji je izazvao porođaj" medicina uopće ne

<sup>5</sup>Stav o presumpciji poremećaja nalazimo kod Frank, S.: *Kazneno pravo II posebni dio, I svezak Osnovi diobe posebnog dijela i zločini protiv života i tijela*, Zagreb, 1934. g.; Kandić-Popović, Z.: *Osnovi krivičnog prava, opšti i poseban deo*, Beograd, 1986. g, str. 218; Atanacković, D.: *Krivično pravo posebni deo*, Beograd, 1981. str. 148 - presumpciju poremećaja ograničava samo na situacije ubojstva djece za vrijeme porođaja, a ne i nakon njega.

<sup>6</sup>Npr. Lazarević, Lj.: *Krivično pravo posebni deo*, Beograd, 1981., str. 176.

<sup>7</sup>Tako npr. Bačić, F-Šeparović, Z.: *Krivično pravo posebni dio*, Zagreb, 1992. g. str. 58; Šeparović, Z.: *Granice rizika*, Zagreb 1985. g., str. 141.

poznaje. Pogotovo ne u psihijatrijskom smislu. U psihijatrijskoj literaturi nigdje se ne može naći tvrdnja, opis ili postavka da normalan fiziološki porođaj dovodi do takvih psihičkih promjena koje bi direktno ili po analogiji mogle biti svrstane u neku od poznatih ili priznatih kliničkih, odnosno psihopatoloških kategorija.<sup>8</sup> Akt porođaja sam po sebi ne dovodi do takvih poremećaja zbog kojih bi majka mogla izvršiti ubojstvo svoga djeteta, niti je pak porođaj sam po sebi nužan uvjet da bi se izvršilo ubojstvo djeteta.<sup>9</sup>

Ovi i mnogi drugi stavovi medicinara, osobito onih iz ranijih godina, potvrđuju zaključak da psihijatrija ne priznaje ženi roditelj pri normalnom kretanju stvari nikakav poseban psihički status. Što više, ističe se da i u vrlo teških, bolnih i dugotrajnih porođaja, koji mogu dovesti do fizičke i psihičke iscrpljenosti žene, rezultat može biti prolazna ravnodušnost prema svemu, pa i prema vlastitom djetetu, ali nikako ne i ubojstvo djeteta.<sup>10</sup>

Prema tome, poremećaj do kojeg dolazi uslijed samog akta rađanja u psihički zdravih roditelja, prema stajalištima predstavnika medicinskih znanosti, ne postoji. Ono što postoji, i u čemu su svi suglasni, jest porođajna psihoza. Naime, tijekom porođaja, trudnoće i dojenja mogu biti reaktivirana neka latentna duševna oboljenja. Riječ je o najtežim duševnim oboljenjima ili poremećajima koji se javljaju nekoliko dana, a često i tjedana ili mjeseci nakon porođaja, a koji u kaznenopravnom smislu dovode, u pravilu, do neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti.<sup>11</sup>

Međutim, nedvojbeno je da zakonodavac unoseći u definiciju čedomorstva riječ "poremećaj" nije pod tim pojmom obuhvaćao upravo navedene porođajne psihoze. I to ne samo zato što je poremećaj već u zakonskoj definiciji vremenski ograničio (za vrijeme porođaja ili neposredno nakon njega), već stoga što bi to bilo nepotrebno i besmisleno. Nepotrebno zato što u slučaju postojanja porođajne psihoze, koja tempore criminis može utjecati na sposobnost da roditelj shvaća značenja djela ili mogućnost da upravlja postupcima, dolazi do primjene odredbe o uračunljivosti (čl. 10 OKZ RH). Besmisleno zato što takav poremećaj (neuračunljivost uslijed porođajne psihoze) nije razlog za privilegiranje, pa time i blaže kažnjavanje već je to razlog za isključenje krivične odgovornosti i kažnjivosti.

Slijedom navednoga postavlja se pitanje o kakvom je to poremećaju riječ, kojeg zakon nije definirao, pravnici ga uglavnom presumiraju, a medicinari u potpunosti negiraju?

Budući da je, kako je već rečeno, riječ o temeljnoj kategoriji čije postojanje ubojstvo djeteta čini privilegiranim djelom, interesantno je pogledati kako se sudska praksa snalazi u svemu tome.

<sup>8</sup>Kapamađžija, B.: *Ubojstvo - psihopatologija i sudska psihijatrija*, Novi Sad, 1979. g. str. 170.

<sup>9</sup>Lukić, M., Pejaković, S., Josif, V.: *Pravna medicina - sudska medicina i psihopatologija*, Beograd, 1981. g., str. 238.

<sup>10</sup>Vidi npr. Mayer, M.: *Beitrage zur Psychologie des Kindersmords*, H. Gross Archiv Bd. 37., str. 368.

<sup>11</sup>Više o tome Lukić, M.: *Ubistvo deteta od strane majke (II)*, Beograd, 13. maj, br. 3, 1987. g., str. 41.; Katkin, D. M.: *Postpartum psychosis, infanticide and the law*, *Crime, Law and Social Change* br. 15, 1991. g., str. 119-123.; Williamson, G. V.: *Postpartum Depression Syndrome as a Defense to Criminal Behavior*, *Journal of Family Violence*, vol. 8, No. 2, 1993. g., str. 157-159.

#### 4. Čedomorstvo u sudskoj praksi

Za potrebe ovog rada provedeno je istraživanje presuda kaznenog djela čedomorstva u općinskim sudovima u Republici Hrvatskoj. Istraživanje je obuhvatilo ukupno 17 pravovaljanih presuda.<sup>12</sup> Unatoč brojčane ograničenosti uzorka, što je rezultat malog broja čedomorstva uopće u sudskoj praksi, zaključci se mogu smatrati relevantnima jer se u najvećoj mjeri podudaraju s poznatim istraživanjima provedenim u nas.<sup>13</sup>

Prema statističkim pokazateljima kazneno djelo čedomorstva u ukupnom kriminalitetu osuđenih punoljetnih osoba u Republici Hrvatskoj prisutno je u minimalnim brojkama. Tako je u 1988.g. bilo svega 7, u 1989.g. 5, u 1990. g. 8, u 1991. g. 2, u 1992. g. 6 i u 1993. g. 3 slučaja ovog kaznenog djela.<sup>14</sup> Međutim, treba imati u vidu "tamnu brojku" čedomorstva, za koju je realno pretpostaviti da nije zancmarljiva jer se djelo čini u tajnosti, a žrtve nisu u mogućnosti omesti tu tajnost. Prema tome, bez obzira na jednoznamenaste brojeve iz statističkih izvješća, nije riječ o marginalnim kriminalnim ponašanjima. Iako, s jedne strane, razvoj društvene svijesti i uopće poboljšanje položaja žene u društvu (ekonomsko osamostaljivanje, promjene stavova o ulozi žene, mogućnost legalnog pobačaja, dostupnost kontracepcijskih sredstava, širenje obrazovanja i zdravstvene kulture itd.) vodi smanjivanju broja čedomorstava, s druge strane, društvena zbilja u Hrvatskoj danas, kao posljedica ratnih događanja (siromaštvo, bijeda, izbjeglištvo, masovna silovanja u funkciji ratnih zločina) mogla bi ovu tendenciju odvesti u suprotnom smjeru.

Iz provedenog istraživanja, u kojem je najveća pozornost koncentrirana na "poremećaj" kao zakonsko obilježje bića kaznenog djela čedomorstva, proizašli su sljedeći rezultati:

a. Od ukupnog broja promatranih slučajeva za 35% (6 predmeta) nije izvršeno vještačenje da se utvrdi da li u počiniteljice djela postoji poremećaj izazvan porođajem. Drugim riječima, u trećini od svih slučajeva ovog uzorka suci su presumirali postojanje poremećaja:

Tako, npr. u obrazloženju presude Općinskog suda u Zagrebu Ko-3092/86 navodi se: "Kako okrivljena nije ranije bila na liječenju kod neuropsihijatra, niti je uzimala terapiju sud i nije smatrao potrebnim da provede psihijatrijsko vještačenje". Ne samo što se nije upuštao u psihijatrijsko vještačenje počiniteljice, sud se nije potrudio ni da sazna razloge zbog kojih je u ovom slučaju uopće došlo do kaznenog djela, iako se radilo o potpuno atipičnoj situaciji. Naime, počiniteljica je udana, majka već jednog djeteta, i ona i suprug su drugo dijete željeli i očekivali, pa je pitanje motivacije za čedomorstvo u ovom slučaju ostalo

<sup>12</sup>Presude se odnose na vremenski period od 1985. g. do 1993. g. i iz mjesne nadležnosti su sljedećih sudova: Općinski sud Čakovec (4), Općinski sud Karlovac (2), Općinski sud Požega (2), Općinski sud Rijeka (5), Općinski sud Varaždin (2), Općinski sud Vinkovci (1), Općinski sud Osijek (1).

<sup>13</sup>Singer, M., Todorović, M. Lj., Poldrugač, Z.: Kriminalitet na štetu maloljetnika, Zagreb, 1985., str. 7-19.; Cajner, I.: Opseg, kretanje i neka obilježja izvršenja i otkrivanja kaznenog djela čedomorstva, Policija i sigurnost, br. 4/94., str. 407-420.; Singer, M.: Kriminologija, Zagreb, 1994. g., str. 182-187.; Cajner, I.: Osobne i sociodemografske karakteristike počiniteljica čedomorstva, Kriminologija i socijalna integracija, vol. 1/93, str. 75-89.

<sup>14</sup>Dokumentacija 932 i 933, Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Zagreb, 1994.

potpuno nejasno. Nemotiviranost djela razlog je psihijatrijskim vještačenjima bez obzira o kojem se kaznenom djelu radi. Stoga se komentar ove presude može završiti zaključkom o neprihvatljivoj površnosti postupanja suda u navedenom slučaju.

Isti zaključak odnosi se i na presudu Općinskog suda u Čakovcu K-643/86. U ovoj presudi, za razliku od prethodne, motivacija je potpuno jasna (neudana majka, izvanbračno dijete, majka bez zaposlenja, da je ranije otkrila trudnoću, podvrgla bi se abortusu): "više je nego očigledno da se djeteta željela riješiti", ali niz pitanja ostao je sudu dvojbena i nejasan. To ga, međutim, nije spriječilo da izrekne zatvorsku kaznu u trajanju od 1 godine i 6 mjeseci obrazlažući primjerenost izrečene kazne sljedećim riječima: "Okrivljena, iako osoba relativno mlade životne dobi (29 g.) i već jednom majka nije pokazala niti trunke žaljenja zbog počinjenog djela, što pokazuje na mogućnost da uopće nije svjesna što je učinila ili pak s druge strane da je to smišljeno i namjerno počinila".

Potpuno drukčiji dojam ostavlja presuda Općinskog suda u Zagrebu K-1516. U njoj također, kao i u prethodne dvije, nije bilo provedeno psihijatrijsko vještačenje, ali je motivacija djela jasna (neudata, od oca djeteta napuštena, za abortus zakasnila, nezaposlena, materijalno ovisna od majke i očuha), a obrazloženje suda logično: "Ovaj sud smatra da je okrivljena u trenutku kada je počinila ovo djelo bila u izuzetnom, kako fizičkom tako i psihičkom stanju, a obzirom da ona to dijete nije željela jer ju je otac tog djeteta napustio, te je živjela u stalnom strahu od očuha i majke. Sud smatra da je okrivljena također u trenutku poroda zbog bolova bila u jednom izuzetnom psihičkom stanju u kojem je i počinila ovo djelo".

b. U 11 slučajeva iz ovog uzorka (65%) sud je proveo psihijatrijsko vještačenje na okolnost poremećaja izazvanog porođajem. U svim slučajevima, bez iznimke vještaci su se izjašnjavali o stupnju uračunljivosti počinitelja djela. Najviše je bio zastupljen zaključak o bitno smanjenoj uračunljivosti (78%, odnosno u 8 slučajeva). Neki suci su bitno smanjenu uračunljivost izjednačavali s poremećajem, te im je ona služila kao argument za kvalifikaciju djela kao privilegirano ubojstvo-čedomorstvo. Drugi, koji su polazili od presumpcije poremećaja, činjenicu bitno smanjene uračunljivosti tretirali su kao olakšavajuću okolnost za odmjeravanje kazne. U nekim slučajevima, dakle, i kada se provodilo psihijatrijsko vještačenje, bez obzira na njegov rezultat, pretpostavka postojanja poremećaja uslijed porođaja nije se dovodila u pitanje. Citati iz nekih presuda poslužiti će kao argument navedenome, a i kao dobar temelj za stvaranje dojma o sudskoj praksi postupanja u slučajevima kaznenog djela čedomorstva:

Županijski sud u Karlovcu K-9/85 izrekao je kaznu zatvora u trajanju od 1 godine i 6 mjeseci M.D., rođ.1959.g. udanoj, majci jednog maloljetnog djeteta od 3 g. (izvanbračnoga), nezaposlenoj, što je pet dana nakon porođaja, i to nakon izlaska iz bolnice, odnijela dijete u šumu, zatrpala ga u snijeg jer se s tim djetetom nije smjela vratiti kući budući da je dijete začela s drugim muškarcem, a ne čovjekom s kojim je živjela. Prema nalazu psihijatra optužena je osoba lakšeg stupnja debiliteta, sa simptomima cerebralne disfunkcije, i zbog čega tempore criminis njezine sposobnosti da shvati značenje svojih postupaka bile su bitno smanjene. Osvrćući se u obrazloženju presude na psihijatrijsko vještačenje sudac zaključuje: "U okviru svoje bitno smanjene uračunljivosti ona je postupala umišljajno, a odluku je vjerovatno donijela tih dana. Prema nalazu psihijatra, a i

prema opće poznatim medicinskim stanovištima za koje zna i sud i bez vještačenja istina je da se žena određeno vrijeme poslije porođaja nalazi u stanju psihičkog i fizičkog poremećaja. Ovi se poremećaji, dakle, pretpostavljaju sami po sebi, a u konkretnom slučaju isti su potvrđeni od strane liječnika psihijatra". Iako ovakvo obrazloženje nameće niz pitanja izdvojiti će se samo jedno - kakav je to umišljaj u trenutku postojanja poremećaja i bitno smanjene uračunljivosti, odnosno da li je uopće moguće istovremeno postojanje sva tri navedena psihička stanja kod jedne osobe? Zar namjerno lišenje života ne isključuje samo po sebi postojanje poremećaja, i obratno?

Ovo pitanje još jače dolazi do izražaja u presudi Općinskog suda u Slavonskoj Požegi K-178/86 u kojoj je okrivljena, neudana, radnica, u podstanarskoj sobi, unaprijed pripremila lonac za iskuhavanje rublja i do trećine ga napunila vodom da bi se u njega i porodila. Umišljaj je u ovom slučaju neupitan. Što se tiče postojanja poremećaja, vještak navodi: "Okrivljena nije duševno bolesna osoba, već prosječnih intelektualnih sposobnosti. Radi se o introvertiranoj osobi sa rijetkim komunikacijama i malim zahtjevima na okolinu. U vrijeme izvršenja djela bila je u afektu izazvanim porođajem koji joj je bitno onemogućavao mogućnost shvaćanja svoga djela kao i upravljanja njime". Na temelju ovog mišljenja sudac zaključuje: "prema tome, iako se poremećaj u ovakvim slučajevima pretpostavlja, sud je utvrđivao stupanj poremećaja, da bi ocijenio stupanj uračunljivosti, a što je bitno u postupku odmjerenja kazne". Unatoč tome, što je sud u ovom slučaju svjestan socijalne uvjetovanosti odluke o lišenju života djeteta, pa u obrazloženju presude spominje izvanbračnost, teškoće oko zbrinjavanja itd. (što je jedini primjer prisutnosti socijalnih elemenata u presudama iz ovog uzorka), nedvojbene postojanja umišljaja (planiranje i priprema izvršenja), on i dalje ponavlja da je poremećaj normalan i redovit pratilac svakog porođaja i kod svake roditelje, ostavljajući dojam da i sebe nastoji uvjeriti u postojanje nečega što je upravo u ovom slučaju, najblaže rečeno, upitno.

Kolika je potreba suda da poseže za mišljenjima o postojanju poremećaja, ili barem bitno smanjene uračunljivosti, svjedoči presuda Općinskog suda u Đakovu K-225/85, u kojoj je vještak neuropsihijatar našao da kod počiniteljice tempore criminis nije bilo poremećaja niti je pokazivala elemente duševnog rastrojstva, već, naprotiv, bila je sposobna u svojim postupcima shvatiti posljedice i značenje učinjenog djela. Liječnik ginekolog koji se najprije ogradio od mogućnosti da se izjašnjava o njezinom psihičkom stanju jer nije bio prisutan pri njenom zaprimanju na odjel, već je tek drugi dan s njom razgovarao, ipak se izjasnio da je bila u jednom nenormalnom psihičkom stanju koje je izazvao porođaj. Sud nije prihvatio mišljenje neuropsihijatra nego je prihvatio mišljenje ginekologa uz obrazloženje da je on stručniji za davanje takvog nalaza.

c. Pored toga što su se psihijatrijski vještaci izjašnjavali o stupnju uračunljivosti počiniteljica djela, poneki od njih, doista rijetko, osvrtni su se i na poremećaj izazvan porođajem. Element koji se i u tim rijetkim objašnjenjima ponavlja jest strah: "kod okrivljene u vrijeme izvršenja djela radi se o simptomu psihičkog poremećaja koji uključuje doživljaj straha, neizvjesnosti, nesigurnosti i sveopće nespремnosti za momentalne događaje, te se radi o psihogenom suženju svijesti čime je bitno umanjena sposobnost kod kontrole reagiranja" ili "u vrijeme kada je žena izuzetno traumatizirana samim činom rađanja, može se u konkretnom slučaju dodati i intenzivan strah kod iste zbog opasnosti i



neugodnosti situacije koja prelazi sami događaj (strah od muža koji ima pušku, a nije otac djeteta i ne zna za trudnoću), a što se bitno odrazilo na njezinu mogućnost shvaćanja djela i upravljanja postupcima”.

d. U gotovo svim slučajevima (osim jednoga ranije spomenutoga) motivacija počiniteljica jasno je izražena i u potpunosti se podudara s rezultatima i drugih istraživanja provedenih u nas.<sup>15</sup>

Najviše je zastupljen strah od reakcije okoline zbog izvanbračnog majčinstva ili začeca kao posljedice bračne nevjere, zatim teške materijalne prilike, te teške obiteljske situacije. Ovi motivi su međusobno isprepleteni pa ih se zato i ne prikazuje u postocima.

e. Od ukupnog broja razmatranih slučajeva u kojima je donesena sudska presuda, 13 počiniteljica (75%) skrivalo je svoju trudnoću, čak 16 njih (95%) rodile su same, a u 46% slučajeva (8 počiniteljica) sakrile su dijete nakon što su ga lišile života. Ovi podaci nameću sljedeći zaključak: ako je žena skrivala trudnoću, rodila sama i sakrila dijete nakon što ga je lišila života teško je govoriti o čedomorstvu pod utjecajem poremećaja izazvanog porođajem. Radnje koje su prethodile porođaju i koje su slijedile nakon njega jasno ukazuju da se radi o djelu koje je planirano i upravo na planirani način izvršeno. U najvećem broju slučajeva (80%) u plan je ulazio i abortus, koji zbog proteka vremena ili nedostatka sredstava nije obavljen. Sudski epilog u svim slučajevima ovog istraživanja rezultat je isključivo teškog zdravstvenog stanja (obilna krvarenja) uslijed kojeg su počiniteljice bile primorane zatražiti medicinsku pomoć.

## 5. Zaključna razmatranja

Istraživanje sudske prakse ukazalo je na površnu, neargumentiranu, konfuznu, proturječnu, pa i nezakonitu praksu postupanja sudova u slučajevima kaznenih djela čedomorstva. Ovakvo postupanje rezultat je prije svega neadekvatnog zakonskog reguliranja ovog kaznenog djela. Naime, uvodeći u definiciju čedomorstva pojam poremećaja uslijed kojeg ubojstvo tek rođenog djeteta postaje privilegiranim djelom, zakonodavac je pred suca postavio obvezu utvrđivanja te činjenice u svakom konkretnom slučaju. Međutim, utvrditi činjenicu, koja zapravo najčešće ne postoji, nije moguće, čak ni uz pomoć psihijatrijskih vještačenja. Stoga, mnogi suci nalaze izlaz u presumiranju te činjenice ili u njezinu formalnom utvrđivanju na temelju neuvjerljivih vještačenja koja se uvijek odnose na pitanje uračunljivosti, a sasvim iznimno i na pitanje postojanja poremećaja.

Pretpostavljanje postojanja poremećaja izazvanog porođajem uslijed kojeg majka ubija svoje dijete logičan je izbor suda, jer je doista teško shvatiti taj čin. On, naime, djeluje neprirodno, zastrašujuće, neshvatljivo. Upravo kroz čedomorstvo najjače dolazi do izražaja odstupanje od očekivane uloge žene - majka postaje ubojica vlastitog djeteta. Ovako značajno odstupanje od očekivane uloge, koje suci, a ni ostali, ne mogu shvatiti, najlakše je interpretirati na razini bolesti. Pored toga, patologiziranje odstupajućeg načina ponašanja je ujedno i najdjelotvorniji način sprječavanja postavljanja pitanja. Prihvaćanjem činjenice

<sup>15</sup>op. cit. u bilj. 13

poremećaja kao jedinog uzroka čedomorstva prenosi se krivnja na ženu i pri tome se u potpunosti zanemaruje pitanje odgovornosti drugih, prije svega oca djeteta, ali i odgovornosti cijelog društva. Prebacivanje uzroka ovog kaznenog djela na biološko područje dovodi do ignoriranja objektivnih faktora, što je u suprotnosti s kriminološkim spoznajama o etiologiji kriminaliteta.

Sasvim je jasno da je pravna fikcija o poremećaju kao isključivom uzroku čedomorstva u suprotnosti s realitetom. Naime, žene čine ovo djelo jer jedini izlaz iz svoje situacije nalaze u ubojstvu ili napuštanju djeteta. Glavni uzroci čedomorstva nalaze se u socijalnim, ekonomskim i drugim socijalno uvjetovanim okolnostima u kojima čedomorka živi, kao i u općem shvaćanju društvenog morala koji proizlazi iz običaja i stajališta sredine. Do čedomorstva dolazi samo (isključene su porođajne psihoze o kojima je već bilo riječi) u onim slučajevima u kojima dijete predstavlja problem u budućem životu. Pored ovih objektivnih, postoje i subjektivne okolnosti. Njih treba tražiti u posebnom emocionalnom stanju trudnice i roditelje, u konfliktu suprotnih misli, nagona, borbi motiva, straha od osude okoline, u osjećaju napuštenosti, bespomoćnosti. Samo splet egzogenih i endogenih činitelja može rezultirati ovim kaznenim djelom. Pri tome žena točno zna što čini, ali njezin umišljaj nije usmjeren na nanošenje patnje, štete djetetu, već prije svega na rješenje svoje bezizlazne situacije. Moguće je pretpostaviti da novorođenče ne identificira kao dijete - samostalno biće, već kao plod kojeg se davno abortusom trebala riješiti.

Slijedom navedenoga moglo bi se zaključiti:

Privilegij kod kaznenog djela čedomorstva ne proizlazi iz ili samo iz poremećaja uslijed porođaja, već i iz nedvojbene, ali javno još uvijek nepriznate činjenice da krivnja u izvršenju ovog djela nije samo na ženi. Stoga zakonsku definiciju treba upotpuniti i stanjima nužde, izazvanim teškom materijalnom situacijom, strahom i osjećajem bezizlaznosti. Na taj način sudska praksa bit će mnogo realnija i adekvatnija, a sudac će morati u svakom konkretnom slučaju utvrditi razloge koji su doveli do čedomorstva i argumentirati ih u obrazloženju kvalifikacije djela.

Jasno je da privilegij ne proizlazi samo iz navedenoga jer ovi dodani razlozi mogu se naći kod niza drugih kaznenih djela, s time što se mogu odraziti samo na vrstu i mjeru kazne. Naime, pored navedenih objektivnih i subjektivnih okolnosti, čedomorstvo u većoj ili manjoj mjeri uzrokuje i nagon za samoodržanjem. Pred ovim nagonom i pravo se "povlači", a to se iskazuje privilegiranjem djela. Na kraju, treba imati u vidu i činjenicu izrazite psihičke i društvene sankcije kod čedomorstva, koje "otupljuju" oštricu kaznenopravne reakcije.

Problematika čedomorstva - djela koje istovremeno izaziva užas i samilost, svoje rješenje treba više tražiti u području društvene brige za zaštitu materinstva i djece, pa će biti sve manje prisutna u kaznenom pravu.

## Summary

### DISORDER AS AN ELEMENT OF THE CRIME OF INFANTICIDE

In the majority of countries today, killing of a child by the mother during or shortly after the birth is considered a privileged murder and is punished less severely than other intentional killings. Although the motives for the easier punishment of this criminal act are very divergent, there prevail such legislative provisions according to which the privileged treatment of infanticide is based on the mother's postpartum depression as a special state of mind caused by the birth. Such legislative solution also exists in the Penal Code of the Republic of Croatia, and the text provides an analysis of the legislative provisions and their application in the case-law, with the concrete proposals *de lege ferenda*.

*Key words: infanticide, postpartum disorder.*

## Zusammenfassung

### SEELISCHE STÖRUNG ALS WESENTLICHES ELEMENT DER STRAFTAT KINDSMORD

In den meisten Ländern der Gegenwart wird die Tötung eines Kindes durch die Mutter bei der Geburt oder unmittelbar danach als privilegierter Mord betrachtet und milder als andere vorsätzliche Tötungsdelikte bestraft. Obwohl die Motive für die mildere Bestrafung dieser Tat sehr unterschiedlich sind, herrschen die Gesetzeslösungen vor, die den Kindsmord aufgrund einer seelischen Störung der Mutter infolge ihrer besonderen psychischen Situation, die durch die Geburt ausgelöst wird, privilegieren. Solche Lösung besteht auch im Strafgesetz der Republik Kroatien, so daß im vorliegenden Text die gesetzlichen Bestimmungen und ihre Anwendung in der Gerichtspraxis analysiert und konkrete Vorschläge *de lege ferenda* gemacht werden.

*Stichworte: Kindsmord; geburtsbedingte seelische Störung.*

## PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND MINORITY RIGHTS IN CROATIA<sup>1</sup>

Dr. Miomir Matulović, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci  
Alen Bošković, odvjetnik  
Rijeka

UDK: 341.231.14 (497.5)  
UR.: 1. travnja 1996.  
Izvorni znanstveni članak

### *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u Hrvatskoj*

*U ovom članku polazimo od opće tvrdnje da se pitanju zaštite ljudskih prava i manjinskih prava valja pristupiti s teorijskog stajališta. U prvom dijelu članka naznačujemo tri glavna pitanja teorije ljudskih prava i manjinskih prava, pitanja opravdanja, analize i sukoba ljudskih prava, koja je jedan od nas oblikovao i sustavno raspravio u jednom svom većem radu. Tim se pitanjima služimo kao teorijskim okvirom za raspravu u preostalom dijelu članka. Tako u drugom odjeljku članka raspravljamo o pravu na samoodređenje hrvatskog naroda i međunarodnom priznavanju Republike Hrvatske u kategorijama sukoba prava na samoodređenje hrvatskog naroda i istog tog prava manjina unutar Hrvatske. U trećem dijelu članka raspravljamo o ljudskim pravima i manjinskim pravima u temeljnim pravnim aktima Republike Hrvatske, Ustavu Republike Hrvatske i Ustavnom zakonu o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj. U tom dijelu članka prikazujemo listu ljudskih prava i manjinskih prava sadržanu u tim aktima, razloge za njihovo ograničavanje i predviđene mehanizme njihove zaštite. U četvrtom dijelu raspravljamo o jednom od rijetkih aktivnih mehanizama zaštite ljudskih prava i manjinskih prava u Hrvatskoj, Ustavnom sudu Republike Hrvatske. U tom dijelu članka prikazujemo njegovo ustrojstvo, nadležnost i postupanje po ustavnoj tužbi za zaštitu ustavnih sloboda i prava čovjeka i građanina te neke od njegovih značajnih odluka. U zaključku naznačujemo glavne zadaće u zaštiti ljudskih prava i manjinskih prava u Hrvatskoj, kako ih vidimo.*

---

<sup>1</sup>This article is based on our paper presented at the Conference "The Transition to Democracy in South-Eastern Europe: The Case of Croatia", September 1, 1995 in Lovran. This conference was organized under the auspices of the Council of Europe, and with the support of the Friedrich Ebert Stiftung. A slightly different version of this article is forthcoming in Ivan Grdešić, Radojka Miljević, Nada Švob-Đokić, and Nenad Zakošek (eds.), *The Transition Towards Democracy in South-Eastern Europe: The Case of Croatia*. We are highly indebted to Prof. Dr. Dunja Tihomirović who has translated our Croatian manuscript into English, and Prof. Dr. R. E. Harper who has revised the translation. We tender them our sincere thanks for their invaluable services. As it has been necessary to make subsequent additions and alternations they should not, however, be made responsible for any linguistic shortcomings.

*U ovom članku ne dajemo iscrpan prikaz stanja zaštite ljudskih i manjinskih prava u Hrvatskoj. U njemu poglavito raspravljamo o načinu na koji su ona zajamčena i uređena u temeljnim pravnim aktima Republike Hrvatske te kako ta prava ostvaruje i provodi Ustavni sud. Tako se u članku ne govori o ostvarivanju i provođenju tih prava od strane zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, mada se nešto o tome može zaključiti iz prikaza predviđenih mehanizama njihove zaštite, kao i iz rasprave o odlukama Ustavnog suda. Također se u članku ne govori o implementaciji humanitarnog prava u Hrvatskoj. Konačno, nije data ocjena stanja zaštite ljudskih prava i manjinskih prava u Hrvatskoj. Takva bi ocjena uveliko ovisila o tome koje se zemlje rabi za usporedbu, zemlje nerazvijenog Trećeg svijeta, zemlje istočne i srednje Europe, ili pak zemlje zapadnih ustavnih demokracija (Sjedinjene Američke Države i zemlje zapadne Europe). Zbog ograničenosti prostora, ovdje se ne upušta u takve usporedbe. Sve je to ostavljeno za jednu drugu prigodu.*

*KLjučne riječi: ljudska prava, manjinska prava, Hrvatska.*

## I. Introduction

The independent Republic of Croatia was recreated in 1991 for the first time since the early Middle Ages. From the beginning of the process of its new creation, the stress has been put on the importance of human rights and minority rights in the Croatian official ideology and its basic legal acts. The President of the Republic of Croatia, Franjo Tuđman, in his speech about the political and methodological starting positions and the political and legal principles for the foundation of the new Constitution, stressed that "the basic starting point and the aim of the Constitution are human (civil, political, social and cultural) and national rights."<sup>2</sup> Human rights are stated as the highest value in the new Constitution of the Republic of Croatia as declared in December 22, 1990. They go together with freedom, equality, national equality, peaceful coexistence, social justice, inviolability of property, protection of the natural and human environments, the rule of law together with a democratic and multiple party system. In the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups in the Republic of Croatia as declared in December 4, 1991 and amended May 8, 1992, we also find the obligation to respect and to protect the rights of the minorities.

What we want to do in this article is to critically examine how the obligation to carry out human rights and minority rights has been realized in Croatia. A critical attitude is necessary because the highest standards for the protection of human rights and minority rights has been set out. At times, the official Croatian self-identification with the value of human rights looks like

<sup>2</sup>Franjo Tuđman, *Politička i metodologijska polazišta te političko-pravna načela za izradu Ustava Republike Hrvatske*, in Anđelko Milardović (ed.), *Dokumenti o državnosti Republike Hrvatske. Od prvih višestranačkih izbora 1990. do međunarodnog priznanja 15. siječnja 1992.* (Zagreb: Alinea, 1992), p. 25.

exaggeration, for example, when it is claimed that the Statute of Vinodol from 1288 is "the first statute in Europe proclaiming human rights."<sup>3</sup> Furthermore, in spite of proclaiming the highest standards for the protection of human rights and minority rights, it seems rather unlikely that a country at war and in transition to a market economy as Croatia is, could fulfill all the promises of such standards. Finally, the Croatian view is that minority rights cannot exceed cultural autonomy.

In this article our starting point is that one should approach the question of the protection of human rights and minority rights from the theoretical point of view. In the first part of the article we indicate three main questions within the theory of human rights and minority rights: the questions of justification, content and conflict. These questions are formulated and discussed by one of the authors in a more comprehensive work.<sup>4</sup> They present the theoretical framework for the rest of the discussion in this article. The second part of the article deals with conflicts involving the right to self-determination of the Croatian people and the international recognition of the Republic of Croatia. We specifically examine the conflict between the rights to self-determination of the Croatian people, on the one hand, and those same rights as applied to minorities living within the Republic of Croatia, on the other. In the third part we discuss human rights and minority rights as stated in the basic legal acts of the Republic of Croatia, i.e. in the Constitution and the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups. In that part of the article we list the human rights and minority rights contained in those acts, and we present the reasons for their limitation and the mechanisms for their protection. The fourth part deals with one of the rare active mechanisms for the protection of human rights and minority rights in Croatia, the Constitutional Court. In that part of the article we describe the Court, and we discuss its jurisdiction and litigation with respect to fundamental rights and freedoms. We also discuss some of its important decisions. In the conclusion we talk about the main tasks for the protection of human rights and minority rights in Croatia as we see them.

In this article we do not intend to give a complete overview of the state of the protection of human rights and minority rights in Croatia.<sup>5</sup> We primarily

---

<sup>3</sup>HRT, June 7, 1995.

<sup>4</sup>See Miodir Matulović, *Ljudska prava. Uvod u teoriju ljudskih prava* (Zagreb: Hrvatsko filozofsko društvo, 1996).

<sup>5</sup>For information about violations of human rights and minority rights in Croatia, see: *Human Rights Situations and Reports of Special Rapporteurs and Representatives: Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia*, Note by the Secretary General, interim report prepared by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia, in accordance with paragraph 37 of the Commission on Human Rights resolution 1994/72 of 9 March 1994 and Economic and Social Council decision 1994/262 of 22 July 1994, UN General Assembly, Security Council, 4 November 1994; *Question of Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in Any Part of the World, with Particular Reference to Colonial and Other Dependent Countries and Territories: Situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia*, Special report on the media, report of the Special Rapporteur submitted pursuant to Commission resolution 1994/72, UN Commission on Human Rights, 13 December 1994; *Question of Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in Any Part of the*

discuss the manner in which human rights and minority rights have been guaranteed and regulated in the basic legal acts in Croatia, and we discuss how those rights have been carried out in the Constitutional Court. We shall not say anything about the effectuation and the enforcement of such rights by the legislative, executive and judicial authorities, although something can be concluded about this from the presentation of the mechanisms provided for their protection, as well as from the discussion of the decisions of the Constitutional Court. We shall not talk about the implementation of humanitarian law in Croatia. Finally, we shall not pass judgment on the state of the protection of human rights and minority rights in Croatia. Such judgment would heavily depend on which countries were taken for comparison: whether the underdeveloped countries of the Third World, countries from Eastern and Central Europe, or the countries with western constitutional democracy (the USA and the countries of the Western Europe). We are limited by space and cannot venture into such comparisons, we leave all of that for some other occasion.

## *II. Practice and Theory of Human Rights and Minority Rights*

There is a common everyday belief that theoretical discussions of human rights and minority rights is of no importance for the protection of such rights. This view sometimes is taken even by respectable legal theoreticians. Thus, in his contribution to the proceedings dedicated to the Universal Declaration on Human Rights (1948) Norberto Bobbio claims that, since many countries agreed upon this Declaration, there is no need to look into other reasons, i.e. look into reasons for those reasons, for the existence of human rights.<sup>6</sup> Instead, he asserts that the main questions for the protection of human rights are of a practical not theoretical nature. The primary goal should be to create the conditions for a more complete realization of the proclaimed rights. According to Bobbio, many such conditions do not depend on the good will of the government of different countries. For example, the protection of the right to work will be possible only after industry in a particular country has been transformed and changed.

The insistence on the realization of human rights and minority rights is correct. It is obvious that human rights and minority rights should not only be proclaimed but everyone should enjoy them, i.e. the rights have to be realized. However, the question of realization of human rights and minority rights is not only a practical question. It is necessary to distinguish two dimensions of their realization: formal and practical. Formal realization means that the provisions on

---

*World, with Particular Reference to Colonial and Other Dependent Countries and Territories: Situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia*, tenth periodic report on the situation of human rights in the territory of former Yugoslavia, submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, pursuant to paragraph 37 of the Commission resolution 1994/72 of 9 March 1994, UN Commission on Human Rights, 16 January 1995. See also, Juraj Andrassy, Božidar Bakotić, Budislav Vukas, *Međunarodno pravo, I. dio* (Zagreb: Školska knjiga, 1995), pp. 310-312.

<sup>6</sup>See Norberto Bobbio, *L'illusion du fondement absolu*, in *Le fondement des droits de l'homme*, Actes des entretiens de l'Aquila, 14-19 septembre 1964 (Firenze: La Nuova Italia, 1966), pp. 8-9.

human rights and minority rights as declared in basic state legal acts are in accordance with those declared in different international documents on human rights and minority rights, and further in accordance with those proclaimed in the Universal Declaration. Practical realization means that the provisions on human rights and minority rights are not violated and that a person or a minority group has the ability to do those things that they have a right to do. Both dimensions of the realization, that is, formal and practical, are dependent on theory.

When we talk about the formal realization of human rights and minority rights, the beginning wisdom can be found in the four-stage sequence as stated by John Rawls.<sup>7</sup> In Rawls' theory of justice as fairness, the initial step is to choose the abstract principles of morality and justice, then to translate those moral principles into constitutional principles for separate countries, perhaps in the constitutional assembly. These constitutional principles then guide and determine the choice of principles on the legislative level. In the final step, judges and other public officials carry out legal rules in concrete cases. Citizens generally will follow rules thus formulated. In Rawls' theory, the national state has a priority over the international community. However, if we want to take into consideration the importance of the international politics and international law for the protection of human rights and minority rights, then this idea of sequence has to be reformulated in such a way that between the level of abstract principles and the constitutional level, we introduce the level of international, both worldwide and regional, human rights and minority rights.<sup>8</sup> This is the level where concrete human rights and minority rights are created, those that are applicable in a concrete historical period, that offer the standards for state conduct, and that help to make a choice of constitutional norms. It is important to stress that the idea of sequence is not the description of either a practical political or a purely theoretical process, but rather it is a part of the theory of human rights and minority rights, and it constitutes the framework of thought which is necessary for their formal realization.<sup>9</sup>

The practical realization of human rights and minority rights also depends on theory. The pioneering achievement in this area is Stig and Helle Kanger's conception of practical realization.<sup>10</sup> Their conception is based on the logical analysis of the concepts of right and influence. The intuitive idea behind their conception is that one should combine different types of rights and influences in such a way so as to give a picture of the total situation of an individual, i.e. of his/her rights and his/her possibilities to enjoy such rights. In this way one can precisely determine the conditions for the practical realization of each right.

Although an extensive literature has been produced in recent years on theoretical aspects of human rights and minority rights, one is surprised by the

---

<sup>7</sup>See John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford: Oxford University Press, 1971), ch. IV, sec. 31.

<sup>8</sup>See J.M. Nickel, *Making Sense of Human Rights. Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights* (Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1987), pp. 106-07.

<sup>9</sup>See John Rawls, Reply to Habermas, *The Journal of Philosophy*, XCII (3/1995), p. 151.

<sup>10</sup>See Helle Kanger, *Human Rights and their Realization* (Uppsala: Uppsala University, 1981); *Human Rights in the U.N. Declaration* (Uppsala: 1984), ch. V.



lack of self-reflection. This is primarily evident in the fact that one cannot yet find a systematic account of various questions on human rights and minority rights. As a result, many overlook the fact that the various questions raised in the literature are reducible to the following fundamental ones:

The question of *justification*: Why do human beings have human rights and minority rights, and what rights do they have?;

The question of *content*: What does it mean for a human being or a group of human beings to have a right?;

The question of *conflict*: Is it permissible at all, and if it is, under which conditions is it permissible, to override human rights or minority right?

The questions of justification, content and conflict are questions within any theory of human rights and minority rights. Each of these three questions is of equal importance, and a theory which does not confront one of them is essentially incomplete.

Apart from these questions there are also questions about a theory of human rights and minority rights:

The question of the *structure*: What is the function of human rights and minority rights in a theory; and what is their place within it?;

The question of the *method*: By what processes does a theory come to acquire a knowledge of human rights and minority rights?

The distinction between these two groups of questions reflects the distinction between *theory* and *meta-theory* of human rights and minority rights. Since there is no ideal theory of human rights and minority rights, and there is likely never to be, the distinction is useful because it suggests that the status of human rights and minority rights does not actually depend on a particular theory.

Be that as it may, the question of the protection of human rights and minority rights can only be approached on the basis of a developed theory. If the attention is drawn only to the legal mechanisms for the protection of human rights and minority rights, and the theoretical questions are neglected, they will reappear at the stage when we try to interpret international documents and/or internal legal acts which protect human rights and minority rights. Consequently, legal dogmatics in this area must take into consideration philosophical, ethical and logical discussions about the significance and meaning of human rights and minority rights, regardless of which mechanisms have been chosen for their protection.<sup>11</sup>

### ***III. The Right to Self-determination of the Croatian People and the International Recognition of the Republic of Croatia***

The epochal process of the disintegration of communist regimes in the Eastern European countries, the Soviet Union and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia again put on the world's agenda the question of the recognition of the right of people to self-determination. The justification for self-determination

<sup>11</sup>See, e.g., Tom Mullen, *Constitutional Protection of Human Rights*, in Tom Campbell (ed.), *Human Rights. From Rhetoric to Reality* (Oxford: Basil Blackwell, 1986), pp. 16-7.

in this situation was not as debatable as the approach by which the conflict over rights to self-determination of different peoples was solved. This is best illustrated in the disintegration of the Yugoslav federation and in the process by which Croatia gains independence. After the disintegration of Yugoslavia, begun by Serbia and its political and military elite at the end of 1980, and after the unsuccessful attempts for peaceful transformation of the Yugoslav federation during 1990 and 1991, followed by the aggression of Serbian para-military forces and Yugoslav Peoples Army on Croatia in the summer of 1991, it became necessary for the Croatian people to assert their right to self-determination. An independent Croatian state was necessary to prevent the severest violations of human rights, including genocide of Croatian and other non-Serbian people in Serb-dominated parts of Croatia. However, Serbian rebels in Croatia and their commanders in Serbia claimed that if the Croatian people had the right to self-determination and secession from Yugoslavia, then Serbian people in Croatia also had a right to self-determination and secession from the Republic of Croatia. It is impossible, however, to resolve the conflicting rights to self-determination of the Croatian and Serbian peoples in Croatia if we interpret it in such a way that each people has absolute right to self-determination within the territory on which it lives. In such a case, both people will have the same right to the same part of the territory.<sup>12</sup>

In this context the approach of the European Community concerning conflicting rights to self-determination looked quite promising. The European Community stayed loyal to the principle of self-determination of people in its Declaration on Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union adopted in Brussels December 16, 1991.<sup>13</sup> The Declaration determined the guidelines for the formal recognition of new states, and it accepted by mutual agreement the following standards for such recognition: respect for the provisions of the Charter of the United Nations and the obligations subscribed to in the Final Act of Helsinki and the Charter of Paris, especially with respect to the rule of law, democracy and human rights; guarantees for the rights of ethnic and national groups and minorities in accordance with the obligations accepted by states within the framework of the Conference on European Security and Cooperation; respect for the inviolability of frontiers that can be changed only in a peaceful way and by mutual agreement; acceptance of all respective obligations concerning disarmament and nuclear non-proliferation as well as the security and stability of the region; the obligation for mutual resolution, including the need for arbitration, of all questions concerning the succession of states and regional conflicts. It is stated in the Declaration that "the Community and its Member States will not recognize entities which are result of aggression" and that "they would take account of the effect of recognition on neighboring States."

The same day, December 16, 1991, the European Community adopted its Declaration on Yugoslavia.<sup>14</sup> It is stated in this Declaration that the European

<sup>12</sup>See, generally, David Makinson, *On Attributing Rights to all Peoples: Some Logical Questions*, *Law and Philosophy* 8 (1/1989), p. 60.

<sup>13</sup>See Declaration on Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union, in Milardović (ed.), *op. cit.*, p. 136.

<sup>14</sup>See Declaration on Yugoslavia, in Milardović (ed.), *op. cit.*, p. 137.

Community, on the basis of its guidelines on the recognition of new states in Eastern Europe and the Soviet Union, discussed the situation in Yugoslavia and took a common stand concerning the recognition of the Yugoslav republics. Furthermore, the Community and its members agreed to recognize the independence of all Yugoslav republics that fulfilled certain conditions and that such republics were asked to declare the following: do they want to be recognized as independent states; do they accept the obligations contained in the guidelines; do they accept the regulations mentioned in the Draft Convention of the Hague Conference of the European Community, especially those in Chapter II on human rights and rights of national and ethnic groups,<sup>15</sup> as discussed in the Conference on Yugoslavia; do they intend to further support the efforts of the General Secretary and the UN Security Council and to support the continuation of the Conference on Yugoslavia. The Declaration also asked that each Yugoslav republic, before recognition, promise to give constitutional and political guarantees which will ensure that it does not have territorial pretensions towards neighboring countries, and that the republic will not conduct hostile propaganda towards a neighboring country including the use of names that imply territorial pretensions.

One may conclude from the European Community declarations, that the Community tacitly differentiates two aspects of the right to self-determination. One aspect of self-determination is the ability of a people to choose freely, within the international order, its independence or union with other states. The other aspect is the ability of the people in a sovereign country to choose, by its own will, its government, but in so doing to insure that the ethnic, national or other minority within the sovereign country will be protected.<sup>16</sup> Two important questions arise concerning such a definition of the right to self-determination. One is the question of state frontiers, and it is related to the first aspect of self-determination. The other question is the question of minority rights, and this is related to the second aspect of self-determination. Both questions demanded prompt answers in case of the disintegration of the Yugoslav federation, the recognition of its republics as independent states, and the protection of the rights of newly created minorities within the territories of these new states.

The Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia, the so-called Badinter's Commission, had the task of providing answers to these questions, and it did so in its two opinions of January 11, 1992. The Arbitration Commission answered the question about state frontiers by giving protection to the external borders of all republics in the former Yugoslavia. It actually extended to them the protection provided by the international law on the territorial integrity and political independence of states.<sup>17</sup> The principles followed by the Arbitration Commission were the following. First, the external frontiers have to be respected in all cases in accordance with the principles mentioned in

---

<sup>15</sup>See Draft Convention of Hague Conference of the European Community, ch. II, in Milardović (ed.), op. cit., pp. 124-27.

<sup>16</sup>For these two aspects of the right to self-determination, see, e.g., Antonio Cassese, *Political Self-Determination - Old Concepts and New Developments*, in Antonio Cassese (ed.), *UN Law/ Fundamental Rights. Two Topics in International Law* (Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1979), p. 137.

<sup>17</sup>See Opinion No. 3, in Milardović (ed.), op. cit., pp. 149-150.

the UN Charter, in the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, in the Final Act of Helsinki and in the Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties. Second, the borders between Croatia and Serbia or between Serbia and Bosnia and Herzegovina or possibly between other neighboring independent countries, could be changed only by free and mutual agreement. If there is no agreement to the contrary, then the former frontiers of the Yugoslav republics take the character of frontiers protected by the international law. The Arbitration Commission reached this conclusion in accordance with the principle to respect the territorial status quo, and especially with the principle *uti possidetis juris* which was originally recognized during the solution to decolonization problems in Latin America and Africa. Today, the principle of *uti possidetis juris* has raised to the character of a general principle by the International Court of Justice (on the question of the frontier conflict between Burkina Faso and the Republic of Mali).<sup>18</sup> Finally, every change of existing frontiers that is established by force can have no legal standing in accordance with principles well-known in international law.

The Arbitration Commission answered the question about the minority rights so as to impose the responsibility on all newly created states to recognize the rights of the newly created minorities on their territory.<sup>19</sup> Moreover, it especially obligated Croatia, as well as Bosnia and Herzegovina, to give Serbian inhabitants on their territories, all the rights of minority and ethnic groups as stated by international law, and by the provisions of the Draft Convention of the Hague Conference of the European Community, including the right to choose their citizenship.

The Arbitration Commission took into consideration the demands for the recognition of new states. On December 19, 1991 the Croatian government filed its claim to the European Community for recognition, offering as evidence documents on its referendum for independence, and materials about its legal and political systems. In answer to the questionnaire by the Arbitration Commission, the Croatian government confirmed its acceptance of the previously mentioned declarations and expressed its readiness to further support the efforts of the United Nations and the European Community within the framework of the Conference on Yugoslavia.<sup>20</sup> However, the Arbitration Commission found that the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups in the Republic of Croatia (declared December 4, 1991), did not sufficiently incorporate the provisions of Draft Convention concerning autonomy for regions in which a minority forms local majority.<sup>21</sup> On January 15, 1992, the Croatian government again expressed its readiness to accept all the provisions of the Draft Convention about the

---

<sup>18</sup>For an account of the principle of *uti possidetis juris* in international law, see Vesna Crnić-Grotić, Načelo *uti possidetis* u međunarodnom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 16 (2/1985), pp. 295-308.

<sup>19</sup>See Opinion No. 2, in Milardović (ed.), op. cit., p. 148.

<sup>20</sup>See Request for recognition - the questionnaire, in Milardović (ed.), op. cit., pp. 138-43.

<sup>21</sup>See Opinion No. 5, in Milardović (ed.), op. cit., p. 151.

autonomous territories. Although additional amendments were not then made in the Constitutional Act (they were made later on May 8, 1992), nevertheless President Franjo Tuđman again took the obligation which he made January 11th, which the Arbitration Commission considered insufficient, and Croatia was recognized January 15, 1992. On the other hand, Macedonia which according to the Arbitration Commission fulfilled all the conditions was not recognized at that time.

Turning attention to the approach of the Arbitration Commission to the question of conflicting rights to self-determination of the Croatian and Serbian people in Croatia, one can make the following observations. First, the Arbitration Commission was guided by the standards of international law and human rights and minority rights. Second, it resolved the conflict by giving the principle *uti possidetis juris* the primacy over the right to self-determination. Taking into account the first aspect of this right, the ability of people to freely choose their independence or union with other countries, this meant recognizing of the right of the Croatian people to an independent state. Considering the other aspect of this right, the protection of the minorities, this meant recognizing the minority rights of the Serbian population in Croatia, including the right to political autonomy on the territory wherein they are the majority. In addition, there are two further logical consequences of such an approach by the Arbitration Commission which perhaps were not so evident immediately but became quite obvious later. One is that the Croatian government has the sovereign authority over its own territory which includes the right to establish "public order and peace in the rebel territory", a right which was actually realized in the successful 1995 military-police action in Krajina called "The Storm". A further logical consequence is that the Serbian population in the rebel territory has the right to leave Croatia if it feels insecure, which, unfortunately, did happen, leaving vacant that part of Croatian territory on which this population used to live. It has to be stressed that the political leaders of the Serbs in Croatia started the struggle when they claimed to protect "the endangered rights of the Serbian people in Croatia" by using force, without ever trying to use peaceful and civilized means. They were not satisfied with any constitutional guarantees of human rights and minority rights within the Republic of Croatia. Finally, although it initially looked promising, the approach taken by the Arbitration Commission proved unsatisfactory for the protection of the minority rights.<sup>22</sup> The principle *uti possidetis juris* which was used to solve the problems of decolonization in Latin America and Africa was not automatically applicable in the completely different situation of the disintegration of Yugoslavia where the demands for self-determination of people were based on the nationalistic principle. We hope that, in the light of the extremely high price paid in terms of the loss of human life to achieve the right to self-determination within the disintegrating Yugoslav federation, the international community will reexamine its approach to the recognition of this right in possible future cases.

---

<sup>22</sup>See also Hurst Hanum, Introduction, in Hurst Hanum (ed.), *Documents on Autonomy and Minority Rights* (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. xiv-xv.

#### **IV) Human Rights and Minority Rights in the Basic Legal Acts of the Republic of Croatia<sup>23</sup>**

The basic legal acts for the protection of human rights and minority rights in the Republic of Croatia are the Constitution of the Republic of Croatia<sup>24</sup> and the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups.<sup>25</sup>

The new Constitution brought significant improvements for the protection of human rights in comparison with the previous one in Croatia. First, there is no death penalty any more. Second, the right to conscientious objection has been recognized for persons who do not want to serve in the army because of their religious or moral beliefs. Third, a Commissioner for the Citizens' Rights, an "Ombudsman", has been introduced, and he has both the right to supervise the conduct of the state and its agencies towards citizens and the right to protect the constitutional and legal rights and freedoms of the citizens. Fourth, the Constitution does not mention the right to self-management which, in the previous Constitution of the Socialist Republic of Croatia, as well as in the Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, both from 1974, was defined as the "inviolable and inalienable right of the working man and citizen". Since this right is not mentioned it could be concluded that it has been derogated. However, the Constitution allows that "the employed can take part, in accordance with the law, in the governance of their firms" (art. 55, sec. 4.).

Human rights are included in Chapter III of the Constitution under the title "Fundamental Freedoms and Rights of Men and Citizens". But some human rights are contained in the provisions of other articles in the Constitution, such as the freedom to organize political parties (art. 6), the freedom from persecution and deprivation of citizenship, and from extradition to another country (art. 9, sec. 2). This chapter of the Constitution on the human rights is divided into two main sections: personal and political rights and freedoms and economic, social, and cultural rights.

Provisions in the articles 18 to 47 of the Constitution determine the following personal and political rights and freedoms: right to file a complaint; right to life; right to freedom and personal security; freedom from torture and subjugation to medical or scientific experimentation without personal free consent; freedom from obligatory or compulsory work; right from unlawful deprivation of freedom; right to equality before the courts and other state bodies with public authority; right to be considered innocent and not guilty for the criminal offense until the guilt has been proved according to law; rights of the suspect or person accused of a criminal offense which include right to a fair trial before the competent court determined by the law, right to be informed about the causes of the charge and the evidence for it in the shortest period of time,

---

<sup>23</sup>We heavily rely in this part of the article on Mimir Matulović and Vesna Crnić-Grotić, *Zaštita ljudskih prava, Dometi* 25 (5-6/1992), pp. 225-230.

<sup>24</sup>Constitution of the Republic of Croatia, *Narodne novine*, No. 56/90.

<sup>25</sup>Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups in the Republic of Croatia, (the consolidated text), *Narodne novine*, No. 34/92.

right to have legal assistance, right to be tried in one's own presence and to defend oneself in person or through legal assistance of one's own choosing; right against retroactive criminal laws; right not to be tried again for the same criminal offense for which one was tried before and for which a court decision was reached; right to freedom of movement and choice of residence; right to leave state territory and to return to the homeland; right against expulsion and extradition to another country; right to the privacy of home; right to respect and legal protection of one's own and family's life, dignity, respect and honor; freedom of correspondence and of all other means of communication; right to the security and secrecy of personal documents; freedom of thought and expression including freedom of the press and other means of communication, freedom of speech and public appearances and the freedom to fund any and all institutions for public information; right to a public correction when one's constitutional right has been violated publicly; freedom of conscience and religion and freedom to publicly express religious or other convictions; right to peaceful gatherings and public petition; right to free co-operation for the protection of one's own advancement or for the betterment of social, economic, political, national, cultural or other convictions and aims; right to participate under equal conditions in performing public duties and right to be accepted in public services; right to vote; right to file complaints and petitions; and right to conscientious objections.

Articles from 47 to 69 of the Constitution determine the following economic, social and cultural rights: right to property and right to inheritance; freedom of economy and enterprise; right to work and freedom of work, right to freely choose one's vocation and employment and right, under equal conditions, to accessibility of working positions and duties; right to earn for oneself and one's family in order to lead free and dignified lives; right to weekly and yearly holidays with pay; right to have help for basic needs in case of unemployment and inability to work; right to health protection; right to found trade unions and freedom to become a member or to stop being a member; right to strike; right, under equal conditions, to higher and college education; freedom of scientific, cultural and artistic creativity; and right to a healthy life.

Apart from rights and freedoms, the Constitution contains individual duties and responsibilities. They are the following: responsibility not to breach the articles containing fundamental rights and freedoms; military obligation; duty of the owner and user of property to contribute to the common good; duty to participate in public expenses in accordance with one's own economic possibilities; parents' duty to raise, support and educate their children, and children's duty to take care of the elderly and weak parents; duty to protect children from all possible cruelties, torture and abuse; duty to basic schooling and duty to protect people's health, as well as the natural and human environments.

Apart from individual rights and duties, the Constitution enumerates collective rights. The right to self-determination and state sovereignty of the Croatian people is determined in the "General Principles", and that includes the right to secede and to unite. In accordance with the right to self-determination, the Sabor adopted the Constitutional Act on the Sovereignty and Independence

of the Republic of Croatia<sup>26</sup> and the Declaration on the Proclamation of the Sovereign and Independent Republic of Croatia,<sup>27</sup> both from June 25, 1991, which became valid by the Act of the Sabor on August 8, 1991.<sup>28</sup>

The Constitution also grants collective rights to citizens of other nations and to minorities who are the citizens of Croatia. Article 15, section 2 states the freedom to choose one's nationality, free use of language and writing and the right to cultural autonomy. These minority rights should be added to those stated in the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups.

The list of human rights in the Constitution is open ended. It will be supplemented with human rights and minority rights established in the international documents accepted by the Republic of Croatia. According to article 134 of the Constitution, international agreements made and confirmed in accordance with the Constitution and proclaimed as such become a part of the internal legal order of the Republic of Croatia, and they are above laws in their legal validity.

Provisions of article 16 of the Constitution contain a general clause on the limitation of human rights by which rights and freedoms can be limited in order to secure the freedoms and rights of other people, to protect the security of the Republic, to maintain legal order, and to protect the public morality and health.

In the provisions of other articles of the Constitution we find additional reasons for the limitations of certain rights. For example, the freedom of founding political parties is limited so that the work of a political party is not allowed if its program and activity threaten the democratic constitutional order, independence, unity or territorial integrity of the Republic of Croatia (art. 6, sec. 3). The freedom to correspond and communicate can be limited to protect the Republic or to ensure the fair execution of criminal procedure (art. 36, sec. 2). The right to free assembly can be limited when the gathering has the aim of violently endangering the democratic constitutional order, independence, unity and territorial integrity of the Republic (art. 43, sec. 2). Freedom of enterprise and the right to property could be limited to protect the interest and security of the Republic, or to protect the natural and human environments and people's health (art. 50, sec. 2). The right to organize trade unions could be limited in the military forces and police (art. 59, sec. 3). The same is true for a strike in the military forces, governmental bodies and public services (art. 60, sec. 2).

Similar to the general clause contained in article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the one contained in article 15 of the European Convention on Fundamental Rights and Freedoms, the article 17 of the Constitution has a general clause according to which the state can derogate some rights and freedoms granted in the Constitution in case of war or immediate threat to the independence and unity of the Republic and in the time of great natural disasters. The decision to derogate rights and freedom can be made in the Sabor by a two-thirds vote of all the representatives. However, the

---

<sup>26</sup>Constitutional Act on the Sovereignty and Independence of the Republic of Croatia, *Narodne novine*, No. 31/91.

<sup>27</sup>Declaration on the Proclamation of the Sovereign and Independent Republic of Croatia, *Narodne novine*, No. 31/91.

<sup>28</sup>Act of the Sabor, *Narodne novine*, No. 53/91.



president of the Republic can do the same if the Sabor cannot convene. Nevertheless, even in such case, one cannot derogate the right to life, freedom from torture, cruel or degrading treatment or punishment, freedom from retroactive criminal laws and freedom of thought, conscience and religion.

Apart from the material provisions, the Constitution of the Republic of Croatia as the basic legal act of the state contains important principal provisions on the mechanism for protecting human rights and minority rights. First, the Constitution determines the qualified majority in the House of Representatives which can then pass laws concerning human rights. Thus, according to article 83, sec. 1 of the Constitution, the laws determining minority rights are passed by a two-thirds majority of all representatives. Laws by which freedoms and rights of citizens are regulated are passed by the absolute majority (sec. 2). Furthermore the Constitution says that such questions are not to be determined by the regulations of the government.

The Constitution provides for the special organs that protect human rights. It is established in principle that the "Supreme Court of the Republic of Croatia ensures uniform application of laws and the equality of the citizens" (art. 115) while the Constitutional Court, among other things, "protects the constitutional freedoms and rights of men and citizens" (art. 125). Constitutional petitions can be filed to the Constitutional Court in such instances (art. 28 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia). The Constitution especially provides for an independent Commissioner for Citizens' Rights whose responsibility is exclusively to "protect constitutional and legal rights of citizens in the procedures before the government and other organs with public authority" (art. 93).

The Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups determines minority rights. In Chapter III of the Constitutional Law there are the right to cultural autonomy and other collective rights including the freedom from discrimination, the right to physical existence, the right to identity, the right to culture, the right to religion, the right to public and private use of writing, the right to education, the right to equal participation in public affairs, such as the right to political and economic freedoms in the social sphere, and access to the media in the area of education and cultural questions in general, the right to decide which ethnic or national community or minority the citizen wants to belong.

In Chapter IV of the Constitutional Act the right to proportional participation in representative and other bodies is determined and stated. Any minority of 8% of the population has the right to be represented in the Sabor proportionately to its participation in the total number of the population. A minority with less than 8% could have 5 representatives in the Sabor. The Constitutional Act provides for a special law to regulate the participation of the minorities in other bodies of the state.

Chapter V determines the right of the Serbian minority to political autonomy. This right to political autonomy exists in the administrative districts (districts with special status) in which Serbs are in the majority according to the 1981 census. The Constitutional Law determines two such districts: one is the district of Knin comprising the counties of Knin, Obrovac, Benkovac, Gračac, Titova Korenica and Donji Lapac. The other is the district of Glina with the counties Glina, Vrginmost, Hrvatska Kostajnica, Dvor na Uni and Vojnić (art.

22). The right to political autonomy of the Serbian minority includes the right to its own legislative, executive and judicial bodies in these two districts.

The Constitutional Act provides for two kinds of supervision to enforce its provisions. Chapter VII of the Constitutional Act provides for international supervision and cooperation to enforce its provisions in the districts with special status. This control is to be done by an international body founded on the basis of the international agreements which the Republic of Croatia will make with interested countries. This body will give reports and recommendations. In case there is a dispute over the execution of the recommendations, the responsible body is the Court of Human Rights. This Court is also an international body established by the agreement of the states created on the territory of former Yugoslavia (Chapter VIII - Court protection). However, the Constitutional Act does not determine the composition of the Court. Article 60, sec. 1 determines its jurisdiction *ratione materiae* and *ratione personae*. In accordance with this provision the Court is responsible for the matters in the area of human rights and freedoms, and the rights of ethnic and national communities or minorities which are granted by the Constitution, by international agreements which bind the Republic of Croatia, and by the Constitutional Act and other laws in Republic of Croatia. Every Croatian citizen can file a petition to this Court under the condition that he/she exhausted all possible other internal legal remedies. Sec. 2 of the same article of the Constitutional Act provides for the founding of a Temporary Court for Human Rights during the period before the Court for Human Rights has been constituted. The Temporary Court would consist of a president and four members. The President and two members are chosen by the Presidency of the European Community from among the citizens of its own members, and the other two members are elected by the Sabor of the Republic of Croatia from among its own citizens. Finally, there is a special provision of the Constitutional Act by which the district with special status can file a constitutional petition to the Constitutional Court of the Republic of Croatia if, by the act of the government, the freedoms and rights guaranteed by this law have been breached.

Regarding the provisions on human rights and minority rights in the basic legal acts of the Republic of Croatia we can conclude, at least, the following. First, the list of human rights in the Constitution does not contain some recognized rights, for example, the right against slavery or servitude, the right to recognition as a person before the law, and the right to a name. Second, some rights contained in the Constitution are insufficiently determined. For example, in article 50, sec. 1 of the Constitution which protects property against confiscation without compensation, there is no provision against confiscation of property without due process of law. Third, the inclusion of social rights in the Constitution is controversial considering the process of transition to a market economy in Croatia.<sup>29</sup> Fourth, the enforcement of those provisions of the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic

---

<sup>29</sup>For arguments pro and con social rights in new constitutions of east and central European states, see, generally: Cass Sunstein, *Something Old, Something New*, *East European Constitutional Review*, 1 (Spring 1992), pp. 18-21; and *Against Positive Rights*, *East European Constitutional Review*, 2 (Winter 1993), pp. 35-38; Herman Schwartz, *In Defense of Aiming High*, *East European Constitutional Review*, 1 (Fall 1992), pp. 25-28.

and National Communities or Minorities Groups, which grant political autonomy to the Serbian minority in Croatia on the territory in which it constitutes a majority, is questionable. One has to say that the Croatian authorities did not originally intend to have the Constitutional Act. When it had to be passed, they presented the Constitutional Act as “the passport to Europe”, as something that “Europe wanted from us in order to recognize us.” And recently, after the successful military-police action, “the Storm”, they suspended those provisions of the Constitutional Act dealing with political autonomy of the Serbian minority.<sup>30</sup>

The criticism should also be made of the provisions on the limitations of human rights. First, the general clause about the limitation of human rights contained in article 16 of the Constitution is not necessary because the separate articles of the Constitution regulating specific rights also mention reasons for their limitations. Moreover, this clause introduces an unnecessary confusion since, taken literally, it suggests that the reasons for specific limitations are also applicable to other provisions of the Constitution such as the one determining the freedom from torture. Second, there is a smaller number of human rights in the Constitution that cannot be derogated, either in time of war, direct danger to the independence and unity of Croatia or in a major natural disaster, than we find in the International Covenant on Civil and Political Rights. Also, in the Constitution these rights are not the same as those in the International Covenant or in the European Convention. Third, during the adoption of the Constitution the opportunity was not taken to introduce some improvements for the protection of human rights as suggested in the literature on that subject. For example, although according to the international documents on human rights, the right to file petition to the state organs is not one of the rights not to be derogated during war time or during other public dangers, it would be correct to establish it as such because of its importance. The same is true for minimal rights in the criminal procedure since they are of, at least, equal importance as the freedom from retroactive criminal laws.

Finally, serious criticism can be leveled against the failure to enact some mechanisms to protect human rights and minority rights and to inactivity of others. First, the Court for Human Rights, i.e. the Temporary Court for Human Rights, as provided for by the Constitutional Act on the Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups unfortunately has not been constituted yet, and it is uncertain whether it will be constituted at all. Second, some of the provided for and constituted mechanisms are under the direct influence of the ruling party and are hardly active at all (the Commissioner for the Citizens' Rights). The exception is the Constitutional Court of the Republic of Croatia which has been active in the protection of human rights and minority rights from the time it was established.

---

<sup>30</sup>Constitutional Act on Temporary Suspension of Some Provisions of the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups in the Republic of Croatia, *Narodne novine*, No. 68/95.

## V. *The Constitutional Court of the Republic of Croatia and Its Activity in the Protection of Human Rights and Minority Rights*

In the last part of this article we will describe the structural aspects of the Constitutional Court of the Republic of Croatia and discuss some of its important decisions on human rights in the period between 1990 and 1994.

The Constitutional Court of the Republic of Croatia has been created by the Constitution. Chapter V of the Constitution determines the composition of the Constitutional Court, the appointment of judges, the term of office, immunity, the removal from office and the jurisdiction of the Constitutional Court. The Constitutional Court consists of 11 judges appointed by the House of Representatives on the suggestion of the Senate for the period of eight years. The judges are selected from among the distinguished judges, state attorneys, lawyers and university professors of law. The president of the Constitutional Court is appointed by the Constitutional Court for a period of 4 years by the majority of votes of all the judges. While performing their judicial duty, the judges of the Constitutional Court cannot perform any other professional or public duty. A judge can be removed from office before his mandate is over on his own request, or if he is convicted to imprisonment, or if he completely loses the ability to perform his duty.

The jurisdiction of the Constitutional Court is the following: to decide on the conformity of laws with the Constitution; to decide on the conformity of other regulations with the Constitution and laws; to protect the constitutional freedoms and rights of citizens; to resolve jurisdictional disputes among the legislative, executive and judicial branches; to decide about the responsibility of the president of the Republic; to supervise the constitutionality of the program and the activity of the political parties whose activity it can ban. The Court watches over the constitutionality and legality of elections and republic referenda, and it solves electoral disputes which do not fall within the jurisdiction of other courts; and it conducts other duties determined by the Constitution.

For the purpose of this article, special importance is given to the jurisdiction of the Constitutional Court in regard to the protection of human rights and minority rights. Article 28, sec. 1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court says that citizens can directly file a constitutional petition to the Constitutional Court if they consider that an act of some judicial, administrative or other body with public authority contains a breach of some of the constitutionally guaranteed freedoms and rights.<sup>31</sup>

The procedure of the Constitutional Court concerning a constitutional petition is determined by its Rules of Procedure.<sup>32</sup> Some formal presuppositions have to be fulfilled in order for the Constitutional Court to take the petition under consideration. First, the constitutional petition can be filed only after all other legal means have been exhausted. Furthermore, there is a prescribed form in which the petition must be filed. According to article 51, sec. 2 of the Rules of Procedure, the constitutional petition has to have the first and last name of

<sup>31</sup>Constitutional Act on the Constitutional Court, *Narodne novine*, No. 13/91.

<sup>32</sup>Rules of Procedure of the Constitutional Court, *Narodne novine*, No. 29/94.

the petitioner, his/her residence, i.e. the address or the firm of the petitioner, first and last name of his/her counsel, code number of the act in which some right or freedom has been breached, number of the article of the Constitution which has been breached, cause of the petition, evidence that all legal means have been used and that the petition was filed within the time-limit, and has the signature of the petitioner. Additionally, one has to file the original act under dispute or its copy. Finally, the time-limit for filing a constitutional petition is preclusive in nature; the petition has to be filed within a period of one month after the alleged violation.

If the petitioner has fulfilled all these conditions for filing the petition, the proceeding before the Constitutional Court begins (taking into consideration the possibility that the petitioner can be summoned by the reporter of the Court in order to complete or correct the constitutional petition within a certain time-limit, if the petition is not clear, i.e. if it cannot be established on the basis of data and documents which act is being disputed, or if the petition was not signed). The proceeding is conducted by the judge with the help of an adviser according to the working timetable. The result of the proceeding has to be the possibility of the Constitutional Court to make a decision in merit. The decision regarding the constitutional petition is made by a panel of three judges and their decision has to be unanimous. If the panel, in the process of deliberation, does not achieve unanimity, or if the panel considers that there are reasons for the case to be brought to the plenary session of the Constitutional Court, then the constitutional petition is considered at the plenary session of the Constitutional Court.

The Constitutional Court will decide about the constitutional petition either by reaching a decision or by issuing an order. By issuing an order, the petition is dismissed because it is not brought within a time-limit, or if it is incomplete, unclear or inadmissible. The petition is considered inadmissible if all legal means have not been used, e.g. if the applicant in the previous proceedings did not use permissible legal means, or if the petition was filed by an unauthorized person. By reaching a decision, the petition is accepted as valid or rejected as unfounded, which means that the Constitutional Court presents the decision on the merits. In principle the Constitutional Court has the right to investigate only the violation of those fundamental rights and freedoms which the petitioner indicated in its petition, but in practice the Court investigates those violations which are obviously related to the real causes of petition regardless of the number of the article alleged in the petition.

The Constitutional Court with its decision annuls, partly or completely, the disputed act. It has the power to completely or partly annul another act if under investigation the Court has found that this act also breached some of the fundamental rights and freedoms of citizens. The Constitutional Court can also reject the petition as unfounded if it establishes that there are no causes why the act should be disputed. In the reasoning part of its decision the Constitutional Court has to state which portion of the statement of petition is of decisive importance, and also which constitutional right or freedom was violated, and what the content of the violation is. The decision of the Constitutional Court is binding on the governmental organ whose act has been annulled and that organ is obligated to bring forward another act. The governmental organ is

also bound by the holding of the Constitutional Court regarding any violation of the constitutionally guaranteed freedoms and rights of the petitioner.

The decisions of the Constitutional Court are final and obligatory and they have to be implemented, put into effect. Thus, the government is obligated to implement the decisions of the Constitutional Court. However there are no established legal sanctions if the decisions of the Constitutional Court are not put into effect by the government.

In the period between 1990 and 1994, the Constitutional Court resolved 1698 cases, 869 of which dealt with the protection of human rights and minority rights.<sup>33</sup> Among the decisions of the Constitutional Court regarding the protection of human rights and minority rights, special attention will be given to the following decisions: the acquisition of Croatian citizenship; evictions; imposition of taxes on the weekly magazine the Feral Tribune; and the derogation of human rights by the decrees of the president of the Republic. These cases have burdened Croatia and they were the cause of the criticisms of its authorities by the international community.

### *Acquisition of Croatian citizenship*

With the disintegration of the Yugoslav federation and the creation of new states on its territory, the problem of the acquisition of citizenship was created for the persons who lived and worked for a long time on the territory of one of the ex-federation members and carried a citizenship of some other member. Such persons were treated as foreigners in Croatia, but they could obtain Croatian citizenship by naturalization. According to the Act on Croatian Citizenship adopted in 1991 and changed and amended in 1992, one acquires Croatian citizenship by naturalization on the basis of making a formal request to be accepted as a Croatian citizen. According to article 8, sec. 1 of the Act the applicant is required to fulfill the following presuppositions: to be eighteen years of age and to possess the capacity to act; to have secured a formal renunciation of foreign citizenship or to state that the renunciation will be granted if one is accepted as a Croatian citizen; to have spent at least five years continuously on the territory of the Republic of Croatia; to know the Croatian language and the Latin alphabet; that by one's conduct it can be determined that one obeys the Croatian legal system and that one accepts Croatian customs and culture. According to the Act, the Ministry of Internal Affairs is responsible for the evaluation and approval of the requests.

However, the Act did not establish a time-limit within which the requests for Croatian citizenship have to be approved. In practice this had the consequence that proceedings for granting the requests lasted a long time. The problem was further aggravated because Croatian citizenship was a precondition for the realization of other rights, such as the right to a pension or the right to vote. Also article 26, sec. 3 of the Act did not require that the decisions of the Ministry of Internal Affairs regarding Croatian citizenship need contain any explanation. In practice this often meant that the applicant who received a

---

<sup>33</sup>See Jadranko Crnić, *Vladavina Ustava ili kako pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske: zaštita slobode i prava čovjeka i građanina* (Informator: Zagreb, 1994), p. 10.

negative decision did not know which of the legally provided presuppositions he/she did not fulfill and did not know what to state as the cause for further legal action. Finally, an applicant who was refused did not have a right to file a complaint against the negative decision of the Ministry of Internal Affairs, but he could challenge the decision before the Administrative Court. According to unofficial sources, the Ministry of Internal Affairs issued 10000 negative decisions during 1992 and 1993.

The Constitutional Court, in reviewing the constitutionality of the Act on Croatian Citizenship, during its plenary session of December 8, 1993, decided that the article of the Act which did not require the Ministry of Internal Affairs to state the cause of its negative decision was annulled.<sup>34</sup> The Constitutional Court stated this provision of the article was both illegal and against the right of citizens to undertake efficient legal remedy. The individual acts of administrative authorities must have an explanation. However, the Constitutional Court in its decision did not examine content of the right to citizenship and did not take into consideration the viewpoint of the Arbitration Commission of the Hague conference on Yugoslavia, according to which the Republic of Croatia has the obligation to ensure that minority and ethnic groups have the "right to choose their citizenship", thus conceding to the Croatian legislature the power to decide on the question of citizenship according to its own will.

### **Evictions**

Evictions of persons from their apartments and homes started in Croatia in the Fall of 1991 and have been going on for three full years.<sup>35</sup> These cases of evictions can be divided into two characteristic groups. In the first group are evictions resulting from an act of pure violence, cases in which the legal tenants or owners of the house or the apartment were thrown out by aggressive individuals. In the other group are evictions by administrative authorities, cases in which the administrative authorities instituted and conducted summary administrative proceedings against persons not considered to be the real legal tenants. In this second group are the tenants who were in the apartments belonging to the former Yugoslav Peoples Army on the basis of leases made in the period between 24th July and August 8th, 1991 which were held legally invalid by the Croatian authorities since they were made contrary to the regulation of the Croatian government imposing a ban on the disposal of any property of the Yugoslav Peoples Army. The total number of evictions ranges from 500, according to official sources, to 50000, according to unofficial sources.

According to article 94 of the Act on Housing Relations persons living in apartments without legal grounds or other valid basis for their use, were to be accorded a summary administrative proceeding whose purpose was to provide a fast restitution, i.e. the eviction from the apartments of the persons illegally living in them. One of the legal consequences of this administrative proceeding was the inability to later dispute the validity of the legal ground itself. Although

<sup>34</sup>Decision of Constitutional Court No. U-I-206/1992, U-I-207/1992, U-I-209/1992, U-I-222/1992, December 8, 1993., *Narodne novine*, No. 113/93.

<sup>35</sup>See *Deložacije u Republici Hrvatskoj: pravni, etički i socijalni aspekti* (Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava: Zagreb, 1994).

this proceeding is appropriate for the legal protection in eviction cases from pure acts of violence, it is inappropriate in eviction cases in which the legal ground of the right to housing is disputable. This disputable legal ground was the real issue in evictions from the apartments belonging to the former Yugoslav Peoples Army.

Deciding on individual constitutional complaints that followed, the Constitutional Court postponed the enforcement of eviction acts of administrative authorities. At the same time the Constitutional Court instituted proceeding for a review of the constitutionality of article 94 of the Act on Housing Relations. In its decision, the Constitutional Court annulled this article as contrary to the principle of the rule of law, to the principle of the separation of powers, and to the principle of equality before the law and law courts and other governmental bodies with public authority as well as against the right to complain.<sup>36</sup>

### ***Taxing of the weekly magazine the Feral Tribune***

The Feral Tribune is a satirical and political weekly which is openly inimical to the present authorities and because of this it was pressured a number of times. The Ministry of Education and Culture issued an opinion on July 1, 1994 which obligated the weekly to pay sales taxes. The weekly instituted an administrative dispute against the Opinion of the Ministry and later filed a constitutional petition. The Administrative Court took the stand that the Opinion of a Ministry is not an administrative act and that it is not possible to institute administrative dispute against it. The Constitutional Court, after examining the constitutional petition, took the opposite view claiming that the Opinion is an administrative act and that it is possible to institute an administrative dispute against it. Since not all legal means were used in this case, the constitutional petition was dismissed.<sup>37</sup> Thus the Constitutional Court actually evaded the question of the freedom of the press and any investigation into the constitutionality of the provision of the law which may allow the introduction of sales taxes on the basis of the Opinion of the respective Ministry.<sup>38</sup>

### ***The derogation of human rights by the decrees of the President of the Republic***

The question of the derogation of human rights in Croatia was raised at the very beginning of its independence. Aggression against Croatia started after the declaration of its sovereignty and independence in the summer 1991. At the end of that year, the President of the Republic made a number of decrees among which were those on the derogation of some human rights. As an illustration of these President's decrees, we give the following example.

---

<sup>36</sup>Order of Constitutional Court No. U-I-892/1994, November 14, 1994, *Narodne novine*, No. 83/1994.

<sup>37</sup>Order of Constitutional Court No. U-III-702/1994, October 12, 1994, *Narodne novine*, No. 73/94.

<sup>38</sup>However, following strong international pressure, the Constitutional Court finely ruled against the Opinion of the Ministry of Education and Culture, and the government was ordered to reimburse the collected taxes to *Feral Tribune*. (See Decision of Constitutional Court No. U-III-180/1995, March 22, 1995, *Narodne novine*, No. 21/1995.)



According to the Decree on Public Gatherings during the Time of War or Direct Danger to the Independence and Unity of the Republic of Croatia, officials received the power to detain without warrant a person endangering public peace and order, or if it was necessary for security reasons "for the longest period of 6 days or until there are good reasons for such action" (art. 2). The officials also received the power to search a person during detention or arrest (art. 3) but without a search warrant or without the presence of the witnesses. They also were given the power, without a warrant, to enter somebody's home, i.e. working premises, when this was necessary to protect the personal security of certain persons, to protect certain objects or other reasons of general security (art. 4).

President's decrees caused a number of criticisms.<sup>39</sup> The Constitutional Court was presented with petitions to review their constitutionality. They were presented for the review on the basis of two arguments: first, that the decrees of the President of the Republic were in disagreement with the Constitution since they were not preceded by a declaration of the war or a declaration of the immediate threat to the independence or unity of Croatia, and, second, that the President is not authorized to proclaim decrees derogating human rights guaranteed by the Constitution and that the Sabor, which regularly convened when these decrees were proclaimed, is exclusively authorized for this.

The Constitutional Court at its plenary session of June 24th, 1992 issued the order which terminated the proceeding reviewing the constitutionality of those decrees which became invalid in the meantime, and dismissed the action of petitioners attempting to institute the proceeding for review of the constitutionality of other decrees.<sup>40</sup> Replying to the first statement that the President's decrees are unconstitutional, the Constitutional Court claimed that on the basis of the article 101 of the Constitution, "the President of the Republic independently decides that the circumstances have arisen which threaten the independence and unity of the Republic of Croatia", and that "the Constitution does not say that these special circumstances have to be previously established by a separate decision". Answering the second statement of the petitioners that the President is not authorized to make decrees to derogate human rights guaranteed in the Constitution, the Constitutional Court answered that on the basis of the article 101, sec. 1 of the Constitution, the President of the Republic is "authorized ... to pass legally valid decrees and to undertake emergency measures in the case of war or direct threat to the independence and unity of the Republic or when the governmental bodies are unable to regularly conduct constitutional duties". Also that on the basis of this article, sec. 2 of the Constitution, the President of the Republic "must give the decrees to be confirmed by the Sabor as soon as the Sabor can convene." The Constitutional Court holds the opinion that the President's power to pass legally valid decrees in the state of emergency is "not limited by anything and that he has constitutional power to made decrees in all segments which are in the legislative domain of the Sabor of the Republic of Croatia." The Constitutional Court

---

<sup>39</sup>See, e.g., Berislav Pavišić, Kaznena sudbena vlast u izvednim prilikama, *Naša zakonitost* 45 (11-12/1991), pp. 1304-36.

<sup>40</sup>Order of Constitutional Court No. U-I-179/1991, June 24, 1992, *Narodne novine*, No. 49/92.

concludes that, by proclaiming the decrees which derogate human rights, the President of the Republic "did not violate the provisions of the article 17 of the Constitution since the constitutional presuppositions were fulfilled for the decrees to be proclaimed."

The reasoning of the Constitutional Court is completely unacceptable.<sup>41</sup> It is in conflict with article 17, sec. 7 of the Constitution in which it is stated that the derogation of certain freedoms and rights guaranteed by the Constitution in war times or when there is a direct threat to the independence and unity of the Republic, or during major natural disasters, "are decided upon by the Sabor of the Republic by a two-thirds majority of the representatives, and if Sabor cannot convene, then the president of the Republic can make a decision". The Sabor obviously could convene since it was in session during the proclamation of the decrees by the President of the Republic. The reasoning of the Constitutional Court that in order for the human rights to be derogated it is not necessary to previously declare a state of emergency is also in contradiction with article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Considering that the Constitutional Court in the previous period made decisions concerning human rights and minority rights as was expected from this organ, it is difficult to believe that this order is the result only of enormous political deference to the President and his powers and responsibilities in the state of emergency. All things considered, it is very likely that the judges could not envision all the dimensions of the problem widely discussed in the theoretical literature on human rights.

It might sound strange that contemporary theoretical discussions on human rights and minority rights have not left any trace in the Croatian legal profession and legal science. However, the informed observer has the impression that the greatest number of Croatian legal experts and scientists have not read more than one or two theoretical law books after their student textbook reading of legal theory, including those books from their special discipline within the domain of the law. Thus, it is not surprising that the theoretical understanding of human rights and minority rights is largely alien and unknown to the greatest number of Croatian academic lawyers. Nowadays in Western Europe and the United States this understanding has the central position not only in legal theory but in almost every other legal discipline. Such legal experts, twenty or thirty years ago, were normally present in the North American law schools, but they were absent from the picture cherished by the professors in the European law schools. Today, such non-theoretically minded teachers are a rarity in the North American universities, and it seems that they are more prevalent in the European universities.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup>See Miomir Matulović, *Arbitrary Detention of Croatian Human Rights Laws*, *Balkan WarReport* June/July 1993, No. 20, pp. 19-20.

<sup>42</sup>See Ivan Padjen and Miomir Matulović, Editorial, *Croatian Critical Law Review* 1 (1-2) 1996), (forthcoming).

## **VI Conclusion**

We are of the opinion that at the present moment the main tasks in the protection of human and minority rights in Croatia are the following. First, it is necessary to further adjust the provisions of the basic legal acts on human rights and minority rights of the Republic of Croatia to be in closer conformity with the provisions in the international documents. Second, it is necessary to implement as soon as possible those protective mechanisms which have not yet been activated or have not yet been founded (e.g. Court of Human Rights, that is, the Temporary Court of Human Rights). Third, it is necessary to develop a theoretical approach to the interpretation and application of the basic legal acts on human and minority rights, in the same manner as this is done in the European Court of Human Rights. Fourth, it is necessary to establish, develop and widely spread a convincing culture of human rights and minority rights. For the realization of all of this, the co-operation between Croatia and the international community is necessary.

### **Summary**

#### **PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND MINORITY RIGHTS IN CROATIA**

In this article our starting point is that one should approach the question of the protection of human rights and minority rights from the theoretical point of view. In the first part of the article we indicate three main questions within the theory of human rights and minority rights: the questions of justification, content and conflict. These questions are formulated and discussed by one of the authors in a more comprehensive work. They present the theoretical framework for the rest of the discussion in this article. The second part of the article deals with conflicts involving the right to self-determination of the Croatian people and the international recognition of the Republic of Croatia. We specifically examine the conflict between the rights to self-determination of the Croatian people, on the one hand, and those same rights as applied to minorities living within the Republic of Croatia, on the other. In the third part we discuss human rights and minority rights as stated in the basic legal acts of the Republic of Croatia, i.e. in the Constitution and the Constitutional Act on Human Rights and Freedoms and the Rights of Ethnic and National Communities or Minorities Groups. In that part of the article we list the human rights and minority rights contained in those acts, and we present the reasons for their limitation and the mechanisms for their protection. The fourth part deals with one of the rare active mechanisms for the protection of human rights and minority rights in Croatia, the Constitutional Court. In that part of the article we describe the Court, and we discuss its jurisdiction and litigation with respect to fundamental rights and freedoms. We also discuss some of its important decisions. In the conclusion we talk about the main tasks for the protection of human rights and minority rights in Croatia as we see them.

In this article we do not intend to give a complete overview of the state

of the protection of human rights and minority rights in Croatia. We primarily discuss the manner in which human rights and minority rights have been guaranteed and regulated in the basic legal acts in Croatia, and we discuss how those rights have been carried out in the Constitutional Court. We do not say anything about the effectuation and the enforcement of such rights by the legislative, executive and judicial authorities, although something can be concluded about this from the presentation of the mechanisms provided for their protection, as well as from the discussion of the decisions of the Constitutional Court. We do not talk about the implementation of humanitarian law in Croatia. Finally, we do not pass judgment on the state of the protection of human rights and minority rights in Croatia. Such judgment would heavily depend on which countries were taken for comparison: whether the underdeveloped countries of the Third World, countries from Eastern and Central Europe, or the countries with western constitutional democracy (the USA and the countries of the Western Europe). We are limited by space and cannot venture into such comparisons, we leave all of that for some other occasion.

*Key words: human rights, minority rights, Croatia.*

## Zusammenfassung

### SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE UND RECHTE DER MINDERHEITEN IN KROATIEN

In diesem Aufsatz wird von der allgemeinen Feststellung ausgegangen, daß die Fragen der Menschenrechte und Rechte der Minderheiten von einem theoretischen Standpunkt aus behandelt werden müssen. Im ersten Teil des Artikels werden drei wesentliche Fragen der Theorie der Menschen- und Minderheitsrechte angeschnitten, Fragen der Rechtfertigung, Analyse und Konflikte der Menschenrechte, die bereits von einem der Autoren in einem größeren Artikel formuliert und systematisch diskutiert worden sind. Diese Fragen dienen als theoretischer Rahmen für die Diskussion des weiteren Artikels. Im zweiten Teil wird die Selbstbestimmung des kroatischen Volkes und die internationale Anerkennung der Republik Kroatien in den Kategorien des Konflikts von Selbstbestimmungsrecht des kroatischen Volkes und desselben Rechts der Minderheiten innerhalb Kroatiens diskutiert. Im dritten Teil des Ausatzes werden die Menschen- und Minderheitsrechte in den grundlegenden Rechtsakta der Republik Kroatien, der Verfassung der Republik Kroatien und im Verfassungsgesetz über die Menschenrechte und Freiheitsrechte und über die Rechte der ethnischen und nationalen Gemeinschaften oder Minderheiten in der Republik Kroatien diskutiert. In diesem Teil wird eine Liste der Menschen- und Minderheitsrechte, die diese Akta enthalten dargelegt, sowie die Gründe für ihre Einschränkung und die vorhergesehenen Mechanismen zu ihrem Schutz. Im vierten Teil wird über einen der seltenen aktiven Mechanismen zum Schutz der Menschen- und Minderheitsrechte in Kroatien diskutiert, über das Verfassungsgericht der Republik Kroatien. In diesem Teil werden dessen Organisation, Kompetenz und Vorgehen bei einer Verfassungsklage zum Schutz der verfassungsmäßigen Freiheits- und Menschen- und Bürgerrechte sowie einige

seiner wichtigen Entscheidungen aufgezeigt. Als Schlußfolgerung werden die Hauptaufgaben zum Schutz der Menschen- und Minderheitenrechte in der Republik Kroatien - aus der Sicht der Autoren - angeführt.

In diesem Ausatz wird keine ausführliche Darstellung der Situation des Menschen- und Minderheitenschutzes in Kroatien gegeben. In ihm wird vor allem über die Art diskutiert, in der Menschen- und Minderheitsrechte in den juristischen Grundakta der Republik Kroatien garantiert werden und wie diese Rechte vom Verfassungsgericht realisiert werden. Somit ist in diesem Ausatz nicht von der Realisierung dieser Rechte seitens der ausführenden und gerichtlichen Gewalt die Rede, wenn sich auch aus der Darstellung der vorhergesehenen Mechanismen zu ihrem Schutz sowie aus der Diskussion der Entscheidungen des Verfassungsgerichts einige Schlußfolgerungen ergeben. Auch ist in diesem Aufsatz nicht von der Erfüllung der Menschenrechte in Kroatien die Rede, noch wird eine Bewertung der Situation des Menschen- und Minderheitenschutzes in Kroatien vorgenommen. Solch eine Bewertung würde sehr davon abhängen, welche Länder zum Vergleich herangezogen würden, Länder der nicht entwickelten Dritten Welt, Länder Ost- und Mitteleuropas oder sogar Länder der westlichen verfassungsmäßigen Demokratien (USA und Länder Westeuropas). Wegen mangelnden Raumes wird sich auf einen solchen Vergleich nicht eingelassen, sondern er wird für eine andere Gelegenheit aufgespart.

*Stichworte: Menschenrechte, Minderheitenrechte, Kroatien.*

## LA NUOVA DISCIPLINA ITALIANA DELL'USURA

Dr. sc. Paolo Pittaro, Professore  
di Diritto penale nell'Università di Trieste

UDK: 343.536/343(094.5)(450)  
UR: 1. srpnja 1996.  
Prethodno priopćenje

### *Nove odredbe talijanskog prava o zelenaštvu*

*Zakonom br. 108 od 7. ožujka 1996. godine novelirano je kazneno djelo zelenaštva, i to izmjenom čl. 644 Kaznenog zakonika i uvođenjem novih odredbi kaznenog, građanskog i upravnog karaktera. Dok je ranije za kazneno djelo zelenaštva bilo potrebno okoristiti se stanjem nužde u kojem se žrtva nalazi (uz sve posljedice vezane uz namjeru i teškoće dokazivanja), dakle, s posebnim naglaskom na subjektivnom momentu, danas se, naprotiv, činjenično stanje temelji na potpuno objektivnoj osnovi, s naglaskom na elementu interesa ili zelenaške dobiti. Postojanje takve dobiti utvrđuje se automatizmom: kao prosjek kamata koje se određuju tromjesečno za slične transakcije uvećan za polovicu.*

*Riječ je o "bjanko kaznenom zakonu", koji upućuje na kamatne stope što se periodično objavljuju u "Gazzetti Ufficiale".*

*Zakon predviđa godinu dana za usklađivanje: u međuvremenu, privremena norma utvrđuje kao zelenaške kamatne stope nerazmjerne onima koje se koriste za slične transakcije, sa svim teškoćama koje nosi takva široka diskrecijska ovlast suca.*

**Ključne riječi:** zelenaštvo, kazneni zakonik, Italija.

**SOMMARIO:** 1. Premessa.- 2. Il delitto d'usura nella dizione originale dell'art. 644 cod. pen.- 3. L'usura impropria di cui all'art. 644 bis cod. pen., come introdotto nel 1992.- 4. La nuova dizione dell'art. 644 cod. pen.- 5. L'individuazione del tasso usurario.- 6. Il concetto di tasso medio per operazioni similari e sue conseguenze.- 7. Le circostanze aggravanti e la confisca.- 8. Norme complementari, civili e processuali.- 9. Il diritto transitorio.- 10. Cenni sulle norme di solidarietà.

1.- Recentemente, a Camere già sciolte per l'anticipata fine della legislatura ed in regime di *prorogatio*, è stata approvata la legge 7 marzo 1996, n. 108, recante "Disposizioni in tema di usura" (in *Gazzetta Ufficiale*, Supplemento Ordinario n. 44 del 9 marzo 1996).

La modifica legislativa era particolarmente attesa, posto che negli ultimi anni il fenomeno era venuto finalmente alla luce nelle sue dimensioni più imponenti ed allarmanti: innanzi tutto agli usurari erano costretti a rivolgersi coloro che non erano in grado di offrire garanzie patrimoniali per ottenere un

prestito bancario; in secondo luogo era emerso come esso fosse gestito dalla stessa criminalità organizzata, che, in tal modo, poteva impiegare gli ingenti fondi liquidi disponibili derivanti da reato e, d'altro verso, a fronte dell'impossibilità, da parte del debitore, a far fronte agli ingentissimi interessi usurari, impadronirsi di quote o dell'intera partecipazione di aziende commerciali, realizzando, così, una perfetta opera di riciclaggio di denaro sporco.

La legge in esame è alquanto complessa: ne risconteremo, pertanto gli essenziali profili penalistici, facendo solamente cenno agli istituti di diritto civile o amministrativo.

2. Il reato di usura, sconosciuto al codice Zanardelli del 1889, è stato introdotto dal codice penale del 1930 all'art. 644, nell'ambito dei "Delitti contro il patrimonio" (Libro II, Titolo XIII) e, in particolare del Capo II, dedicato ai "Delitti contro il patrimonio mediante frode".

In forza di tale disposizione, "chiunque (...), approfittando dello stato di bisogno di una persona, si fa da questa dare o promettere sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni".

Tre i caratteri distintivi di tale fattispecie. Primo: lo stato di bisogno, da intendersi non come stato di necessità (art. 54 c.p.) ovvero di assoluta indigenza, ma di difficoltà economico-finanziaria, tale da menomare la libera determinazione negoziale del soggetto. Secondo: la conoscenza, da parte dell'usuraio, di tale stato di bisogno dell'altro soggetto, ed il conseguente approfittamento dello stesso. Terzo: il carattere usurario degli interessi o dei vantaggi promessi o dati, rispetto alla concessione del denaro o di altra cosa mobile.

Tutti questi elementi presentavano, tuttavia, difficoltà nell'applicazione pratica ovvero nell'interpretazione. Sul primo punto, la giurisprudenza tendeva ad escludere lo stato di bisogno riprovevolmente procuratosi: ed esempio, per debiti di gioco, o per la (costosa) assuefazione a sostanze stupefacenti. Particolarmente ardua sul piano probatorio appariva la dimostrazione della conoscenza di siffatto stato di bisogno, specie a fronte della comprensibile ritrosia, vergogna o pudore, sul tema, da parte del soggetto richiedente. Infine, l'indeterminatezza pressoché totale del carattere "usurario" degli interessi, non identificabile secondo precisi parametri quantitativi e rimessa all'assoluta discrezionalità del giudice. Definirli "abnormi", ovvero "sproporzionati", come spesso concludeva la Cassazione, non risolveva certo il problema, ridotto ad un gioco di sinonimi, piuttosto che a sicure regole ermeneutiche.

L'art. 644 conteneva due ulteriori commi. In forza del capoverso veniva punita con le stesse pene dell'usura la c.d. "intermediazione usuraria", ovvero chi, al di fuori dei casi di concorso nel reato d'usura "procura ad una persona in stato di bisogno una somma di denaro o un'altra cosa mobile, facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, una compenso usurario". Si noti che il carattere usurario attiene alla mediazione e non al mutuo, che potrebbe ben essere in linea con le leggi del mercato.

Infine, il terzo comma prevedeva un aumento delle pene "da un terzo alla metà se i fatti di cui ai commi precedenti sono commessi nell'esercizio di una attività professionale o di intermediazione finanziaria".

3.- Nel 1992 venne introdotto nel codice penale (dall'art. 11 *quinquies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 7 agosto 1992, n. 356) l'art. 644 *bis*, il quale veniva a disciplinare il delitto di usura "impropria".

In forza di tale disposizione, ed al di fuori dei casi previsti dal citato art. 644 c.p., veniva punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da quattro a venti milioni di lire chiunque "approfittando delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria di persona che svolge una attività imprenditoriale o professionale, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurari".

Il secondo comma riproduceva il concetto della intermediazione usuraria, estendendola all'usura impropria, mentre il terzo comma richiamava l'omologa disposizione dell'art. 644.

Seppur con una incomprensibile pena minore (che faceva slittare la competenza dal Tribunale al Pretore), l'art. 644 *bis* compiva un passo avanti: per quanto riguardava le attività imprenditoriali e professionali veniva a sganciare il delitto dal citato "stato di bisogno" e sanzionando così l'attività usuraria sulla semplice base degli interessi usurari dati o promessi. Veniva, in tal modo, privilegiata la tutela dell'attività lavorativa, non rilevando più la fonte dello stato di bisogno, che troppo spesso, in via processuale, trasformava la parte lesa quasi in imputato, sottoposto ad interrogatorio sull'uso dei suoi beni e, quindi, sulle cause di quella sua particolare difficoltà economica.

5.- Con l'art. 1 della legge n. 108 del 1996 il delitto di usura è stato totalmente ristrutturato ed è ora contemplato globalmente nella nuova dizione dell'art. 644, in quanto l'art. 644 *bis* è stato abrogato.

I primi due commi delineano il fondamento dell'istituto. In forza del primo comma, "chiunque, fuori dai casi previsti dall'art. 643 [trattasi del delitto di "Circonvenzione di persone incapaci"] si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni".

Al di là dell'aumento delle sanzioni, deve sottolinearsi la scomparsa dello stato di bisogno e del necessario approfittamento dello stesso, e come sia stato allargato il concetto della prestazione, in quanto, accanto al denaro, l'"altra cosa mobile" è divenuta "altra utilità", in una accezione che comprende qualsiasi *quid* economicamente significativo, a partire dai beni immobili, dalle prestazioni personali o professionali, fino alla stipula di atti giuridici e via dicendo. E sulla medesima falsariga è strutturata la nuova mediazione usuraria, di cui al comma successivo: "alla medesima pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro o altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione un compenso usurario".

Già i primi due commi segnano un profondo mutamento di rotta: il delitto ha perduto il suo profilo "soggettivo", ovvero sia il riferimento ad un soggetto che trovasi in particolari condizioni, per acquistare una connotazione meramente "oggettiva", cioè attinente alla correttezza del rapporto economico stesso, indipendentemente dalla situazione particolare in cui uno dei soggetti si possa



trovare. Il che ha i suoi innegabili riflessi sull'oggetto giuridico del reato, *id est* il bene giuridico tutelato, che viene ora ad identificarsi con il regolare andamento dei rapporti economico-finanziari, che non può prescindere dalla correttezza dei rapporti contrattuali fra i singoli.

6.- Il nodo consisteva comunque nello stabilire la determinatezza del concetto di interessi "usurari". A tale proposito il terzo comma dell'art. 644 dispone che "la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari". Trattasi, dunque, di una *norma penale in bianco*, in quanto il precetto viene completato mediante il rinvio ad altra disposizione. Ebbene siffatta norma è riscontrabile nel quarto comma dell'art. 2 della stessa legge n. 108 del 1996, il quale stabilisce che "il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del Codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito dal tasso medio risultante dall'ultima rilevazione rilevata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 [trattasi di un tasso complesso relativo a tutta una serie di operazioni bancarie e finanziarie ufficiali] relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, *umentato della metà*."

Spetta, dunque, al Ministro del Tesoro, sentita la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rendere trimestralmente noto il tasso medio per le operazioni della stessa natura. E l'interesse usurario è quello superiore della metà di tale tasso medio. Così, per esempio, supponendo che, per una certa tipologia di operazioni bancarie, economiche e finanziarie, il tasso oscilli fra il 16 ed il 32%, essendo il tasso medio il 24%, saranno usurari gli interessi superiori al 36% (24+12).

Ma non basta. Il citato terzo comma dell'art. 644 c.p. continua stabilendo che "sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica e finanziaria".

Il delitto si perfeziona, pertanto, anche se gli interessi sono al di sotto del tasso medio, purché "sproporzionati" e quando il soggetto si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. Non si equivochi: la norma è di garanzia e non ha nulla a che vedere con la dizione precedente dell'art. 644 *bis*: infatti, non è previsto l'approffittamento di tale condizione di disagio economico. La nuova normativa, lo si ripete, è del tutto oggettiva ed il riferimento ora citato allude a quelle particolari situazioni di mancanza di liquidità, che spesso, e per le più svariate ragioni, possono coinvolgere l'imprenditore.

Infine, il quarto comma del nuovo art. 644 stabilisce che "per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito". Trattasi di una disposizione quanto mai provvida, dettata dall'esperienza, in quanto spesso l'usuraio mascherava l'elevatezza della somma da pagare non a titolo di interessi, bensì sotto più vaghe formule attinenti a spese varie.

7.- Il quinto comma dell'art. 644 prevede che le pene previste per i fatti di cui ai primi due commi (usura ed intermediazione usuraria) sono aumentate da un terzo alla metà (trattasi, dunque, di aggravanti c.d. ad effetto speciale ai sensi dell'art. 63 c.p.) in cinque ipotesi.

A) Se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare: trattasi di persone che, da un lato, intrattengono un rapporto fiduciario con la vittima e che di conseguenza conoscono dettagliatamente le sue condizioni finanziarie. L'aumento di pena viene a colpire questa particolare (in)fedeltà privilegiata.

B) Se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni di quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari. Si tratta, usualmente, di atti giuridici di alienazione simulata di beni che mascherano un rapporto usurario o, nel peggiore dei casi, la classica modalità attraverso la quale la criminalità organizzata (e specialmente la mafia) riesce ad impadronirsi di imprese "pulite" al fine di mascherare attività criminali e riciclare denaro frutto di reato.

C) Se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno. Come ben si vede, la classica e necessaria situazione dell'abrogato art. 644 è ora contemplata come mera circostanza aggravante.

D) Se il reato è commesso in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale. Ancora una volta vengono protette in particolar modo le attività più produttive e quelle che potrebbero trovarsi in contingenti crisi di liquidità.

E) Se il reato è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione. Trattasi di persone potenzialmente pericolose e, di conseguenza, sotto particolare osservazione: impedir loro di vivere d'usura dovrebbe porsi come particolare deterrente per rimanere nella sfera dell'illecito.

In ultima istanza, le molteplici circostanze aggravanti fanno ritenere che difficilmente queste non possano ricorrere, cosicché il delitto di usura semplice dovrebbe riservarsi ormai a sparuti casi isolati.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 644 dispone che, nel caso di condanna, anche a seguito di "patteggiamento" (art. 444 del codice di procedura penale) per uno dei previsti delitti, "è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni".

La disposizione non è tecnicamente delle più felici, dovendo coordinarsi con le regole generali sulla misura di sicurezza della confisca di cui all'art. 240 c.p. Si basti sottolineare come, a differenza da quanto disposto dall'art. 240, l'art. 644 non stabilisca la confisca del "profitto" del delitto d'usura, ma di "somme, beni od utilità di pari valore": quindi non direttamente connessi al delitto d'usura. Il che permetterà di incidere più facilmente sul patrimonio dell'usurario, restando impregiudicato il diritto dell'offeso alla restituzione ed al risarcimento del danno.

8.- La legge 108 del 1996 contiene altre norme di carattere penale, processuale e civile di non poco conto.

Innanzitutto, l'art. 11 inserisce nel codice penale l'art. 644 *ter*, in forza del quale "la prescrizione del reato di usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale". La norma pone notevoli problemi

sistematici, posto che *ex art.* 158 c.p. la prescrizione decorre dal momento della consumazione del reato. Invero, se chiara appare la *ratio* della disposizione, tesa a spostare in avanti il momento prescrittivo, posto che difficilmente il reato viene denunciato al suo sorgere, i dubbi sistematici potrebbero essere risolti intendendo l'art. 11 della legge 108 del 1996 non come derogatoria del principio generale di cui all'art. 158 c.p., quanto nel senso di aver stabilito l'usura come reato *permanente* invece che istantaneo.

Parimenti, di deciso rilievo l'art. 7 della stessa legge che, allargando all'art. 644 i casi previsti dall'art. 32 *quater* c.p., estende al delitto d'usura l'applicabilità di quella particolare pena accessoria consistente nell'"incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione", ove il reato sia stato commesso in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa. In base all'art. 32 *ter* c.p. tale pena importa il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio e non può avere una durata inferiore ad un anno né superiore a tre anni.

Fra le disposizioni processuali, oltre alla competenza ormai devoluta completamente al Tribunale, rileviamo l'art. 8 comma 1, della legge che, modificando l'art. 266, comma 1, lettera f), del codice di procedura penale, inserisce l'usura nel novero dei reati in ordine ai quali è possibile l'attività di intercettazione telefonica; nonché il secondo comma dello stesso art. 8, che, inserendo il reato d'usura dell'elenco di cui all'art. 10 del decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172, in pratica consente di rinviare l'emissione di una misura cautelare (*id est*: la carcerazione preventiva), per poter proseguire più proficuamente le indagini.

Ed ancora, l'art. 10 della legge in oggetto ammette che nel giudizio penale per i reati di usura possono costituirsi parte civile anche le istituzioni di cui al successivo art. 15: in altri termini, le associazioni e le fondazioni ufficialmente riconosciute per la prevenzione del fenomeno dell'usura ed iscritte in un apposito elenco tenuto dal Ministro del Tesoro.

L'intervento appare inteso non tanto *ad adiuvandum* l'offeso dal reato, come del resto previsto dall'art. 91 del codice di procedura penale per i c.d. enti esponenziali, quanto come riconoscimento di un vero e proprio diritto a tali entità, anche se queste non abbiano sopportato un danno diretto dal reato, come previsto in linea di principio dall'art. 74 cod. proc. pen. Il che pone non pochi problemi di coordinamento, perché se tale disposizione deve intendersi come derogatoria rispetto a quelle esistenti, le citate associazioni e fondazioni potranno costituirsi parte civile senza il consenso, o in aperto dissenso, con la persona offesa dal reato.

Infine, l'art. 4 della legge n. 108 del 1996 ha modificato radicalmente l'art. 1815, comma 2, del codice civile, il quale disponeva che "se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi sono dovuti solo nella misura legale". Ora, invece, "se sono dovuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi". Potremmo, di conseguenza, affermare che la pattuizione usuraria, al di là del profilo penale, presenta ora anche vere e proprie sanzioni di carattere civilistico.

9.- Non possiamo trascurare alcune disposizioni di diritto transitorio. Già si è visto che il tasso usurario verrà individuato mediante pubblicazione trimestrale

sulla *Gazzetta Ufficiale* del tasso medio relativo alle operazioni similari. Il che comporta, ai sensi del art. 3 della suddetta legge n. 108 del 1996, che dovranno prima venir individuate, e pubblicate in *Gazzetta* entro 180 giorni, la classificazione per categorie delle operazioni omogenee. Successivamente è previsto un ulteriore termine, di pari durata, per la rilevazione, e la relativa pubblicazione, del primo tasso medio.

Nel frattempo, il medesimo articolo dispone che "è punito a norma dell'art. 644, primo comma del codice penale chiunque (...) si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, da soggetto in condizioni di difficoltà economica o finanziaria, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e ai tassi praticati per operazioni similari dal sistema bancario e finanziario risultano sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità. Alla stessa pena soggiace chi, fuori dei casi di concorso nel delitto previsto dall'art. 644, primo comma, del codice penale, procura a un soggetto che si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria una somma di denaro o altra utilità facendo dare o promettere, a se o ad altri, per la mediazione, un compenso che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto, risulta sproporzionato rispetto all'opera di mediazione".

In assenza di un preciso tasso, la norma appare, e non poteva essere altrimenti, generale e discrezionale, con tutti i difetti e le perplessità che tali caratteri presentano.

Dobbiamo, in ogni modo, rimarcare che trattasi di una norma *temporanea* e, come tale, disciplinata, in ordine all'istituto della successione delle leggi penali nel tempo, dall'art. 2, comma quarto, cod. pen., in forza del quale, in poche parole, vale il principio *tempus regit actum*. Pertanto, se la legge successiva (quella che, per intenderci, conterrà il preciso tasso di usura), sarà più favorevole al reo, essa non potrà applicarsi retroattivamente seguendo i principi generali dell'art. 2, commi 2 e 3, cod. pen. E lo stesso avverrà per le successive rilevazioni trimestrali, che verranno a colmare la legge penale in bianco di cui all'art. 644, comma terzo, c.p. Il complesso disposto darà vita a tutta una serie di norme temporanee in vigore per un trimestre, che disciplineranno i fatti avvenuti durante la loro vigenza, indipendentemente da quanto sarà previsto dalla normazione successiva. In altri termini, se la rilevazione trimestrale successiva eleverà il tasso l'usura, non per questo il fatto commesso all'epoca della rilevazione precedente, che ne contemplava uno minore, cesserà a costituire reato con la relativa sanzione.

10.- La legge 7 marzo 1996, n. 108, prevede, infine, alcune disposizioni, che potremmo definire di *solidarietà*, sulle quali non possiamo soffermarci in questa sede. Ci basti ricordare gli articoli 12 e seguenti, che ristrutturano il "Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive" (decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172, e successive modificazioni); istituiscono il "Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura" (con il compito di erogare alle vittime dell'usura mutui senza interesse); istituiscono il "Fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura" (al fine di erogare contributi speciali ai soggetti più esposti al rischio dell'usura attraverso fondi speciali di categoria denominati "Confidi"); istituiscono presso il Ministero del Tesoro un apposito "Albo per l'esercizio dell'attività di mediazione

creditizia"; disciplinano ipotesi particolari di sospensione e cancellazione del protesto e di riabilitazione del debitore protestato (per rendergli più agevole l'accesso al normale credito bancario).

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

### • *Sulla vecchia disciplina:*

1. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I*, 11° edizione, p. 342 s.
2. D'AMBROSIO V., *Le usure*, in *Codice penale*, a cura di Bricola F. e Zagrebelsky V., vol. VI, 2° edizione, Torino, 1996, p. 289 ss.;
3. DE FRANCESCO G.V., sub art. 644, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi A. - Stella F. - Zuccalà G., 2° edizione, p. 1514 ss.;
4. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale, vol. II, tomo II*, Bologna, 1992, p. 168 ss.;
5. GROSSO C.F., voce *Usura (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 1142 ss.;
6. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 191 ss.;
7. MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, 5° edizione, Torino, 1984, p. 868 ss.;
8. VIOLANTE L., *Il delitto d'usura*, Milano, 1970;
9. VIOLANTE L., voce *Usura (delitto di)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XX, Torino, 1975, p. 381 ss.

### *Sulla nuova disciplina:*

10. AA. VV., *Legge antiusura*, in *Guida al diritto*, n. 12, 1996, p. 16 ss.
11. CAPERNA A. - LOTTI L., *La legge contro l'usura*, in *Il Sole-24 Ore Documenti*, 29 febbraio 1996;
12. IZZO F. - SOLOMBRINO M., *Le nuove norme sull'usura. Profili penali e civili*, Napoli, 1996;
13. TRICOMI L., *Nuova legge sull'usura: dopo le polemiche la normativa sul banco di prova*, in *Guida al diritto*, n. 11, 1996, p. 10.

## Summary

### NEW ITALIAN PROVISIONS ON USURY

By Act no. 108 of 7 March 1996, a crime of usury has been amended, both through amendment to Sect 644 of the Penal Code and through introduction of new provisions of penal, civil and administrative character. While previously the criminal act of usury required that the perpetrator had taken advantage of the state of necessity on the victim's side (with all the repercussions concerning the intent and the difficulties of proving), in other words, with a special emphasis on the subjective moment, today, on the other hand, the circumstances are based on a purely objective basis, with an emphasis on the element of interest or usurious profit. The existence of such profit is determined by an automatism: as an average interest calculated quarterly for similar transactions increased by one half.

The law in question is therefore a "blank penal law" which refers to the interest rates which are published from time to time in the "Gazzetta Ufficiale".

The law envisages a period of one year for the harmonization: in the meantime, a temporary provision determines that those interest rates shall be deemed usurious which are unproportional to those used in similar transactions, with all the difficulties brought about by such wide judiciary discretion.

*Key words: usury, penal code, Italy.*

## Zusammenfassung

### NEUE BESTIMMUNGEN DES ITALIENISCHEN RECHTS ÜBER DEN WUCHER

Durch das Gesetz 108 vom 7. März 1996 wurde die Straftat Wucher novelliert und zwar durch die Änderung des Art. 644 des Strafgesetzes und die Einführung neuer Bestimmungen straf-, zivil- und verfassungsrechtlichen Charakters. Während es früher notwendig war, sich für die Straftat Wucher der Notlage zu bedienen, in dem sich das Opfer befindet (mit allen Folgen, die mit der Absicht und Schwierigkeit des Beweises verbunden sind), d.h. der subjektive Moment besonders betont wurde, gründet sich heute dagegen der Tatbestand auf rein objektive Basis mit Betonung der Elemente Interesse und Gewinn. Das Bestehen solchen Gewinns wird automatisch festgestellt: als Durchschnittszinsen, die dreimonatlich für ähnliche Transaktionen erhoben werden, um die Hälfte erhöht.

Es handelt sich um ein „blanko Strafgesetz“, das auf die Zinssätze hinweist, die periodisch in der „Gazzetta Ufficiale“ veröffentlicht werden.

Das Gesetz sieht ein Jahr für die Angleichung vor: in der Zwischenzeit wird die vorübergehende Norm als Wucherzinssatz festgesetzt, nicht zu verwechseln mit denen, die für ähnliche Transaktionen benutzt werden, mit allen Problemen, die solch eine breite, schonende Befugnis des Richters mit sich bringt.

*Stichworte: Wucher, Strafgesetz, Italien.*



## MEĐUNARODNI ZLOČIN I KAZNA

### Razvoj pojma međunarodnog zločina u međunarodnom pravu

Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.4/341.48  
UR: 30. lipnja 1996.  
Pregledni članak

*Kaznena odgovornost pojedinca u međunarodnom pravu relativan je odmak od načela da se kažnjiva djela i kazne propisuju nacionalnim zakonima država. Međunarodno običajno pravo, a osobito ugovorni propisi donose obveze svojim strankama da pojedina djela moraju kvalificirati kao kažnjiva djela i predvidjeti za njih odgovarajuće kazne. Ne postupe li tako, države krše svoju međunarodnopravnu obvezu, a djela ostaju kažnjiva direktno po pravilima međunarodnoga prava. U međunarodnom je pravu prihvaćeno da se time ne krši načelo legaliteta.*

*Međunarodno kažnjavanje međunarodnih zločina do danas je bilo iznimka i do njega je došlo samo u četiri slučaja: suđenje ratnim zločincima poslije Drugog svjetskog rata u Nürnbergu i Tokiju, osnivanje Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju te Međunarodnog suda za Ruandu. Uskoro se očekuje i osnivanje stalnog međunarodnog kaznenog suda temeljem rada Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih naroda, što bi trebalo pridonijeti boljem poštivanju pravila međunarodnoga prava o osobnoj odgovornosti pojedinaca.*

*Ključne riječi: međunarodni zločin, međunarodni kazneni sud.*

Dušan Tadić ostat će zabilježen u povijesti međunarodnog prava kao prvi pojedinac kojemu sudi jedan međunarodni sudski forum za ratne zločine pola stoljeća nakon suđenja nacističkim ratnim zločincima u Nürnbergu. Suđenje Tadiću pred Međunarodnim sudom za ratne zločine na području bivše Jugoslavije za zločine počinjene uglavnom u općini Prijedor i zatvoreničkom logoru Omarska u vrijeme uspostavljanja srpske okupacijske vlasti tijekom 1991. i 1992. godine otpočelo je 8. svibnja 1996. godine. Optužnica tvrdi da je Tadić odgovoran za počinjenje ili sudjelovanje u izvršenju višestrukih ubojstava i zvjerskih mučenja nenaoružanih muslimanskih civila i zatvorenika "iz strateških ciljeva, ali i zbog čistog zadovoljstva".

#### A) Međunarodni zločin

Kaznena odgovornost pojedinca u svijesti je mnogih povezana isključivo s nacionalnim obilježjima: kažnjivost nekog djela određena je zakonom zemlje pred



čijim se organom vodi kazneni postupak. U pravilu, država ne kažnjava počinitelje kaznenih djela koja se takvima smatraju isključivo na temelju zakona neke druge države, ukoliko takvo djelo nije sankcionirano i nacionalnim zakonima te države. Takvo je postupanje u skladu s načelom legaliteta, odnosno, s načelom "*nullum crimen sine lege*".

Pojava pojma međunarodne odgovornosti pojedinca mijenja ta obilježja i podiže kaznenu odgovornost pojedinca na međunarodnopravnu razinu različitu od deliktne odgovornosti države. Već od najranijih dana razvitka naše civilizacije, a osobito od početka XIX. stoljeća javlja se težnja da se međunarodnopravno normiraju zločini koji ugrožavaju neke zajedničke vrijednosti i izazivaju snažnu reakciju međunarodne javnosti i želju za kažnjavanjem počinitelja, a koji su ili neprimjereno ili nedostatno uređeni nacionalnim pravom. Uvodi se pojam međunarodnog zločina.

Glavna su obilježja međunarodnog zločina da se radi o činu koji je izravno određen međunarodnim pravom kao zločin pojedinca i da obvezuje države da ga normiraju svojim zakonodavstvom i osiguraju kažnjavanje počinitelja. Međunarodno pravo, dakle, pojedincu upućuje izravnu zabranu da počini neko djelo, a državama nalaže da to djelo predvide kao kažnjivo svojim zakonima, te da kazne počinitelje.<sup>1</sup> Sasvim su iznimni do danas bili primjeri međunarodnog suđenja i kažnjavanja pojedinaca, unatoč činjenici što su to predviđale neke međunarodne konvencije.

Što ukoliko država propusti tu svoju dužnost? Prema općezastupljenom gledištu država snosi odgovornost za kršenje međunarodnopravne obveze, ali djelo ostaje kažnjivo izravno po propisima međunarodnog prava. Potvrdu takva gledišta nalazimo u međunarodnoj praksi: članak 15. Međunarodnog Pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine propisuje sljedeće:

"1. Nitko se ne smije osuditi za čine ili propuste koji nisu ni po domaćem ni po međunarodnom pravu bili kazneno djelo u doba počinjenja....

2. Ništa u ovom članku ne priječi da se sudi ili kazni bilo koja osoba za neki čin ili propust koji je u doba počinjenja bio kažnjivo djelo prema općim načelima prava priznatim od zajednice naroda."

Pravni izvori međunarodnih zločina uglavnom su fragmentarni i empirijski,<sup>2</sup> a sastoje se od međunarodnoga običajnog prava i međunarodnih ugovora. Za sada još uvijek nemamo jedinstvenog kodeksa međunarodnih zločina, iako Komisija za međunarodno pravo Ujedinjenih naroda radi na njegovoj izradi još od 1949. godine.<sup>3</sup> Komisija je podnijela Nacrt kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva iz 1991. g. Općoj skupštini radi prikupljanja primjedaba država članica, a u skladu sa svojim Statutom. Nakon što su države dostavile svoje primjedbe, Komisija je 1994. godine nastavila rad na tom predmetu.

U nedostatku jedinstvenog kodeksa međunarodnih zločina čini se najuputnijim izložiti međunarodne zločine kronološkim redom, odnosno,

<sup>1</sup>Usp. ANDRASSY, BAKOTIĆ, VUKAS: Međunarodno pravo, 1. dio, Zagreb 1995., str. 334. Zanimljivo je da se u hrvatskoj pravnoj literaturi pitanjima međunarodnog kaznenog prava bave prvenstveno stručnjaci iz područja kaznenog prava, a rjeđe međunarodni pravnici.

<sup>2</sup>NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER, PELLET: Droit international public, 5. izd., 1994., str. 621.

<sup>3</sup>V. dalje ovaj rad.

redosljedom kojim su pojedina djela stjecala kvalifikaciju međunarodnog zločina. U drugome dijelu rada prikazat ćemo dosadašnje primjere međunarodnog kažnjavanja pred međunarodnim sudskim institucijama.

### 1) *Piratstvo na otvorenom moru*

To je djelo koje se još od rimskog doba smatra zločinom protiv čovječanstva, a pirati se proglašavaju za "*hostis humani generis*". U moderno doba određujemo ga u skladu s Konvencijom o otvorenom moru iz 1958. god. (čl. 15.) kao:

"1. Svaki nezakoniti čin nasilja, zadržavanja ili bilo kakve pljačke izvršen za osobne svrhe od strane posade ili putnika privatnog broda ili privatnog zrakoplova i upravljen:

(i) na otvorenom moru protiv drugog broda ili zrakoplova ili protiv osoba ili dobara na njima;

(ii) protiv broda ili zrakoplova, osoba ili dobara na mjestu, koje se ne nalazi pod vlašću nijedne države.

2. Svaki čin dobrovoljnog sudjelovanja u upotrebi broda ili zrakoplova, ako počinitelj zna za činjenice koje tom brodu ili zrakoplovu daju značaj piratskog broda ili zrakoplova.

3. Svako djelovanje, kojemu je svrha poticanje ili namjerno olakšavanje djela opisana u stavcima 1. ili 2. ovoga članka."<sup>4</sup>

Osobne svrhe nisu nužno vezane uz korist, već to mogu biti i djela počinjena iz mržnje i osvete. Ne smatraju se piratstvom djela motivirana "političkim motivima", kao ni djela otmice broda od strane dijela posade. Za piratstvo je, naime, bitno obilježje da sudjeluju najmanje dva broda.<sup>5</sup> Nadalje, bitno je obilježje piratstva da se odigrava na otvorenom moru ili drugom mjestu koje se ne nalazi pod vlašću ni jedne države.<sup>6</sup> Ako je djelo učinjeno na području koje potpada pod suverenost obalne države, primjenjuju se nacionalni propisi te države.

Međunarodna pravila o piratstvu donose tzv. univerzalnu nadležnost - sve su države ne samo ovlaštene, nego i dužne sudjelovati u njegovu suzbijanju. Stoga Konvencija UN o pravu mora iz 1982. godine (čl. 105.) ovlašćuje ratni brod bilo koje države da zaustavi i uzapti svaki brod za koji utemeljeno sumnja da se bavi piratstvom, te da njezini sudovi provedu odgovarajuće sudske postupke protiv broda i posade.

---

<sup>4</sup>Konvencija o otvorenom moru, Narodne novine, Međunarodni ugovori (dalje: NN - MU), br. 12/1994. Ova se odredba nalazi i u Konvenciji UN o pravu mora iz 1982. godine, čl. 101. toč. a. Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori (dalje: SL - MU), br. 1/1986.

<sup>5</sup>Usp. RUDOLF, D.: Međunarodno pravo mora, Zagreb 1985., str. 301.

<sup>6</sup>To će biti zračni prostor iznad otvorenog mora i Antarktik s odgovarajućim zračnim prostorom.

## 2) Trgovina robljem

Međunarodna se zajednica počela boriti protiv trgovine robljem već (ili tek?) početkom XIX. stoljeća, nakon što se ropstvo počelo zabranjivati u pojedinim europskim zakonodavstvima. Završni akt Bečkog kongresa iz 1815. godine proglasio je trgovinu robljem za povredu evropskoga međunarodnog prava.<sup>7</sup> U svrhu sprečavanja prijevoza robova morem države su dvostranim ugovorima ovlašćivale jedna drugu da pregledavaju brodove pod njihovim zastavama. Prvi mnogostrani ugovor s istom svrhom sklopljen je u Londonu 1841. god.<sup>8</sup> Uslijedio je zatim Briselski Generalni akt iz 1890. god.<sup>9</sup> Najveći su pomaci ostvareni nakon Prvog svjetskog rata usvajanjem Konvencije o suzbijanju ropstva 1926. godine u okviru Lige naroda (s Protokolom iz 1953.), te Ženevske dopunske konvencije o ukidanju ropstva, trgovine robljem, te ustanova i postupaka sličnih ropstvu iz 1956. godine.<sup>10</sup>

Trgovina robljem obuhvaća svako djelo zarobljavanja, stjecanja ili ustupanja neke osobe radi stavljanja u ropstvo i svako kupovanje, prodavanje i zamjenjivanje robova. Istim je djelom obuhvaćen i prijevoz iz jedne zemlje u drugu bilo kojim prijevoznim sredstvom. Zabranu prijevoza robova brodom propisuje i Ženevska konvencija o otvorenom moru (čl. 13.), te Konvencija UN o pravu mora iz 1982. g. (čl. 99.). Slijedom tih odredaba svaka je država dužna sprečavati i kažnjavati prijevoz robova na brodovima pod njihovom zastavom. Univerzalna je nadležnost ovdje ograničena u odnosu na zločin piratstva - tuđi se brod može samo zaustaviti i pregledati, ali ne i uzaptiti, ukoliko postoji utemeljena sumnja da se brod bavi trgovinom robljem.<sup>11</sup>

## 3) Nedopušteni promet opojnim drogama

Od početka XX. stoljeća nastoji se suzbiti nedopuštena proizvodnja i trgovina drogama i psihotropnim tvarima te nadzirati dopušteni promet u medicinske svrhe. 1912. godine usvojena je Haška konvencija, a 1936. g. Ženevska konvencija o nedozvoljenoj trgovini opojnim drogama. Te su dvije konvencije zamijenjene kodifikacijskom Jedinštenom konvencijom o opojnim

<sup>7</sup>IBLER, V.: Diplomatska historija, str. 157-159. BARTOŠ, M.: Međunarodno javno pravo, I knjiga, Beograd 1954., str. 376. kritizira, međutim, tada usvojenu deklaraciju kao previše neobveznu, bez naznačenih obveznih rokova i mjera. Prema Bartošu: "Ostavljeno je, dakle, na volju svakoj državi da i dalje dopušta trgovinu robljem".

<sup>8</sup>ANDRASSY, J.: Međunarodno pravo, VI izd., Zagreb 1976., str. 237. BARTOŠ, op. cit., str. 377. Ugovor je davao široka prava pregleda tuđih trgovačkih brodova, ali ga zbog toga nisu prihvatile SAD i Francuska.

<sup>9</sup>Usp. DEGAN, V. Đ.: Međunarodno pravo mora i izvori međunarodnog prava, Zagreb 1989., str. 166. da je to prva višestrana konvencija o suzbijanju prijevoza robova. Generalni akt donio je učinkovite mjere za sprečavanje trgovine robljem na istočnoj obali Afrike, a sastojale su se od nadzora na kopnu i na moru, uključujući pravo pregleda i uzapćenja broda pod tamo navedenim uvjetima.

<sup>10</sup>Tekst Konvencije iz 1926. izmijenjene Protokolom od 1953. g. objavljen je u SL - MU, br. 4/1956. Ženevska dopunska konvencija objavljena je u SL - MU, br. 7/1958.

<sup>11</sup>Čl. 22. Konvencije o otvorenom moru i čl. 110. Konvencije UN o pravu mora.

drogama 1961.<sup>12</sup> Konvencija, s kasnijim izmjenama 1971. godine, te Protokolom 1972. godine, nalaže svojim strankama da klasificiraju droge, da nadziru njihov promet, te da u kaznenom zakonodavstvu imaju odgovarajuće odredbe o kažnjavanju. Konvencija, ipak, ne daje osnove za "univerzalnu nadležnost" i obveze ograničava na stranke. Takva ovlast ne proizlazi ni iz konvencija o pravu mora. Doduše, Konvencija iz 1982. godine u članku 109. propisuje načelnu obvezu svih država da surađuju u suzbijanju nelegalnog prometa opojnim drogama i psihotropnim tvarima, ali se na otvorenom moru propisuje isključiva nadležnost države zastave broda. Tek po njezinu zahtjevu može tuđi ratni brod pregledati sumnjivi brod.

Značajan kvalitativan pomak ka univerzalnoj nadležnosti učinjen je donošenjem Bečke konvencije UN protiv nezakonitog prometa opojnim drogama i psihotropnim supstancijama 1988. godine.<sup>13</sup> Konvencija potvrđuje načelo da je borba protiv zloupotreba droga u skladu s načelima međunarodnog prava i da se ne protivi načelu suverenosti. Ona propisuje dužnost svim državama da se podvrgnu međunarodnom nadzoru glede svojih potreba i zaliha. U članku 3. Konvencije propisuju se djela koja stranke moraju kvalificirati kao kažnjiva djela svojim zakonodavstvima kada su počinjena namjerno. To su, prije svega, proizvodnja, distribucija, prodaja ili nuđenje na prodaju, prijevoz, uvoz i izvoz bilo koje supstance protivno konvencijama na snazi. Uzgoj kultura za proizvodnju droge kažnjiv je ukoliko je u suprotnosti s odredbama konvencije. Kažnjiva je i pretvorba ili prijenos imovine i sredstava stečenih protuzakonitim aktivnostima vezanima uz drogu (tzv. pranje novca). Pored ostaloga, kažnjivo je i samo posjedovanje droge, mada države mogu blaže kažnjavati ukoliko je u pitanju mala količina. No, zato će teže biti kažnjeni počinitelji organizirani u lokalne ili međunarodne skupine kriminalaca, kao i korištenje oružja ili obavljanje neke javne službe ili funkcije, te zloupotreba malodobnih osoba.

Osim kažnjivih, države su dužne poduzeti i druge mjere radi sprečavanja protuzakonite upotrebe i prometa drogama te radi međusobne suradnje.

#### 4) *Terorizam*

Različiti oblici terorizma prate povijest ljudskog društva kao njegova tamna sjena. Iako zarana bilježimo nastojanja da se terorizam suzbije, osnovna je poteškoća uvijek bila u tome što su teroristi, u podijeljenom svijetu, uvijek mogli računati na nečiju političku, ali i materijalnu i logističku podršku.

Pokušaje normiranja terorizma kao univerzalnog zločina bilježimo još od vremena Lige naroda. U njezinu je krilu usvojena 1937. godine Ženevska konvencija o sprečavanju i suzbijanju terorizma, koja, međutim, nikad nije stupila

<sup>12</sup>Naziv "jedinstvena" (single) dobila je stoga što donosi jedinstvene odredbe koje su prije bile u različitim aktima, te jedinstveni organ - Međunarodni odbor za kontrolu narkotika (INCB = International Narcotics Control Board) sa sjedištem u Beču. Od 1946. godine, inače, postoji organ pri Gospodarskom i socijalnom vijeću UN-a (UNDAC = United Nations Drug Abuse Control) sa sličnom zadaćom. Konvencija je objavljena u SL - MU, br. 2/1964. Protokol o izmjenama konvencije iz 1972. g. objavljen je SL - MU, br. 3/1978.

<sup>13</sup>Tekst objavljen u International Legal Materials (ILM), Vol. 28/1989., str. 493. Prijevod na hrvatski u: SL - MU, br. 14/1990.

na snagu. Mnogo godina kasnije, a kao rezultat "procvata" terorističkih akcija tijekom sedamdesetih, usvojene su neke regionalne konvencije protiv terorizma: 1971. godine, u okviru OAS (Organizacije američkih država),<sup>14</sup> a u okviru Vijeća Evrope 1977. godine.<sup>15</sup> Opća skupština Ujedinjenih naroda jednoglasno je 1985. godine usvojila rezoluciju kojom se osuđuju sva teroristička djela, metode i praksa. Rezolucija traži od svih država da postanu stranke odgovarajućih konvencija, te da se suzdrže od bilo kakva pomaganja i organiziranja terorističkih skupina ili odobravanja njihovih aktivnosti na svom području.<sup>16</sup> Djela normirana kao teroristička ne mogu se smatrati političkim zločinima, što znači da su primjenjiva pravila o izručenju. Nadalje, 9. prosinca 1994. Opća skupština UN usvojila je i Deklaraciju o mjerama za eliminiranje terorizma, kao važan dokument za borbu protiv terorizma.<sup>17</sup>

Čini se da su veći uspjesi zabilježeni glede normiranja pojedinih terorističkih djela, o kojima je usvojen veći broj međunarodnih ugovora.

#### 4.1) *Djela protiv civilnog zračnog prometa*

Na tom su polju vidljivi pomaci k definiranju nekih terorističkih čina na zrakoplovima kao međunarodnih zločina. Dok se Konvencija iz Tokija o prijestupima na zrakoplovima iz 1963. godine zadržavala na tome da uredi nadležnost u pogledu kaznenih djela na zrakoplovu<sup>18</sup>, tek je Haška konvencija o suzbijanju protuzakonitih otmica zrakoplova iz 1970. uvela taj čin kao novo međunarodno kazneno djelo.<sup>19</sup> Otmicom se, slijedom te konvencije, smatra protupravna i nasilno stečena zapljena zrakoplova ili obavljanje nadzora nad njim. Kažnjivo je i pomaganje i pokušaj izvršenja takva djela:

"Krivično djelo... čini svaka osoba, koja u zrakoplovu u letu:

- a) protupravno, silom ili prijetnjom sile, ili bilo kojim drugim oblikom zastrašivanja, zaplijeni taj zrakoplov, ili nad njim vrši nadzor, ili pokuša izvršiti koji od tih čina, ili
- b) bude suučesnik neke osobe koja vrši ili pokuša izvršiti koji od tih čina. (čl. 1.)"

<sup>14</sup>Konvencija o sprečavanju i suzbijanju terorističkih čina u vidu zločina protiv osoba i s njima povezanih iznuda koje su od međunarodnog značaja usvojena je u Washingtonu 2. veljače 1971. Tekst u: Spoljnopolitička dokumentacija, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, br. 2/1972.

<sup>15</sup>Konvencija o suzbijanju terorizma usvojena je 10. studenog 1976. kao reakcija na zločine protiv sudionika Olimpijskih igara u Münchenu 1972. g., kada je bio ubijen veći broj izraelskih sportaša u palestinskoj terorističkoj akciji. U Dublinu je 1980. g. zaključen sporazum o primjeni te konvencije. (Tekst Konvencije objavljen je u ILM, Vol. 15/1976., str. 1272, a Sporazuma u ILM 19/1980, str. 325. Konvencija je objavljena i u Jugoslavenskoj reviji za međunarodno pravo (JRMP), br. 2/1977.

<sup>16</sup>Rezolucija Opće skupštine U.N. 40/61 (1985).

<sup>17</sup>ANDRASSY, BAKOTIĆ, VUKAS, op. cit., str. 344.

<sup>18</sup>Konvencija o krivičnim djelima i nekim drugim činima izvršenim u zrakoplovima, SL - MU 47/1970. Konvencija se primjenjuje na kaznena djela, ali i na ona koja to nisu, ali ugrožavaju sigurnost zrakoplova ili osoba i dobara na njemu, ili u zrakoplovu remete red.

<sup>19</sup>SL - MU, br. 33/1972.

Konvencija se odnosi samo na slučaj "međunarodne otmice", odnosno, samo ako se mjesto uzlijetanja ili mjesto stvarnog slijetanja odnosnog zrakoplova nalazi izvan područja države registracije tog zrakoplova.

Montrealska konvencija o suzbijanju protupravnih čina protiv sigurnosti civilnog zrakoplovstva iz 1971. godine proširila je popis djela koja se smatraju međunarodnim zločinima:

"1. Svaka osoba čini krivično djelo ako protupravno i namjerno:

a) izvrši čin nasilja protiv neke osobe u zrakoplovu u letu, ako bi taj čin ugrozio sigurnost zrakoplova;

b) uništi zrakoplov u prometu ili prouzroči na takvom zrakoplovu štetu zbog koje bi postao nesposoban za let ili koja bi ugrozila njegovu sigurnost u letu; ili

c) na bilo koji način postavi ili dâ postaviti na zrakoplovu u letu spravu ili supstancu koja bi mogla uništiti taj zrakoplov, ili prouzročiti štetu radi koje bi bio nesposoban za let, ili štetu koja bi ugrozila njegovu sigurnost u letu; ili

d) uništi ili ošteti navigacijske uređaje ili ometa njihov rad, ako bi takav čin ugrozio sigurnost zrakoplova u letu; ili

e) daje obavijesti za koje zna da su lažne i time ugrožava sigurnost zrakoplova u letu."<sup>20</sup>

Kao i Haška, i Montrealska konvencija se primjenjuje na civilne zrakoplove. Objе konvencije obvezuju stranke da za ova kaznena djela predvide stroge kazne, te da poduzmu mjere kojima će osigurati ili suđenje ili izručenje osumnjičenih osoba (*aut dedere aut punire*).<sup>21</sup>

#### 4.2) Djela protiv međunarodnopravno zaštićenih osoba

Atentati na osobe vladara vjerojatno su među najstarijim terorističkim djelima. Pokušaj da se to spriječi je Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju krivičnih djela počinjenih protiv osoba pod međunarodnom zaštitom, uključujući diplomatske agente, usvojena rezolucijom Opće skupštine UN 1973. godine.<sup>22</sup>

Konvencija se odnosi na šefove država ili vlada, ministre vanjskih poslova ili svakog drugog ministra, uključujući i članove njihovih obitelji, kada se nalaze u inozemstvu. Nadalje, konvencija se odnosi i na bilo kojeg predstavnika ili funkcionara države ili međunarodne organizacije kada se službeno nalaze u stranoj državi, uključujući i članove njihovih obitelji koji žive u istom domaćinstvu. Kao i u većini ranije navedenih ugovora, obveza je država stranaka da djela protiv ovih osoba smatraju kaznenim djelima, da protiv osumnjičenih provedu sudski postupak ili da ih izruče zainteresiranoj državi. O vođenom postupku moraju obavijestiti Glavnog tajnika UN.

<sup>20</sup>SL - MU, br. 33/1972. Protokol usvojen u istom gradu 1988. godine proširio je polje primjene i na područje zračne luke.

<sup>21</sup>Na temelju Montrealske konvencije SAD i Velika Britanija zatražile su od Libije da provede postupak protiv svoja dva državljana osumnjičena za postavljanje bombe na avionu PAN AM, koji se srušio iznad Lockerbieja u Škotskoj. Libija je provela istragu i odlučila da ne postoje temelji za provođenje postupka, a da ne može izručiti vlastite državljane. Spor je doveo do uvođenja sankcija protiv Libije od strane Vijeća sigurnosti UN, a prema glavi VII. Povelje.

<sup>22</sup>SL - MU, br. 54/1976.

U zasebnoj su kategoriji osobe koje spadaju u osoblje UN. Za njihovu je zaštitu Opća skupština rezolucijom bez glasovanja usvojila 9. prosinca 1994. godine Konvenciju o zaštiti osoblja Ujedinjenih naroda i pridruženog osoblja.<sup>23</sup> Konvencija je nastala kao reakcija Organizacije na učestale napade na svoje osoblje, kao i osoblje koje u sklopu misije pruža humanitarnu pomoć. Naime, povećanjem broja mirovnih misija Ujedinjenih naroda došlo je i do povećanja broja napada na to osoblje, često s fatalnim ishodom, osobito u Somaliji, Ruandi, te Bosni i Hercegovini.<sup>24</sup>

Konvencija, s jedne strane, određuje prava i dužnosti država stranaka, kao i osoblja UN, a, s druge strane, utvrđuje postojanje kaznene odgovornosti pojedinca odgovornog za napad na zaštićeno osoblje. Konvencija štiti osoblje (vojno, policijsko i civilno) uključeno u misiju UN, kao i druge funkcionare i stručnjake koji se službeno nalaze na području operacije UN.<sup>25</sup> Pod pridruženim osobljem konvencija smatra: 1) osobe imenovane od strane vlade ili međuvladine organizacije, 2) osobe angažirane od strane glavnog tajnika UN ili neke specijalizirane ustanove ili IAEA, te 3) osobe u funkciji humanitarne nevladine organizacije ili agencije u sporazumu s glavnim tajnikom UN ili drugom ustanovom. Dodatan je i kumulativni uvjet da te osobe obavljaju aktivnosti korisne za ispunjenje mandata operacije UN. Dakle, u svakom slučaju riječ je o osobama koje su ovlaštene boraviti na području operacije UN i, u tom smislu, imaju neko službeno svojstvo.<sup>26</sup>

Članak 9. Konvencije određuje koja se djela imaju smatrati kaznenim djelom:

“a) Ubojstvo, otmica ili drugi napad na osobu ili slobodu bilo kojeg pripadnika osoblja UN ili pridruženog osoblja;

b) Nasilni napad na službene prostorije, privatni smještaj ili prijevozno sredstvo bilo kojeg pripadnika osoblja UN ili pridruženog osoblja koji može ugroziti njegovu osobu ili slobodu.”

Slično kao i u ranije navedenoj konvenciji iz 1973. godine, kažnjiva su i djela u pokušaju, kao i pomaganje u izvršenju, a dodatno, kažnjivo je i djelo organiziranja i naredba drugim osobama da počine djelo.

<sup>23</sup>Tekst u: ILM br. 2, Vol. 34/1995. godine.

<sup>24</sup>Medijski su poznati slučajevi javnog linča pripadnika UN u Somaliji ili slučaja kada su bosanski Srbi tijekom 1995. godine držali osoblje UN kao taoce i živi štit protiv savezničkog bombardiranja. To su, nažalost, samo neke ilustracije teških kršenja međunarodnopravnih obveza.

<sup>25</sup>Riječ je o pripadnicima i službenicima specijaliziranih ustanova ili Agencije za atomsku energiju (IAEA).

<sup>26</sup>Najviše je rasprave, naravno, izazvalo uključivanje osoblja nevladinih organizacija u zaštićeno osoblje, mada izvješća sa terena o njihovim stradanjima govore o potrebi njihove zaštite. Postignuti kompromis stoga ograničava zaštitu samo na humanitarne organizacije koje imaju sporazum sa sustavom UN. M.-CHRISTIANE BOURLOYANNIS-VRAILAS: The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnell, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, Part 3, 1995., str. 560-590, str. 565.

#### 4.3) Uzimanje talaca

Uzimanje talaca uređeno je Konvencijom protiv uzimanja talaca, usvojenom u Općoj skupštini 1979. godine.<sup>27</sup> Članak 1. te Konvencije određuje da kazneno djelo uzimanja talaca vrši onaj tko uhvati neku osobu ili je drži i prijeti da će je ubiti, raniti ili je nastaviti držati da bi primorao treću stranu - državu, međunarodnu organizaciju ili osobe da izvrše neki čin ili da se od njega suzdrže kao izričit ili predmnijevan uvjet za puštanje talaca. Međutim, ova konvencija nije uspjela izbjeći ideološkim razlikama unutar UN, pa čl. 12. zapravo isključuje otmice počinjene u borbi protiv kolonijalne vlasti, strane okupacije ili rasističkog režima.<sup>28</sup> Djela opisana u članku 1. ne smatraju se političkim djelima. Države stranke dužne su postupiti u skladu s načelom "*aut dedere aut punire*".

#### 5) Genocid

Normiranje zločina genocida nastalo je, na neki način, *post factum*, kao reakcija međunarodne javnosti na strašne zločine počinjene tijekom Drugog svjetskog rata, zločine masovnog uništavanja ljudi, što su do tada bili nezamislivi. Opća skupština UN je jednoglasno usvojila Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida 9. prosinca 1948. godine. Stranke potvrđuju da je genocid zločin prema međunarodnom pravu, izvršen u miru ili u ratu. Osobe koje su izvršile genocid bit će kažnjene bez obzira da li se radi o državnim vladarima, javnim službenicima ili običnim pojedincima. Postupak će se voditi pred sudom države na čijem je području djelo izvršeno "ili pred nadležnim međunarodnim sudom" (čl. VI.).

Bitno je obilježje ovog kaznenog djela namjera da se potpuno ili djelomično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina. U tom kontekstu, genocid znači:

- a) ubojstvo članova skupine;
- b) nanošenje teške tjelesne ili psihičke povrede članovima skupine;
- c) namjerno podvrgavanje skupine takvim uvjetima života koji bi trebali dovesti do njenog potpunog ili djelomičnog uništenja;
- d) nametanje takvih mjera kojima se želi spriječiti rađanje u okviru skupine;
- e) prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu.<sup>29</sup>

Može se bez ikakve dvojbe utvrditi da je zabrana zločina genocida prešla okvire ugovorne obveze samo stranaka ove konvencije, te da ona ima karakter običajnog pravnog pravila. Može se, nadalje, ustvrditi da je to pravilo imperativne prirode, pravilo *jus cogens*, kojeg stranke nemaju pravo svojim dogovorom ili pristankom izmijeniti. U prilog toj tvrdnji ide već i rano mišljenje Međunarodnog suda u Haagu iz 1951. godine:

<sup>27</sup>SL - MU, br. 9/1984.

<sup>28</sup>V. NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, op. cit., str. 624.

<sup>29</sup>Čl. II Konvencije. Sljedeći članak propisuje da su kažnjiva djela genocida, kao i planiranja, poticanja, pokušaja, te suučesništvo u izvršenju genocida. Tekst objavljen u: Službeni vjesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRI (dalje: SVP), br. 2/1950.



“Porijeklo konvencije ukazuje na namjeru Ujedinjenih naroda da osude i kazne genocid kao zločin međunarodnog prava koji podrazumijeva uskratu prava na opstanak čitavim ljudskim grupama, uskratu koja šokira savjest čovječanstva i ima za posljedicu ogromne gubitke za čovječanstvo, a koja je ujedno suprotna moralnom pravu i duhu i ciljevima Ujedinjenih naroda... Prva posljedica koja proizlazi iz te zamisli jest da su načela koja su u osnovi Konvencije načela priznata od civiliziranih naroda koja obvezuju države čak i izvan svakog ugovornog odnosa. Druga posljedica je univerzalni karakter kako osude genocida tako i neophodne suradnje da bi se čovječanstvo oslobodilo od toga toliko odvratnoga užasa (uvod u Konvenciju)...”<sup>30</sup>

### 6) Teška kršenja humanitarnog prava

Samo nekoliko godina nakon završetka Drugog svjetskog rata pristupilo se kodifikaciji i daljnjem razvoju pravila o zaštiti žrtava rata, kategoriji koja je najosjetljivija u bilo kojem ratu. Konferencija je održana u Ženevi i 12. kolovoza 1949. godine usvojen je tekst četiriju konvencija.<sup>31</sup>

Pored drugih obveza stranaka, konvencije predviđaju i osobnu kaznenu odgovornost osoba koje su počinile ili koje su izdale naredenje da se počini bilo koja teška povreda konvencija. Države stranke, a radi se o gotovo najmasovnije prihvaćenim međunarodnim ugovorima, dužne su poduzeti zakonodavne mjere potrebne radi utvrđivanja odgovarajućih kaznenih sankcija protiv takvih osoba, ali i poduzimati druge potrebne mjere za suzbijanje djela protivnih konvencijama, koja ne predstavljaju teške povrede. Sve četiri konvencije sadrže odredbe kojima opisuju teške povrede svojih odredaba. Prva i Druga konvencija određuju da su to povrede:

“koje obuhvaćaju bilo koji od ovih čina, ako su počinjeni protiv osoba ili dobara zaštićenih Konvencijom: namjerno ubojstvo, mučenje ili nečovječno postupanje, uključujući biološke pokuse, namjerno prourokovanje velikih patnji ili nanošenje teških povreda tjelesnom integritetu ili zdravlju, uništavanje i prisvajanje dobara izvršeno u velikim razmjerima, protupravno ili samovoljno.”<sup>32</sup>

Treća Konvencija unekoliko modificira odredbu o teškim povredama i u njihov opis uključuje i djela specifična za svoj predmet. Tako, pored ranije navedenih, čl. 130. uključuje i “prisiljavanje ratnog zarobljenika da služi u oružanim snagama neprijateljske sile ili njegovo lišavanje prava da bude popisno

<sup>30</sup>Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice Reports, 1951, str. 15, 23. Usp. DEGAN, V. Đ.: Pojam i sadržaj “naročito teških kršenja” prava čovjeka, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 39, br. 5-6 (Supp.), str. 755-771, str. 757.

<sup>31</sup>Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu (Prva konvencija), Konvencija za poboljšanje ranjenika, bolesnika i brodolomaca oružanih snaga na moru (Druga), Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima (Treća), te Konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata (Četvrta konvencija). Službeni prijevodi svih konvencija, kao i Dopunskih protokola iz 1977. g. na hrvatski jezik objavljeni su u: NN - MU, br. 5/1994.

<sup>32</sup>Čl. 50. Prve i čl. 51. Druge konvencije.

i nepristrano suđen prema odredbama ove konvencije.” Konačno, čl. 147. Četvrte ženevske konvencije iz 1949. godine kao teške povrede navodi i:

“nezakonito deportiranje ili premještanje, nezakonito zatvaranje, prisiljavanje zaštićene osobe da služi u oružanim snagama neprijateljske sile ili njeno lišavanje prava da bude propisno i nepristrano suđena prema odredbama ove konvencije, uzimanje talaca, uništavanje i prisvajanje dobara izvršeno u velikim razmjerima, protupravno i samovoljno.”

Konvencijama je predviđeno da zločin predstavljaju i mjere represalija prema zaštićenim osobama. Drugim riječima, odgovor na zločin ne može biti “istom mjerom”, jer tada se i odgovor smatra zločinom.

Ove su konvencije nadopunjene dvama dopunskim protokolima 1977. godine. Prvi se protokol odnosi na međunarodne, a Drugi na nemeđunarodne oružane sukobe, čime su se uklonili neki od nedostataka Ženevskih konvencija. Prvi protokol uglavnom zadržava na snazi opise teških povreda i mjere za njihovo suzbijanje prema Konvencijama iz 1949. godine, ako su učinjene protiv osoba koje su u vlasti protivničke strane i pod zaštitom su Protokola ili protiv ranjenika, bolesnika i brodolomaca protivničke stranke, ili protiv medicinskog, vjerskog ili sanitetskog osoblja ili transporata pod kontrolom protivničke strane i pod zaštitom Protokola.

Stavci 3. i 4. članka 85. Protokola nabrajaju djela koja će se, između ostalih, smatrati teškim povredama i ratnim zločinima “kada su izvršena namjerno, kršenjem odgovarajućih odredaba ovog protokola, i uzrokovala smrt ili ozbiljne tjelesne ili zdravstvene povrede” ili uz kršenje Konvencija. Popis djela je nadopuna nekih ranijih članaka samog Protokola, ali i konvencija iz 1949. godine, te na neki način predstavlja sintezu kažnjivih djela protiv humanitarnoga i ratnog prava.

Određba čl. 86. st. 2. određuje i odgovornost zapovjednika za povrede učinjene od strane nekog potčinjenoga, čime se uspostavlja hijerarhijska odgovornosti zbog nepoduzimanja potrebnih mjera.

Ženevske konvencije s dopunskim protokolima predstavljaju izvor obveza za svoje stranke, ali su se njihova pravila o zabranjenim postupanjima potvrdila u međunarodnoj praksi kao pravila općeg običajnog prava od kojih nije dopušteno odstupanje.

## 7) *Uništavanje kulturnih dobara*

Već je Haški pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu, dodan IV. istoimenoj Haškoj konvenciji iz 1907. godine, upozoravao svoje stranke da:

“Prilikom opsada i bombardiranja moraju biti poduzete sve potrebne mjere da se poštede, koliko je god to moguće, zdanja namijenjena bogoslužju, umjetnosti, znanosti i dobrotvornim svrhama, povijesni spomenici..., pod uvjetom da nisu istodobno upotrijebljeni u vojne svrhe.

Dužnost je opsjedanih da označe takva zdanja ili mjesta posebnim vidljivim znacima koji će onome tko vrši opsadu biti unaprijed priopćeni.”<sup>33</sup>

No, unatoč tako jasno postavljenoj dužnosti, ratovi koji su uslijedili bili su

<sup>33</sup>Čl. 27. Tekst u prijevodu B. Bakotića u *Zakonitost*, god. 46, br. 1-2/1992, str. 39-51.

obilježeni i strahovitim uništavanjima kulturnih dobara i njihovim bespovratnim gubitkom za čitavu ljudsku civilizaciju.

Haška konvencija iz 1954. godine za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba usvojena je radi sprečavanja teških oštećenja i uništenja kulturnih dobara, kao što se to dogodilo tijekom Drugog svjetskog rata i ranijih sukoba.<sup>34</sup> Konvencija se djelomično primjenjuje i u slučaju mira, ali njezina glavna primjena dolazi u obzir u slučaju objavljenog rata i svakoga drugoga oružanog sukoba koji bi izbio između dviju ili više ugovornih stranaka (čl. 18. st. 1.). Konvencija se u nešto manjoj mjeri mora primjenjivati i u slučaju sukoba nemeđunarodnog karaktera.

Valja, međutim, primijetiti da zaštita prema konvenciji nije apsolutna. Naime, čl. 4. st. 2. dozvoljava strankama da odstupe od svojih obveza "u slučajevima kada vojna potreba imperativno nalaže takvo odstupanje."

Osnovna se ideja ove konvencije može sažeti u dužnost država da spriječe korištenje kulturnih dobara u vojne svrhe i njihovo izvrgavanje vojnom napadu. Članak 28. Konvencije propisuje sankcije:

"Visoke stranke ugovornice obvezuju se da će, u okviru svojega zakonodavstva, poduzeti sve potrebne mjere kako bi osobe, bez obzira na svoje državljanstvo, koje su izvršile ili naredile da se izvrši povreda ove konvencije, bile gonjene i podvrgnute kaznenim ili disciplinskim sankcijama."

Svaka je stranka, dakle, dužna normirati kao kažnjiva djela protivna konvenciji. Obveznost samih pravila konvencije izvan kruga stranaka, odnosno, kao pravila općeg običajnog prava mogla bi se pravdati glede namjernog uništavanja kulturne baštine bez opravdane vojne potrebe. Nažalost, budući da već i sama konvencija dopušta iznimke i dopuštena odstupanja od svoje primjene, obveza ima vrlo uski doseg.

## 8) *Rasna diskriminacija i apartheid*

Do proglašenja rasne diskriminacije za međunarodni zločin došlo je usvajanjem Konvencije o uklaňanju svih oblika rasne diskriminacije 1965. godine.<sup>35</sup> Ona nalaže svojim strankama da kvalificiraju kao kazneno djelo nedopušteno pravljenje razlika između pojedinaca ili skupina prema rasi, boji kože, vjere ili etničke pripadnosti, te na temelju toga davanje prednosti ili uskraćivanje prava nekoj skupini. Kažnjiva je i pripadnost organizacijama utemeljenim na rasnoj diskriminaciji, kao i svako poticanje ili pomaganje. Bitno je naglasiti da se, temeljem članka 1., pojam "rase" ne ograničava samo na rasnu pripadnost, već i s obzirom na boju kože, pretke, nacionalno ili etničko porijeklo. Ne smatraju se rasnom diskriminacijom mjere poduzete radi osiguranja napretka i poboljšanja položaja rasnih ili etničkih skupina ili osoba kojima je nužna zaštita, pod uvjetom da nemaju za rezultat održanje različitih prava za rasne skupine, te da te mjere traju samo do postizanja ciljeva zbog kojih su bile poduzete (čl. 1. toč. 4.).

<sup>34</sup>SL - MU, br. 4/1956.

<sup>35</sup>SL - MU, br. 6/1967.

Zabrana rasne diskriminacije prihvaćena je u najvećem broju instrumenata za zaštitu ljudskih prava, kako općeg, tako i regionalnog karaktera. Navodi je Povelja Ujedinjenih naroda (u uvodu i čl. 1(3), 13(1) i 55(c), Opća deklaracija o pravima čovjeka iz 1948. godine, oba Međunarodna pakta o pravima čovjeka iz 1966. godine, Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. g., te odgovarajući propisi Američke konvencije o ljudskim pravima iz 1969. g., kao i Afričke povelje o ljudskim pravima i pravima naroda iz 1981.g. Zabranu diskriminacije prihvaćaju i posebni propisi iz drugih područja prava. Zabrana rasne diskriminacije stekla je status i svojstvo imperativnog pravila međunarodnog prava.<sup>36</sup>

Već su u Konvenciji iz 1965. godine stranke osobito osudile rasnu segregaciju i *apartheid*. No, 1973. godine Opća skupština UN rezolucijom je usvojila Međunarodnu konvenciju o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida*<sup>37</sup>. Konvencija proglašava *apartheid* zločinom protiv čovječnosti, koji s politikom rasne segregacije i diskriminacije krše načela međunarodnog prava, a osobito ciljeve i načela Povelje UN, te predstavljaju ozbiljnu prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti (čl. I). Opis djela *apartheida* vrlo je sličan genocidu, ali sa svrhom "uspostave i dominacije skupine osoba jedne rase nad skupinom osoba druge rase i njihova sistematskog uništavanja". Kao i kod rasne diskriminacije, pojam "rase" shvaća se šire od strogo rasne pripadnosti pojedinca. Zločin *apartheida* obuhvaća lišavanje pripadnika ili cijele rasne grupe prava na život i slobodu, namjerno nametanje rasnoj grupi životnih uvjeta sračunatih na istrebljenje, te zakonske i druge mjere sračunate da rasnu grupu onemoguće da sudjeluju u političkom, društvenom, gospodarskom ili kulturnom životu. Konvencija kao zločin nabraja i mjere sračunate na podjelu stanovništva prema rasnoj osnovi osnivanjem rezervata i geta, zabranu mješovitih brakova, eksproprijaciju zemljišnih posjeda, eksploataciju rada pripadnika skupine, osobito primoravanjem na prisilni rad, te progon organizacija i pojedinaca zbog njihova protivljenja *apartheidu* lišavajući ih osnovnih prava i sloboda. Bilo koja od tih mjera predstavlja zločin *apartheida* ukoliko je motivirana rasnom dominacijom.

Konvencija predviđa osnivanje međunarodnog kaznenog suda, ali on do sada nije osnovan.

Što se tiče pravne kvalifikacije propisa ove konvencije, može se ustvrditi da su njezina pravila u praksi i pravnoj svijesti, osobito članica UN, stekla status pravila općeg međunarodnog prava kogentne naravi.

## 9) Druga djela

Postoji još jedan broj djela koja se mogu smatrati međunarodnim zločinom budući da postoje ugovori koji ih tako kvalificiraju. To su npr. promet sablažnjivih publikacija, naveden u Ženevskoj konvenciji iz 1923. godine, zatim djela protiv sigurnosti nuklearnog materijala, a protivno Bečkoj konvenciji o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala. Konvencija o zabrani razvijanja, proizvodnje,

<sup>36</sup>Usp. DEGAN, bilj.30. Tekstovi svih navedenih instrumenata objavljeni su u JRMP, br. 1-2/1989.

<sup>37</sup>SL - MU, br. 14/1975.

gomilanja i korištenja kemijskog oružja i o njegovu uništenju iz 1993. godine obvezuje stranke da kazne fizičke i pravne osobe koje bi prekršile njezine odredbe<sup>38</sup>. U novije doba, a osobito nakon tzv. Zaljevskog rata, razmatra se pitanje međunarodnog kažnjavanja namjernog i velikog oštećenja prirodnog okoliša.

Konvencija protiv mučenja i drugog okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 10. prosinca 1984. godine, određuje obvezu država da propišu kažnjivost svih djela mučenja na području koje pokriva njihova sudbenost.<sup>39</sup> Mučenje, prema konvenciji, može počinuti svaka službena osoba ili osoba koja djeluje po njegovu nalogu ili pristanku, ukoliko nekoj osobi namjerno nanosi velike fizičke ili psihičke patnje radi iznuđivanja obavijesti ili priznanja, kažnjavanja za počinjeno djelo ili radi zastrašivanja ili iz nekog drugog razloga (čl. 1.). Konvencija izriekom isključuje mogućnost pozivanja na posebne okolnosti, kao što je npr. ratno ili drugo izvanredno stanje. Propisano je, također, da se ne smatra opravdanjem izvršenje djela po naredbi pretpostavljenoga ili javnih vlasti.<sup>40</sup> Konvencija, zapravo, razrađuje zabranu ovakva postupanja navedenu već u Općoj deklaraciji o pravima čovjeka, te kasnijem Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (čl. 7.). Pakt od ove zabrane ne dopušta odstupanje, čak ni "u doba izvanredne javne opasnosti koja ugrožava opstanak naroda", što govori o njezinoj kognetnoj prirodi. Slično određuje i članak 15. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Od 1989. godine postoji i Međunarodna konvencija protiv novačenja, upotrebe, financiranja i uvježbavanja plaćenika, usvojena rezolucijom Opće skupštine UN. Kažnjivo djelo čini, prema toj konvenciji, i osoba koja daje usluge kao plaćenik, kao i osoba koja plaćenike novači, koristi, financira ili obučava (čl. 2., 3.). Države stranke konvencije obvezuju se da neće koristiti usluge plaćenika, a osobito u borbi protiv ostvarenja legitimnog prava na samoodređenje (čl. 5.).<sup>41</sup>

## **B) Međunarodno kažnjavanje**

Već smo naglasili da je zajedničko obilježje svih međunarodnih kažnjivih djela nacionalna nadležnost pojedinih država da provedu kazneni progon i kažnjavanje. Ipak, to je načelo do danas imalo i nekoliko vrlo značajnih, mada malobrojnih, izuzetaka i to uglavnom za zločine počinjene u ratu.

<sup>38</sup>NN - MU, br. 4/1995.

<sup>39</sup>Konvencija se temelji na točno 19 godina starijoj Deklaraciji što ju je Opća skupština usvojila Rezolucijom 3452 (xxx) od 9. prosinca 1975. Konvencija je objavljena u: NN - MU, br. 9/1991.

<sup>40</sup>Konvencija predviđa osnivanje posebnog organa - Odbora protiv mučenja, nadležnog da prima i razmatra izvješća stranaka, ali i predstavlke pojedinaca (uz pristanak države), te da djeluje kao organ mirenja (Dio drugi).

<sup>41</sup>Rezolucija Opće skupštine U.N. 44/34, 1989. Basic Documents, Supplement to International Law, 3<sup>rd</sup> ed., by HENKIN, PUGH, SCHACHTER & SMIT, St. Paul, Minn. 1993, str. 401-406. Usp. čl. 47. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava međunarodnog oružanog sukoba (Protokol I), koji plaćenicima odriče status borca i ratnog zarobljenika.

Nakon (neuspjelog) pokušaja da se sudi caru Wilhemu I nakon Prvog svjetskog rata temeljem Versajskog mirovnog ugovora, došlo je do međunarodnog suđenja u Nürnbergu i Tokiju nakon Drugog svjetskog rata za teške zločine počinjene tijekom tog rata. Konačno, upravo smo svjedoci početaka rada Međunarodnog suda za ratne zločine na području bivše Jugoslavije u Haagu, kao najnoviji primjer međunarodnog sudovanja za zločine počinjene u ratu. Upravo je nastanak tog suda potaknuo i završetak rada Komisije za međunarodno pravo na izradi Statuta Međunarodnog kaznenog suda, a nakon gotovo pola stoljeća rada.<sup>42</sup> Utemeljen je i sud za zločine počinjene u Ruandi tijekom građanskog rata u toj afričkoj zemlji 1994./95. godine.

U svakom se od tih slučajeva radilo o tako teškim kršenjima međunarodnoga ratnog i humanitarnog prava da je međunarodna zajednica zahtijevala reakciju. U ovom trenutku nećemo ulaziti u rasprave o tome da li su stvarno suđeni svi krivci za počinjene zločine na svim stranama, kao ni da li će ovaj Kazneni sud za bivšu Jugoslaviju dohvatiti osobe odgovorne za rat. Nesumnjivo je da su zločini počinjeni i da su bili kažnjivi kao kaznena djela u vrijeme počinjenja. Izbjegavanje pojedinih osoba međunarodnoj sudbenosti ni u kojem slučaju ne može utjecati na te činjenice, kao niti na njihovu odgovornost.

### **1) Nürnbergsko suđenje i njegova načela**

Suđenje za zločine počinjene u ratu najavljeno je već početkom Drugog svjetskog rata. Saveznici su 1942. godine objavili Londonsku deklaraciju kojom su odlučili da će kazniti zločine izvršene na okupiranim područjima. Sljedeće su godine tri velevlasti objavile Moskovsku deklaraciju o njemačkim okrutnostima. Njome se počiniteljima zločina "obećalo" suđenje u mjestima počinjenja zločina. U isto vrijeme, najavljeno je posebno rješenje za njemačke ratne zločince kojih se zločini ne mogu lokalizirati. Konačni sporazum o osnivanju zasebnog suda za te zločince postignut je 8. kolovoza 1945. godine u Londonu između SAD, Francuske, SSSR i Velike Britanije. Sporazum sadrži odluku o osnivanju Međunarodnog vojnog suda koji će suditi nacističkim zločincima, "bilo da su optuženi kao pojedinci ili u svojstvu članova organizacija ili skupina, ili u oba svojstva". Statut suda donosi odredbe o njegovu ustrojstvu i o nadležnosti.<sup>43</sup>

Sud se sastojao od po jednog suca i zamjenika kojeg je imenovala svaka stranka sporazuma. Odluke su se donosile većinom glasova, a u slučaju podjele glasova, odlučujući je glas predsjednika suda. Svaka je stranka također imenovala i po jednog glavnog tužitelja. U izvršenju zajedničkih zadataka, kao npr. utvrđivanja liste optuženih, odobravanja optužnice i sl., tužitelji su djelovali kao Komisija za istragu i gonjenje glavnih ratnih zločinaca. Statut je predviđao i

---

<sup>42</sup>Ideja o međunarodnom kaznenom sudu potječe, zapravo, još od Lige naroda. Komisija za međunarodno pravo stavila ga je na svoj dnevni red još u početku rada, dakle, 1949. godine. Različitost, možda kratkovidna, međunarodnih interesa nije dopuštala da se taj rad ranije okonča.

<sup>43</sup>Londonski sporazum i Statut suda uvršteni su u unutarnje zakonodavstvo Njemačke Zakonom br. 10. Nadzornog vijeća za Njemačku. Tekst Sporazuma, Statuta suda i Zakona br. 10 objavljen je u knjizi: *Nimberška presuda*, Beograd 1948. Dijelovi Sporazuma i Statuta objavljeni su na hrvatskom jeziku u: *Zakoni*, br. 1-2/1992, str. 345-348.

jamstva optuženicima u postupku. Sud je mogao izreći vremensku, ali i smrtnu kaznu. Za izvršenje kazne bila je potrebna suglasnost Nadzornog vijeća za Njemačku, koje je imalo i pravo smanjenja ili izmjene presude, osim izricanja teže kazne.

Najvažnije su odredbe Statuta o nadležnosti suda sadržane u članku 6. koji određuje djela za koja je sud nadležan. Kažnjiva djela podijeljena su u tri skupine:

- a) zločini protiv mira
- b) ratni zločini
- c) zločini protiv čovječnosti.

U zločine protiv mira spadaju "poimence: planiranje, pripremanje, poticanje ili poduzimanje agresivnog rata ili rata kršenjem međunarodnih ugovora, sporazuma ili jamstava, ili sudjelovanje u zajedničkom planu ili zavjeri radi izvršenja nekog od navedenih djela". Za ta su djela odgovarale osobe koje su bile na samom hijerarhijskom vrhu nacističke Njemačke.

Počinitelji ratnih zločina odgovarali su za "poimence: kršenje zakona i običaja rata. Ta kršenja uključuju, ali se na njih ne ograničavaju, ubojstvo, zlostavljanje ili deportiranje na robovski rad ili u bilo koju drugu svrhu civilnog stanovništva okupiranoga područja ili na okupirano područje, ubojstvo ili zlostavljanje ratnih zarobljenika ili osoba na moru, ubijanje talaca, pljačkanje javne ili privatne imovine, objesno razaranje gradova ili sela ili vojnom potrebom neopravdano pustošenje".

Konačno, zločini protiv čovječnosti uključuju "poimence: ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, deportiranje i ostala nečovječna djela počinjena prema bilo kojem civilnom stanovništvu prije ili u vrijeme rata, ili progoni zbog političkih, rasnih ili vjerskih razloga počinjeni u izvršenju nekog zločina ili u vezi sa zločinom koji pada pod sudbenost Suda, bez obzira na to da li je to kršenje unutarnjeg prava zemlje u kojoj su počinjeni".

Glede odgovornosti, vrlo je važna odredba stavka 3. članka 6. Naime, za sva djela počinjena u izvršenju plana ili zavjere da se neki od ovih zločina izvrše, odgovornima se smatraju vođe, organizatori, poticatelji i sudionici koji su sudjelovali u razradi i izvršenju toga plana. Daljnje odredbe Statuta određuju da se službeni položaj optuženika neće smatrati razlogom za oslobađanje ili ublažavanje kazne, a odgovarat će se i za djela počinjena po naređenju.<sup>44</sup> Sud ima ovlaštenje da pojedine organizacije proglašiti zločinačkima, te da kazni pojedinca zbog pripadnosti tim organizacijama.

Međunarodni je vojni sud sudio skupini od 22 optuženika. Presudom od 1. listopada 1946. godine izrekao je 12 smrtnih kazni, 3 doživotna zatvora, 4 vremenske kazne (od 10-20 godina zatvora), a trojicu je optuženika oslobodio. Organizacije Gestapo, SD i SS proglašene su zločinačkima.

Na sličan je način suđeno i japanskim ratnim zločincima pred Međunarodnim vojnim sudom za suđenje teškim ratnim zločincima na Dalekom

<sup>44</sup>Zanimljivo je obrazloženje iz presude glede obrane da je djelo izvršeno po višem naređenju: "Međunarodne obveze pojedinaca pretežu nad dužnosti poslušnosti državi čiji su državljani. Onaj koji je prekršio pravila ratnog prava ne može se, za opravdanje, pozivati na mandat koji je dobio od države, i to od trenutka kada je država, dajući takav mandat, prešla ovlaštenja koja joj priznaje međunarodno pravo." Nav. prema NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, op. cit., str. 632.

Istoku.<sup>45</sup>

Iako su suđenju upućivane brojne zamjerke, od toga da je sudio preblago, do toga da je sudio samo pripadnicima pobijedenih zemalja, ono je ipak imalo veliko značenje. Prije svega, i relativno mali broj osuđenih pomogao je uspostavljanju osjećaja pravde u međunarodnoj zajednici, osobito među glavnim žrtvama zločina. Nadalje, izgrađena su načela međunarodnog prava glede međunarodne kaznene odgovornosti pojedinca. Ta su načela potvrđena kasnijom odlukom Opće skupštine od 11. prosinca 1946. godine, koja je ujedno pozvala Komisiju za međunarodno pravo da ta načela formulira i uvrsti ih u budući međunarodni kodeks protiv mira i sigurnosti.<sup>46</sup>

Komisija je u svom radu došla do nekih bitnih zaključaka. Prije svega, njezin zadatak nije bio ispitivanje utemeljenosti načela nürnberškog suđenja, već samo njihova formulacija. Njihovu je utemeljenost, naime, potvrdila Opća skupština svojim jednoglasnim zaključkom. Komisija je sročila sedam načela međunarodnog prava priznatih Statutom i presudom suda u Nürnbergu.<sup>47</sup> Potvrđuje se lista zločina kažnjivih prema međunarodnom pravu navedenih u Statutu Međunarodnog vojnog suda. Također se potvrđuje načelo osobne odgovornosti pojedinca, bez obzira na njegov položaj u državi (da li je glavar države ili odgovorni državni dužnosnik) ili na propise nacionalnog prava. Te se odgovornosti ne oslobađa niti obranom da je djelovao po naredbi "pod uvjetom da je imao pravo moralnog izbora". Zločinom se smatra i suučesništvo u izvršenju inkriminiranih djela.

Potvrđujući svoju odlučnost u kažnjavanju počinitelja zločina tijekom Drugog svjetskog rata, međunarodna je zajednica 1968. godine usvojila Konvenciju o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti.<sup>48</sup> Tom se konvencijom stranke obvezuju da se odredbe o zastari, koje postoje i za najteža kaznena djela, neće odnositi i na ratne zločine i na zločine protiv čovječnosti, kako su oni definirani Statutom Međunarodnog vojnog suda, ali i kasnijim dokumentima, tj. Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata iz 1949. godine, Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, te djela koja su rezultat politike *apartheida*. Zahvaljujući ovoj konvenciji i danas, više od 50 godina od završetka rata, svjedoci smo sudskim postupcima za djela počinjena u ratu.

## **2) Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnoga humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije**

Nov izazov međunarodnoj zajednici u potvrdi svoje odlučnosti da spriječi i kazni počinitelje međunarodnih kaznenih djela pojavio se na području bivše Jugoslavije, točnije Hrvatske i Bosne i Hercegovine, počevši od 1991. godine. Rat

<sup>45</sup>Ovdje je sud utemeljen proglasom generala MacArthura kao vrhovnog zapovjednika savezničkih sila, a postupak je vođen u ime zemalja koje su bile u ratu s Japanom. Konačnom presudom izrečeno je 7 osuda na smrt, 16 na doživotni zatvor, te dvije vremenske kazne.

<sup>46</sup>Rezolucija Opće Skupštine U.N. 95(I) objavljena je u: Zakonitost, br. 1-2/1992, str. 349.

<sup>47</sup>Tekst je Komisija prihvatila na svom drugom zasjedanju 1950. godine. Objavljen je u Yearbook of the International Law Commission (YBILC), Vol. II, kao dio izvješća Komisije za to zasjedanje.

<sup>48</sup>SL - MU, br. 50/1970.



koji je jugoslavenska vojna nomenklatura, potaknuta srpskim nacionalizmom, pokrenula protiv Hrvatske, a zatim i protiv Bosne i Hercegovine, nakon proglašenja njihove neovisnosti, bio je obilježen mnogim teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog i ratnog prava. Međunarodna zajednica nije isprva reagirala na pravi način, vjerojatno se nadajući da će rat brzo završiti zbog sasvim neravnomjerno raspoređenih snaga. No, uznemirujuće vijesti o masovnim zločinima protiv civila i zarobljenika, koje "uključuju izvješća o masovnim ubojstvima, silnim, organiziranim i sustavnim zatočenjima i silovanjima žena i o nastavljanju prakse 'etničkog čišćenja', uključujući i osvajanje i zadržavanje teritorija"<sup>49</sup>, kao i slike posljedica zločinačkih bombardiranja civilnih objekata i gradova, konačno su pokrenule mehanizam utemeljenja jednog međunarodnog kaznenog sudskog organa, čiji će glavni zadatak biti kažnjavanje odgovornih za ta djela. Najprije je Vijeće sigurnosti UN, svojom rezolucijom 808 (1992), od 19. veljače 1992. godine odlučilo utemeljiti takav sud, a rezolucijom 827 (1993), od 25. svibnja 1993. godine, usvojilo je Statut tog novog *ad hoc* kaznenog suda. Osim Statuta, rad Suda uređuju i drugi akti, od kojih je najvažniji Pravilnik o postupku i dokazima usvojen 11. veljače 1994. godine.<sup>50</sup>

### 2.1) Organizacija i nadležnost Međunarodnoga kaznenog suda

Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnoga humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od 1991. g. (u daljnjem tekstu: Međunarodni kazneni sud) osnovalo je Vijeće sigurnosti na temelju Glave VII. Povelje UN, koja je naslovljena "Djelovanje u slučaju prijetnje miru, narušenja mira i čina napadaja". Drugim riječima, ta glava Povelje ovlašćuje Vijeće sigurnosti UN da poduzima prinudne mjere u slučaju ugroženosti međunarodnog mira, a države članice obvezuje na postupanje u skladu s tim mjerama. Ta je činjenica izuzetno važna u ocjenjivanju obveza država glede suradnje sa sudom. Država se ne može pozivati na svoje zakonske ili ugovorne obveze koje bi je priječile u suradnji sa sudom.<sup>51</sup>

Međunarodni kazneni sud ima sjedište u Haagu. Sastoji se od 11 sudaca, tužitelja i tajnika. Suce bira Opća skupština UN na četiri godine, a tužitelja postavlja Vijeće sigurnosti UN na isto razdoblje. Kao službeni jezici suda određeni su engleski i francuski. Suci, tužitelj i tajnik suda uživaju diplomatski imunitet, a osoblje tužitelja i tajništva funkcionalni.

Suci su organizirani u dva sudbena ili prvostupanjaska vijeća od tri suca i jedno žalbeno vijeće od pet sudaca. U oba vijeća presuda se donosi većinom glasova svih sudaca. Sud je ovlašten izreći samo vremensku kaznu zatvora, koja može biti i doživotna,<sup>52</sup> a uz kaznu može se narediti i povrat imovine i prihoda

<sup>49</sup>Rezolucija Vijeća sigurnosti U.N. 827(1993) od 25. svibnja 1993.

<sup>50</sup>V. bilj. 53.

<sup>51</sup>Opš. JOSIPOVIĆ, I.: Pravni i politički aspekti nastanka Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, u: ŽMONOVIĆ, VUKAS, VUKMIR (ur.): Hrvatska i Ujedinjeni narodi, Zagreb, 1996., str. 183-196.

<sup>52</sup>Zanimljivo je da Statut suda (čl. 24.) određuje da će sud moći izreći zatvorsku kaznu, dok Pravilnik o postupku i dokazima u čl. 101. određuje da se može izreći kazna doživotnog zatvora.

zakonitim vlasnicima.<sup>53</sup>

Najvažnije su odredbe Statuta o nadležnosti Međunarodnog kaznenog suda. *Rationae materiae* sud je nadležan za suđenje za teška kršenja međunarodnoga humanitarnog prava. Teškim kršenjima ili teškim povredama smatraju se djela koja su tako određena Statutom, a u skladu s odredbama Ženevskih konvencija, od 12. kolovoza 1949. g. o zaštiti žrtava rata, protiv osoba ili imovine zaštićene tim konvencijama (čl. 2.):

- a) namjerno ubojstvo;
- b) mučenje i neljudsko postupanje, uključujući biološke pokuse;
- c) namjerno nanošenje teške patnje ili ozbiljne ozljede tijela;
- d) opsežno uništavanje i oduzimanje imovine, koje nije uvjetovano vojnom potrebom i koje je provedeno bespravno i samovoljno;
- e) prisiljavanje ratnih zarobljenika ili civila na služenje u neprijateljskim snagama;
- f) namjerno uskraćivanje prava ratnim zarobljenicima ili civilima na pošten i valjan sudski postupak;
- g) nezakonito protjerivanje, premještanje i nezakonito zatočenje civilne osobe;
- h) držanje civila kao talaca.

Nadalje, sud je ovlašten voditi kazneni postupak u slučaju kršenja zakona i običaja rata, odnosno, za ratne zločine koji obuhvaćaju, pored ostaloga (čl. 3.):

- a) upotrebu otrovnog ili drugog oružja čijim se korištenjem nanosi nepotrebna patnja;
- b) samovoljno uništavanje gradova i sela, ili pustošenje koje nije opravdano vojnom potrebom;
- c) napad ili bombardiranje, bilo kojim sredstvima, na nebranjene gradove, sela, objekte ili zgrade;
- d) osvajanje, uništavanje ili namjerno oštećenje vjerskih objekata, objekata namijenjenih dobrotvornoj namjeni i odgoju, umjetnosti i znanosti, povijesnih spomenika, umjetnina i znanstvenih djela;
- e) pljačkanje javne i privatne imovine.

Članak 4. Statuta određuje nadležnost suda za zločin genocida u skladu s Konvencijom iz 1948. godine, dok članak 5. širi krug kažnjivih djela na zločine protiv čovječnosti. To su, prema Statutu, djela počinjena u oružanom sukobu i usmjerena protiv civilnog stanovništva: ubojstvo, istrebljenje, zarobljavanje, protjerivanje, zatočenje, mučenje, silovanje, proganjanje na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi, te ostali neljudski postupci.

Vidimo da nadležnost ovog suda u mnogome odgovara onoj koju je imao Međunarodni vojni sud u Nürnbergu. Postoje, međutim, i neke bitne razlike. Prije svega, ovaj sud nije nadležan suditi za skupinu zločina protiv mira, dok mu je, s druge strane, nadležnost proširena na zločin genocida. Dok se odustanak od prve skupine tumači političkim razlozima,<sup>54</sup> dodavanje genocida popisu kažnjivih

<sup>53</sup>Opš. KRAPAC, D.: Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Zagreb, 1995., osobito III dio Uvoda (str. 16-58). Ova knjiga sadrži i izvorne tekstove s prijevodima na hrvatski jezik svih relevantnih pravnih izvora glede suda.

<sup>54</sup>Postojala su gledišta da će se na taj način lakše postići mir, jer se neće kazneno goniti osobe odgovorne za samo pokretanje rata, a koje su i danas na vlasti. Tu su međunarodni pregovarači prvenstveno mislili na Miloševića i njegov utjecaj na bosanske Srbe.

djela normalna je posljedica razvoja međunarodnoga kaznenog prava nakon Nürnberga.

*Rationae personae* određena je nadležnost suda u odnosu na fizičke osobe osumnjičene za navedena djela, i to ne samo za izvršenje, već i za planiranje, poticanje, naređenje, pomaganje ili sudjelovanje u planiranju navedenih djela. Za razliku od nürnberškog suda, Međunarodni kazneni sud u Haagu nije nadležan za suđenja organizacijama ni skupinama. No, slično sudu u Nürnbergu, članak 7. Statuta propisuje osobnu kaznenu odgovornost optužene osobe bez obzira na njezin položaj u vladi. Propisana je i odgovornost nadređene osobe za djelo koje je učinio podređeni ukoliko se dokaže da je nadređeni znao ili morao znati da će podređeni počinuti takvo djelo ili ga je počinio, a nadređeni je propustio poduzeti mjere za sprečavanje takvog djela ili *post factum* za kažnjavanje počinitelja. Isti članak Statuta propisuje kaznenu odgovornost osobe koja je postupila po naredbi. Njegova odgovornost postoji u svakom slučaju, ali mu se iz razloga pravičnosti može ublažiti kazna.

Temeljni akti suda jamče optuženicima sva prava koja se jamče optuženim osobama u skladu s međunarodnopravnim standardima zaštite ljudskih prava. Jamči im se jednakost pred sudom i pravo na pošteno i javno saslušanje, potvrđuje se presumpcija nevinosti dok im se ne dokaže krivnja. Optuženici imaju prava na obranu, osobama koje si to ne mogu priuštiti osigurava se branitelj, ukoliko ne razumiju jezik suda, osigurava im se besplatan tumač, imaju pravo ispitivati svjedoke i zaštićeni su od prisile da svjedoče protiv sebe ili priznaju krivnju.

Teritorijalno je nadležnost ograničena na područje bivše Jugoslavije, a vremenski na period nakon 1. siječnja 1991. S tim u vezi postavilo se pitanje primjene međunarodnog prava na ono što je barem u početku imalo obilježja ne-međunarodnog, odnosno, unutarnjeg oružanog sukoba.<sup>55</sup> Za takve je sukobe mjerodavan Protokol II uz Ženevske konvencije, ali i zajednički čl. 3. svih četiriju konvencija, koji štiti žrtve svakog oružanog sukoba.<sup>56</sup>

Sukob nadležnosti međunarodnog i nacionalnih sudova nije u cijelosti riješen u skladu s načelom *non bis in idem*. Ono se u potpunosti primjenjuje ukoliko je suđeno pred Međunarodnim kaznenim sudom - tada nacionalni sudovi nemaju pravo suditi istoj osobi za isto djelo. Međutim, Međunarodni kazneni sud može ponovno suditi osobi suđenoj pred sudom neke države ukoliko je djelo za koje je suđena kvalificirano kao obično kazneno djelo ili postupanje nacionalnog suda nije bilo nepristrano i neovisno, ako je bilo usmjereno na zaštitu optuženoga od međunarodne kaznene odgovornosti ili ako slučaj nije bio priznato vođen (čl. 10. st. 2.).

<sup>55</sup>Usp. O'BRIEN, J.C.: The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia, American Journal of International Law (AJIL), Vol. 87/1993, str. 639-659, str. 647. Ovaj pisac smatra da je ključni datum 25. lipnja 1991., datum proglašenja slovenske nezavisnosti. Konferencija o bivšoj Jugoslaviji, međutim, uzela je 8. listopada 1991. kao datum sukcesije za Hrvatsku.

<sup>56</sup>U svakom slučaju, zaraćene su strane počev od 27. studenog 1991. god. počele sklapati sporazume o primjeni međunarodnoga prava: Memorandum između Hrvatske, Srbije i SR Jugoslavije, Sporazum između Hrvatske i Srbije od 26. i 27. srpnja 1992. pod okriljem Međunarodnog odbora Crvenog križa, Sporazum između Hrvatske, Bosne i Hercegovine i Srbije od 22. svibnja 1992. i dr.

Republika Hrvatska je, kao zemlja uključena u oružani sukob, poduzela zakonske mjere da udovolji suradnji sa sudom. Sabor Republike Hrvatske je na sjednici 19. travnja 1996. godine usvojio Ustavni zakon o suradnji Republike Hrvatske s Međunarodnim kaznenim sudom.<sup>57</sup> Zakonom su utvrđena pravila i mjere po kojima će organi Republike Hrvatske udovoljavati zahtjevu za suradnju ili izvršenje odluke Međunarodnoga kaznenog suda. Zakonom se također jamči sudska zaštita okrivljeniku povodom odluke o ustupanju kaznenog progona i kaznenog postupka, kao i povodom odluke o predaji okrivljenika Međunarodnom kaznenom sudu.

### 3) Međunarodni sud za Ruandu

Oružani sukob u afričkoj državi Ruandi imao je sva obilježja ne-međunarodnog oružanog sukoba, odnosno, građanskog rata između pripadnika dvaju naroda te države, Hutu i Tutsi. Mada relativno kratkog trajanja tijekom 1994. godine, taj je oružani sukob okončao s ogromnim brojem prvenstveno civilnih žrtava - pojedini izvori navode brojku od čak milijun žrtava. Na uporne medijske vijesti o tolikim žrtvama, Vijeće sigurnosti je odgovorilo svojom Rezolucijom broj 955 (1994) od 8. studenog 1994. godine o osnivanju Međunarodnog suda za Ruandu.<sup>58</sup> Temeljen na Glavi VII Povelje UN i ovaj sud je "pokriven" autoritetom Vijeća sigurnosti da poduzima mjere i aktivnosti radi očuvanja međunarodnog mira i sigurnosti. Države-članice Ujedinjenih naroda, ali i sve druge, dužne su poštivati naloge suda glede, npr., izručenja osoba ili predaje dokaza potrebnih za rad suda.

Odredbe Statuta Međunarodnog suda za Ruandu predstavljaju veliku novinu u razvoju međunarodnoga humanitarnog prava za ne-međunarodni oružani sukob, jer se po prvi puta određuje nadležnost međunarodnoga organa za kažnjiva djela počinjena u unutarnjem oružanom sukobu.<sup>59</sup> Međunarodni sud za Ruandu je nadležan za suđenje fizičkim osobama odgovornima za genocid (čl. 2.), za zločine protiv čovječnosti (čl. 3.), te za ozbiljna kršenja zajedničkog članka 3. Ženevskih konvencija iz 1949. godine i Drugog Dopunskog protokola iz 1977. godine (čl. 4.) u vremenu od 1. siječnja do 31. prosinca 1994. godine.

Nadležnost glede čl. 2. dobro je utvrđena u međunarodnom pravu jer je zločin genocida kažnjiv uvijek, u ratu i izvan njega. Objektivna priroda tog kažnjivog djela potvrđena je i Savjetodavnim mišljenjem Međunarodnog suda u Haagu 1949. godine.<sup>60</sup> Zločini protiv čovječnosti bili su do sada opisani u Statutu Vojnog suda u Nürnbergu, te u Statutu Međunarodnoga kaznenog suda za

<sup>57</sup>Ustavni zakon objavljen je u Narodnim novinama br. 32/1996, str. 1240.

<sup>58</sup>Tekst Rezolucije i Statuta suda objavljen u ILM 33/1994, str. 1598-1613. Zanimljivo je da je članica Vijeća sigurnosti u to vrijeme bila i sama Ruanda, i to predstavljena vladom koja je i došla na vlast uslijed rata. Ruanda je glasovala protiv rezolucije smatrajući da je prekratko određeno vrijeme za koje je sud nadležan. Kina se, kao i u ranijim zgodama, suzdržala od glasanja. Opš. Warbrick, C.: International Criminal Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, Part 2, 1995, str. 466-479, 472.

<sup>59</sup>MERON, T.: International Criminalization of Internal Atrocities, AJIL, Vol. 89/1995, str. 554-577, str. 556.

<sup>60</sup>V. gore bilj. 30.

Jugoslaviju. Ruandski statut određuje kažnjivost takvih djela ukoliko su bila počinjena "kao dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog stanovništva na nacionalnim, političkim, etničkim, rasnim ili vjerskim osnovama", a sastoje se od: ubojstva, istrebljenja, porobljavanja, deportacija, zarobljavanja, mučenja, silovanja, progona na političkim, rasnim i vjerskim osnovama, te drugih nečovječnih postupanja.

Novinu predstavlja čl. 4. Statuta, koji po prvi puta donosi međunarodnu inkriminaciju zajedničkog članka 3. Ženevskih konvencija i kršenja Drugog protokola, ugovornog propisa, koji inače ne sadrži pojam teških kršenja, kao konvencije i Prvi protokol.<sup>61</sup> Prema čl. 4. kažnjivo je izvršenje i naredba da se izvrši:

- a) nasilje protiv života, zdravlja i fizičkog ili psihičkog blagostanja osoba, osobito ubojstvo i okrutno postupanje kao što su mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik tjelesne kazne;
- b) kolektivne kazne;
- c) uzimanje talaca;
- d) teroristički čini;
- e) vrijeđanje ljudskog dostojanstva, osobito ponižavajući i degradirajući postupak, silovanje, prisilna prostitucija i svaki oblik nedoličnog napada;
- f) pljačka;
- g) donošenja osuda i provođenje izvršenja bez prethodne presude izrečene od strane propisno sastavljenog suda, dajući sva sudska jamstva koja se priznaju kao neophodna među civiliziranim narodima;
- h) prijetnje izvršenjem bilo kojeg od navedenih djela."

Ovaj popis nije konačan i može se proširiti i drugim djelima iste kategorije.

Sudbenost ovog suda u mnogim je stvarima slična Međunarodnom kaznenom sudu za Jugoslaviju, a u nekim je pitanjima s tim sudom i organizacijski povezana. Sud ima 6 izabranih sudaca, koji će donijeti svoja Pravila o dokazima i postupku po ugledu na Međunarodni kazneni sud (čl. 14). Prema Statutu ovog suda tužitelj će biti tužitelj suda za bivšu Jugoslaviju. Nadalje, i Žalbena vijeće Kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju bit će Žalbena vijeće za ruandski sud. Kao i u ranijem slučaju, postoji prevaga nadležnosti međunarodnoga nad nacionalnim sudovima.

### ***C) Budući razvoj međunarodnoga kaznenog prava***

Izrada kodeksa međunarodnih zločina i osnivanje međunarodnoga kaznenog suda glavni su zadaci Komisije glede budućeg razvoja međunarodnoga kaznenog prava. Na oba ta projekta Komisija radi od 1948. godine, mada s prekidima. Nacrt kodeksa završio je njezin posebni izvjestitelj 1991. godine i Komisija ga je dostavila Općoj skupštini. Prema izvješću iz 1991. godine u Kodeksu su se trebala naći djela agresije i prijetnje agresijom, intervencije, kolonijalne i strane dominacije, genocida, sustavna i masivna kršenja ljudskih prava, osobito teški

<sup>61</sup>Taj je članak, zapravo, preuzeta tzv. Martensova klauzula iz IV. Haške konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. g. i propisuje minimalni standard zaštite žrtava rata u svakom oružanom sukobu.

ratni zločini, međunarodni terorizam, nedopušteni promet opijatima, te namjerno i teško oštećenje okoliša.<sup>62</sup>

Rezultat rasprava članica Opće skupštine, ali i nekih drugih tijela, bilo je značajno skraćivanje liste zločina iz tog nacрта na ona kaznena djela koja su "neupitna", odnosno, koja neće izazvati političko-pravne rasprave. Na 47. zasjedanju Komisije 1995. godine posebni izvjestitelj predložio je, a Komisija prihvatila, da u kodeks budu uvrštena sljedeća djela: agresija, genocid, zločini protiv čovječanstva i ratni zločini. Pitanje protupravne trgovine opojnim drogama još će se raspraviti, dok će radna grupa raspraviti pitanje zločina protiv okoliša, tj. namjernog i ozbiljnog oštećenja okoliša. Usporedimo li nacrt iz 1991. godine vidjet ćemo da su "otpala" djela poput kolonijalizma ili *apartheida*, ali i međunarodnog terorizma ili regrutiranja i korištenja plaćenika. Komisija bi trebala završiti drugo čitanje na svom zasjedanju 1996. godine.<sup>63</sup>

Pitanjem Međunarodnoga kaznenog suda Komisija se bavila istovremeno s pitanjem nacrt kodeksa zločina. Međutim, nakon 1992. godine ta su dva pitanja razdvojena. Te je godine Komisija odredila radnu grupu koja je svoj Nacrt Statuta podnijela 1993. godine. Nacrt je podniet Općoj skupštini radi komentara i Komisija je na svom 46. zasjedanju 1994. godine nastavila s raspravom, temeljeći je i na pristiglim mišljenjima i primjedbama vlada, šestog odbora i nekih drugih tijela. Rasprava je okončana usvajanjem Nacrta Statuta Međunarodnoga kaznenog suda. Riječima jednog od članova Komisije:

"Tako je Komisija na tri zasjedanja završila rad na teškoj i kontroverznoj temi, kod koje je gotovo potpuno odsutan element kodifikacije, a izrazit je element 'progresivnog razvoja'."<sup>64</sup>

Svakako je na rad Komisije utjecalo stvaranje Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju i istraživanje zločina u Ruandi. Komisija je iskoristila povoljan val odlučnosti međunarodne zajednice da kazni počinjene zločine.

Temeljne značajke novog suda prema Nacrtu Statuta bile bi sljedeće:

1. Sud bi se temeljio na ugovoru između država, ali usko vezan uz UN,
2. nadležnost suda bila bi ograničena na teška kršenja međunarodnoga kaznenog prava prema važećem međunarodnom pravu i ugovorima. Članak 20. Nacrta određuje nadležnost suda za zločin genocida, agresije, ozbiljnog kršenja zakona i običaja primjenjivih u oružanom sukobu, te zločine protiv čovječnosti. Sud će biti nadležan i za druga "ozbiljna kršenja" različitih ugovora koji donose definicije međunarodnih kaznenih djela.
3. sudbenost suda, osim u slučaju genocida, ovisi o pristanku država,
4. sud bi bio stalne naravi, ali bi suci bili "part-time", odnosno, suci bi mogli obavljati i druge poslove dok se ne ukaže potreba za njihovim radom,
5. sud bi trebao nadopunjavati, a ne isključivati, nacionalne kaznene sustave.<sup>65</sup>

<sup>62</sup>UNITED NATIONS: Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, UN Doc. A/46/10 (1991). V. i McCAFFREY, S.: The Forty-third Session of the International Law Commission, AJIL, Vol. 85, No. 4, 1991, str. 703-709.

<sup>63</sup>UNITED NATIONS: Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session, UN Doc. A/50/10 (1995). V. opš. ROSENSTOCK, R.: The Forty-seventh Session of the International Law Commission, AJIL, Vol. 90, No. 1, 1996, str. 106-115.

<sup>64</sup>CRAWFORD, J.: The ILC adopts a Statute for an International Criminal Court, AJIL, Vol. 89, No. 2, 1995, str. 404-416, 405.

<sup>65</sup>Ibid, str. 410.

Stvaranje stalnog Međunarodnoga kaznenog suda svakako bi donijelo novu kvalitetu u borbu protiv međunarodnih kažnjivih djela. Uočljiv je, međutim i jedan nedostatak u odnosu na dva postojeća *ad hoc* suda Vijeća sigurnosti. Stalni bi sud, naime, bio ugovornog karaktera i ne bi iza sebe imao autoritet i obvezujuću snagu Vijeća sigurnosti (osim za neka pitanja). Prihvaćenost njegove nadležnosti ovisila bi o volji država i djelovao bi isključivo prema strankama budućeg Statuta. No, to je bolest od koje boluju i ostali međunarodni sudski i arbitražni organi. Bude li sud izvršavao svoju ulogu na zadovoljavajući način, za vjerovati je da će države prihvaćati njegovu nadležnost u sve većem broju.

### Summary

#### **INTERNATIONAL CRIME AND PUNISHMENT**

##### **Development of Concept of International Crime in International Law**

The principle of the individual responsibility in international law represents a relative split from the principle that all the crimes and punishments are prescribed by national laws of States. International customary law, and especially treaty law bring commitments to their parties that they have to prescribe certain acts as criminal and provide for the appropriate punishments. Failing to do so, the States are in breach of their international obligations. However, those acts remain punishable directly by international law. It is well accepted rule in international law that this is in accordance with the legality principle.

International punishment of international crimes has been scarce and has occurred only in four cases: military tribunals in Nürnberg and Tokyo after World War II and international tribunals for former Yugoslavia and Rwanda. The permanent international criminal court is soon expected to be found based on the work by the International Law Commission of the United Nations. It should contribute to a better respect for international law.

*Key words: international crime, international criminal courts.*

## Zusammenfassung

### **INTERNATIONALES VERBRECHEN UND AHNDUNG** **Entwicklung des Begriffs im Völkerrecht**

Die strafrechtliche Verantwortung des Einzelnen weicht im Völkerrecht relativ von dem Prinzip ab, daß strafbare Taten und Strafen von den nationalen Gesetzen der Staaten vorgeschrieben werden. Das allgemeine Völkerrecht und besonders Vertragsvorschriften verpflichten die Parteien, einzelne Taten als Straftaten zu qualifizieren und dafür entsprechende Strafen vorzusehen. Falls sie nicht so vorgehen, verletzen sie ihre völkerrechtlichen Pflichten, und die Taten werden direkt nach den Regeln des Völkerrechts bestraft.

Die völkerrechtliche Ahndung internationalen Verbrechens war bisher eine Ausnahme, und dazu kam es nur in vier Fällen: den Prozessen gegen die Kriegsverbrecher nach dem Zweiten Weltkrieg in Nürnberg und Tokio, der Gründung eines Internationalen Kriegsverbrechertribunals für das ehemalige Jugoslawien sowie des Internationalen Gerichts für Ruanda. Demnächst wird auch die Gründung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes aufgrund der Arbeit der Kommission für Völkerrecht bei den Vereinten Nationen erwartet, was zu einer besseren Einhaltung der Gesetze des Völkerrechts über die persönliche Verantwortung des Einzelnen beitragen sollte.

*Stichworte: internationales Verbrechen, internationale Strafgerichte.*





## RADNOPRAVNI STATUS RIBARA\*

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

UDK: 349.2/639.2/.3  
UR: 31. svibnja 1996.  
Pregledni članak

*Radni status ribara određuju brojni elementi: djelatnost, mjesto rada, oprema i sredstva rada, uvjeti rada, uvjeti koje ribar mora ispuniti da bi sklopio ugovor o radu, radno vrijeme, zaštita na radu, plaće i naknade, a na većim ribarskim brodovima i smještaj ribara za vrijeme izlova i drugi.*

*Rad ribara je jedan od oblika radnog odnosa zaposlenika u djelatnostima morske tehnologije, a uređuju ga konvencije Međunarodne organizacije rada, nacionalni propisi i autonomni akti poslodavaca s brojnim javnopravnim obilježjima (sadržaj, forma i registracija ugovora o radu).*

**Ključne riječi:** ribarstvo, ribar, ugovor, registracija.

### 1. Uvod

Na ribolov se dugo gledalo samo kao podlogu (negdje i najvažniju) života naroda uz more. Ribolov je usmjeravao općeniti razvoj gospodarstva uz more, i ostao sastavni dio radnog angažiranja stanovnika uz more (i šire). Njihovim radom ("u periodima povoljnih i trajnih ulova riba") stvaraju se viškovi koji pokreću proizvodnju, migracije ljudi, građenje gradova uz more, razvitak kulture, škola, bolnica i drugog.<sup>1</sup>

Kako količina ulovljene ribe i sezona ribolova nije stalna i radno angažiranje ribara nije konstantno. Proizvodna sredstva u ribarstvu sporo su se mijenjala po tehničkoj podesnosti i količini. Ribarstvo je djelatnost izrazitih oscilacija. U 16. - 18. stoljeću u nas je to bila vrlo skupa djelatnost, a prvenstveno zbog skupog konca i mreža, a pletenje je zahtijevalo puno živog rada. Stoga su se ribari stoljećima borili za svoj status. Bilo je nužno uz te činjenice izučavati radni i socijalni status ribara.

---

\*Rad je napisan u okviru istraživačkoga projekta 01150001 Ministarstva znanosti i tehnologije Republike Hrvatske "Državna pripadnost broda kao osnova sustava kaznenopravne i građanskopravne zaštite".

<sup>1</sup>"Kad su velike količine svježe ribe stizale u jutro u gradsku luku, a riba se morala soliti brzo, uzimana je za soljenje pomoćna radna snaga žena i djece. Tako je makar privremeno i sezonski veći broj radne snage bio prihvaćen u najamne radne odnose i njihov rad doprinosio je daljoj akumulaciji..." Mijo Mirković, 15. veljače 1952. u Zagrebu, u Predgovoru knjige Akademika Grge Novaka, Dokumenti za povijest ribarstva, na istočnoj obali Jadranskog mora, Svezak I. (Otoci Vis i Hvar), Jug. akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1952. str. 6.

Razvitak tehničkih (plovnih) i drugih sredstava razvija konkurenciju, potiskuje samostalan sitan rad. Stvaraju se monopolni uvjeti zaposlenja, a samostalni ribari postaju nesamostalni članovi "družina velikih potegača, za rezervnu armiju radnika"<sup>2</sup>. Ribolov je sezonski rad i koristi se samo trećina raspoloživa radnog vremena u godini. Kad ima ribe, zahtijeva se velik broj radnika, a zarada treba omogućiti i da se preživi u zimskim mjesecima kada ribolov prestane. Ribarski posao nosi osobite rizike. "Sukobljeni" su profesionalci "zanatlijsko-cehofske crte" i mali ribari. Kao i zanatlije, oni se udružuju u udruge različite po karakteru prilagodbe uvjetima rada. To je interesna profesionalna zajednica.

Zapošljavali su veći ili manji broj ribara najamnih radnika, slabo plaćenih i neosiguranih. Uz njihov rad i život vezan je velik broj dokumenata neprocjenjive povijesne, političke, pravne i socijalne vrijednosti.<sup>3</sup> Povijest ribarstva na Jadranu istovremeno je i povijest čovjeka i mukotrpnog življenja na moru i uz more<sup>4</sup>.

Za radni i socijalni status ribara vezani su brojni pojmovi, kategorije i institucije. Površno bi se moglo zaključiti da su to jednostavna određenja, prepoznatljiva, obična i svakodnevna: ribarenje, ribari, ribarnica, ribarske družine (udruge), ribarski alat, ribarski profesionalizam, ribarstvo, ribolov, ribolovna mjesta, ribolovna tehnika, ribolovni red, ribolovna politika, ribolovno gospodarstvo i drugo.

Radni i socijalni status ribara uči se iz mnogih vrela: statusa gradova, zakona, konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada, bilateralnih ugovora, autonomnih akata i drugih. Međutim, u mnogima od njih preferira se drugo: izlov ribe, promet, porezi, zabrane izlova, režim prodaje, dozvole za ribolov, red i sigurnost na moru, oprema i ribarski brod i drugi plovnii objekti, carine, ribarske zadruge i drugo, a radni i socijalni status je drugoredan.

Proučavati radnopravni i socijalnopravni status ribara u morskom ribarstvu dugotrajan je i nedovršen proces, kao traženje bistrijeg i dubljeg mora istovremeno, kao hvatanje zraka nakon ronjenja.

Zbog toga se u ovom radu čini mali napor da se navedu najvažnija vrela za izučavanje tog statusa i odnosa, ne zanemarujući da je to samo malo svjetla na razinu *de lege lata* režima u ribolovu, gdje, uz svu tehniku i tehnologiju, ima puno živog, golorukog rada ribara, "izloženog neprilikama hirovitog mora", sa slabim ribolovnim sredstvima i mimnimalnim životnim sredstvima. U radu se ne piše o bratovštinama ribara koje su na Jadranu rano osnivane i odigrale važnu ulogu u životu i radu ribara, ni o ribarskim družinama ("organizacijama ribara udruženih u ribolovnom procesu"), a bez toga je, danas, teško razumjeti mnoge odnose u statusu ribara.

<sup>2</sup>Vlasnici srdjela i ribari srdjelama čine odvažnu, vještu, sposobnu i stručnu radnu snagu, samostalnu i poduzimljivu, koja vlada ne samo tehnikom ribolova i plovitbe, nego i tehnikom izrade, spravljanja, popravljanja i opremanja mreža i čamaca. Dok mali ribari rade samostalno i smiju raditi za svoj račun, dotle velikim poduzetnicima nedostaje radne snage tih kvaliteta, a može biti i stručne radne snage uopće", ibidem str. 9.

<sup>3</sup>Grga NOVAK, Dokumenti za povijest ribarstva, knjiga 4. Jug. akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1952.

<sup>4</sup>Najstariji zapis o dalmatinskom ribarstvu je dokument iz godine 986.-999, kojim zadarski plemići ustupaju samostan u Sv. Krševana u Zadru pravo ribolova u luci Telašćici na Dugom otoku i na otoku Molatu, čuva se u Historijskom arhivu u Zadru, vidi: BASIOLI, Josip, Ribarstvo na Jadranu, Nakladni zavod, Znanje, Zagreb, 1984.

Prvi ugovori s ribarima na Jadranu su dosta stari, ali to nisu bili klasični ugovori o radu, jer su imali puno više drugih obvezno-pravnih i drugih utanačenja, a plaćanja su bila u naturi u dijelu lovine. "Ribari se odriču stalne nagrade, ali zato sudjeluju u dobiti od ribolova."<sup>5</sup>

Osnovne karakteristike ovoga statusa bile bi: rizik u ribolovu, nesigurnost lovine, sezonski rad, solidarnost između ribara i vlasnika ribarskih sredstava, minimalna fiksna plaća i "zarada po posebnom udjelu od postignuta ulova", specifičnost radnih operacije vezanih za rad na moru, na plovnom objektu i uz njih (izlov, održavanje mreža i drugih sredstava, neregulirano radno vrijeme, ne primjena sredstava zaštite na radu, neadekvatni odmori i dopusti, obrazovanje za rad i stalna uvjetovanost socijalnog statusa radnim statusom.

Radna su mjesta, poslovi i zadaci specifični: od prvih svjećara s mreže, veslača, nadziratelja vatre i drugih (10-12) ribara na mreži potegači, a u lentu: parun (gospodar), najspremniji među ribarima, koji upravlja lentom, provir (veslač desno na provi), signalir (na lijevom veslu), transnir, špitalir, sredir, nakir, kumandir i neđubanci. Diješe se na skupine prema podjeli rada. To je bitno i pri podjeli novca.

Broj profesionalnih ribara povećava se s motorizacijom ribarskih brodova i čamaca, osnivanjem ribarskih zadruga i poduzeća.<sup>6</sup>

Mjesto rada ribara su, u pravilu, ribarska plovila, ali dio poslova obavlja se i uz njih i na kopnu. Danas su to brodovi s boljom opremom i "oštro omeđene skupine": oko 200 motornih brodova vrlo šarolikih dimenzija i kvalitete i oko 2000 motoriziranih čamaca.<sup>7</sup> Taj broj se i neznatno povećao, a godišnje se može graditi ribarskih brodova dužine od 10-70 m i do 50 brodova (pridneni kočari, lebdeće kočice, plivarice i kombinirani ribarski brodovi).<sup>8</sup>

Raznorodne ribarstvene strukture razlikuju se i načinom ribolova, veličinom ribarske flote, proizvodnosti rada i dr. Razlikuju se i po strukturi ribara i po mjestu ribolova na moru: zaštićeni obalni pojas ili otvoreno more.

U uvodu navodimo i ulogu koju su u nas imale ribarske zadruge. Kako su naglo nastale, tako su i prestale. Prva zadruga spominje se u Zadru 1864. godine.<sup>9</sup>

Vrijeme ide u prilog privatnih ribara, pa se cijeni da ih danas (1995.) ima cca 2.500 na Jadranu.

Prema podacima Državnog zavoda za statistiku, ulov morske ribe na Jadranu ostvaren je u 1993. godini u količini od 25.77 tona, što je za 3% manje

---

<sup>5</sup>Ibidem, str. 18.

<sup>6</sup>1980. godine bilo je oko 2000 stalnih, profesionalnih ribara i oko 10.000 dopunskih, povremenih ribara. BASIOLI, str. 26.

<sup>7</sup>Prva plovila naših predaka na Jadranu bili su: monoksili, ladve ili copuli, čamci, barke, leuti, gajete. U drugoj etapi javljaju se ribarski čamci masovno motorizirani, a u trećoj etapi se razvijaju motorni ribarski brodovi plivaličari, tunolovci i kočari... (BASIOLI, str. 30 i dr.).

<sup>8</sup>ČUBRILO, LJ., Kapaciteti, mogućnosti; razvoj male brodogradnje P.Z. "Jadranbrod" na izgradnji domaće ribarske flote, Zbornik radova, Punat, 1986. tvrdi da 1985./1986. imamo 230 ribarskih brodova (157. u društvenom i 73. u privatnom sektoru).

<sup>9</sup>Prof. dr. Ivan Nemarnik, Značenje morskog ribarstva u proizvodnji hrane... u Zborniku radova piše da je 1955. godine bila 131 ribarska zadruga, a 1984. samo četiri (str. 7., Punat, 1986.)

nego 1992. godine. Sezonski karakter ulova u Jadranu postupno nestaje, što je u prvom redu rezultat nove tehnologije lova - lebdeća koća i smanjena prerada ribe - proizvodnja ribljih konzervi. Plivarice se pretvaraju u kočice, jer je veća potražnja za kočarskom ribom, a i profit je od toga veći.<sup>10</sup>

## 2. Osnovna vrela radnog statusa ribara

Međunarodna organizacija rada odvojeno regulira status pomoraca a odvojeno status ribara. U tom smislu je 10. studenoga 1921. g. donijeta posebna Rezolucija na Konferenciji Međunarodne organizacije rada, da se status ribara i režim rada na ribarskim brodovima izdvoji iz režima kojim se uređuje život i rad pomoraca. Ovu Rezoluciju slijede sve donesene Konvencije i preporuke Međunarodne organizacije rada. Tako, npr., Preporuka broj 7. iz 1920. godine, kojom se ograničava (određuje) radno vrijeme ribara prvi je akt Međunarodne organizacije rada (MOR, ILO, ITO) o ribarima. Nakon brojnih upita, 20. siječnja 1924. g. Međunarodni biro (ured) rada dao je "mišljenje" da se Konvencije o pomorcima, donesene u Ženevi, ne mogu primjenjivati u industriji za preradu ribe ni na ribarskim brodovima. Slijedile su Konvencije broj 112 (1959.) o minimalnoj starosti za prijem na ribarske brodove; 113 (1959.) o zdravstvenom pregledu ribara i 114 (1959.) o ugovoru o zapošljavanju ribara; 125 (1966.) o dokazima o obrazovanju ribara; 126 (1966.) o stručnom usavršavanju ribara.<sup>11</sup>

Zakon o radu ("NN" 38/95.) je osnovni propis o radno-pravnom statusu ribara.

Određena pitanja djelatnosti i morskog ribarstva, a koja se izravno i neizravno primjenjuju i na radno-pravni status ribara, uređuje i Zakon o morskome ribarstvu ("NN" 74/4), Pravilnik o privrednom i sportskom ribolovu, uzgoju riba... ("NN" 34/85. - 74/94.), Pravilnik o iskaznici ribarskog inspektora za morsko ribarstvo ("NN" 29/95.), Naredba o ribolovnim sredstvima kojima se može obavljati privredni i sportski ribolov ("NN" 20/74. - 16/75.), Program za provjeravanje stručne sposobnosti ribara ("NN" 26/87. i 74/94.).

U propisima se prvenstveno uređuju pitanja i odnosi obavljanja djelatnosti morskog ribarstva, privrednog i športskog ribolova, uzgoja riba i drugih morskih životinja, naknada štete nanijete flori i fauni mora, katastru ribolovnih područja, zabrani lova, ribolovnim sredstvima, lovostaju i drugo.

Osjetnu prazninu u uređivanju odnosa donekle nadomještaju autonomni akti poslodavaca.

## 3. Ribari

Ribari rade povremeno, dopunski, jedan dan u tjednu, jedan sat ujutro ili

<sup>10</sup>ŠAPONJA, Z., Ribarsko gospodarstvo pred bankrotom, morsko ribarstvo, god. 46.-1994. br. 1. Zagreb, str. 1-3. Na ove posljedice upozoravao je još 1983. godine prof. dr. Ivan Nemarnik u radu Udruživanje rada i sredstava u morskome ribarstvu, Susreti na dragom kamenu, 1983.

<sup>11</sup>KYOVSKY, R. i RADOVAN, A., Konvencije in preporočila mednarodne organizacije dela s komentarjem, Centar za samoupravno normativno dejavnost, Ljubljana, 1975., str. 269-278.

popodne, a jedan broj su "stalni" ribari sa sezonskim ili polugodišnjim angažiranjem u ribolovu. To određuje i njihov status.

Ovi koji rade povremeno, dopunski, jedan dan u tjednu, ili čak jedan sat dnevno (ujutro ili popodne), u pravilu nisu u radnom odnosu. Oni su poljoprivrednici, turistički ili drugi radnici ili umirovljenici. Po toj osnovi imaju riješen radni, a i socijalni status. Takvih je u vremenu od 1960. godine u bivšoj Jugoslaviji bilo 8.170, da bi se 1965. g. i 1970. g. taj broj smanjivao na 6.573, odnosno 6.090, te porastao na 8.800 u 1975. godini. Oni su mnogo vremena vezani za kopno.

"Stalni ribari" su profesionalci. Međutim, oni rade sezonski ili su polugodišnje vezani za ribolov. Njihov broj je još manji na brodovima i čamcima: 1960. g. - 3.322, 1965. g. - 2.326, 1970. g. - 2.280, 1975. g. - 2.111.

U tom je periodu sastav ribarskih brodova sljedeći: motornih brodova 94 (1953.), 209 (1960.), 201 (1976.); motornih čamaca: od 1.075 u 1953. g. do 8.280 u 1976. g. Čamaca na vesla bilo je 5.540 u 1953. g., a samo 1.706 u 1976. godini. Broj čamaca i brodova, nosilaca mreža plivarica i potegača drastično se smanjio.

Ribari rade na brodovima, čamcima i lebdećim i dubinskim kočama (od 30 - 75 brodova, odnosno 10 - 15 čamaca). Najviše ih je do 35 brt., ali najviše je i starijih od 20 godina.<sup>12</sup>

Bez kadrova i opreme nema ribolova. Važnost morskog ribolova ocijenila je i međunarodna zajednica putem Organizacije za poljoprivredu i ishranu (FAO), posebno ukazujući na izobrazbu ribarskih kadrova. Procesi i odnosi su multidisciplinarni jer se javljaju: ribarstveno-biološki i oceanografski, gospodarski, tehnološki, sociološki, pravni i drugi problemi u njima.

Od ribara se zahtijeva znanje u dostignućima iz oblasti tehnike ulova, primjena novih ribolovnih alata i metoda ribolova i pratećih djelatnosti. Ribarski posao je vještina, ali se moraju stjecati znanja i u školama. Taj odnos je naglašen i u Konvenciji Međunarodne organizacije rada broj 126 (1966.) o stručnom obrazovanju (usavršavanju) ribara.

Rastu potrebe za ribarskom flotom, modernijom i opremljenijom tipovima novih mreža, novih uređaja i raznih tehničkih naprava za ulov i preradu morske ribe. Na njima treba obučeni ribar: ne samo zapovjednik ribarskog broda, upravitelj stroja i vođa ribolova, već i drugi članovi posade ribarskog broda.

U svijetu se osnivaju posebne institucije, ribarske škole, ribarski centri i ribarske obrazovne institucije drugog tipa, u kojima se obavlja nastava za ribarske kadrove raznih profila i nivoa obrazovanja.

U Hrvatskoj je to, u prethodnom periodu, bilo u Centrima usmjerenog obrazovanja, (Rijeci, Zadru, Splitu, Lošinj, Dubrovniku i dr.) s programima za četiri profila obrazovanja: priučeni radnik, ribar, specijalizirani radnik - ribar, specijalizirani stručni radnik - brodovođa ribarskog broda (mala obalna plovidba), motorist, stručni radnik brodovođa ribarskog broda (velika obalna plovidba), ribonautičar, strojovođa ribarskog broda, brodstrojar.<sup>13</sup>

No, treba spomenuti i veliku korist od kratkotrajnih seminara, instruktaza i

<sup>12</sup>BASIOLI, J. Naš i talijanski ribolov na Jadranu, Zbornik radova: Problemi i unapređenje morskog ribarstva, Puna, 1980.

<sup>13</sup>ALFIREVIĆ, S. Kadrovi kao faktor razvoja maloga ribarstva, Zbornik radova: Problemi i unapređenje morskog ribarstva, Puna, 1980.

tečajeva do tri mjeseca. Međutim, sve to ne može ni približno zamijeniti školsku i fakultetsku nastavu i stečeno obrazovanje.

Sve to treba biti primjereno strukturi zaposlenih ribara, jer je peterostruko veći broj "povremenih ribara" od "stalnih ribara". Traje proces "ne stagnacije nego nazadovanja u ribolovnoj profesiji na moru".<sup>14</sup>

U najširem smislu riječi djelatnost u kojoj se realizira radni odnos ribara jest morsko ribarstvo. To "jest gospodarenje obnovljivim biološkim bogatstvima mora, a obuhvaća zaštitu, ribolov i uzgoj riba i drugih morskih organizama".<sup>15</sup>

Ribari rade loveći ribu i druge morske organizme pod uvjetima određenim heteronormnim normama. Kada poslodavac "odabere" ribarstvo kao svoju djelatnost, onda je može realizirati, za razliku od brojnih drugih poslodavaca (i djelatnosti), "pod uvjetima utvrđenim ovim Zakonom i propisima donesenim na temelju njega." (članak 2. Zakona o morskom ribarstvu).

U ovom radu piše se, prvenstveno, o gospodarskom ribolovu, jer rekreacijsko-športski ribolov, u pravilu, nije sadržaj radno-pravnog odnosa.

"Gospodarski ribolov jest djelatnost lova i sakupljanja zbog stjecanja dobiti", a "rekreacijsko-športski ribolov jest lov riba i drugih morskih organizama u svrhu rekreacije i športa." Radne operacije jesu: *lov*, kao "djelatnost lovljenja riba i drugih morskih organizama uz upotrebu ribolovnih alata i opreme", *sakupljanje*, kao "djelatnost sakupljanja morskih organizama bez upotrebe ribolovnih alata" i *uzgoj* kao "gospodarska djelatnost kontrolirane reprodukcije i uzgajanja riba i drugih morskih organizama".<sup>16</sup>

Kao što je napisano, mjesto rada, u pravilu, za ribara je ribarski brod. To je plovilo (brod ili brodica) namijenjeno za ribolov, i to ribolovnim alatom kao sredstvom kojim se obavlja ribolov, čiju upotrebu omogućava oprema kao ribolovno sredstvo.

Djelatnost svakog poslodavca je determinanta radnog odnosa između poslodavca i zaposlenika. To se osobito odnosi na radno-pravni status ribara. Gospodarski ribolov i uzgoj su gospodarske djelatnosti kojim se "smiju baviti pravne i fizičke osobe pod uvjetima utvrđenim ovim Zakonom i propisima donesenim na temelju njega" (stavak treći, članak 6. Zakona o morskom ribarstvu) i "smije se obavljati samo na temelju povlastice".

"Ribe i drugi morski organizmi" u ribolovnom moru su od interesa za Republiku Hrvatsku i imaju njezinu osobitu zaštitu..." Poseban interes manifestira se i u odredbi "uzgoj se smije obavljati na temelju povlastice koja se izdaje nakon dobivene koncesije za korištenje pomorskog dobra u skladu sa Pomorskim zakonikom." (čl. 6. i 7. Zakona o morskom ribarstvu).<sup>17</sup>

Zakon o morskom ribarstvu utvrđuje tri uvjeta da bi pravna ili fizička osoba mogla započeti obavljati djelatnost gospodarskog ribolova. Jedan od uvjeta je "ako imaju zaposlene djelatnike stručno osposobljene za gospodarski ribolov ili

<sup>14</sup>NEMARNIK, J. cit., str. 8.

<sup>15</sup>Zakon o morskom ribarstvu "N.N. 74/94. (18. listopada 1994.) članak 1.

<sup>16</sup>isto, čl. 3.

<sup>17</sup>"Fizičkim i pravnim osobama može se dati ovlaštenje za posebnu upotrebu i/ili gospodarsko korištenje pomorskog dobra (Koncesija)". Članom 59. st. 1. Pomorskog zakonika ("N.N." 17/94.). (Odredbe o koncesiji vidi u Pomorskom zakoniku: čl. 59.-72. i drugima)

su sami stručno osposobljeni za gospodarski ribolov.”<sup>18</sup>

Jednostavna definicija poslodavca u ovom radno-pravnom odnosu jest: to je pravna ili fizička osoba (trgovačko društvo ili obrtnik) koja se bavi gospodarskim ribolovom i djelatnošću kontrolirane reprodukcije i uzgajanja riba i drugih morskih organizama.

Ribar u morskom ribolovu je zaposlenik (djelatnik) stručno osposobljen za gospodarski ribolov ili je sam stručno osposobljen za gospodarski ribolov u radno-pravnom statusu.

Gospodarski ribolov dijeli se na veliki gospodarski ribolov i mali gospodarski ribolov. Veliki gospodarski ribolov dijeli se na: ribolov pridnenim povlačnim mrežama kočama, ribolov pelagijskim kočama, ribolov kružnim mrežama plivaricama, ribolov obalnim mrežama potegačama, ribolov obalnim povlačnim mrežama, ribolov ludrom, zaganicom i fružatom, ribolov mrežama stajaćicama, ribolov vršama za lov ribe, ribolov ostima s upotrebom ili bez upotrebe osvjetljenja, ribolov parangalima i drugim udičarskim alatima, lov škampa vršama, lov velikih rakova vršama, lov školjaka i lov ili sakupljanje drugih morskih organizama. Mali gospodarski ribolov dijeli se na: ribolov mrežama stajaćicama, ribolov vršama za lov ribe, ribolov ostima s upotrebom ili bez upotrebe osvjetljenja, ribolov parangalima i drugim udičarskim alatima, ribolov obalnom mrežom potegačom - kogolom i skupljanje školjaka.

Mjesto rada je plovilo, sredstvo rada su ribolovni alat i oprema “koja je upisana u povlastici za ribolov”. “Namjenu, vrstu i količinu ribolovnih alata i opreme koja se smije upotrebljavati u velikom gospodarskom ribolovu propisat će ministar”. Jednako vrijedi i za mali gospodarski ribolov.<sup>19</sup>

Determinanta radnog statusa ribara ili, bolje reći specifičnost njegova radnog statusa je i u sredstvima rada.

Jedna od specifičnosti je stručna osposobljenost ribara za gospodarski ribolov, jer “gospodarskim ribolovom mora upravljati stručno osposobljena osoba, koja se za vrijeme obavljanja gospodarskog ribolova mora nalaziti na plovilu”, a u slučajevima kada se gospodarski ribolov obavlja ronjenjem, osobe koje rone moraju biti stručno osposobljene za ronjenje i za obavljanje gospodarskog ribolova”. Stručna osposobljenost za obavljanje gospodarskog ribolova provjerava se na ispitu.<sup>20</sup>

Iste su odredbe i u dijelu Zakona o morskom ribarstvu koje se odnose na uzgoj (čl. 27. - 36.). I za ovo se traži da poslodavac ima zaposlene djelatnike

---

<sup>18</sup>Pravne ili fizičke osobe mogu započeti obavljati djelatnost gospodarskog ribolova: 1. ako imaju propisano plovilo, ribolovne alate i opremu za ribolov, 2. ako imaju zaposlene djelatnike stručno osposobljene za gospodarski ribolov ili su sami stručno osposobljeni za gospodarski ribolov i 3. ako imaju povlasticu za ribolov izdanu od nadležnog tijela.” (članak 10. Zakona o morskom ribarstvu “N.N.” 74/94.).

O predmetu poslovanja vidi čl. 32.-36. Zakona o trgovačkim društvima (“N.N.” 111/93.). “Trgovačko društvo može početi obavljati djelatnost ili djelatnosti koje čine predmet njegovoga poslovanja upisan u trgovačkom registru nakon što registarskome sudu podnese odluku nadležnoga upravnog organa kojom se utvrđuje da udovoljava tehničkim, zdravstvenim, ekološkim i drugim uvjetima propisanim za obavljanje te ili tih djelatnosti” (str. 3. članak 32. Zakona o trgovačkim društvima).

<sup>19</sup>Članak 18. i članak 19. Zakona o morskom ribarstvu.

<sup>20</sup>Članak 16. i članak 21. Zakona o morskom ribarstvu.



stručno osposobljene za uzgoj (ili da je sam stručno osposobljen za uzgoj). Povlastica za uzgoj oduzima se ako se utvrdi da pravna ili fizička osoba, između ostaloga, "nema zaposlene djelatnike stručno osposobljene za uzgoj ili da sama nije stručno osposobljena za uzgoj." Uzgojem mora, dakle, upravljati osoba stručno osposobljena za uzgoj. Stručna osposobljenost za obavljanje uzgoja provjerava se na ispitu.<sup>21</sup>

#### **4. Uvjeti za sklapanje Ugovora o radu i uvjeti rada**

Uvjeti za zaposlenje ribara jesu opći i posebni. "Osoba mlađa od petnaest godina života, ne smije se zaposliti", a "Ako su zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu, određeni posebni uvjeti za zasnivanje radnog odnosa, ugovor o radu može sklopiti samo zaposlenik koji zadovoljava te uvjete."<sup>22</sup>

Opći uvjeti za zaposlenje su oni koje mora posjedovati svaka osoba da bi mogla pravovaljano zasnovati radni odnos. Određeni su kogentnom normom, pa se autonomnom normom ne mogu proširivati niti sužavati.

Posebni uvjeti su posebna svojstva koje zaposlenik mora posjedovati da bi zasnovao radni odnos na određenom radnom mjestu kod poslodavca. Brojni su posebni uvjeti za zasnivanje radnog odnosa: školska sprema, radno iskustvo, posebne sposobnosti zaposlenika, ispiti, vještina, određeno zdravstveno stanje, državljanstvo, formalne dozvole i mnogi drugi.

Posebnu karakteristiku radnog statusa ribara čine i uvjeti rada: objektivni (sredstva s kojima se i kako radi, a kako je opisano u točki 3. ovog rada) i subjektivni uvjeti rada (sposobnost ribara), što znači reguliranje uvjeta rada: fizičke naravi (higijensko-tehničke zaštite, stanje zdravlja ribara); organizacijske naravi (uvjeti i organizacija radnog mjesta i radne okoline); socijalne naravi (odmori i dopusti) i pravne naravi (uvođenje u posao, trajanje rada, plaće, naknade i dr.).

##### **4.1. Minimalna starost za rad ribara**

Međunarodna organizacija rada je na tridesettrećem zasjedanju Skupštine 1959. godine donijela Konvenciju broj 112. o minimalnoj starosti za prijam na ribarske (brodove) poslove.

Ribarski brod, po ovoj Konvenciji je svaki mali ili veliki brod, bez obzira na vlasništvo, ako je namijenjen za morski ribolov ("u slanim vodama"). Odredbe ove Konvencije ne odnose se na ribolov u lukama ni u ušću rijeka, a ni na osobe koje se ribolovom bave za šport i razonodu.

U članku drugom izričita je odredba stavka prvog te konvencije: "Dijete ispod 15 godina starosti ne smije se zaposliti na ribarskom brodu". Konvencija dopušta da se nacionalnim zakonom propiše mogućnost radnog angažiranja i

<sup>21</sup>Program za provjeravanje stručne sposobnosti ribara ("N.N." 26/87.) (vidi čl. 76. Zakona o morskome ribarstvu)

<sup>22</sup>Zakon o radu ("N.N." 38/95) čl. 14. st. 1. i čl. 18. st. 1.

malodobnika starijeg od trinaest godina da se školuje i radi na ribarskom brodu, ali samo poslove koji neće škoditi njegovu zdravlju, njegovim školskim obvezama i čiji cilj nije ostvarivanje dobiti, ali da koristi neposredno ili u budućnosti tom malodobniku.<sup>23</sup>

Mlađi od osamnaest godina ne mogu se na ribarskim brodovima zaposliti kao ložači ili skladištari, osim na školskim ribarskim brodovima (s dozvolom i nadzorom javne vlasti).

Ova se Konvencija počela primjenjivati 7. studenoga 1961. godine.

#### **4.2. Zdravstveni pregled ribara**

Zakon o radu je u članku 18. st. 2. i 3. ovlastio ministra nadležnog za rad, da uz suglasnost ministra nadležnog za zdravstvo, posebnim pravilnikom utvrdi poslove "na kojima zaposlenik može raditi samo nakon prethodnog utvrđivanja zdravstvene sposobnosti za obavljanje tih poslova." Ova odredba uslijedila je nakon što je iz Zakona o radu "izbačena" odredba o općoj zdravstvenoj sposobnosti kao općem uvjetu za zasnivanje radnog odnosa. Međutim, taj uvjet "zadržan" je kod nekih drugih zaposlenika (državnih službenika npr.).

Zdravstveni pregled ribara predmetom je reguliranja Konvencije broj 113 (1959. g.) Međunarodne organizacije rada pod istim naslovom (imenom).

Na ribarski brod može se ukrcati ribar koji posjeduje potvrdu o zdravstvenoj sposobnosti za posao koji će na moru obavljati. Potvrdu potpisuje ovlaštena zdravstvena organizacija ili ovlaštenu liječnik. Takva potvrda vrijedi samo godinu dana od izdavanja, a i duže za starije od 21 godine.

Posebnim aktom treba utvrditi sadržaj i način izdavanja te potvrde, te označiti koje bolesti isključuju mogućnost da ribar bude ukrcan na brod, vodeći računa o naravi poslova na ribarskom brodu koje će ovaj obavljati, o tome da mu se radom na brodu ne pogorša stanje ili ne ugroze zdravlje i životi drugih osoba na ribarskom brodu.

#### **4.3. Smještaj posade na ribarskom brodu**

Na svakom ribarskom brodu mora biti osiguran prostor za smještaj posade broda preko 75 tona nosivosti, a i manje ako to odrede nacionalne vlasti, ili preko 25 metara ako su na motorni pogon. To se ne odnosi na ribarske brodove koji su manje od 36 sati izvan svoje matične luke.

Prostor je namijenjen za smještaj i za pripremanje hrane posadi broda.<sup>24</sup> Kontrola se obavlja prilikom upisa broda u registar plovniha objekata, nakon preuređenja i prilikom inspekcije broda.

U članku šestom do desetom navedene Konvencije detaljno je propisan:

---

<sup>23</sup>U tom smislu su i odredbe članka 14. st. 2. i 3., te članka 15, 16. i 17. Zakona o radu (o poslovnoj sposobnosti malodobnika za sklapanje ugovora o radu, zabrana rada malodobnika na određenim poslovima i ovlaštenjima inspektora rada da zabrani rad malodobnika na određenim poslovima).

<sup>24</sup>UČUR, M., Kolektivni ugovor za pomorce, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 16 (1), 1995.

raspored prostora, sigurnost posade, izlazi, izolacije na toplotu i hladnoću, spavaonice i prostor za ručanje, uređenje prostora za smještaj i drugo (zagrijavanje, hlađenje, provjetravanje, osvjetljenje, veličina, raspored i sl.).

Posebno je uređeno pitanje soba za spavanje, opreme, sobe za ručanje, kuhinje, sanitarnih uređaja i spremišta hrane (čl. 11. - 16. Konvencije).

#### 4.4. Ugovor o radu s ribarom

Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 114. o ugovoru o zapošljavanju ribara (1959. godine) određuje pojmove kojima se koristi, a odnose se na ugovor o radu ribara.

Prema odredbi članka 2. ribar je svaka osoba koja je zaposlena ili primljena na posao u bilo kom svojstvu na ribarski brod namijenjen za morski ribolov i koja je upisana u sastav posade, osim pilota, učenika na školskim brodovima, učenika vezanih ugovorom o školovanju, članova posade vojne mornarice i drugih osoba u državnoj službi.

Ugovor se potpisuje u pisanom obliku.<sup>25</sup> Kao poslodavac ugovor potpisuje vlasnik ribarskog broda ili njegov punomoćnik, a kao posloprimac (zaposlenik) potpisuje ga ribar. Nadzor nad ugovorom ima javna vlast sukladno nacionalnom zakonu, pritom garantirajući da ribar razumije sadržaj ugovora o radu. Ugovor ne smije sadržavati odredbe suprotne nacionalnom zakonodavstvu. Za rješavanje sporova ugovara se arbitraža.

Obavezna je evidencija ugovora s ribarom: prilikom ukrcaja i iskrcaja s ribarskog broda, tako da se to evidentira u radnu knjižicu ribara.

Ugovor o radu prestaje: obostranom suglasnošću stranaka, smrću ribara, propašću broda (ili potpune nesposobnosti ribarskog broda za plovidbu i u slučajevima kako ih uređuje nacionalni propis (čl. 9. Konvencije)).<sup>26</sup>

Provedbu ove konvencije prati nacionalno zakonodavstvo i kolektivni ugovori.

Ribari na moru su članovi posade ribarskog broda. Ugovor s ribarom sklapa se prije ukrcaja na brod, kada počinje prestacija rada ribara na radnom mjestu, odnosno na poslu zbog kojeg je sklopio ugovor o radu.

Radnopravni status ribara prate brojne registracije. U tome je jedna od brojnih javnopravnih karakteristika ovog radnog odnosa, kao i s pomorcima.<sup>27</sup>

Registracija ugovora o radu ribara u cilju je zaštite života i rada ribara, ali i sigurnosti plovidbe ribarskog broda i ribolova u veoma složenim i specifičnim uvjetima rada.

Specifičnost registracije ugovora o radu ribara je u obliku, načinu, ovlasti, mjestu i vremenu registracije.

##### 4.4.1. O registraciji ugovora o radu - općenito

Registracija ugovora o radu s ribarom zahtijeva se zbog tri osnovna razloga: specifičnost statusa ribarskog plovno objekta, specifičnost ribara kao poslodavca

<sup>25</sup>Zakon o radu, čl. 11. i čl. 12.

<sup>26</sup>Zakon o radu: čl. 103.

<sup>27</sup>UČUR, M., Javnopravne karakteristike zapošljavanja i zaštite pomoraca, Pomorski zbornik 32 (1994.), Rijeka, str. 237.-258.

i, konačno, složena specifičnost radnopravnog i socijalnopravnog položaja ribara kao zaposlenika.

Registracija predstavlja jedan od elemenata javnopravnog karaktera radnog odnosa ribara. Iako se obavlja poslije ukrcanja ribara na brod, to se čini i zbog mjesta rada na brodu i posebnih okolnosti koje taj rad prate u plovidbi. Ne treba zanemariti zahtjeve sigurnosti broda i plovidbe kao i posebne zaštite ribara.

Registracija je identifikacija ribara.

Ribar se identificira u onom svojstvu u kome će raditi na ribarskom plovnom objektu, na ribarskom brodu na moru.

Još je Zakon o radnim odnosima ("NN" 25/92.) u odredbi članka 105. propisivao da se ugovor o zaposlenju pomorca, odnosno odluke o izboru radnika - pomorca za obavljanje poslova u svojstvu člana posade broda u pomorskom prometu i pomorskom ribarstvu i njegova pismena izjava o prihvaćanju prava i obveza o radnom odnosu podnosi na registraciju.

Riječ je o javnopravnom karakteru radnog odnosa pomorca i ribara, jer država i na ovaj način pokazuje "svoj" interes u ovim radnim odnosima, ali obavlja i nadzor u sklapanju, trajanju i prestanku ugovora o radu s ovim kategorijama zaposlenika. To je precizno bilo uređeno Pravilnikom o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru radnika - pomorca za člana posade broda i njegove pismene izjave o prihvaćanju prava i obveza u radnom odnosu ("NN 35/79").<sup>28</sup>

Ne radi se samo o registraciji radi evidencije.

Registracija znači i pravo državnog tijela uprave da obavlja uvid, kontrolu i traži ispravak ugovora o radu koji ne sadrži sve bitne uglavke određene Zakonom i podzakonskim aktima o ugovoru o radu. To je pitanje o tzv. neposrednom nadzoru države nad zakonitošću ovih ugovora, pa registracija istovremeno znači potvrdu.

Donošenje Pravilnika 1994. godine uslijedilo je kao obveza u provedbi odredbe članka 105. Zakona o radnim odnosima ("NN 25/92.). Ta odredba glasi: "Ugovor o zaposlenju pomorca odnosno odluka o izboru radnika pomorca za obavljanje poslova u svojstvu člana posade broda u pomorskom saobraćaju i pomorskom ribarstvu i njegova pismena izjava o prihvaćanju prava i obveza o radnom odnosu, podnosi se na registraciju općinskom organu uprave nadležnom za rad i radne odnose prema sjedištu organizacije, odnosno poslodavca u roku od osam dana nakon stupanja radnika na rad. Republički organ uprave nadležan za rad propisivat će sadržaj i način registracije iz stavka 1. ovog članka."

Registriraju se sve izmjene i dopune ugovora.

Posebnom odredbom ovoga Pravilnika propisana je dužnost organizacija i poslodavaca, ako to do sada nisu učinili, da ugovore dostave na registraciju u roku od 30 dana od stupanja Pravilnika na snagu.

8. veljače 1996. godine stupio je na snagu Pravilnik o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomorca i ribara. Pravilnik je objavljen u "Narodnim novinama" broj 8. od 31. siječnja 1996. godine. Prema odredbama stavka 6. i 7. članka 11. Zakona o radu ("NN 38/96.): "Ugovor o radu pomorca i ribara mora

<sup>28</sup>Zakon o radnim odnosima ("N.N." 25/92.) i Pravilnik o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru odnosno ugovora o zapošljavanju radnika pomorca kao člana posade broda ("N.N." 73/94.).

se registrirati pri županijskom uredu nadležnom za poslove rada. Ministar nadležan za rad će pravilnikom utvrditi sadržaj i način registracije ugovora o radu pomoraca i ribara.”. Upravo pozivom na ove odredbe ministar rada je donio taj Pravilnik. Danom stupanja na snagu ovog Pravilnika prestaje vrijediti Pravilnik o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru, odnosno ugovora o zapošljavanju radnika - pomorca kao člana posade broda (“Narodne novine” 73/94.).

Iz odredbe članka 10. Pravilnika o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomorca i ribara zaključuje se da su brodari-poslodavci dužni podnijeti na registraciju sve do tada registrirane ugovore, koji će biti usklađeni sa Zakonom o radu do 31. ožujka 1996. prema odredbi članka 241. stavka prvog toga Zakona.<sup>29</sup>

#### **4.4.1.1. Određenje pojmova i kategorija u Pravilniku o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomoraca i ribara**

U Pravilniku o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomoraca i ribara koriste se pojmovi i kategorije koje nisu, ili su nedovoljno definirane. Zbog toga se mora potražiti objašnjenje u drugim propisima i pravnoj teoriji.

**Sadržaj** ugovora o radu pomorca i ribara čine obvezatni uglavci toga dvostranog pravnog akta. Izraz je volje poslodavca i zaposlenika, determinirane heteronomnim i autonomnim normama. Sadržaj čine prava, obveze i odgovornosti subjekata toga ugovora (subjekata radnog odnosa). Sadržaj stvara pravni odnos, odnosno u tako uspostavljenom pravnom odnosu nalazi se heterogeni sadržaj sačinjen od brojnih pravnih činjenica. Na njima i zbog njih nastaje, mijenja se i prestaje ugovor o radu.

**Registracija** je unošenje u registar ugovora podataka, tj. upisivanje (bilježenje, uknjižavanje) onih činjenica koje u članku 5. određuje Pravilnik. To je popis ugovora o radu pomorca i ribara (spisak, upisnik, knjiga) i smatra se javnom ispravom. Ima snagu kao i drugi javni registri (zemljišne knjige, matične knjige, knjige dionica i sl.).

**Nadležno tijelo** je županijski ured nadležan za poslove rada prema sjedištu poslodavca kod kojeg pomorac ili ribar zasniva radni odnos (članak 2. Pravilnika). To je tijelo koje obavlja određene upravne, stručne i druge poslove. Osniva ga županija u okviru prava i dužnosti županije.

**Poslodavac** je osoba koja zapošljava pomorca ili ribara, fizička ili pravna osoba za koju zaposlenik u radnom odnosu obavlja određene poslove (članak 3. st. 1. i članak 4. st. 2. Zakona o radu). Poslodavac je brodar (vlasnik broda, naručitelj prijevoza u brodarskom ugovoru i poslovođa pomorskog broda) kod koga je pomorac sklopio ugovor o radu i ukrcan je za člana posade (vidi članak 405. Pomorskog zakonika “NN 17/94.). Poslodavac je, dakle, vlasnik ili korisnik ribarskog broda (namijenjenog morskom ribarstvu) koji zapošljava ribara.

**“Ribar”** je svaka osoba koja je zaposlena ili primljena na rad u bilo kojem svojstvu na ribarskom brodu i koja je upisana u registar posade (članak drugi Konvencije broj 114 o ugovoru o zapošljavanju ribara iz 1959. g.).<sup>30</sup>

**Naziv broda ili brodova na kojem ili na kojima pomorac ili ribar preuzima obvezu raditi** jedan je od obveznih uglavaka ugovora o radu s pomorcem ili ribarom.

<sup>29</sup>Pravilnik o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomorca i ribara (“N.N.” 8/96.)

<sup>30</sup>Konvencija MOR-a (ILO, ITO) broj 114. o ugovoru o radu ribara (1959.), u Priručniku Konvencije i poročila MOR-a, KYOVSKY-RADOVAN, Ljubljana, 1975. str. 275-278.

Postupak započinje pregledom broda. To je, tzv., osnovni pregled, kao obvezni pregled kojem podliježe postojeći brod prije početka korištenja broda "prigodom upisa u upisnik brodova i izmjena namjene, granica plovidbe ili drugih svojstava broda na koje se odnose odredbe tehničkih pravila" (čl. 114. Pomorskog zakonika).

Ime broda upisuje se u upisni list što ga izdaje Lučka kapetanija (čl. 132. Pomorskog zakonika). Brod mora imati ime (čl. 197. Pomorskog zakonika). Dva broda ne mogu imati isto ime. Rješenje o određivanju imena broda donosi Ministarstvo pomorstva.

Ostali uglavci ugovora o radu pomorca i ribara, a koji se odnose na: vrstu i narav posla, očekivano trajanje ugovora, godišnji odmor, plaću, otkazne rokove i drugo, objašnjavaju se u nastavku rada pozivom na Zakon o radu i radnopravnu teoriju i praksu.

#### 4.4.1.2. Pomorska knjižica

Pomorac je zaposlenik koji pored radne knjižice ima pomorsku knjižicu (matriculu, moreplovnicu). Pomorac mora imati pomorsku knjižicu prilikom ukrcanja na brod. Ima snagu javne isprave i služi umjesto putovnice. Njome se pomorac služi prilikom ukrcanja na sve brodove: domaće i strane. Izdaje je nadležno državno tijelo - Lučka kapetanija nakon "imatriculacije" pomorca u registar pomoraca. Ona se izdaje u svrhu dokazivanja svojstva pomorca, njegova prava na plovidbu, stručne kvalifikacije i položaja (statusa).

Prema odredbi članka 153. Pomorskog zakonika ("Narodne novine" broj 17. od 17. ožujka 1994. godine): "Kao član posade na brodu može se ukrcati samo osoba koja ima pomorsku knjižicu ili odobrenje za ukrcavanje: Pomorska knjižica jest isprava kojom se dokazuje stručna sprema člana posade, zdravstveno stanje, svojstvo u kojemu je član posade ukrcan na brod te trajanje zaposlenja na brodu".

Koja je veza pomorske knjižice i ugovora o radu pomorca?

Pomorska knjižica je isprava koja zamjenjuje putovnicu. Posjedovanje pomorske knjižice samo je preduvjet da bi se s osobom koja ispunjava uvjete za sklapanje ugovora o radu pomorca taj ugovor mogao sklopiti.

Radna knjižica nije uvjet sklapanja ugovora o radu (za zasnivanje radnog odnosa). Pomorska knjižica jest uvjet za ukrcanj člana posade na brod.

Zakon o radu ("NN 38/95.") govori o zasnivanju radnog odnosa u članku 8., pa kaže: "Ugovorom o radu zasniva se radni odnos". Pomorski zakonik u st. 2. članka 153. kaže da se pomorskom knjižicom, pored ostaloga dokazuje "trajanje zaposlenja na brodu", a u članku 154. govori o "trajanju zaposlenja" i "prestanku zaposlenja". Pomorski zakonik, u članku 160. stavak drugi, govoreći o brodolomu uređuje da "član posade koji je zaposlen kod brodarara, u slučaju brodoloma, ima pravo na naknadu za svaki dan stvarnog trajanja nezaposlenosti, u visini plaće koju mu je trebalo isplatiti prema ugovoru, time da ukupni iznos naknade, koja mu se ima isplatiti, ne može premašiti iznos dvomjesečne plaće".

Plaća je radnopravna kategorija. Plaća je bitan element radnog odnosa kao pravnog odnosa. Kako Pomorski zakonik govori o plaći, zaposlenju i nezaposlenosti, pretpostavlja je Ugovor o radu, odnosno radni odnos. Uostalom, to proizlazi i iz odredbe članka 993, koji glasi: "Za radne odnose članova posade brodova mjerodavno je pravo državne pripadnosti broda".

#### 4.4.1.3. Uglavci ugovora o radu pomorca i ribara

Obvezni sadržaj pisanog ugovora o radu, odnosno pisane potvrde o sklopljenom ugovoru o radu, propisuje Zakon o radu u članku 12. ("NN" 38/95.). Taj sadržaj ugovor o radu mora sadržavati.

Tako piše i u članku 3. Pravilnika o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomorca i ribara ("NN" 8/96.).

Svaki od tih uglavaka treba posebno analizirati.

1. Ugovor o radu mora sadržavati uglavak o strankama te njihovu prebivalištu, odnosno sjedištu (t. 1. st. 1. čl. 12. Zakona o radu). Ugovor o radu pomorca i ribara mora sadržavati uglavak o "nazivu, tvrtki i sjedištu poslodavca"; ime i prezime, datum rođenja, mjesto rođenja i prebivalište pomorca ili ribara" (točke 1. i 2. stavka prvog, članka 3. Pravilnika).

Ugovor o radu je pisani pravni akt. Dvostran je i s oneroznim titulusom. On je osnov radnog odnosa - pravnog odnosa *intuitu personae* (osobnopravni odnos). Stranke ugovora su poslodavac i zaposlenik. Na strani poslodavca može biti i pravna i fizička osoba: brodar ili ribar - poslodavac, a na strani zaposlenika samo fizička osoba: mornar ili ribar.

Ako je poslodavac pravna osoba, onda se na tvrtku i sjedište odnose odredbe o tvrtki i sjedištu kako ih propisuje Zakon o trgovačkim društvima ("NN" 111/93.) i kako su upisane u trgovački registar. Tvrtka i sjedište se u pravnom prometu mogu samo tako koristiti (čl. 11. - 31. i čl. 37. - 40. Zakona o trgovačkim društvima).

Poslodavac - fizička osoba može biti i obrtnik, sukladno Zakonu o obrtu ("NN" 77/93.) i ribarska zadruga po Zakonu o zadrugama ("NN" 366/95.).

Kada je riječ o podacima za pomorca, odnosno ribara, onda su to ovi podaci: ime i prezime, datum rođenja, mjesto rođenja i prebivalište pomorca ili ribara. Podatke o pomorcu nalazimo i u pomorskoj knjižici, u kojoj se, pored navedenoga upisuje i državljanstvo pomorca. Uputno je u ugovore unositi i podatak o jedinstvenom matičnom broju građana (JMBG) radi propisanih evidencija i potpunih podataka za pomorca, odnosno ribara.

Svaki građanin može imati samo jedno prebivalište kao stalno mjesto boravka. Poslodavac ga može prepisati iz osobne iskaznice.

2. Mjesto i dan sklapanja ugovora je uglavak kojega određuje t. 3. st. 1. čl. 3. Pravilnika, a Zakon o radu to označava kao "dan otpočinjanja rada" t. 4. st. 1. čl. 12.). To nisu isti pojmovi jer se dan sklapanja ugovora ne mora "poklapati" s danom otpočinjanja rada. Kod pomorca i ribara to i nije, u pravilu, slučaj (vidi točku 7. st. 1. čl. 3. Pravilnika). U tom smislu bolja je odredba t. 3. st. 1. čl. 3. Pravilnika. U pravilu, mjesto sklapanja ugovora je u sjedištu poslodavca, a može biti i drugo mjesto u kome se za to ukaže potreba, na kome ili u kome poslodavac obavlja registriranu djelatnost. Tako, npr., to će biti u mjestu u kome zapovjednik broda mora popuniti sastav članova posade broda, pa makar i sa stranim državljaninom.

3. U točki 4. st. 1. čl. 3. Pravilnika određeno je da ugovor mora imati uglavak o "nazivu broda ili brodova na kojem ili na kojima pomorac ili ribar preuzima obvezu raditi", a u točki 2. st. 1. čl. 12. Zakona o radu to je uglavak o "mjestu rada, a ako ne postoji stalno ili glavno mjesto rada, onda napomenu da se rad obavlja na različitim mjestima". Ovime se postiže individualizacija broda, odnosno brodova.

Svaki brod mora imati posadu koja mu po broju i kvalifikacijama pripada (odgovara), u cilju sigurnosti života na moru i poštivanja odredbi koje se odnose na radno vrijeme, sprečavanja prevelike opterećenosti posade i svodeći na minimum prekovremeni rad (Konvencija MOR br. 109. o plaćama, u radnom vremenu na brodu i brojnom stanju posade - revidirana 1958.g.).<sup>31</sup>

U Konvenciji broj 114. o uvjetima za zapošljavanje ribara iz 1959. godine, u članku 6. st. 3. t. c., upisuje se u ugovor i podatak o ribarskom brodu ili brodovima na kojima ribar preuzima obvezu raditi.

4. U točki 5. st. 1. čl. 3. Pravilnika označen je i uglavak o "nazivu, naravi ili vrsti poslova na koje se pomorac ili ribar zapošljava", a prema točki 3. st. 1. članka 12. Zakona o radu, ugovor o radu mora sadržavati uglavak o "nazivu, naravi ili vrsti rada na koji se zaposlenik zapošljava ili kratak popis ili opis poslova".

U Konvenciji MOR-a broj 114. o uvjetima za zapošljavanje ribara (1959.), u t. e) st. 3. čl. 6., to se precizira kao posao kojega ribar bude obavljao.

Brod mora imati određen broj članova posade odgovarajuće životne dobi, odgovarajućeg zvanja i odgovarajućih ovlasti. To se odnosi na "Kvalificiranost i kompetentnost posade" kao sastavni dio Standarda na trgovačkim brodovima, prema Konvenciji MOR-a broj 147. o minimalnim standardima na trgovačkim brodovima iz 1976. godine i Preporuci broj 155/1976. o trgovačkoj mornarici (poboljšanju standarda).

U svemu se moraju poštivati opći i posebni uvjeti za sklapanje ugovora o radu s pomorcem: liječnički pregledi o posebnoj zdravstvenoj sposobnosti, državljanstvo, stručna sprema i plovidbeni staž, te ovlasti za obavljanje određenih poslova na brodu, prema Konvencijama MOR-a br. 53 (1936.) o minimumu stručne spreme zapovjednika i časnika trgovačke mornarice; broj 69 (1946.) o diplomu brodskih kuhara; broj 74 (1946.) i kvalifikacijama mornara i drugima.

5. Kako je već navedeno u članku 12. st. 1. t. 4. Zakona o radu, kao obvezni uglavak ugovora o radu navodi se i "dan otpočinjanja rada". U praksi će se pojaviti problem jer poslodavac treba reći i u koji sat je zaposlenik dužan započeti (otpočeti) rad (zbog rada u smjenama, kliznog radnog vremena, preraspodjele, noćnog rada i sl.). U Pravilniku se to definira kao "putovanje ili putovanja koja će se poduzeti ako se taj podatak može dati u vrijeme sklapanja ugovora", odnosno "mjesto i dane kada se pomorac ili ribar mora javiti na brod radi otpočinjanja rada, ako se ti podaci mogu dati u vrijeme sklapanja ugovora" (t. 66. i 7. st. 1. čl. 3. Pravilnika).

U Konvenciji MOR-a broj 114., o uvjetima za zapošljavanje ribara (1959.) u t. d.) st. 3. čl. 6., piše "putovanje ili putovanja koja će se poduzeti, ako je to moguće dati u vrijeme sklapanja ugovora", a u t. f. st. 3. čl. 6. piše: "po mogućnosti mjesto i datum kada se mora ribar javiti na brod radi otpočinjanja rada".

U praksi se mora u ugovoru označiti dan kada otpočinje rad na brodu ili način kako će se to odrediti. Bitno je naznačiti i prava prije ukrcaja, od dana kada putovanje pomorca ili ribara započne iz njegova mjesta prebivališta (ili boravka ako je tako ugovoreno). Slijedi onda plovidba svim morima (ili samo

---

<sup>31</sup>International Labour Conventions and Recommendations 1919-1991 (Vol. I. i II.), International Labour Office, Geneva, 1992., str. 664.



nekim za ribare) sukladno općeprihvaćenim običajima plovidbe na moru. U ugovorima piše: Vrijeme stupanja na dužnost (Estimated time of taking up position) i luka stupanja na dužnost (Port where position is taken up).

6. S prethodnom točkom vezana je i ona broj 8. st. 1. članka 3. Pravilnika, da ugovor o radu mora sadržavati uglavak i o "očekivanom trajanju ugovora, u slučaju ugovora na određeno vrijeme utvrđeno na način da se odredi dan kada ugovor prestaje ili luka odredišta i rok po isteku kojega pomorcu ili ribaru nakon dolaska u luku odredišta prestaje radni odnos."

Već je navedeno, da u čl. 10. Zakon o radu određuje kada se može sklopiti ugovor o radu na određeno vrijeme, pa i kada se radi o "ostvarenju određenog poslovnog pothvata ili ukrcaju posade na brod."

U članku 6. stavak treći, točka i) Konvencije 114. (1959.) o ugovoru o radu ribara, ponavlja se odredba stavka prvog toga članka (da se ugovor o radu s ribarom sklapa u pravilu na određeno vrijeme, za određeno vrijeme ili ako to dozvoljava nacionalno zakonodavstvo, na neodređeno vrijeme), pa se o trajanju ugovora kaže: "ako je sklopljen na određeno vrijeme - određuje se i točan dan prestanka ugovora; ako je ugovor sklopljen za određeno putovanje, treba se sporazumjeti o očekivanom završetku posla i o danu kada će ribar po povratku u matičnu luku ili određeno mjesto prestati raditi". Ako je ugovor o radu sklopljen na neodređeno vrijeme, svaka strana može otkazati ugovor u otkaznom roku, tako da taj otkazni rok za vlasnika ribarskog broda ne može biti kraći nego za ribara.

7. Slijede odredbe ugovora o radu s pomorcem ili ribarom, koje mogu biti precizno utanačene, a ako to nije slučaj, onda umjesto tih uglavaka "može se u ugovoru uputiti na odgovarajuće zakone, druge propise, kolektivne ugovore ili pravilnike o radu koji uređuju ta pitanja" (st. 1. t. 9., 10. i 11. stavka 1. čl. 6., i st. 2. članka 6. Pravilnika).

"Ta pitanja", odnosno uglavci ugovora o radu jesu: "trajanje plaćenog godišnjeg odmora na koji pomorac ili ribar ima pravo"; "osnovna plaća, dodaci na plaću, novac u kojem će se isplaćivati, te razdoblja isplate"; "otkazni rokovi kojih se mora pridržavati pomorac ili ribar, odnosno poslodavac..."

Prema Kolektivnom ugovoru za pomorce zaposlenje pomorca može prestati: istekom ugovora o zaposlenju, na zahtjev pomorca i prema odluci poslodavca - brodarka. Zaposlenje po zahtjevu pomorca prestaje uz otkazni rok od 30 dana u točno određenim slučajevima, a može prestati i uz obostranu suglasnost brodarka i pomorca. Ukoliko se dogodi slučaj potpunog ili izvanrednog gubitka broda, prodaje ili rashodovanja, te ako poslodavac ne može osigurati pomorcu zaposlenje pod istim uvjetima (ugovorenim), pomorac može raskinuti ugovor bez za sebe štetnih posljedica, a poslodavac snosi troškove repatrijacije. Svaki raskid ugovora o radu mora se s pomorcem ili ribarom pisano potvrditi.

Najsloženije je i najosjetljivije pitanje u ugovoru o radu plaća, kao "određeni novčani iznos" na kojega pomorac i ribar imaju pravo za izvršeni rad kod poslodavca. Plaća se utvrđuje Zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu i ugovorom o radu. Odredbe o plaći sadržane su u Zakonu o radu u odredbama čl. 81. - 88.

U ugovoru o radu s pomorcem i ribarom mora se upisati osnovna plaća, dodaci na plaću, novac u kojem će se isplaćivati, te razdoblje isplate plaće.

"Plaća se isplaćuje nakon obavljenog rada" (st. 1. čl. 83. Zakona o radu), a

“kolektivnim ugovorima ili ugovorom o radu ne može se odrediti isplata plaće u razdobljima dužim od mjesec dana” (st. 3. čl. 83. Zakona o radu).

Posebno se ugovara ili upućuje na kolektivni ugovor kada se radi o troškovima ukrcaja i repatrijacije, koje snosi poslodavac. Nadalje, zbog posebnih uvjeta rada na brodu ugovaraju se: radno vrijeme, prekovremeni rad, držanje straže, naknada za rad subotom i nedjeljom i dr.

Na kolektivni ugovor treba uputiti kada se ugovaraju pitanja: zdravstvene skrbi, naknade za bolovanje, gubitak života, smrt za vrijeme službe, služba u područjima ratnih i ratu sličnih operacija, onesposobljenost, prehrana, smještaj, komfor i dr.

8. Ugovor o radu pomorca i ribara mora sadržavati i “uglavak da je poslodavac upoznao pomorca ili ribara s pravima i obvezama koje proizlaze iz ugovora, te da ih je pomorac ili ribar prihvatio ili da je pri sklapanju ugovora bio nazočan predstavnik sindikata”. (točka 12. st. 1. članka 3. Pravilnika).

9. U čl. 6. st. 3. točka j) Konvencije MOR-a 114 (1959.) o radu ribara, propisano je da ugovor sadrži i “sve druge podatke, koje zahtijeva nacionalno zakonodavstvo”.

U tom smislu uputno je prilikom sklapanja ovih ugovora utvrditi obveze iz Pomorskog zakonika, Zakona o radu, Zakona o zaštiti na radu, kolektivnog ugovora i drugih akata i na njih uputiti, shodno odredbi stavka drugog članka 3. Pravilnika. Tu se misli na pitanja: naknade za nezaposlenost zbog brodoloma, o mirovinama, o zaštiti na radu, o minimalnim standardima i drugo. U tom smislu sigurnu pomoć nalazimo u Konvencijama i preporukama Međunarodne organizacije rada.

#### **4.4.1.4. Postupak registracije ugovora o radu**

“Ugovor na registraciju nadležnom tijelu podnosi poslodavac u tri primjerka u roku osam dana od dana kada je pomorac ili ribar započeo raditi”. (čl. 4. Pravilnika).

Zašto je zakonodavac odredio ovaj rok i zašto je propisao da to bude nakon što “je pomorac ili ribar započeo raditi”, nije jasno. Po ovome, poslodavac sklapa s pomorcem ili ribarom ugovor o radu, obavlja se ukrcaj na brod, upisuje se u sastav posade broda, a onda poslodavac podnosi ugovor o radu na registraciju. Ako to poslodavac ne obavi, čini prekršaj i može biti kažnjen od pet do dvadeset tisuća kuna (točka 6. st. 1. čl. 228. Zakona o radu). “Poslodavac je dužan u roku od osam dana prijaviti nadležnom tijelu svaku promjenu ugovora”, koje se registriraju kao i ugovor. Nadležno tijelo dužno je registrirati ugovor ili promjenu ugovora u roku osam dana od dana podnošenja ugovora ili njegove promjene na registraciju” (čl. 9. Pravilnika).

U Registar ugovora unose se podaci, prema st. 2. čl. 5. Pravilnika. To je posebna knjiga s ovim podacima: Republika Hrvatska, Županija (npr. Primorsko - Goranska), Ured za rad, zdravstvo i socijalnu skrb u Rijeci; redni (registarski) broj pod kojim je ugovor upisan (nakon upisa podataka iz ugovora u registar na ugovor se upisuje taj broj); naziv, tvrtka i sjedište poslodavca; ime i prezime, datum rođenja, mjesto rođenja i prebivalište pomorca ili ribara; mjesto i dan sklapanja ugovora; vrijeme na koje je ugovor sklopljen (određeno ili neodređeno vrijeme).

Pored ovih podataka u Upisniku (Registru) u Uredu za rad, zdravstvo i

socijalnu skrb u Rijeci vode se i ovi podaci: označenje broda ili brodova na kojima je pomorac obvezan raditi kao član posade (npr. plovna dizalica, remorker, ribarski brod i sl.); naziv službe, odnosno radnog mjesta na kojem radnik radi kao član posade broda (npr. zapovjednik, kormilar, I. časnik stroja, mazač, upravitelj stroja, mornar, motorista i sl.); približna prosječna plaća za redoviti, prekovremeni i noćni rad; nadnevak i mjesto u kojem po iskrcaju prestaju prava iz radnog odnosa zasnovanog na određeno vrijeme ili mimo volje radnika (npr. istekom plovidbenog zahvata); trajanje otkaznog roka (obvezatnog) kod prestanka radnog odnosa; trajanje godišnjeg odmora; pojedina posebna važnija prava (dio plaće u stranoj valuti, uvjeti za premještaj), prava u svezi sa stručnim usavršavanjem ili obrazovanjem, plaćeni dopust i dr.; izmjena ugovora o zapošljavanju i odluke temeljem kojih su izvršene promjene u vrsti i opsegu pojedinih prava i obveza, te promjena uvjeta za njihovo ostvarivanje.

Na svaki primjerak ugovora stavlja se potvrda o registraciji, koja obvezno sadrži podatke iz čl. 6. Pravilnika.

U Pravilniku nema odredbi kojima se uređuje čuvanje ovih isprava i registara. U odredbama članka 22. Zakona o radu, koje reguliraju zaštitu privatnosti zaposlenika, propisano je da "osobni podaci za čije čuvanje više ne postoje pravni ili stvarni razlozi moraju se brisati ili na drugi način ukloniti". To može biti predmetom reguliranja provedbenim propisima uz Pomorski zakonik, shodno čl. 104. toga Zakonika.

### 5. Neka druga pitanja statusa ribara

Heterogenost praktičnih pitanja i problema u radno-pravnom položaju ribara bila je i ostala izazovom za njihovo uređivanje i objašnjavanje. Radni odnosi ribara čine vrlo složeno i raznovrsno stanje: uređeno konvencijama Međunarodne organizacije rada, nacionalnim zakonima i aktima poslodavaca i sindikata.

Pored rečenih karakteristika i specifičnosti, ovaj radnopravni status označavaju i ovi pojmovi: radno vrijeme, obrazovanje za ribarski posao, problem fluktuacije ribara, kratko trajanje radnog odnosa te specifičnosti u propisivanju, provođenju i kontroli zaštite na radu i zaštite radnog okoliša.

Ribari rade u ekipama na ribarskom brodu i uz ribarski brod. Organizacija rada i tehnološki proces unaprijed su određeni. Režim rada i radne navike uvelike obilježavaju sadržaj radnog odnosa ribara. Bez obzira što se grade novi ribarski brodovi s novom ribarskom opremom i sredstvima rada, morski ribolov zahtijeva puno živog rada.

5.1. Kategoriju ribara određuju ovi pojmovi, elementi i kategorije: specifičnost struke i uvjeta za rad (pripadnost radnim odnosima radnika gospodarskih djelatnosti morske tehnologije, profesionalni rad ribara sa snagom, znanjem i kvalifikacijama; posebni zdravstveni uvjeti i uvjet godina života da bi se s ribarom sklopio ugovor o radu; obrazovanje i stjecanje ribarskih vještina za vrijeme rada; definirani poslovi, optimalno korištenje svakog ribara, radnog vremena i sezonskog karaktera rada, pripadnost grupi (brodu); prihvatanje novih zaposlenika, smještanje na brod, upoznavanje sa sredstvima i mjerama zaštite na radu; pravilno rukovanje sredstvima i opremom; radna disciplina, kolektivna i pojedinačna stimulacija.

5.2. Radno vrijeme je ono vrijeme koje je ribar dužan provesti na radu tijekom određenog vremenskog perioda (dan, tjedan, mjesec i duže). Ribar može biti u radnom odnosu i s pola ili manje od pola radnog vremena. Ribar može raditi u preraspodjeli radnog vremena, u smjenama i po posebnim gardijama. Radni proces na ribarskom brodu ne smije se prekidati za vrijeme realizacije radne operacije. Ima dosta noćnog rada, a prekovremeni se rad "kompenzira" preraspodjelom radnog vremena.

5.3. Zaštita na radu. Brojni su propisi o zaštiti na radu na brodu i o zaštiti od požara. Uvijek je rad na brodu na moru i uz more bio povezan s posebnim rizicima; zahtijeva posebne mjere i posebna sredstva zaštite osobe - ribara. Gospodarskim ribolovom na moru mora upravljati stručno osposobljena osoba, koja pored ostalog mora posjedovati znanja o zaštiti na radu.

Odgovorna osoba na ribarskom brodu (zapovjednik ili ovlašten ribar) dužan je voditi brigu o tome da svaki ribar koristi osobna zaštitna sredstva pri radu i obvezan ga je podučiti o opasnostima kojima je izložen ukoliko ne koristi osobna sredstva zaštite. Ribari su osnovni subjekti sigurnosti na radu na ribarskom brodu morskog ribarstva.

5.4. Fluktuacija ribara jedan je od elemenata koji karakteriziraju radni odnos ribara. Česti su jednostrani raskidi ugovora o radu ("samovoljno napuštanje posla"), česti zahtjevi za sporazuman prestanak ugovora o radu.

Fluktuacija ribara posljedica je i slabe kvalifikacijske strukture zaposlenih, a "sezonski rad" zbog teških uvjeta rada, što sve utječe na kvalitet i kvantitet rada ribara. To povećava troškove u morskome ribarstvu, u "traženju" novih ribara, pripremi za rad, adaptaciji na ribarskom brodu, socijalnom okruženju i drugo.

## 6. Zaključak

6.1. "Od ribolova su se podizali dvorci, hale, tvrđave, crkve, gradili su se brodovi i vodile parnice".<sup>32</sup>

Vremena prolaze, mijenjaju se ribarski brodovi, oprema i sredstva, a ribolov ostaje gospodarska grana s puno uzlaznih i silaznih putanja. Tu sudbinu dijele i malobrojni ribari koji taj posao obavljaju kao svoje glavno i redovno zanimanje za sebe ili u službi drugoga, u permanentnoj borbi za veći ulov i s vremenskim nepogodama ili hirovitim "sezonskim tržištem".

Ribara je sve manje. Ugovori o radu se sklapaju, realiziraju i prestaju *de facto* ili "u skladu sa zakonom". Riba se ne lovi propisima, niti ribari zaključenim ugovorom o radu to postaju. Malobrojni propisi o morskome ribarstvu svojim normama ne utječu na povećanje broja još malobrojnijih ribara.<sup>33</sup>

6.2. Radni status ribara bolje je uređen konvencijama Međunarodne organizacije rada nego nacionalnim propisima. Najveći broj radova u oblasti ribarstva napisali su ekonomisti, tehnolozi i povjesničari, inženjeri brodogradnje i

<sup>32</sup>AMOS-RUSE, FILIPI, Iz prošlosti kornatskog ribarstva, Radovi Centra Jug. akademije znanosti i umjetnosti u Zadru, Sv. XXII-XXIII, Zadar, 1976., str. 181-259.

<sup>33</sup>I sada nakon viševjekovnih sporova oko kornatskih lovišta riba vlada na njima mir, jer su ostala bez privrednih ribara". Josip BASIOLI, Sporovi oko ribolova na Kornatskom otočju, Radovi Institut Jug. akademije znanosti i umjetnosti u Zadru, Sv. 20. Zadar, 1973., str. 300.

neki drugi. Pravnici su malo dali za ribarstvo i ribare,<sup>34</sup> Neka pitanja radnog i socijalnog statusa ribara nalazimo djelomično u propisima koji reguliraju morsko ribarstvo, osiguranje, poreze i doprinose, a izravnih odredbi o radnom statusu ribara je premalo. To se odnosi i na autonomne pravne norme.

**6.3.** Nema razvoja ribarstva bez ribara. Uz nove ribarske brodove, sredstva i opremu idu i izučeni ribari profesionalci. Rad ribara je specifičan u svim svojim dimenzijama. Poslovi koje obavljaju ribari brojni su, različiti i heterogeni. Oni zahtijevaju znanje i vještine koje se stječu iskustvom od sezone do sezone.

Fluktuacija je velika. Rad je težak, radno vrijeme neregulirano, bez redovitih odmora i dopusta; zaštitna sredstva na radu neprimjerena uvjetima rada, a ozljede na radu su česte.

Radni odnos ribara ima sve bitne elemente radnog odnosa, ali je sadržaj pojedinih elemenata specifičniji, uži, restriktivniji.

**6.4.** Država i poslodavci treba više pozornosti posvetiti radu i razvoju ribarstva; opremi ribarskih brodova, suvremenijoj organizaciji rada i radnog vremena (preraspodjela radnog vremena i smjenski rad noću), odmora i dopusta (smanjivati radno vrijeme, a povećavati odmore). Težina ribarskog rada zahtijeva specifičnu zaštitu na radu jer je rad iscrpljujući.

Složenost, težina i naglašena specifičnost rada ribara ne prati adekvatna plaća i naknada.

Ribarski rad se mora usavršavati, cijeniti, a motiviranost za rad povećavati. To treba pratiti nacionalno zakonodavstvo u oblasti rada, radnih i socijalnopravnih odnosa.

Razvoju ribarstva nema kraja, ali nikada pojedine ribarske radne operacije neće moći bez ruku ribara, bez obzira na nove brodove, opremu i ribarska sredstva.

---

<sup>34</sup>Mijo MIRKOVIĆ, Ribolov, Djela JAZU, Zagreb, 1957. i brojna druga djela istog autora; Ivo ŽUVELA, vidi Morsko ribarstvo u djelima M. Mirkovića, Susreti na dragom kamenu, Zbornik, Pula 1983.; Ribarska radna zadruga "Proleter" Vela Luka, JAZU, Zgb. 1956.; Ivo Nemarnik, Ekonomika morskog ribarstva, Liburnija, Rijeka 1982.; M. Jovanović, Rente u morskome ribarstvu, Zbornik, Susreti na dragom kamenu, Pula, 1983. i drugi.

Prof. dr. N. TINTIĆ, Prof. dr. J. GRABOVAC, Prof. dr. J. PERLAIN i dr. D. BOLANČA su među rijetkim pravnicima koji pišu o pomorcima i ribarima.

## Summary

### THE LABOUR-LAW STATUS OF FISHERMEN

The labour-law status of fishermen is determined by numerous elements: activity, work place, equipment and means of work, working conditions, prerequisites to be satisfied by a fisherman in order to qualify for entering into an employment agreement, working hours, safety at work, wages and benefits, and, on larger fisher boats, accomodation during the catch, as well as others.

Fishermen's work is one of the forms of employment within the activities of marine technology, and is regulated by ILO conventions, national laws, as well as autonomous acts of employers, with numerous public-law characteristics (contents, form, registration of employment contracts).

*Key words: fishery, fisherman, contract, registration.*

## Zusammenfassung

### ARBEITSRECHTLICHER STATUS DER FISCHER

Der Arbeitsstatus der Fischer wird durch viele Elemente bestimmt: Tätigkeit, Arbeitsplatz, Arbeitsausrüstung und -mittel, Arbeitsbedingungen, Bedingungen, die der Fischer erfüllen muß, um einen Arbeitsvertrag abzuschließen, Arbeitszeit, Schutz bei der Arbeit, Lohn und Bezahlung, und auf größeren Fischerbooten auch Unterkunft des Fischers während des Fischfangs u.a.

Die Arbeit des Fischers ist eine Form des Arbeitsverhältnisses von Beschäftigten auf dem Gebiet der Meerestechnologie und wird durch Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation bestimmt, durch nationale Vorschriften und autonome Akte des Arbeitgebers mit vielen Merkmalen des öffentlichen Rechts (Inhalt, Form und Registration des Arbeitsvertrages).

*Stichworte: Fischfang, Fischer, Vertrag, Registration.*



## OSNOVNI POREDAK EUROPSKE UNIJE - OTVORENA USTAVNO-TEORIJSKA PITANJA

Dr. sc. Nada Vukobrat-Bodiroga  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Sozialrecht München

UDK: 327EU:342/340.1  
UR: 1. svibnja 1996.  
Pregledni članak

*Autorica daje u ovom članku svoj prikaz nastajanja i razvoja teorija o suverenitetu i integracijskog učenja.*

*Temeljni poredak Europske unije dovodi u pitanje neka do sada u znanosti vladajuća mišljenja i teorije.*

*Nadalje, prikazuje se načelo supsidijariteta i njegovo značenje.*

*Autorica obrađuje reformu Ugovora iz Maastrichta, tendencije i buduće perspektive te proširenje Europske unije na nove članove.*

*Ključne riječi: Maastricht, temeljni poredak, suverenitet, integracija, revizija.*

### **Umjesto uvoda**

U današnjoj Europi velika nadanja polagana su u Maastricht. U literaturi je pisano i u javnosti govoreno o novoj arhitekturi Europe, o europskoj integraciji bez ostatka. Ali već danas u literaturi govori se o deficitu demokracije<sup>1</sup> u Ugovoru iz Maastrichta i otvaraju dileme koje vode planiranoj reviziji Ugovora u 1996. godini.

Problemi koji se javljaju teorijskog su i ustavnog karaktera, ali duboko označeni političkim kretanjima, što je vidljivo kroz Europski parlament i političke procese koji se tamo odvijaju.

Sukobljavanja u europskim institucijama nisu primarno ideologijsko-partijski obojca. Prije se može govoriti o konfliktu nacionalnih interesa. Tu konfrontiranost možemo uočiti između Sjevera i Juga, između financijski moćnih i financijski slabih (npr. financijska Unija predviđena za 1999. godinu i sporenja oko nje).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>P. Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, str. 261; Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung, EuGRZ 1992, str. 429; B. Boyce, The democratic deficit of the European Community, u Parliamentary Affairs 1993, Völ. 46, Nr. 4, str. 458-476; J. Ribeu, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, 1994, str. 55.

<sup>2</sup>Iz rada Europskog parlamenta, vidi dokumente: PE 214.450 i Teil I, B 1 i 2, Bericht über die Funktionsweise des Vertrages über die Europäische Union in Hinblick auf die



S tim u vezi nameću se pitanja:

- što predstavlja integracija kao cilj europskog poretka;
- pitanje integracije i suvereniteta (u isto vrijeme oštro suprotstavljeni pojmovi);
- u ozračju suvereniteta stoji problem Saveza država (Staatenbund).

U znanstvenim krugovima od početka je Ugovor iz Maastrichta praćen skepsom.<sup>3</sup> Pitanje demokracije u institucijskom razvitku Europe nalazi se na prvom mjestu.<sup>4</sup>

Osnovno pitanje koje se postavlja jest: Na kojim demokratskim principima počiva Europska unija i kako se oni primjenjuju na europski poredak?

U traženju odgovora na ovo pitanje moramo početi od neprijepornog principa jednake vrijednosti nacionalnih ustavnih kultura Europe.

Trenutačno dominirajuća sintagma koja označava integracijski ideal jest "immer enger werdende Union".<sup>5</sup>

Hitnost u preustroju Unije obrazlaže se proširenjem Unije na srednjoeuropske zemlje. Ali se odmah postavlja pitanje koje su to institucije koje će u integracijskom procesu biti pripravljene i omogućiti Europskoj uniji s 28, odnosno 30 članica sposobnost za život i opstojnost.<sup>6</sup>

Da bi smo bolje razumjeli genezu i povijest integracijskog procesa, morat ćemo se vratiti učenje Rudolfa Smenda.<sup>7</sup>

Integracijsko učenje postavlja pitanje osnovnih pretpostavki za funkcioniranje države i pojmovnog određenja države u svezi s političkim poretkom.<sup>8</sup> Zastupnici ovog učenja odgovaraju na ovo pitanje tvrdeći da centripetalne sile podupiru jedinstvo društva i države kroz moguće kompromise i tako dolazi do dugotrajnog približavanja u pojedinim suprotnostima.

Na taj način ova teorija pokušava objasniti veliku društvenu krizu u Njemačkoj između dva svjetska rata.

Integracijsko učenje okreće se time protiv monarhistički označenog shvaćanja države kao odvajanja države i društva (Staatsverständnis als Trennung

Regierungskonferenz 1996, Verwirklichung und Entwicklung der Union-Institutioneller Ausschuß, Berichterstatter J. L. Bourlauges /D. Martin.

<sup>3</sup>R. Bieber, Verfassungsentwicklung und Verfassungsgebung in der Europäischen Gemeinschaft, u R. Wildenmann (Hrsg), Staatswerdung Europas?, 1991, str. 393; P. Kielmannsegg, Läßt sich die Europäische Union demokratisch verfassen?, u Weidenfeld (Hrsg), Reform der Europäischen Union, 1995, str. 229-230; M. Herdegen, Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union, EuGRZ 1992, str. 589.

<sup>4</sup>R. Boest, Ein langer Weg zur Demokratie in Europa - Die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments bei der Rechtssetzung nach dem Vertrag über die EU, EuR 1992, str. 182.

<sup>5</sup>Vidi preambulu Ugovora o Europskoj uniji od 07. 02. 1992.

<sup>6</sup>J. L. Quermonne, Le système politique européen, 1993, str. 14; J. Pinder, Positive integration and negative integration: some problems of economic union in the EEC, u The World Today - 1968, Vol.24.

<sup>7</sup>R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, str. 136 i str. 475; I. Pernice/C. Schmidt, R. Smend und die europäische Integration, AöR, Bd. 120 (1995), Heft 1, str. 100 i 118.

<sup>8</sup>R. Smend, op. cit. str. 136; i I. Pernice, op. cit. str. 100.

von Staat und Gesellschaft), indikativnog za učenje Georga Jellineka<sup>9</sup> - kao i protiv učenja Carl Schmitta, prema kojemu se jedinstvo društva uspostavlja kroz cjelokupnu državu jedino političkom suglasnošću.<sup>10</sup>

Političko jedinstvo pokazuje se kao Staatsrasion kod C. Schmitta, kao dugotrajna demokratska funkcija države kod R. Smenda, ali je sa nacionalnom državom europskog obilježja genetički i strukturno povezano.<sup>11</sup>

Država po shvaćanju europske pravne i ustavnopravne kulture novijeg doba obilježena je institucijskim ispoljavanjem povijesnog i kulturnog jedinstva jednog naroda.

Za shvaćanje pojma "integracija" bitni su sljedeći čimbenici: europske su se države razvijale u dva pravca, jedanput u smislu vlastite samosvojnosti države jednog naroda i, u drugom pravcu, paralelan razvitak jednog zajedničkog europskog kulturnog prostora, počevši od antičkog doba, kršćanstva, Francuske revolucije 1789. godine, ustavne države, radničkih pokreta.

Tako se stvarao jedan europski prostor sa zajedničkom ustavnom kulturom.<sup>12</sup> S tim u svezi je znakovita Konvencija o ljudskim pravima, iz 1950. godine.<sup>13</sup>

Istraživati integracijski proces u Europi znači istraživati i ustavno-pravno-kulturne značajke osobitosti europskih zemalja.

### *Suverenitet i integracijski proces*

Ako pođemo od uobičajenog shvaćanja integracije, uočiti ćemo kontradiktornost između suvereniteta i integracije.<sup>14</sup>

Da bismo odgovorili na pitanje da li se integracija i suverenitet isključuju, pokušat ćemo naznačiti što se podrazumijeva pod pojmom suverenitet. Pojam suvereniteta je u temelju svake države, ili kako navodi Ch. Loyseau, "država i suverenitet su sinonimi".<sup>15</sup>

Jedna država se smatra suverenom kad posjeduje unutarnji i vanjski suverenitet.<sup>16</sup> Uobičajeno je da se pod unutarnjim suverenitetom podrazumijeva protezanje njene vlasti na njenom cjelokupnom teritoriju.<sup>17</sup> Pod vanjskim suverenitetom podrazumijeva se vanjski položaj jedne države, zapravo njen

<sup>9</sup>G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3.Auflage 1966, str. 394-434; i Th. Tsatsos, Peri Politicias, Staatstheoretische Studien mit einer Einführung von H.G.Gadamer, 1972, str. 11.

<sup>10</sup>C. Schmitt, Der Begriff des Politischen (1927), u Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939, str. 67.

<sup>11</sup>H. Heller, Geschichtliche Voraussetzungen des heutigen Staates, u E. W. Böckenförde (Hrsg), Staat und Gesellschaft, 1976, str. 3; i I. Pernice, op. cit. str. 109.

<sup>12</sup>P. Haberle, Europäische Rechtskultur, 1994, str. 16.

<sup>13</sup>A. Bleckmann, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, str. 149.

<sup>14</sup>Vidi fusnotu 2.: EP-Entschließung.

<sup>15</sup>Ch. Loyseau, Traité des seigneuries, Kap. II 6.

<sup>16</sup>A. Bleckmann, Nationales und Europäisches Souveränitätsverständnis. Strukturalistisches Modelldenken im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Völkerrecht, u G. Ress (Hrsg), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980.

<sup>17</sup>A. Bleckmann, op. cit. str. 41.

položaj u međunarodnoj zajednici, priznat javnim pravom.

Ovdje se ne postavlja pravno pitanje, da li stupanjem jedne države u EU dolazi do promjena u njenom ustavnom sustavu (odnosno da li će doći, jer do toga je dolazilo),<sup>18</sup> nego izražena skepsa u svezi s Ugovorom iz Maastrichta i nedostatak demokracije u njemu (tzv. deficit demokracije), i pitanje njegove revizije predviđene za 1996. godinu.<sup>19</sup>

U demokratskim državama suverenitet se artikulira prema principu da sva moć, odnosno državna vlast proizilazi iz naroda. Ovaj princip pripada čvrsto i ustrajno europskoj ustavnopravnoj kulturi.<sup>20</sup>

Pitanje je da li države-članice EU svoj suverenitet gube u prilog EU ili, kako ističe H-P Ipsen, da one nisu sposobne, zapravo nisu više prikladna sredstva za postojanje i kvalitet državnosti država-članica.<sup>21</sup>

Za H. Quaritsch suverenitet "kao neispunjen zahtjev nije zamisliv",<sup>22</sup> dok za Combothecra "egzistira samo kao činjenično stanje".<sup>23</sup>

Faktički čimbenici suvereniteta su se promijenili i treba dosta znanstvenog promišljanja u narednom periodu u ovoj problematici.

Jedno shvaćanje suvereniteta u antikvarijalnoj vrijednosti usko je povezano s monizmom i autonomijom unutarnjeg prava i unutarnjim pretpostavkama za funkcioniranje države. Takvo shvaćanje bit će modificirano kroz očitu faktičku uzajamnu ovisnost nacionalnog i državnog prekomjernog uplitanja u različita životna područja.

Veoma interesantno je stajalište D. Grimma, koji kaže: "Pravo na egzistenciju političkih jedinica može se opredijeliti i bez obzira na rješenje zadatka koji se od njega očekuje". To vrijeme je iza nas, kaže Grimm, u kome se polazilo od stava da nacionalna država svoje poslove autonomno regulira (država shvaćena kao politička jedinica).<sup>24</sup>

K. Doehring<sup>25</sup> naglašava da ako se govori o suverenitetu kao "posljednjoj odgovornosti" ili "totalnoj odgovornosti" za dobro svih državljana, to bi moglo dovesti do opasne izolacije prava od stvarnosti. U europskoj realnosti to je vidljivo tako, što je na više područja očitija internacionalizacija pojedinih

<sup>18</sup>U. Battis/D. Th. Tsatsos/D. Stefanon/Hrsg., Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 1995; C. Grewe/H. Fabri-Ruiz, Le conseil constitutionnel et l'intégration européenne, Revue universelle de droits de l'homme (RUDH) 1992, str. 277.

<sup>19</sup>Jos G. Jellinek u op. cit. str. 435., da je u povijesti suverenitet "es sich in erster Linie um die Erkenntnis der historisch-politischen Verhältnisse handelt..." i "...Souveränität ist ihrem geschichtlichen Ursprung nach eine politische Vorstellung, die sich später zu einer juristischen verdichtet hat".

<sup>20</sup>P. Häberle, EuGRZ 1991, str. 261.

<sup>21</sup>H-P Ipsen, op. cit. str. 277.

<sup>22</sup>H. Quaritsch, op. cit. str. 277.

<sup>23</sup>X. S. Combothecra, Der Begriff der Souveränität, u: H. Kunz (Hrsg), Volkssouveränität und Staatssouveränität, 1970, str. 6.

<sup>24</sup>D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, str. 590.

<sup>25</sup>K. Doehring, Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa, ZRP 1993, str. 99: "Die Staaten Europas werden sich entscheiden müssen, ob sie in Zukunft Staaten bleiben wollen und Europa sich als Staatenbund darstellen soll, oder ob sie fortschreiten wollen zur einer Herstellung eines Bundesstaates unter Aufgabe der völkerrechtlichen Souveränität".

čimbenika za ispunjenje državnih zadaća (npr. zaštita čovjekove okoline, zdravstvena politika), to je zavisnija država u ispunjenju zadaće od integracijskog procesa. Tako, npr., kada zbog nedostatka financijskih sredstava država-članica EU nije u mogućnosti provesti neku mjeru zaštite čovjekove okoline (iako to spada u njene suverene kompetencije), tada EU financijskim i drugim sredstvima omogućuje to sprovođenje; u tom slučaju to nije gubljenje suvereniteta, nego pomoć EU u obavljanju suverenih zadataka.

Tada najčešće dolazi do primjene principa supsidijariteta. Ovaj princip inače predstavlja specifičan kompromis Ugovora iz Maastrichta, jer sadrži dva suprotstavljena elementa: s jedne strane odluka se može donijeti na nižoj razini, a s druge strane pri ispunjenju određenih kriterija susrećemo se s višom instancom Unije.<sup>26</sup>

I ova kompromisna formula je specifičnost odnosa unutar EU. Ovaj princip je samo podnošljivi kompromis za aktore koji imaju sasvim različite motive. To je karakteristično i za čitavu povijest EU: postigne se dogovor oko formuliranja nekog problema (koji je obično kompromis), i nesuglasice koje su postojale na političkom planu zapravo se prenesu na nepolitički tehničko-normativni plan. Tako se svakoj državi-članici omogućava realiziranje suvereniteta uz kompromisno zadovoljenje uvjeta Unije. Od spremnosti država-članica koje će ovlasti prenijeti na Uniju, zapravo od raspodjele ovlasti, u daljnjem toku zavisit će i sam integracijski proces.

U pripremama Konferencije u Torinu (zapravo revizije Ugovora iz Maastrichta) polarizirane su diskusije između protivnika i zagovornika "Bundesstaatslösung". Te diskusije su jedino akademskog karaktera i odvođe od stvarne problematike.<sup>27</sup>

Tendencije Konferencije u Torinu su modificiranje postojeće strukture EU. Rezultat koji se postiže revizijom ide k trasiranju osnovnog poretka Europske unije.<sup>28</sup>

Sadržaj osnovnog poretka Europske unije će se i dalje mijenjati i razvijati, zapravo revizija iz 1996. godine nije kraj nego samo faza jednog dugog povijesnog procesa.

### ***Revizija Ugovora iz Maastrichta***

Konferencija u Torinu, održana ovih dana, aktualizirala je sljedeća četiri područja problema:

- Unija treba svoje strukture i postupak odlučivanja pojednostaviti i učiniti

---

<sup>26</sup>J. Kokott, Deutschland im Rahmen der EU - Zum Vertrag von Maastricht, AÖR 1994, str. 232; i D. H. Jarras, EG - Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach der Schaffung der EU, EuGRZ 1994, str. 208-209.

<sup>27</sup>H. J. Blanke, Der Unionsvertrag von Maastricht - Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?, DÖV 1993, str. 412; i U. Schneuer, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, DÖV 1962, str. 644.

<sup>28</sup>Njemački Ustavni sud (Bundesverfassungsgericht) primjenjuje za označavanje EU različite termine: "supranationales Organisation", "Staatengemeinschaft", "zwischenstaatliche Gemeinschaft" i najčešće "Staatenverbund" - vidi npr. u Ch. Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, str. 491.

transparentnijim;<sup>29</sup>

- Potrebno je napraviti katalog ovlasti, u kome će, sukladno Ugovoru iz Maastrichta, sadašnja pravila o ovlastima biti još snažnije naglašena principom federalizma;

- Snaženje demokratske legitimacije Unije;

- Područje unutarnje i vanjske sigurnosti kao i jačanje vanjske politike Unije, a s tim u svezi i pregovaračka sposobnost Unije, postavljeno je kao primarna zadaća.

Širenje Europske unije zahtijeva djelotvorne strukture i instrumente za zaštitu unutrašnje sigurnosti.

Ova četiri područja vezana su za djelotvornost Europske unije u novoj arhitekturi Europe i za njenu sposobnost da se pravovremeno prilagodi političkim i gospodarskim promjenama.

### *Umjesto zaključka*

Integracija Europe pokazala se ispravnim pravcem i strategijom. Teškoće i krize u provođenju integracijskog procesa nisu poremetile taj put. Danas Europska unija predstavlja, kao i u tridesetpetogodišnjem periodu Zajednice, stabilizacijski faktor mira i sigurnosti, blagostanja i socijalnog mira.

Diskusije nakon stupanja na snagu Ugovora iz Maastrichta pokazale su nužnost izmjena Ugovora, kao i u kome pravcu se te izmjene trebaju odvijati.

Sustav Unije mora se zasnivati na stabilnim federalnim osnovama i garantirati jednakopravnost država-članica. Također, širenje Unije na srednjoeuropske zemlje jedan je od prioriternih zadataka Europske unije.

Tek onda kada su europski i nacionalni interesi povezani, postoji prihvaćanje i legitimacija takve politike.

Polemike u odnosu na shvaćanje integracijskog koncepta i suvereniteta država-članica Europske unije posebno su aktualizirane reformskim zahtjevima Ugovora iz Maastrichta.

Za daljnji strukturni razvitak EU ključna pitanja su legitimiranost i pregovaračka sposobnost Unije. Ova pitanja zaoštuvat će se posebno u procesu širenja Europske unije na srednjoeuropske zemlje (pogotovo pitanje odnosa "velikih" i "malih" unutar Unije).

Sljedeće dvije godine predviđene su za strukturne promjene Unije.

Ugovorom iz Maastrichta, a zatim njegovom revizijom, otvoren je niz veoma važnih kako teorijskih, tako i provedbenih pitanja.

Na znanosti je da u budućnosti pokuša dati odgovore na pitanja koja je sobom donio Ugovor iz Maastrichta, otvorivši jedno novo razdoblje u integracijskom procesu.

<sup>29</sup>W. Weidenfeld, Reform der Europäischen Union: Materialien zur Revision des Maastrichter Vertrags 1996, str. 11, Verlag Bertelsmann Stiftung.

## POPIS KRATICA

- JZ - Juristen-Zeitung  
EuGRZ - Europäische Grundrechte-Zeitschrift, Strassbourg  
EP - Europäisches Parlament  
EuR - Europarecht, München-Beck  
RMC - Revue de matériaux de construction et de travaux publics, Paris  
BVerfGE - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche sammlung)  
RUDH - Revue universelle des droits de l'homme  
DöV - Die öffentliche Verwaltung  
EWGV - Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft  
EuGHE - Sammlung der Rechtsprechung des EuGH (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)  
AöR - Archiv des öffentlichen Rechts

## Summary

### THE BASIC CONSTELLATION OF THE EUROPEAN UNION - OPEN QUESTIONS OF CONSTITUTIONAL THEORY

The author provides her own overview of the genesis and evolution of the theories of sovereignty and integration. The basic constellation of the European Union has put in question some so far prevailing opinions and theories. Furthermore, an overview is provided of the subsidiarity principle and its meaning. The author deals with the reform of the Maastricht Treaty, the tendencies and perspectives, as well as the extension of the European Union to new members.

*Key words: Maastricht, basic constellation, sovereignty, integration, revision.*

## Zusammenfassung

### GRUNDORDNUNG DER EUROPÄISCHEN UNION - OFFENE VERFASSUNGSTHEORETISCHE FRAGEN

Der Autor gibt in diesem Aufsatz seine Darstellung von Ursprung und Entwicklung der Souveränitätstheorien und der Integrationslehre.

Die Grundordnung der Europäischen Union stellt einige in der Wissenschaft bislang herrschende Meinungen und Theorien in Frage.

Des weiteren wird das Subsidiaritätsprinzip und seine Bedeutung dargestellt.

Der Autor behandelt die Reform des Maastrichtvertrags, Tendenzen und Zukunftsperspektiven, sowie die Erweiterung der Europäische Union auf neue Mitglieder.

*Schlüsselwörter: Maastricht, Grundordnung, Souveränität, Integration, Revision.*



## DIE SOZIALE DIMENSION DES BINNENMARKTS AUS SICHT DES DEUTSCHEN ARBEITSRECHTS

Dr. sc. Christoph Weber,  
Johannes-Gutenberg-Universität, Mainz\*

UDK: 349.2/343.3+327EU(430)  
UR: 1. ožujka 1996.  
Pregledni članak

### *Socijalna dimenzija unutrašnjeg tržišta sa stajališta njemačkog radnog prava*

*Njemačko je radno pravo pod rastućim utjecajem supranacionalnog radnog prava EZ, zapravo radnog prava u Ugovoru EZ, iz čega proizlaze smjernice (Richtlinien) i naredbe (Verordnung), kao i pod utjecajem Ugovora iz Maastrichta, zapravo tzv. Socijalnog ugovora 14 zemalja-članica, isključujući Veliku Britaniju. Tekst pruža pregled značenja i uloge radnog i socijalnog prava u EZ od osnivačkih Rimskih ugovora do danas. Nakon toga slijedi pregled osnova europskog radnog prava. Uz to prikazane su značajke aktualne diskusije u Njemačkoj o značenju načela supsidijariteta kao i normativne osnove ovlasti Zajednice u oblasti radnog prava. U polju sekundarnih prava Zajednice predstavljene su relevantne smjernice (Richtlinien) i njihovo značenje za njemačko radno pravo.*

**Ključne riječi:** radno pravo, smjernice, naredbe, supsidijarnost, EZ.

---

\* Die Literatur- und Rechtsprechungsnachweise sind bewußt knapp gehalten. Aus der neueren Literatur zum Europäischen Arbeitsrecht sind unter anderem die folgenden Beiträge mit übergreifender Thematik zu nennen: *Birk*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I (1992), § 18; *Buchner* VSSR 1992, 1; *ders.* RdA 1993, 193; *ders.* ZfA 1993, 279; *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Lörcher (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, S. 664 ff.; *Franzen* ZEuP 1995, 797; *Heinze* ZfA 1992, 331; *ders.* RdA 1994, 1; *ders.* Festschrift für Rudolf Kissel (1994) S. 363; *Heither* EWS 1993, 168; *Junker*, JZ 1994, 277; *Konzen* EuZW 1995, 39; *Krimphove* EuzW 1993, 244; *Schaub* NZA 1994, 769; *Schiefer* NJW 1995, 160; *Simitis* Festschrift für Rudolf Kissel (1994) S. 1097; *Waas* ZTR 1995, 294; *Wank* RdA 1995, 10; *Zwanziger* AuR 1995, 430. Diesen Beiträgen können weiterführende Nachweise zu Einzelproblemen entnommen werden. Hinsichtlich der **Rechtsquellen** wird neben dem Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland (BGBl.) und dem Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (ABl. EG) jeweils die Fundstelle der gegenwärtig aktuellsten und vollständigsten Text- und Entscheidungssammlung genannt: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), herausgegeben von *Hartmut Oetker* und *Bernd Preis*, Forkel-Verlag, Heidelberg, Stand Dezember 1995. Dort ist auch der aktuelle Stand der Rechtslage ablesbar. Hinsichtlich der **Rechtsprechung** des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist, soweit vorhanden, neben der amtlichen Sammlung (Slg.) ebenfalls die Fundstelle in der EAS zitiert. Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Bundesarbeitsgerichts (BAG) sind, soweit sie dort abgedruckt sind, jeweils nach den amtlichen Sammlungen (BVerfGE und BAGE) zitiert.



## Gliederung

- A. Überblick
- B. Europäisches Arbeits- und Sozialrecht von Rom bis Maastricht
  - I. Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 1957
  - II. Entwicklung der sozialen Dimension des Binnenmarktes bis zu den Verträgen von Maastricht
    - 1. Europäisches Gipfeltreffen in Paris 1972 und Sozialpolitisches Aktionsprogramm 1974
    - 2. Einheitliche Europäische Akte 1986
    - 3. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und Aktionsprogramm der Kommission 1989
  - III. Maastrichter Verträge 1992
    - 1. Vertrag über die Europäische Union
    - 2. Protokoll über die Sozialpolitik und Sozialabkommen der EU Mitgliedstaaten ohne Großbritannien
- C. Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts
  - I. Primäres Gemeinschaftsrecht
    - 1. Grundprinzipien
    - 2. Normative Kompetenzgrundlagen im Bereich des Arbeits- und Sozialrecht
      - a) EG-Vertrag
        - aa) Freizügigkeit (Art. 48 ff. EG-Vertrag)
        - bb) Sozialvorschriften (Art. 117 ff. EG-Vertrag)
          - (1) Art. 117, 118 EG-Vertrag
          - (2) Art. 118a EG-Vertrag
          - (3) Art. 118b EG-Vertrag
          - (4) Art. 119 EG-Vertrag
          - (5) Art. 120 EG-Vertrag
        - cc) Allgemeine und ergänzende Kompetenznormen (Art. 100, 100a, 235 EG-Vertrag)
      - b) Protokoll über die Sozialpolitik und Abkommen der EU Mitgliedstaaten ohne Großbritannien
  - II. Sekundäres Gemeinschaftsrecht
    - 1. Verordnungen
    - 2. Richtlinien
      - a) Bedeutung und Wirkungsweise
      - b) Harmonisierung des Arbeitsrechts durch Richtlinien
        - aa) Arbeitsschutz
        - bb) Gleichbehandlung der Geschlechter
        - cc) Einzelfragen des Individualarbeitsrecht
          - (1) Massenentlassungen
          - (2) Insolvenzschutz
          - (3) Betriebsinhaberwechsel
          - (4) Informationspflichten bei Begründung des Arbeitsverhältnisses
        - dd) Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer
- D. Ausblick

## A. Überblick

Das deutsche Arbeitsrecht wird durch internationales und supranationales Arbeitsrecht beeinflusst. Das internationale Arbeitsrecht betrifft das Arbeitsvölkerrecht, also multilaterale und bilaterale völkerrechtliche Abkommen. Im Bereich der multilateralen Abkommen spielt die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) als älteste Sonderorganisation der Vereinten Nationen eine maßgebliche Rolle. Auf europäischer Ebene sind für den Bereich des internationalen Arbeitsrechts vor allem die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK)<sup>1</sup> sowie die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961 (ESC)<sup>2</sup> zu nennen. Beides sind Vereinbarungen auf der Ebene des Europarats, der kein Organ der Europäischen Gemeinschaft ist. Im Blickpunkt des Interesses steht in Deutschland und auch in den übrigen Staaten Europas<sup>3</sup> allerdings in den letzten Jahren zunehmend das supranationale Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, also das Arbeitsrecht im EG-Vertrag, in den daraus abgeleiteten Richtlinien und Verordnungen sowie seit den Verträgen von Maastricht im sog. Sozialabkommen von elf (nunmehr 14) Mitgliedstaaten unter Ausschluß Großbritanniens.

## B. Europäisches Arbeits- und Sozialrecht von Rom bis Maastricht

### I. Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 1957

Obwohl schon die Präambel des 1957 abgeschlossenen EWG-Vertrags von Rom<sup>4</sup> den „sozialen Fortschritt“ und die „stetige Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen“ als wesentliches Ziel der Mitgliedstaaten nannte, besaß die Sozialpolitik ursprünglich nur einen geringen Stellenwert im Rahmen der europäischen Integration. Insbesondere das Arbeitsrecht wurde lange Zeit nur ganz am Rande wahrgenommen. Nach dem zweiten Weltkrieg war es bald zu verschiedenen, in ihrer Zielrichtung unterschiedlichen Initiativen gekommen, den europäischen Gedanken wiederzubeleben und in praktische Politik umzusetzen. Sieht man von der Verabschiedung der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 (EMRK) und im militärischen Bereich der Westeuropäischen Union (WEU) ab, fanden die entscheidenden Schritte zur europäischen Integration allerdings zunächst auf wirtschaftlichem Gebiet statt. Man hoffte, über eine engere wirtschaftliche Zusammenarbeit die politische Integration vorzubereiten, deren Realisierung sich sehr schnell als schwer durchführbar erwiesen hatte. Die Sozialpolitik spielte bei diesen Überlegungen nur eine untergeordnete Rolle. Sie stand im Windschatten wirtschafts- und wettbewerbsrechtlicher Präferenzen.

<sup>1</sup>BGBI. II (1952), 686, 953 = EAS A 1450

<sup>2</sup>BGBI. II (1964), 1261 = EAS A 1400.

<sup>3</sup>Auch in Kroatien sind bei der Formulierung des neuen Arbeitsgesetzbuchs europäische Vorgaben bereits in vielfältiger Weise berücksichtigt worden, vgl. dazu *Kreuder/Potocnjak* AuR 1994, 438; *Philippi-Novak/Weiss/Niemann/Kreuder* (Hrsg.), Kroatisches Arbeitsgesetz, Frankfurt/M. 1995.

<sup>4</sup>BGBI. II (1957), 766 = EAS A 1000. Heute wird dieser Vertrag EG-Vertrag genannt.

Auf wirtschaftlichem Gebiet war der erste wichtige Schritt die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EKGS) im Jahre 1951, bei der zwischen den Benelux-Staaten, Frankreich, Deutschland und Italien eine Zusammenarbeit auf den Gebieten der Schlüsselindustrien Kohle und Stahl vereinbart wurde. Am 1.1.1958 traten die Römischen Verträge über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) in Kraft. Entsprechend den damaligen politischen Prioritäten war der EWG-Vertrag vor allem als Vertrag über wirtschaftliche Zusammenarbeit konzipiert und enthielt im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts nur einzelne bruchstückhafte Aussagen. Diese Vorstellung von der Europäischen Gemeinschaft als Wirtschafts- und nicht als Sozialgemeinschaft sollte in den ersten 15 Jahren des Bestehens der Gemeinschaft Bestand haben und wirkt auch heute noch nach.

## ***II. Entwicklung der sozialen Dimension des Binnenmarktes bis zu den Verträgen von Maastricht***

### ***1. Europäisches Gipfeltreffen in Paris 1972 und Sozialpolitisches Aktionsprogramm 1974***

Anfang der siebziger Jahre kam es zu einer ersten Trendwende: Zunächst auf dem Europäischen Gipfeltreffen in Paris 1972 und dann im Sozialpolitischen Aktionsprogramm vom 21. 1. 1974<sup>5</sup> wurde eine zweite Phase der Entwicklung eingeleitet, die durch Akzentuierung der Bedeutung einer gemeinschaftsrechtlichen Arbeitsmarktpolitik und den Willen zur Einbeziehung sozialer Gesichtspunkte bei allen Tätigkeiten der Gemeinschaft geprägt war. Man begann, den EWG-Vertrag als Grundlage zum Erlaß verbindlicher Richtlinien der Gemeinschaft zu nutzen. Heute noch bedeutsame Richtlinien (RL) wie die RL über Massenentlassungen und die RL über die Wahrung von Ansprüchen beim Unternehmensübergang stammen ebenso aus dieser Entwicklungsphase wie mehrere Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen.

### ***2. Einheitliche Europäische Akte 1986***

Nach einer gewissen, auch durch wirtschaftliche Gründe bedingten Zeit der Stagnation begann mit der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) vom 28.2.1986<sup>6</sup> eine dritte Phase: Die politische Integration bis hin zur Gründung einer Europäischen Union und der Entwicklung einer europäischen Außenpolitik rückten ins Zentrum des Interesses. Mit einer Stärkung der Stellung der Kommission und des Europaparlaments wurden erste konkrete Schritte unternommen. Auf wirtschaftlichem Sektor stand das Binnenmarkt-Konzept, also der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, im Mittelpunkt. Es wurde - ebenso wie die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik - im EWG-Vertrag verankert, und es wurden Instrumente zu seiner Verwirklichung geschaffen (Prinzip der Mehrheitsentscheidungen, Beteiligung des Europaparlaments, Erweiterung der Gemeinschaftskompetenzen).

<sup>5</sup>ABl. EG (1974) Nr. C 13/1.

<sup>6</sup>BGBl. II (1986) S. 1102 = EAS A 1050.

Die EEA führte aber auch auf dem Gebiet der Sozialpolitik zu Veränderungen: Im neuen Art. 130a EWG-Vertrag wurde das Ziel des „wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts“ ausdrücklich formuliert, wengleich man dessen Durchsetzung im Einklang mit der überkommenen Konzeption vor allem mittels marktmäßiger Wirkungen der allgemeinen Wirtschaftspolitik und der Tätigkeit des Sozialfonds (vgl. Art. 130b EWG-Vertrag) näherkommen wollte. Immerhin wurden mit Art. 118a und 118b EWG-Vertrag (Verbesserung der Arbeitsumwelt und Förderung des sozialen Dialogs) zusätzlich zu den Freizügigkeitsregeln nach Art. 48 ff EWG-Vertrag weitere Grundlagen für sozialpolitisches Handeln der Gemeinschaft geschaffen.

### **3. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und Aktionsprogramm der Kommission 1989**

In der Folgezeit wurde in zunehmendem Maße die Bedeutung der sozialen Dimension des Binnenmarkts für die weitere Integration in Europa erkannt. Die Kommission forderte in ihrem „Dokument zur sozialen Dimension des Binnenmarkts“ von 1988<sup>7</sup> eine aktivere Sozialpolitik der Gemeinschaft, für die Schaffung eines sozialen Sockels bis zur Verwirklichung des Binnenmarktes 1992 und verlangte die Anerkennung der Gleichrangigkeit der sozialen mit der wirtschaftlichen Dimension des Binnenmarktes. Auf politischem Sektor war damit das Primat der Wirtschaftsgemeinschaft beseitigt, auf rechtlichem Sektor behielt es freilich weiterhin Gültigkeit.

In Fortführung dieser Vorschläge wurden am 9. 12. 1989 die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer<sup>8</sup> und das Aktionsprogramm der Kommission zur deren Anwendung<sup>9</sup> verabschiedet, letzteres allerdings erstmals nicht unter Beteiligung aller zwölf Mitgliedstaaten: Großbritannien geht seitdem in Europa einen sozialpolitischen Sonderweg. Die Gemeinschaftscharta bekräftigt nicht nur die Absicht, sozialen Fragen die gleiche Bedeutung beizumessen wie den wirtschaftlichen und die ganz Europa erfassende zunehmende Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, sie enthält vor allem einen Katalog sozialer Grundrechte, u.a. auf Freizügigkeit, Gleichbehandlung, gerechtes Entgelt, auf Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer, das Recht der Koalitionsfreiheit und auf Tarifverhandlungen. Allerdings begründet die Charta keine einklagbaren Rechte von Individuen: Verbindliche verfassungsrechtliche Gewährleistungen können nicht durch einfache Proklamation von Regierungschefs geschaffen werden. Die Charta verbindet vielmehr die Akzentuierung bereits existenter Grundrechtspositionen mit einem rechtspolitischen Forderungskatalog. Darin liegt immerhin ein klarer Auftrag an die Kommission und die Mitgliedstaaten.

## **III. Maastrichter Verträge 1992**

### **1. Vertrag über die Europäische Union**

Von historischer Bedeutung für die weitere Entwicklung Europas ist der im

<sup>7</sup>Sog. Marin-Papier, SEC (88) 1148 endg.

<sup>8</sup>KOM (89) 248 endg. = EAS A 1500.

<sup>9</sup>KOM (89) 568 endg. = BR-Drucksache 717/89, S. 28.

holländischen Maastricht am 7.2.1992 abgeschlossene, in Deutschland erst nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 12.10.1993<sup>10</sup> am 1.11.1993 in Kraft getretene Vertrag über die Europäische Union (EU-Vertrag).<sup>11</sup> Das zentrale politische Signal war die deklaratorische Gründung einer Europäischen Union, flankiert durch eine Gewichtsverlagerung zugunsten der Gemeinschaftsinstitutionen und der europäischen Entscheidungsprozesse. Dazu wurden weitreichende Änderungen des EWG-Vertrages vorgenommen, der entsprechend dem neuen politischen Anspruch nunmehr Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) genannt wurde. Auf wirtschaftlichem Sektor wurden die stufenweise Einführung der Wirtschafts- und Währungsunion proklamiert. Auch auf dem Gebiet der Sozialpolitik gab es einschneidende Veränderungen, allerdings wegen des Widerstands Großbritanniens nicht im EU-Vertrag selbst bzw. auf der Ebene der damit bewirkten Änderungen des EWG-Vertrages, sondern in einem dem Vertrag beigefügten Protokoll über die Sozialpolitik und dem Sozialabkommen von elf Mitgliedstaaten ohne Großbritannien. Immerhin sind in Art. 3 des EG-Vertrages die Sozialpolitik (lit. i) und die Stärkung des sozialen Zusammenhalts (lit. j) nunmehr als Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft genannt und auch Art. B des EU-Vertrages nennt als Ziele der Union gleich zu Anfang den ausgewogenen sozialen Fortschritt und die Stärkung des sozialen Zusammenhalts.

## **2. Protokoll über die Sozialpolitik und Sozialabkommen der EU Mitgliedstaaten ohne Großbritannien**

Dem EU-Vertrag wurde ein Protokoll beigefügt, das auf das Abkommen von elf Mitgliedstaaten bis auf Großbritannien verweist<sup>12</sup>. In diesem sog. „Elfer-Abkommen“ einigten sich die Vertragsparteien für die Sozialpolitik auf eine neue Rechtsgrundlage, die neben den bisherigen Kompetenzen nach dem EG-Vertrag bestehen sollen. Zum ersten Mal wurden für weite Bereiche der Sozialpolitik einschließlich des Arbeitsrechts ausdrückliche Kompetenzen geschaffen<sup>13</sup>. Das Abkommen weist dabei den europäischen Sozialpartnern eine wichtige Funktion bei der Realisierung der sozialen Dimension des Binnenmarkts zu. Zur Verwirklichung der Ziele des Sozialabkommens gestattet das auch von Großbritannien mitunterzeichnete Protokoll die Nutzung der Organe der Zwölfergemeinschaft.

### **C. Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts**

Im EG-Recht ist zwischen den Regelungen des EG-Vertrages selbst (sogenanntes primäres Gemeinschaftsrecht) und den aufgrund der Ermächtigungen im EG-Vertrag ergehenden Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen i. S. d. Art. 189 EG-Vertrag

<sup>10</sup>BVerfGE 89, 155.

<sup>11</sup>ABl. EG Nr. C 191 v. 25.7.1992 = BGBl. II (1992), 1253 = EAS 1100.

<sup>12</sup>Protokoll des EU-Vertrags über die Sozialpolitik, ABl. EG Nr. C 191 v. 25.7.1992 S. 90 = EAS 1102.

<sup>13</sup>Vgl. näher unter C I 2 b.

(sogenanntes sekundäres Gemeinschaftsrecht) zu unterscheiden.

## I. Primäres Gemeinschaftsrecht

### 1. Grundprinzipien

Die Europäische Gemeinschaft hat nicht wie ein souveräner Staat originäre und generelle Handlungskompetenzen, sondern leitet diese aus der Übertragung von Hoheitsrechten ihrer Mitgliedstaaten durch völkerrechtlichen Vertrag ab. Grundlage für ihr Tätigwerden kann also nur der EG-Vertrag sein, die Gemeinschaft kann nur da tätig werden, wo ihr durch den EG-Vertrag Zuständigkeiten ausdrücklich zugewiesen sind. Dieses „Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung“ ist explizit in Art. 3b Abs. 1 EG-Vertrag niedergelegt.

Die politische und juristische Auseinandersetzung um die Verträge von Maastricht dreht sich im Kern um diese Frage. Das deutsche Bundesverfassungsgericht, von dessen Votum die Ratifizierung des Unionsvertrags in Deutschland abhing, nimmt für sich in Anspruch, neben dem EuGH (Art. 164 EG-Vertrag, 173 EG-Vertrag) mögliche Kompetenzüberschreitungen der Organe der Europäischen Gemeinschaft überprüfen zu können und geht davon aus, daß Maßnahmen, bei denen die Kompetenzen des Vertrages überschritten werden, für Deutschland unverbindlich sind<sup>14</sup>. Diese auch in Deutschland nicht unangefochtene These<sup>15</sup> hat es dem Gericht jedenfalls erlaubt, trotz der im EU-Vertrag angelegten Eigendynamik zu einer größeren Unabhängigkeit der Gemeinschaftsorgane von ihren Mitgliedstaaten, den Weg für seine Ratifizierung freizumachen. Spätestens seit der Diskussion um die Maastrichter Verträge ist jedenfalls in Deutschland und den übrigen Mitgliedstaaten eine deutlich gewachsene Sensibilität für die Grenzen der Gemeinschaftskompetenzen zu beobachten.

Dies gilt fast noch mehr für den zweiten prägenden Grundsatz des EG-Vertrags, das in der Präambel des EU-Vertrages, in Art. B des EU-Vertrages und dann vor allem in Art. 3b Abs. 2 des EG-Vertrags erstmals ausdrücklich festgeschriebene Subsidiaritätsprinzip. Seine Umsetzung im deutschen Grundgesetz vollzieht Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG. Nach Art. 3b Abs. 2 EG-Vertrag kann die Gemeinschaft auf dem Gebiet der konkurrierenden Zuständigkeit<sup>16</sup> nur tätig werden, sofern und soweit die angestrebten Ziele nicht ausreichend von den Mitgliedstaaten verwirklicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

Die Interpretation des Art. 3b EG-Vertrag und die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die weitere Entwicklung der sozialen Dimension des Binnenmarkts in Europa hat in Deutschland bisher zu einigen Diskussionen

<sup>14</sup>BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 188 (C I 3 der Gründe), 209 (C II 3 b und c der Gründe).

<sup>15</sup>Nachweise bei *Konzen* EuZW 1995, 39, 49 Fn. 216.

<sup>16</sup>Konkurrierende Zuständigkeit besteht da, wo nicht der EG-Vertrag die Handlungskompetenz allein der Gemeinschaft zugewiesen hat (ausschließliche Zuständigkeit, z.B. Art. 28, 75 Abs. 1, 113 EG-Vertrag).

Anlaß gegeben<sup>17</sup>. Problematisch ist insbesondere die Frage, wie das Verhältnis der beiden vom Vertragstext genannten kumulativen Bedingungen zu bestimmen ist. Manches spricht dafür, daß es zwar einerseits einen prinzipiellen Handlungsvorrang der Mitgliedstaaten gibt, aber andererseits doch eine übergeordnete Zuständigkeit der Gemeinschaft nach dem Effektivitäts- und Optimierungsprinzip. Nicht ganz klar ist weiterhin die Bedeutung des Abs. 3, in dem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der vorher schon in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt war, noch einmal ausdrücklich erwähnt wird. In der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts entfaltet Art. 3b Abs. 3 EG-Vertrag seine eigenständige Bedeutung im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft, wo das allgemeine Subsidiaritätsprinzip nicht greift<sup>18</sup>.

Das Hauptproblem des Subsidiaritätsprinzips dürfte allerdings in seiner praktischen Umsetzung liegen. Es ist zwar im Grundsatz ebenso wie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung justizierbar (Art. 164, 173, 177 EG-Vertrag), aber seine Kriterien bleiben notwendigerweise unbestimmt und eröffnen dem europäischen Gesetzgeber Prognose- und Bewertungsspielräume<sup>19</sup>. Eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips wird letztlich nur dann geltend gemacht werden können, wenn sie offensichtlich auf der Hand liegt. Wichtiger als die juristische Bewertung des Subsidiaritätsprinzips dürfte demnach in Zukunft der politische Wille der Organe der Europäischen Gemeinschaften und der Mitgliedstaaten sein. Welche Auswirkungen die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 3b EG-Vertrag für das Arbeitsrecht haben wird, läßt sich deshalb derzeit noch nicht absehen<sup>20</sup>.

## 2. Normative Kompetenzgrundlagen im Bereich des Arbeits- und Sozialrecht

### a) EG-Vertrag

Der EG-Vertrag selbst enthält nur wenige arbeitsrechtliche Regelungen. Die ursprüngliche Konzeption der Gründungsverträge, nach der die Gemeinschaft primär eine Wirtschaftsgemeinschaft sein sollte, wirkt bis heute nach, auch wenn, wie beschrieben, seit Mitte der siebziger Jahre die "soziale Dimension" der Gemeinschaft zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Daran hat auch der Unions-Vertrag von Maastricht nichts geändert. Ausdrückliche normative Kompetenzgrundlagen für ein Tätigwerden der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts enthalten nur die Art. 48 ff. EG-Vertrag (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und Art. 118a EG-Vertrag (Arbeitsschutz). Das Lohngleichheitsgebot des Art. 119 EG-Vertrag bildet zwar keine Ermächtigungsgrundlage, es ist aber wegen seiner unmittelbaren Wirkung und seiner Interpretation durch den EuGH von besonderer praktischer Bedeutung.

<sup>17</sup>Nachweise bei *Konzen* EuZW 1995, 39, 44 Fn. 89.

<sup>18</sup>BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 212 (unter C II 3 d der Gründe).

<sup>19</sup>Nachweise zur Justizialität bei *Konzen* EuZW 1995, 39, 45 Fn. 123, 125.

<sup>20</sup>Zum Subsidiaritätsprinzip aus arbeitsrechtlicher Sicht u.a. *Buchner* Festschrift Rauscher (1993); *Heinze* RdA 1994 1 ff.; *ders.* Festschrift Kissel (1994) S. 363, 367 ff.; *Konzen* EuZW 1995, 39, 44 ff.; *Simitis* Festschrift Kissel (1994) S. 1097, 1106 ff.; *Wank* RdA 1995, 10, 21; *Zwanziger* AuR 1995, 430 ff.

Ansonsten beschränkt sich der Abschnitt über die Sozialvorschriften (Art. 117 ff EG-Vertrag) auf Absichtserklärungen und die Formulierung allgemeiner Zielvorstellungen der Vertragsparteien. In Ermangelung konkreter Ermächtigungsgrundlagen wurden in der Vergangenheit häufig sozialpolitisch motivierte Vorhaben der Gemeinschaft auf die Auffangtatbestände nach Art. 100, 100a, 235 EG-Vertrag gestützt. Diese Vorgehensweise sieht sich in neuerer Zeit wachsender Kritik ausgesetzt, weil auf diese Weise das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung mißachtet wird<sup>21</sup>.

**aa) Freizügigkeit (Art. 48 ff. EG-Vertrag)**

Art. 48 EG-Vertrag verbürgt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Art. 49 EG-Vertrag enthält insofern eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß von Verordnungen und Richtlinien. Gedeckt sind damit Regelungen etwa zum Aufenthaltsrecht, aber auch zum Sozialrecht, dessen Ausgestaltung jedoch regelmäßig auf die speziellere Grundlage des Art. 51 EG-Vertrag gestützt wurde. Gemeinschaftsregeln zur Gewährleistung der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer oder zum Erhalt von Sozialversicherungsansprüchen finden hier ihre Grundlage.

**bb) Sozialvorschriften (Art. 117 ff. EG-Vertrag)**

**(1) Art. 117, 118 EG-Vertrag**

Sozialpolitische Zielvorstellungen der Gemeinschaft sind in Art. 117 und 118 EG-Vertrag formuliert: Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, auf Verbesserungen der Lebens- und Arbeitsbedingungen in Europa hinzuwirken. Dabei wird die Angleichung der Arbeitsbedingungen als Folge der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes und der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften gesehen. In ähnlicher Weise bestimmt Art. 118 EG-Vertrag, daß die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in sozialen Fragen Förderung durch die Kommission erhalten soll. Eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß von Richtlinien bilden beide Vorschrift aber nicht.

**(2) Art. 118a EG-Vertrag**

Die einzige ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage auf dem Gebiet des Arbeitsrechts bildet Art. 118a EG-Vertrag. Die Vorschrift erlaubt den Erlaß von Mindestvorschriften zur Verbesserung der Arbeitsumwelt. Nach dem 1987 durch die EEA eingefügten und dann hinsichtlich des Abstimmungsverfahrens durch den EU-Vertrag noch einmal modifizierten Art. 118a Abs. 2 EG-Vertrag ist dazu ausdrücklich der Erlaß von Richtlinien zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer möglich. Im Gegensatz zur sonstigen Grundkonzeption des EG-Vertrags steht hier explizit (vgl. Art. 118a Abs. 1 EG-Vertrag) der Arbeitnehmerschutz als eigenständiges Regelungsziel im Vordergrund und ist nicht bloßer Reflex aus dem Streben nach Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten.

**(3) Art. 118b EG-Vertrag**

In allgemeiner Weise enthält Art. 118b EG-Vertrag die Absichtserklärung der Mitgliedstaaten, sich um Förderung des Sozialen Dialogs zwischen den

<sup>21</sup>Vgl. u.a. Buchner VSSR 1992, 1 ff.; Heinze RdA 1994, 1 ff.; Konzen EuzW 1995, 39, 41.



Sozialpartnern auf europäischer Ebene zu bemühen. Dynamik hat die europäische Sozialpartnerschaft erst durch die Regelungen des Sozialabkommens erhalten<sup>22</sup>.

#### (4) Art. 119 EG-Vertrag

Obwohl Art. 119 EG-Vertrag keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage für ein Tätigwerden der Gemeinschaft darstellt, hat das in dieser Vorschrift geregelte Gebot der Lohngleichheit in den letzten Jahren unter maßgeblichem Einfluß der Rechtsprechung des EuGH erhebliche praktische Bedeutung erlangt. Der EuGH betrachtet die Vorschrift in den Mitgliedstaaten als unmittelbar geltendes Recht<sup>23</sup> und hat daraus in einer Reihe von prominenten Entscheidungen weitreichende Folgen für die nationalen Arbeitsrechtsordnungen, insbesondere auf dem Gebiet der Teilzeitarbeit und der betrieblichen Altersversorgung, abgeleitet. Der Grundsatz der Lohngleichheit verbietet eine an die Geschlechtszugehörigkeit geknüpfte unterschiedliche Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit, und zwar nicht nur in Form einer unmittelbaren geschlechtsspezifischen Differenzierung, sondern nach der Rechtsprechung des EuGH auch in Form der sogenannten mittelbaren Diskriminierung. Im zweiten Fall geht es um Regelungen, die zunächst geschlechtsneutral formuliert sind, sich aber praktisch in der Weise auswirken, daß von ihr verhältnismäßig mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts nachteilig betroffen werden<sup>24</sup>.

#### (5) Art. 120 EG-Vertrag

Aus dem Bereich der Sozialvorschriften ist abschließend Art. 120 EG-Vertrag zu nennen, der einen bisher wenig beachteten Programmsatz zu Regelungen über bezahlte Freizeit enthält.

#### cc) Allgemeine und ergänzende Kompetenznormen (Art. 100, 100a, 235 EG-Vertrag)

Aus heutiger Sicht sind mit Blick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung die Auffangtatbestände nach Art. 100, 100a und Art. 235 EG-Vertrag besonders problematische Kompetenznormen. Art. 100 EG-Vertrag erlaubt ein Tätigwerden der Gemeinschaft, wenn sich in Hinblick auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes ein Angleichungsbedarf ergibt. Diese Regelung ist in systematischem Zusammenhang mit der allgemeinen Vorschrift der Art. 3 lit. g und h EG-Vertrag zu sehen, die als Aufgaben der Gemeinschaft den Schutz des Wettbewerbs und die Entwicklung eines Gemeinsamen Marktes nennen. Darüber hinaus eröffnet Art. 235 EG-Vertrag eine Kompetenz zur Lückenschließung, wenn dies zur Erreichung der Ziele des Gemeinsamen Marktes erforderlich erscheint. Im Verbund mit einer extensiven Entscheidungspraxis des EuGH haben sich Art. 100 und Art. 235 EG-Vertrag über lange Zeit zu Motoren des Rechtsangleichungs-

<sup>22</sup>Dazu unten C I 2 b.

<sup>23</sup>EuGH 8.4.1976 - Rs 43/75, Slg. 1976, 455 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 2 [Defrenne II]; 17.5.1990 - Rs C-262/88, Slg. I 1990, 1889 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 18 [Barber].

<sup>24</sup>Vgl. EuGH 31.3.1981 - Rs. C-96/80, Slg. 1981, 911 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 6 [Jenkins]; 27.6.1990 - Rs C-33/89, Slg. I 1990, 2591 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 19 [Kowalska]; 7.2.1991 - Rs C-184/89, Slg. I 1991, 297 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 20 [Nimz].

prozesses in Europa entwickelt. Das gilt in besonderer Weise auch für das Arbeitsrecht, bei dem in Ermangelung spezieller Kompetenznormen und unter Berufung auf die Relevanz unterschiedlicher Arbeitsbedingungen in den einzelnen Ländern für die Stellung der Unternehmen in ihrem Wettbewerb zueinander regelmäßig auf Art. 100 bzw. 235 EG-Vertrag zurückgegriffen wurde<sup>25</sup>. Aus heutiger Sicht ist diese Praxis in Deutschland vielerlei Zweifeln ausgesetzt und ein beträchtlicher Teil des europäischen Arbeitsrecht steht kompetenzrechtlich auf unsicheren Füßen<sup>26</sup>.

### **b) Protokoll über die Sozialpolitik und Abkommen der EU-Mitgliedstaaten ohne Großbritannien**

Die schmale Basis für sozialpolitische Aktivitäten der Gemeinschaft ist, nachdem eine auf die ganze EG bezogene Regelung am Widerstand Großbritanniens gescheitert ist, für die übrigen elf - nach dem Beitritt Finnlands, Österreichs und Schwedens vierzehn - Mitgliedstaaten durch das sogenannte Sozialabkommen (SozAbk) deutlich erweitert und gefestigt worden<sup>27</sup>. Das durch ein Protokoll über die Sozialpolitik<sup>28</sup> in das Maastrichter Vertragswerk integrierte Abkommen enthält nunmehr für wesentliche Bereiche des Arbeitsrechts bis auf das Arbeitskampfrecht, das Koalitionsrecht und das Arbeitsentgeltrecht (Art. 2 Abs. 6 SozAbk) präzise Kompetenzgrundlagen (Art. 1, 2 SozAbk).

Zur Umsetzung arbeitsrechtlicher Vorhaben sind die Vertragspartner durch das Protokoll über die Sozialpolitik ermächtigt, die Organe, Verfahren und Mechanismen des Vertrags in Anspruch zu nehmen. Das führt zu einem komplizierten kompetentiellen und verfahrensmäßigen Nebeneinander von EG-Vertrag und Sozialabkommen. Als Umsetzungsmittel kommen wie generell auf EG-Ebene insbesondere Verordnungen und Richtlinien in Betracht, deren Geltungsbereich dann naturgemäß auf die Unterzeichner des Sozialabkommens beschränkt ist. Das Sozialabkommen verweist dabei zum Teil, nämlich beim Arbeitsschutz, den Arbeitsbedingungen, der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, der Chancengleichheit von Mann und Frau sowie der beruflichen Eingliederung, auf das Abstimmungsverfahren nach Art. 189c EG-Vertrag (Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit), auf den Gebieten der sozialen Sicherheit, dem Kündigungsschutz, dem Mitbestimmungsrecht, den Beschäftigungsbedingungen von Drittstaatenangehörigen sowie den finanziellen Beiträgen zur Förderung der Beschäftigung gilt das Einstimmigkeitsprinzip.

Nach dem Willen der Vertragsparteien soll ferner dem sozialen Dialog zwischen den Sozialpartnern auf Gemeinschaftsebene eine besondere Bedeutung zukommen (Art. 3, 4 SozAbk). Neben der verfahrensmäßigen Beteiligung der

---

<sup>25</sup>Z.B. die RL 75/129/EWG v. 17.2.1975 über Massenentlassungen, ABl. EG Nr. L 48 v. 22.2.1975, S. 29 = EAS 3020; RL 77/187/EWG v. 14.2.1977 über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer bei Übergang von Unternehmen, Betrieben und Betriebsteilen, ABl. EG Nr. L 61 v. 5.3.1977, S. 26 = EAS A 3040; RL 80/987/EWG v. 20.10.1980 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. EG Nr. L 283 v. 28.10.1980, S. 23 = EAS A 3080; Übersicht bei *Buchner ZfA* 1993, 279, 288 ff.

<sup>26</sup>BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 209 ff. (unter C II 3 b und c der Gründe); *Buchner VSSR* 1992, 1 ff.; *Heinze RdA* 1994, 1 ff.; *Konzen EuzW* 1995, 39, 41.

<sup>27</sup>ABl. EG Nr. C 191 v. 25.7.1992 S. 91 f. = EAS 1102

<sup>28</sup>ABl. EG Nr. C 191 v. 25.7.1992 S. 90 = EAS 1102.

Sozialpartner durch ein Anhörungsverfahren bei Erlass einer Richtlinie eröffnet das Sozialabkommen vor allem die Kompetenz zum Abschluß richtlinienvertretender Vereinbarungen, die freilich dann noch entweder nach den nationalen Gepflogenheiten der Sozialpartner, oder auch durch Beschluß des Rats, also mittels einer Richtlinie umgesetzt werden müssen.

Das Subsidiaritätsprinzip ist im Sozialabkommen zwar - trotz einer entsprechenden Initiative der damaligen niederländischen EG-Präsidentschaft - nicht ausdrücklich erwähnt, Art. 1 des Abkommens regelt nur den allgemeinen Vorbehalt der Rücksichtnahme auf nationale Gepflogenheiten. Allerdings verweisen einerseits das Protokoll auf die Organe, Verfahren und Mechanismen des EG-Vertrages und andererseits die Präambel des Abkommens auf die Sozialcharta, jeweils also auf Regelungen, in denen das Subsidiaritätsprinzip ausdrücklich erwähnt ist. Seine Geltung für den Bereich des Sozialabkommens ist demnach zu bejahen<sup>29</sup>.

## II. Sekundäres Gemeinschaftsrecht

Die Umsetzung und Konkretisierung der Bestimmungen des EG-Vertrages erfolgt durch sekundäres Gemeinschaftsrecht. Dazu gehören neben Empfehlungen und Stellungnahmen mit ausschließlich politischer Zielsetzung (Art. 189 Abs. 5 EG-Vertrag) und den einzelfallbezogenen Entscheidungen nach Art. 189 Abs. 4 EG-Vertrag als rechtlich verbindliche Instrumente vor allem Verordnungen (Art. 189 Abs. 2 EG-Vertrag) sowie Richtlinien (Art. 189 Abs. 3 EG-Vertrag).

### 1. Verordnungen

Verordnungen gelten in den Mitgliedstaaten unmittelbar (Art. 189 Abs. 2 EG-Vertrag), bedürfen also keines innerstaatlichen Umsetzungsaktes mehr. Entgegenstehende nationale Vorschriften werden durch den Vorrang des Gemeinschaftsrechts verdrängt. Im Bereich der Sozialpolitik dominiert die Verordnung bisher als Mittel zur Durchsetzung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft. Die Verordnungen zur Freizügigkeit<sup>30</sup> betreffen deshalb vorwiegend das Recht der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis sowie das Sozial- und Sozialversicherungsrecht. Das Arbeitsrecht selbst ist durch Regelungen zur Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer aus den Mitgliedstaaten mit den inländischen Beschäftigten auf individual- und kollektivarbeitsrechtlicher Ebene betroffen. Hinzu kommen Verordnungen zum Straßenverkehr mit arbeitsschutzrechtlichen Elementen<sup>31</sup>.

<sup>29</sup>Dazu Buchner RdA 1993, 193, 197; Heinze FS Kiesel 363, 378 ff.; Konzen EuzW 1995, 39, 44; Simitis FS Kiesel 1047, 1106; Wank RdA 1995, 10, 21 ff.; Zwanziger AuR 1995, 430, 437.

<sup>30</sup>Verordnungen Nr. 1612/68, ABl. EG Nr. L 257 v. 19.10.1968, S. 2 = EAS A 2000; Nr. 1251/70 ABl. EG Nr. L 142 v. 30.6.1970, S. 24 = EAS A 2010; Nr. 1408/71, ABl. EG Nr. L 149 v. 5.7.1971, S. 2 = EAS 2020; Nr. 574/72 ABl. EG Nr. L 74/1 v. 27.3.1972 = EAS 2030; Nr. 620/82, ABl. EG Nr. L 75 v. 19.3.1982, S. 1 = EAS A 2040.

<sup>31</sup>Verordnungen Nr. 3820/85, ABl. EG Nr. L 370 v. 31.12.1985, S. 1 = EAS A 2070; Nr. 3821/85, ABl. EG Nr. L 370 v. 31.12.1985, S. 8 = EAS A 2080.

## 2. Richtlinien

### a) Bedeutung und Wirkungsweise

Für das Arbeitsrecht weitaus bedeutsamer sind Richtlinien, durch die das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten harmonisiert werden soll. Richtlinien wenden sich zunächst nur an die Mitgliedstaaten (Art. 189 Abs. 3 EG-Vertrag) und bedürfen noch einer Umsetzung durch den jeweiligen nationalen Gesetzgeber. Allerdings entfalten Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH in mehrfacher Hinsicht noch weitergehende Wirkungen: Bürger von EG-Mitgliedstaaten können sich nämlich auch unmittelbar auf ihnen günstige Richtlinienbestimmungen berufen, sofern diese hinreichend konkret formuliert wurden (self-executing) und der jeweilige nationale Gesetzgeber die in der Richtlinie gesetzte Frist zur Umsetzung in nationales Recht ergebnislos hat verstreichen lassen<sup>32</sup>. Diese unmittelbare Wirkung besteht aber nur im Verhältnis zum jeweiligen Mitgliedstaat (vertikale Direktwirkung). Eine Wirkung in Rechtsverhältnissen zwischen einzelnen Bürgern (horizontale Direktwirkung) lehnt der EuGH ab<sup>33</sup>. Zusätzlich wirken Richtlinien durch den vom EuGH propagierten Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung auf die Interpretation nationalen Rechts. Diese hat im Sinne einer größtmöglichen Wirksamkeit des gemeinschaftsrechtlichen Regelungsziels zu erfolgen<sup>34</sup>. Schließlich hat der EuGH in der berühmten und in Deutschland vielfach diskutierten *Francovich*-Entscheidung einen Amtshaftungsanspruch entwickelt, der dem Bürger eines EG-Mitgliedstaats zustehen soll, wenn und soweit dieser Staat eine Richtlinie nicht oder unzureichend umgesetzt hat und dem Bürger deswegen ein Schaden entstanden ist<sup>35</sup>.

### b) Harmonisierung des Arbeitsrechts durch Richtlinien

Der Stand der Harmonisierung des Arbeitsrechts in Europa ist - als Konsequenz der geschilderten wirtschaftspolitischen Präferenzen - bisher nur sehr bruchstückhaft. Während es im Bereich des technischen Arbeitsschutzes aufgrund der klaren Ermächtigungsgrundlage des Art. 118a EG-Vertrag eine Fülle von Richtlinien gibt, ist das Arbeitsvertragsrecht nur punktuell berührt. Der Bereich des kollektiven Arbeitsrechts ist erstmals durch die neue Richtlinie zum Europäischen Betriebsrat betroffen.

---

<sup>32</sup>EuGH 4.12.1974 - Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 = EAS EG-Vertrag Art. 48 Nr. 10 (LS) [van Duyn]; 14.7.1994 Rs. C-91/92, Slg. I 1994, 3325 = EAS EG-Vertrag Art. 189 Nr.10 [Faccini Dori].

<sup>33</sup>EuGH 26.2.1986 - Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 = EAS RL 76/207 Art. 5 Nr. 4 [Marshall I]; 14.7.1994 Rs. C-91/92, Slg. I 1994, 3325 = EAS EG-Vertrag Art. 189 Nr.10 [Faccini Dori].

<sup>34</sup>Vgl. u.a. EuGH 8.11.1990 - Rs. C-177/88, Slg. 1990, 3941 = EAS RL 76/207 Art. 2 Nr. 6 [Dekker]; 13.11.1990 - Rs. C-106/89, Slg. 1990, 4135 = EAS EG-Vertrag Art. 189 Nr. 8 [Marleasing]; 14.7.1994 - Rs. C-91/92, Slg. I 1994, 3325 = EAS EG-Vertrag Art. 189 Nr.10 [Faccini Dori].

<sup>35</sup>EuGH 19.11.1991 - Rs. C-6/90, C-9/90, Slg. 1991, 5257 = EAS RL 80/987 Art. 11 Nr. 2 [Francovich]; 16.12.1993 - Rs. C-334/92, EAS RL 80/987 Art. 1 Nr. 1 [Miret]; dazu u.a. *Dänzer-Vanotti* RIW 1992, 738; v. *Danwitz* JZ 1994, 335; *Detterbeck* VerwArch 1994, 179 ff; *Hailbronner* JZ 1992, 284; *Jarass* NJW 1994, 881; *Nessler* RIW 1993, 206; *Ossenbühl* DVBl. 1992, 994 ff; *Pieper* NJW 1992, 2454; *Prieß* NVwZ 1993, 118; *Schockweiler* EuR 1993, 107.

**aa) Arbeitsschutz**

Der EG-Vertrag eröffnet, abgesehen von dem aufenthalts-, arbeitsmarkt- und sozialrechtlich dominierten Gebiet der Freizügigkeit nach Art. 48 EG-Vertrag<sup>36</sup>, eine Kompetenz zum Erlass sozialpolitischer Richtlinien vor allem im Bereich des technischen Arbeitsschutzrechts (Art. 118a EG-Vertrag). Hierzu sind eine Fülle von Richtlinien erlassen worden, die allesamt dazu dienen, in den einzelnen Mitgliedstaaten ein vergleichbares Schutzniveau herbeizuführen. Hervorzuheben sind insoweit insbesondere verschiedene Rahmenrichtlinien, mit deren Hilfe nicht nur einzelne Aspekte des Arbeitsschutzes geregelt werden sollen, sondern die Ausdruck des Bemühens um ein Gesamtkonzept des europäischen Arbeitsschutzrechts sind und die durch eine Reihe von Einzelrichtlinien weiter konkretisiert werden. Zu diesen Rahmenrichtlinien gehören die Richtlinie über die Gefährdung durch Arbeitsstoffe von 1980<sup>37</sup>, die Rahmenrichtlinie über Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer von 1989<sup>38</sup> sowie die Maschinenschutzrichtlinie von 1989<sup>39</sup>. In Deutschland besteht im Bereich des Arbeitsschutzrechts ein vergleichsweise hohes Schutzniveau. Soweit die Arbeitsschutzrichtlinien wie beim produktbezogenen Arbeitsschutz nicht lediglich als Mindestvorschriften konzipiert sind, sondern abschließenden Charakter haben, wird teilweise eine Absenkung des deutschen Schutzniveaus durch den europäischen Einfluß befürchtet<sup>40</sup>. Andererseits stehen auch in Deutschland noch weitere Nachbesserungen im Bereich des technischen und betrieblichen Arbeitsschutzes an<sup>41</sup>.

**bb) Gleichbehandlung der Geschlechter**

Für das deutsche Arbeitsrecht mit weitreichenden Konsequenzen verbunden ist der Komplex der Gleichbehandlung von Mann und Frau und insbesondere die Umsetzung des Lohngleichheitsgebots nach Art. 119 EG-Vertrag. Hierzu sind eine Reihe von Gleichbehandlungsrichtlinien erlassen worden, die den Zugang zum Arbeitsplatz, die Gleichbehandlung am Arbeitsplatz, die Lohngleichheit sowie die betriebliche und überbetriebliche Altersversorgung betreffen<sup>42</sup>. In Deutschland sind aufgrund dieser Richtlinien die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag mehrfach und erst kürzlich wieder geändert und europäischen Maßstäben angeglichen worden: § 611a, b BGB regeln den Zugang zur Beschäftigung und § 612 Abs. 3 BGB verbietet für gleichwertige Arbeit die Vereinbarung einer geringeren Vergütung wegen des Geschlechts.

<sup>36</sup>Vgl. die Übersicht bei *Birk* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I. (1992) § 18 Rdn. 86 ff.; ausführlich *Wank/Börgmann* Deutsches und Europäisches Arbeitsschutzrecht (1992).

<sup>37</sup>RL 80/1107/EWG vom 27.11.1980 ABl. EG Nr. L 327 v. 3.12.1980, S. 8 = EAS 3090.

<sup>38</sup>RL 89/392/EWG v. 14.6.1989 ABl. EG Nr. L 183 v. 29.6.1989, S. 9 = EAS A 3210.

<sup>39</sup>RL 89/391/EWG v. 12.6.1989 ABl. EG Nr. L 183 v. 29.6.1989, S. 1 = EAS A 3200.

<sup>40</sup>*Wank/Börgmann* Deutsches und europäisches Arbeitsschutzrecht (1992) S. 146; *Waas* ZTR 1995, 298.

<sup>41</sup>Vgl. dazu *Gaul* AuR 1995, 445 ff.

<sup>42</sup>Vgl. insbesondere RL 75/117 EWG v. 10.2.1975, ABl. EG Nr. L 45/19 v. 19.2.1975, S. 19 = EAS A 3010; RL 76/207/EWG v. 9.2.1976, ABl. EG Nr. L 39 v. 14.2.1976, S. 40 = EAS A 3030; RL 86/378/EWG v. 24.7.1986, ABl. EG Nr. L 225/40 v. 12.8.1986, S. 40 = EAS A 3140.

Besondere Aufmerksamkeit hat bei der Interpretation des Lohngleichheitsgebots durch den EuGH und das deutsche Bundesarbeitsgericht immer wieder die bereits erwähnte Figur der mittelbaren Diskriminierung erregt. Diese Rechtsprechung beeinflußt insbesondere die Vergütung von Teilzeitkräften und von geringfügig Beschäftigten. Da in beiden Beschäftigungsformen typischerweise Frauen tätig sind, wirken Regelungen, die unter Hinweis auf die Beschäftigungsart Unterschiede bei der Gewährung der Vergütung oder auch beim Zugang zu betrieblichen Altersversorgungssystemen machen, häufig mittelbar diskriminierend<sup>43</sup>. Probleme hat es bei der Umsetzung des Lohngleichheitsprinzips schließlich im Bereich der betrieblichen Altersversorgung gegeben, weil das BAG mit Billigung durch das BVerfG<sup>44</sup> auf dem Standpunkt steht, daß prinzipiell eine rückwirkende Einbeziehung des zu Unrecht ausgeschlossenen Personenkreises in das Versorgungswerk erfolgen muß. Ein Vertrauensschutz wird dem Versorgungsträger nicht zugebilligt<sup>45</sup>. Zurückhaltender ist der Europäische Gerichtshof, der in einer 1990 getroffenen<sup>46</sup> und später mehrfach präzisierten<sup>47</sup> Entscheidung, die zeitliche Rückwirkung seines Urteils beschränkt hat.

### cc) *Einzelfragen des Individualarbeitsrecht*

#### (1) *Massenentlassungen*

Im Bereich des Individualarbeitsrechts ist zunächst die 1975 erlassene Richtlinie über Massenentlassungen<sup>48</sup> zu nennen, die in Deutschland 1978 durch eine Änderung des Kündigungsschutzrechts umgesetzt wurde. Die Richtlinie, die vor einigen Jahren überarbeitet worden ist<sup>49</sup>, regelt keinen materiellen Kündigungsschutz, sondern verlangt bei umfänglicheren Entlassungsmaßnahmen die Beteiligung der Arbeitnehmervertretung und die Einschaltung der zuständigen Behörde, in Deutschland also des Arbeitsamts.

#### (2) *Insolvenzschutz*

Die 1980 erlassene Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers<sup>50</sup> hat nicht nur arbeits- sondern auch sozialrechtlichen Charakter. Sie berührt das Recht der betrieblichen Altersversorgung und das Insolvenzrecht.

<sup>43</sup>Vgl. EuGH 13.7.1989 - Rs. 171/88, Slg. 1989, 2743 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 16 [Rinner-Kühn]; 27.6.1990 - Rs C-33/89, Slg. I 1990, 2591 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 19 [Kowalska]; 7.2.1991 - Rs C-184/89, Slg. I 1991, 297 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 20 [Nimz].

<sup>44</sup>BVerfG 28.9.1992 - 1 BvR 496/87 - NZA 1993, 213 = AP Nr. 32 zu Art. 119 EWGV.

<sup>45</sup>BAG 14.10.1986 BAGE 53, 161; 14.3.1989 BAGE 61, 226; 5.8.1989 BAGE 62, 345; 20.11.1990 BAGE 62, 345.

<sup>46</sup>EuGH 17.5.1990 - Rs C-262/88, Slg. I 1990, 1889 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 18 [Barber].

<sup>47</sup>Vgl. u.a. EuGH 6.10.1993 - Rs. C 109/91, EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 23 [Ten Oever]; 14.12.1993 - Rs. C-110/91, EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 26 [Moroni]; 8.4.1976 - Rs 43/75, Slg. 1976, 455 = EAS EG-Vertrag Art. 119 Nr. 2 [Defrenne II].

<sup>48</sup>RL 75/129/EWG v. 17.2.1975, ABl. EG Nr. L 48 v. 22.2.1975, S. 29 = EAS 3020.

<sup>49</sup>RL 92/56/EWG v. 24.6.1992, ABl. EG Nr. 245 v. 26.8.1992, S. 3 = EAS 3021. Die Umsetzung in Deutschland erfolgte durch Art. 5 des EG-Anpassungsgesetzes, BGBl. I (1995) S. 946.

Entgegen ihrem allgemeiner gehaltenen Titel regelt die Richtlinie allerdings nur die Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen außerhalb des Insolvenzverfahrens. Sie will das Schutzdefizit ausgleichen, das für Arbeitnehmeransprüche auch nach einem Insolvenzverfahren und trotz möglicher Privilegien in der Insolvenz des Arbeitgebers weiterhin besteht. Dies soll durch die Schaffung zusätzlicher, mit eigenem und von dem der Arbeitgeber unabhängigen Vermögen ausgestatteten Einrichtungen geschehen, die im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers jedenfalls für einen gewissen Teil der Arbeitnehmeransprüche einspringen. In Deutschland hat die Richtlinie bisher kaum Aufmerksamkeit erfahren, weil eine besondere Umsetzung nicht mehr erforderlich war: Mit den Vorschriften zum Konkursausfallgeld nach §§ 141 ff. des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) und zur Insolvenzsicherung von betrieblichen Ruhegeldansprüchen nach §§ 7 ff. des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) hatte der deutsche Gesetzgeber bereits Regelungen bereitgestellt, die den Ansprüchen der Richtlinie genügen.

### (3) Betriebsinhaberwechsel

Von großer praktischer Bedeutung ist die 1977 verabschiedete Richtlinie über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen<sup>51</sup>. Die Richtlinie enthält Vorschriften des individuellen, aber auch des kollektiven Arbeitsrechts. Sie verlangt nationale Regelungen, die sicherstellen, daß im Falle eines vertraglichen Betriebsübergangs der Erwerber automatisch in die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus dem Arbeitsverhältnis eintritt. Der Bestandsschutz für Arbeitnehmeransprüche erfaßt dabei grundsätzlich auch kollektivrechtlich begründete Ansprüche. Zusätzlich verlangt die Richtlinie, daß die Stellung der Arbeitnehmervertretung durch den Betriebsinhaberwechsel unberührt bleibt und sie beim Betriebsübergang durch Information und in beschränktem Umfang auch durch Konsultation zu beteiligen ist. In Deutschland ist der Betriebsübergang in § 613a BGB geregelt, der 1980 den Anforderungen der Richtlinie angepaßt wurde. Die Interpretation dieser Vorschrift führt bis heute auch unter dem europäischen Aspekt immer wieder zu Auseinandersetzungen. Umstritten war etwa lange Zeit die Frage, ob die individualrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs immer automatisch eintreten oder ob dem Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht zusteht, der etwa bei Teilbetriebsübergängen den Erhalt seines Arbeitsplatzes im verbleibenden Betriebsteil anstrebt. Nach Auffassung des BAG<sup>52</sup>, dem insofern 1992 vom EuGH bescheinigt wurde, nicht gegen europäisches Recht zu verstoßen<sup>53</sup>, besteht ein derartiges Widerspruchsrecht. Ob auf diese Weise der Arbeitsplatz allerdings tatsächlich gesichert werden kann, hängt von der bisher noch nicht endgültig geklärten Frage ab, inwieweit der Arbeitnehmer nunmehr Kündigungsschutz gegenüber seinem alten Arbeitgeber beanspruchen kann. Noch heute heftig

<sup>50</sup>RL 80/987/EWG v. 20.10.1980, ABl. EG Nr. L 283 v. 28.10.1980, S. 23 = EAS A 3080.

<sup>51</sup>RL 77/187/EWG v. 14.2.1977, ABl. EG Nr. L 61 v. 5.3.1977, S. 26 = EAS A 3040.

<sup>52</sup>BAG 21.5.1992 BAGE 70, 238.

<sup>53</sup>EuGH 16.12.1992 - Rs C-132/91, 138/91, 139/91, EAS RL 77/187 Art. 3 Nr. 8 (Katsikas u.a.). Nachweise zur Auseinandersetzung in Deutschland bei *Franzen* ZEuP 1995, 796, 819 Fn. 240.

diskutiert wird in Hinblick auf eine entsprechende Entscheidung des EuGH<sup>54</sup> ferner die Frage, ob bereits ein bloßer Funktionsübergang die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs auslösen kann und nicht statt dessen auch der Übergang sachlicher Betriebsmittel zu verlangen ist<sup>55</sup>. Gegenwärtig liegt ein Kommissionsvorschlag vor, der in letzterem Sinne eine Neuregelung treffen soll<sup>56</sup>.

#### **(4) Informationspflichten bei Begründung des Arbeitsverhältnisses**

Die letzte, im Jahre 1991 verabschiedete, individualarbeitsrechtliche Richtlinie betrifft Informations- und Nachweispflichten des Arbeitgebers bei Abschluß eines Arbeitsvertrags<sup>57</sup>. Der Arbeitgeber wird verpflichtet, den Arbeitnehmer über die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich zu informieren. In Deutschland, wo bisher gesetzlich für den Abschluß des Arbeitsvertrages keinerlei Formvorschriften galten, ist die Richtlinie kürzlich durch das sog. Nachweisgesetz umgesetzt worden<sup>58</sup>.

#### **dd) Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer**

Eine erste Frucht der Bestimmungen im Sozialabkommen ist schließlich die nach langen Vorarbeiten 1994 endlich verabschiedete Richtlinie über Europäische Betriebsräte<sup>59</sup>. Sie gilt, da ihre Basis das Sozialabkommen ist und nicht der EG-Vertrag, nicht für Großbritannien. Nachdem die unterschiedlichen Mitbestimmungsregelungen in den verschiedenen europäischen Staaten lange Zeit nicht einmal auf einen gemeinsamen kleinsten Nenner gebracht werden konnten, besteht jetzt immerhin für gemeinschaftsweit operierende Unternehmen mit mindestens 1000 Arbeitnehmern und mindestens je 150 Mitarbeitern in mindestens zwei Mitgliedstaaten die Verpflichtung, alternativ einen europäischen Betriebsrat einzusetzen oder ein anderes Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zu schaffen. Kennzeichnend für die Richtlinie ist, daß sie nur einen subsidiären Regelungsanspruch erhebt und vorrangig auf eine Verhandlungslösung zwischen den betreffenden Unternehmen und deren Arbeitnehmervertretung baut. Die Mitgliedstaaten sind nur gehalten, eine nationale Regelung über den Europäischen Betriebsrat bereitzustellen, die zur Anwendung kommt, wenn auf freiwilligem Weg keine Einigung zustandekommt. Der für diese subsidiäre Regelung vorgesehene Mindeststandard verlangt dabei keine echte Mitbestimmung, sondern nur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmervertretung und dies auch nur in den Fällen, in denen es um grenzüberschreitende Sachverhalte geht.

<sup>54</sup>EuGH 14.4.1994 - Rs. C-392/92, Slg. I 1994, 1311 = EAS RL 77/187 Art. 1 Nr. 9.

<sup>55</sup>Nachweise bei Franzen ZEuP 1995, 796, 820 Fn. 147.

<sup>56</sup>ABl. EG Nr. C 274 v. 1.10.1994, S. 10 = EAS A 6180.

<sup>57</sup>Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) v. 14.10.1991, ABl. EG Nr. L 288 v. 18.10.1991, S. 32 = EAS A 3330.

<sup>58</sup>BGBl. I (1995) S. 946.

<sup>59</sup>Richtlinie des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (94/45/EG) v. 22.9.1994, ABl. EG Nr. L 254 v. 30.9.1994, S. 64 = EAS 3460.



### D. Ausblick

Die soziale Dimension der europäischen Einigungsprozesses ist, auch nachdem sie auf politischer Ebene allmählich an Bedeutung gewonnen hatte, in Deutschland verhältnismäßig spät in ihrer vollen Tragweite erkannt worden. Über lange Jahre dominierte auch in Deutschland die vorwiegend wirtschaftspolitische Orientierung des EWG-Vertrages. Europäische Vorgaben für das nationale Arbeitsrecht wurden zwar nicht mißachtet, blieben aber - auch angesichts des stark ausgebauten Arbeitnehmerschutzes in Deutschland - eher am Rande der politischen und vor allem auch der wissenschaftlichen Diskussion. Selbst die für das deutsche Arbeitsrecht bedeutsame Rechtsprechung des EuGH wurde nicht systematisch aufgearbeitet und manchmal kaum registriert.

Dieses Bild hat sich heute zwar geändert, das neu erwachte Interesse für den europäischen Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht hat aber keineswegs nur Befürworter der sozialen Dimension des Binnenmarktes auf den Plan gerufen. Im Gegenteil, es gibt viele kritische oder zumindest skeptische Stimmen. Das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und das Subsidiaritätsprinzip spielen in der gegenwärtigen Diskussion eine zentrale Rolle; dies nicht nur rückwärts gewandt und auf den bereits bestehenden europäischen Normenbestand bezogen, sondern auch und gerade mit Blick auf die weitere Harmonisierung des Arbeitsrechts. Dabei zeigt sich nicht nur der in allen Mitgliedstaaten inzwischen verbreitete Euroskeptizismus, auch die generelle Ablehnung einer Überreglementierung des Arbeitsrechts einerseits und die Furcht vor einer Aufweichung des hohen deutschen Arbeitnehmerschutzstandards andererseits dürften das Bewußtsein für die Grenzen europäischer Regelungsmacht geschärft haben.

Zur häufig kritischen Bewertung des europäischen Einflusses auf das europäische Arbeitsrecht hat zu einem gewissen Teil auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beigetragen<sup>60</sup>. Mehrfach sind Entscheidungen des EuGH in Deutschland Gegenstand teilweise harscher Kritik gewesen. Auch hier sind die Gründe vielschichtig: Dem EuGH wird häufig vorgeworfen, sich eigenmächtig zum Motor eines Harmonisierungsprozesses zu machen, für den eine ausreichende rechtliche Grundlage im EG-Vertrag fehlt. Das ist insofern richtig, als man über lange Jahre die Kompetenzgrenzen der Europäischen Gemeinschaften generell, auch in Deutschland, kaum wahrgenommen hatte. Den Richtern am EuGH kann man deshalb allenfalls entgegenhalten, nicht die ersten gewesen zu sein, die etwa das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung zum Thema gemacht haben. Häufig moniert man darüber hinaus, daß die Richter in Luxemburg bei ihren Entscheidungen die jeweiligen Eigenarten der von einer Entscheidung betroffenen nationalen Rechte nicht ausreichend berücksichtigten. Dieser Vorwurf ist in der Tat manchmal nicht von der Hand zu weisen. Er dürfte allerdings zum Teil durch die aus deutscher Sicht mangelnde Transparenz der Entscheidungen des EuGH mit verursacht werden. Aus sich heraus - etwa ohne die Zuhilfenahme der Schlußanträge des Generalanwalts - lassen sich den Urteilsgründen selten die Überlegungen ablesen, die die Richter zur ihrer

<sup>60</sup>Nachweise zur Diskussion bei *Franzen* ZEuP 1995, 979, 806 Fn. 49; vgl. ferner *Schlachter* Der Europäische Gerichtshof und die Arbeitsgerichtsbarkeit (1995).

Entscheidung bewogen haben mögen. Eine Auseinandersetzung mit den zuvor in Wissenschaft und Rechtsprechung vorgetragene Argumenten findet allenfalls insofern statt, als derartige Argumente in einer konkreten Vorlagefrage Eingang gefunden haben, auf die der EuGH einzugehen verpflichtet ist. Auch wenn in Europa selbstverständlich nicht die Tradition der Urteiltstechnik eines oder einiger Staaten allgemeine Geltung beanspruchen kann, wäre in Hinblick auf eine zu erhoffende integrative Wirkung des höchsten europäischen Gerichts eine größere Transparenz seiner Entscheidungen zu wünschen.

Der europäische Einigungsprozeß wird weitergehen und es steht zu erwarten, daß die Gemeinschaft nicht wieder auf ihren Ausgangspunkt, das Primat der Wirtschaftspolitik, zurückfällt. Aus heutiger Sicht ist europäische Integration ohne eine soziale Dimension kaum zu denken. Andererseits ist die Akzentuierung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung auch und gerade mit Blick auf das Arbeits- und Sozialrecht begrüßenswert, weil der Harmonisierungsprozeß langfristig nur erfolgreich sein kann, wenn er auf festem Boden steht, und wenn er nicht um jeden Preis vorangetrieben wird, sondern behutsam vonstatten geht. Europa braucht nicht ein gleichförmiges Arbeitsrecht in allen Mitgliedstaaten. Es braucht aber - auch angesichts der zunehmenden grenzübergreifenden Verflechtungen - auf Dauer einen vergleichbaren sozialen Mindeststandard. Das gilt auch unter Berücksichtigung der anstehenden Erweiterung der Gemeinschaft nach Osteuropa. Die europäische Integration wird mittel- und langfristig ohne eine Annäherung der Sozialbedingungen in den europäischen Mitgliedstaaten die Menschen nicht erreichen und damit letztlich ihr wichtigstes Ziel verfehlen.

## Summary

### **SOCIAL DIMENSION OF THE DOMESTIC MARKET FROM THE VIEWPOINT OF GERMAN LABOUR LAW**

German labour law is under the increasing influence of the supra-national labour law of the EC, i.e. the labour law contained in the EC Treaty, which results in Directives (Richtlinien) and Orders (Veordnung), as well as of the Maastricht Treaty, i.e. the so called Social Treaty of the 14 State Parties, excluding Great Britain. The text provides an overview of the significance and role of the labour and social welfare law in the EC from the founding Treaties of Rome up to the present times. Following thereafter is an overview of the basics of the European labour law. Along with the foregoing, an overview is provided of the current discussion in Germany on the significance of the subsidiarity principle as well as the basic regulatory powers of the Community in the field of labour law. In the field of the Community's secondary rights, the text provides an outline of the relevant directions (Richtlinien) and their importance for the German labour law.

*Key words: labour law, directions, orders, subsidiarity, EC.*

## Zusammenfassung

### **DIE SOZIALE DIMENSION DES BINNENMARKTS AUS SICHT DES DEUTSCHEN ARBEITSRECHTS**

Das deutsche Arbeitsrecht steht unter zunehmendem Einfluß des supranationalen Arbeitsrechts der Europäischen Gemeinschaft, also dem Arbeitsrecht im EG-Vertrag, den daraus abgeleiteten Richtlinien und Verordnungen sowie seit den Verträgen von Maastricht dem sogenannten Sozialabkommen von nunmehr 14 Mitgliedstaaten unter Ausschluß Großbritanniens. Der Beitrag gibt zunächst einen Überblick die Bedeutung des Arbeits- und Sozialrechts in der Europäischen Gemeinschaft von den Gründungsverträgen in Rom bis zur heutigen Zeit. Anschließend werden die Grundlagen des Europäischen Arbeitsrechts dargestellt. Dabei werden Hinweise zur aktuellen Diskussion in Deutschland um die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips sowie die normativen Kompetenzgrundlagen der Gemeinschaft im Bereich des Arbeitsrechts gegeben. Im Bereich des sekundären Gemeinschaftsrechts werden die für das Arbeitsrecht relevanten Richtlinien vorgestellt und ihre Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht skizziert.

*Stichworte: Arbeitsrecht, Richtlinien, Verordnung, Subsidiaritätsprinzip, EG.*

## DAS KROATISCHE ZIVIL- UND HANDELSRECHT - Geschichte, Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven -\*

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

UDK: 347:347.7(497.5)  
UR: 30. svibnja 1996.  
Izlaganje sa znanstvenog skupa

### *Hrvatsko građansko i trgovačko pravo - povijest, sadašnje stanje i razvojne mogućnosti -*

*Kada je riječ o nastajanju i razvitku novog hrvatskog pravnog sustava, često se govori o potrebi približavanja, ili barem uključivanja Republike Hrvatske u europsko pravo. Autor u ovome radu želi ukazati na pripadnost tog prava kroz povijest tome istome europskom pravu. Poglavitito kada je riječ o građanskom i trgovačkom pravu, koji su putem OGZ i Hrvatskog trgovačkog zakona iz 1875. godine, odnosno Općeg njemačkog trgovačkog zakona koji se primjenjivao u Dalmaciji, činili, ili na neki način još i danas čine, dio tog pravnog sustava.*

*Činjenica da hrvatski pravni sustav nije praktično ništa dobio na području građanskog i trgovačkog prava za trajanja tzv. jugoslavenske zajedničke države, autor posebno ističe te pruža slikovit pregled izrade novih propisa kojima se svakodnevno hrvatski pravni sustav izjednačava s europskim pravom, i prije svega pravima, tzv., kontinentalnog prava, poglavito austrijskoga i njemačkoga. Pritom se posebno oslanja na rješenja Zakona o trgovačkim društvima, ali i na nove propise o javnom bilježništvu, noveliranju pravila o sudskom (trgovačkom) registru, poreznome te drugim pravima koja čine dio novog hrvatskog pravnog sustava.*

*Ključne riječi: dio europskog prava, izvorne institucije, dispozicijska narav propisa, četiri slobode kretanja hrvatskog pravnog sustava.*

### **Inhaltsuebersicht**

1. Einleitung
2. Privatrechtsgeschichte Kroatiens
3. Bestandsaufnahme
4. Blick in die Zukunft - der integrale Teil des Europarechts
5. Schlussbemerkungen

---

\* Ovaj rad predstavlja autorizirano, dopunjeno i znanstveno oblikovano predavanje istog autora, održanog na Institutu za trgovačko i gospodarsko pravo Sveučilišta u Bonn-u. Autor se zahvaljuje docentici dr. Ute. Karlavaris-Bremer na korisnim sugostijama pri pripremi teksta.

## **1. Einleitung**

Ich habe keine Absicht ueber das allgemeine, alltaegliche vor allem politische Zeitgeschehen in Kroatiens zu reden. Sie koennen fast taeglich, in Fernsehen, Rundfunk oder in den Zeitungen ueber Kroatien sehen, hoeren und lesen.

Keine Gespraechе, Vortraege oder Symposien ueber Ausweitung, Staerking oder Vertiefung der Europaeischen Union koennen ohne die Erwaechnung Kroatiens zu Ende kommen.

Gestatten Sie mir bitte, darum nur einige ganz kurze Anmerkungen, weil hoffe ich nicht zu viele, manche Anwesende aber, nicht so grosse Kenntnisse ueber Kroatien haben.

Die Republik Kroatien wurde am 25. Juni 1991 durch Verfassungsbeschluss zu cinem souveraenen unabhængigen Staat erklært und vollzog somit die Losloesung von der Zentralgewalt des ehemaligen Jugoslawien. Jetzt ist es ein Staat mit internationaler Anerkennung, Mitgliedstaat der UNO wie auch vieler spezialisierter Organisationen und Agenturen der UNO. Kroatien wurde auch als Mitglied der OSZE (der Organisation fuer Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa) und der EBWE (der Europaeischen Bank fuer Wiederaufbau und Entwicklung) aufgenommen. Die Aufnahme Kroatiens in den Europaeischen Rat ist wieder, fuer einige Monate vertagt. Mit der Aufnahme oder mit der Heranfuehrung an die EU geht es noch langsamer, langfristiger und komplizierter. Ausserdem ist die Lage Kroatiens in dieser Heranfuehrung an die EU gar keine Ausnahme im Vergleich zu anderen Laendern.

Die Entwicklung des neuen Rechtssystems Kroatiens, die mit der Verfassung vom 22. Dezember 1990 begonnen hat, geht vielleicht weder schnell noch langsam, wenn die heutige Bestandsaufnahme und die (Un)Gelegenheiten in (und rund) Kroatien in Betracht genommen werden. Doch der feste Entschluss, ein an der Weltwirtschaft orientiertes Wirtschafts- und Rechtssystem sowie ein an demokratischen, modernen und sozialen Rechtsstaat aufzubauen, wird auch an den Vorschriften und Loesungen der bis heute verkuendeten Gesetze bewiesen.<sup>1</sup> Man muss immer vor Augen haben, dass neue das Rechtssystem Kroatiens durch die verabschiedeten (hoffentlich, auch durch die in Zukunft zu verabschiedenden Gesetze), seinen westeuropaeischen Vorbilder streng folgen moechte.

## **2. Privatrechtsgeschichte Kroatiens**

Die privatrechtliche Geschichte Kroatiens ist ebenso wie die Staats-, Wirtschafts-, Kultur- und Kunstgeschichte an Oesterreich und Ungarn fest angelehnt. Das zeigt auch noch einmal dass Kroatien immer ein Teil Europas, genauer gesagt, Mitteleuropas war und ist.

Das bedeutet vor allem, dass die wichtigste Rechtsquelle des Zivilrechts (und mit bestimmten Unterberchungen) bis heute in Kroatiens das Allgemeine

---

<sup>1</sup>T. Kreuder-S. Philippi-Novak, Einleitung u knjizi Kroatisches Gesetz ueber Handelsgesellschaften, Institut fuer Suedosteuropa Frankfurt 1995 s. 15-17.

Buerglerliches Gesetzbuch (ABGB) von 01.06.1811 ist.<sup>2</sup> Dieses ABGB hatte genau 1502 Paragraphen. Es handelt das Recht in drei Teilen ab: Personenrecht, Sachenrecht (Vermögensrecht) und Gemeinschaftliche Bestimmungen. Diese Gliederung zeigt deutlich den Aufbau des von den Wolfshuelern in die Fachjurisprudenz eingefuehrten Allgemeines Teils, der letzthin auf die Dreiteilung der roemischen Institutionen (personae, res et actiones) zurueckgeht.<sup>3</sup>

Dem Vernunftrecht ist das Gesetzbuch, besonders durch seine Rechtsquellenlehre verpflichtet, naemlich durch doktrinaere Ausschliessung auch kuenftigen Gewohnheitsrechts und durch die ausdrueckliche Anweisung, Gesetzluecken zunaechst durch Analogie, sodann nach "den natuerlichen Grundsuetzen" zu schliessen.<sup>4</sup>

Es gab drei Teilnovellen des ABGB in dem Zeitraum von 1914 bis 1916, die aber nur in Dalmatien ihre Wirkung erreicht habben konnten, weil Dalmatien in dem oesterreichischen Teil der Donaomonarchie war. In Kroatien und Slawonien, die zum Koenigreich Ungarn gehoerten, war eine solche Wirkung und Anwendung der Novellen ganz ungesetzlich und unzulessig.

Wenn von Handelsrecht die Rede ist, muss man auch an die Besonderheiten von Kroatien und Slawonien einerseits, und Dalmatien andererseits denken.

In Kroatien und Slawonien, als Teil des Koenigreichs Ungarn und nach dem Kroatien-Ungarn Ausgleich von 1868 in einer noch spezifischeren Situation davon waren, nur die Gesetze die im gemeinsamen Parlament verkuendet worden, mit Anwendung rechnen konnten. So entstand im Jahre 1875 als gestlicher Artikel XXXV. ein Handelsgesetz, das in Kroatien unter dem Titel Handelsgesetz Kroatiens bekannt ist.<sup>5</sup>

In Dalmatien, als Teil des oesterreichischen Teil der Donaumonarchie war, war das Allgemeines Handelsgesetzbuch fuer das Kaisertum Oesterreich von 1862 in Anwendung. Dieses Gesetzes wurde durch zahlreiche Gesetze und Ordnungen geaendert, wie z.B. im Jahre 1875 als durch die gesetzlichen Vorschriften die betreffenden Art.66/88 ABGB die den Macklerstand regulieren, revidiert wurden. Seit Einfuehrung des Allgemeinen Handelsgesetzbuches waren auch die wichtigsten handelsrechtlichen Nebengesetze erschienen:

Gesetz ueber Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (1873); Boersengesetz (1875); Lagerhausgesetz (1889); Aktienregulativ (1899); Gesetz ueber die Gesellschaften mit beschraenkter Haftung (1906); Eisenbahnverkehrsordnung (1909); Handlungsgehilfengesetz (1910) usw.

Es ist eine Gelegenheit auch zu erwaehnen, dass Bosnien und Herzegowina, das nach dem Berliner Kongres 1878 von der Donaumonarchie okupiert wurde, im Jahre 1883 auch ein Handelsgesetz bekommen hat<sup>6</sup> Dieses Gesetz war

<sup>2</sup>M. Vuković, *Pravila građanskih zakonika*, Zagreb 1961. str.V i dalje.

<sup>3</sup>F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, neubearbeitete Auflage; Goettingen, Van den Hoeck & Ruprecht 1967 s. 38.

<sup>4</sup>F. Wieacker, *Ibid.* s. 39.

<sup>5</sup>M. Stražnicky, *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb 1920. str.11-12.

<sup>6</sup>D. Ledić, *Subjekti trgovačkog (privrednog) prava prema rješenjima trgovačkih zakona stare Jugoslavije i Bosne i Hercegovine*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci* V/1981. str. 77 i dalje.

praktisch eine Uebersetzung des deutschen ADHGB und Kroatiens Handelsgesetzes von 1875 mit bestimmten Abkuerzungen und Modernisierungen.

So war es bis Ende des 1. Weltkrieges, besser und genauer gesagt, bis Aufloesung der Donaumonarchie.

Zur Zeit der ersten, sogenannten alten Jugoslawien (1918-1941), waren die Lage des Zivil- und Handelsrechts ganz identisch wie frueher. Es gab keine neuen Gesetze und der Partikularismus und die Besonderheiten der Provinzen aus denen sich Jugoslawien zusammensetzt, noch weiter geblieben.<sup>7</sup>

Im neuen, jetzt ehe Jugoslawien, war die Lage ganz anderes. Verfassungswidrig war es, das oeffentliche bzw. Privatrecht in einer Rede, Schriftum oder Lehre zu erwaehnen. Jede Rechtsquelle aus dem Kapitalismus oder der Vergangenheit war unmoeglich. In Jugoslawien als eines der Nachfolgesstaaten der Donaumonarchie (zusammen mit Ungarn, Tschechoslowakai, Rumaenien, auch) konnte z.B. nach 1945 ABGB nicht mehr in Kraft bleiben bzw. in Anwendung sein.<sup>8</sup> Die Handelsgesetze Kroatiens sowie Bosnien und Herzegowina konnten nicht mehr auch mit Anwendung rechnen.

Dann entstand das sog. sozialistische Wirtschaftsrecht als Nachfolger des Handelsrechts!

Die Grundlage des allgemeinen Wirtschafts- und Politiklebens war der sog. Staats- und spaetens Gesellschaftseigentum mit dem (in der Nachkriegszeit, vor allem) fast zentralisierten Planung. Seit 1950 Jahre begann ein Selbstverwaltungsprozess, der keine er folgreichen und langfristigen Ergebnisse finden konnte.<sup>9</sup> Die Rechtsquelle des Zivilrechts waren viele einzelne Gesetze, die, vor allem, fuer das Privateigentum keine gute Absichten und Vorschriften gehabt haben. Es ist auch wichtig zu erwaehnen, dass doch das ABGB, genauer gesagt, aber nur seine seltene Bestimmungen, die nicht den oeffentlichen Interessen (public policy, ordre public) gegenueber sind, als Rechtsregel mit Anwendung rechnen konnten.

Im Jahre 1978 wurde als Bundesgesetz Jugoslawiens ein Gesetz ueber die Schuldverhaeltnisse - Obligationengesetz in Kraft setzt. (am 01.10.1978) Dieses Gesetz war gleichzeitig fuer zivilrechtliche wie auch wirtschaftsrechtliche Verhaeltnisse anwendbar, so dass man nur ueber die Vereinheitlichung des Rechtssystems Jugoslawiens sprechen konnte.

Durch die Verfassungsaenderungen sollten auch bestimmte Voraussetzungen fuer wichtige Wirtschafts- Reforms Gesetze geschaffen werden, die marktorientierten Prinzipien beruhen sollten. Das bedeutet, dass eine Rueckkehr zu den wohlbekannten auf dem Markt beruhenden Organisationsformen, ueber welche die zeitgenoessische Wirtschaft reiche Erfahrungen gesammelt hat, notwendig war. So entsanden, als Grundreformgesetze, Unternehmensgesetz - UG (SL SFRJ 77/88, 47/89, 46/90 und 61/90), wie auch Gesetz ueber auslaendischen Anlagen (SL SFRJ 77/88.).

So sind, nach vierzigjaehriger Abwesenheit OHG, KG, KG auf Aktien, AG und GmbH als Handelssubjekten wieder nach Kroatien (in Rahmen ehe Jugoslawien, natuerlich) zurueckgekommen!<sup>10</sup>

<sup>7</sup>A. Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb 1991. str. 147.

<sup>8</sup>H. Coing, *Europaeisches Privatrecht*, Band II, C. H. Beck Muenchen 1989. s. 189.

<sup>9</sup>J. Barbić, *Trgovačka društva*, drugo izdanje, Zagreb 1992. str. 22.

<sup>10</sup>J. Barbić, *Ibid.* str. 22-29.

Die Zusammenstellung dieser institutionellen Loesungen und Verabschiedungen entsprechenden Gesetze sollten nur den ersten, wenngleich wichtigsten Schritt in der Richtung der Wandlung der bestehenden Struktur der Art und Weise der Funktionierens des Wirtschafts- und Rechtssystems darstellen.<sup>11</sup>

Die Aufloesung des ehemaligen Jugoslawien war schneller als die oben erwachten Erwartungen.

### 3. Bestandsaufnahme

Was fuer eine Lage herrscht, was fuer eine Bestandsaufnahme ins Zivil- und Handelsrecht Kroatiens heute ist?

Man kann ganz sicher schliessen, dass das heutige Rechtssystem Kroatiens aus drei Quellen entstanden ist:

1. Die Vorschriften, die vom Parlament der Sozialistischen Republik Kroatiens (vor dem 30. Mai 1990, wann nach den ersten freien demokratischen Wahlen das Kroatische Sabor konstituiert wurde), verkuendet wurden;
2. Die Vorschriften, die vom Parlament der Republik Kroatiens (Hrvatski Sabor) nach dem 30. Mai 1990 verkuendet wurden, und
3. Die wichtigsten jugoslawischen Gesetze, die in Form Uebernahmegesetzen in eigenes Kroatisches Recht transformiert wurden.

Oesterreichisches ABGB stellt auch eine wichtige Quelle des Privatrechts Kroatiens dar. Jetzt aber nicht mehr aufgrund eines jugoslawischen Gesetzes das alle Zivilgesetze (so auch das ABGB) aus der Zeit vor dem 2. Weltkrieg, mit bestimmten Ausnahmen, fuer ungueltig erklart hat,<sup>12</sup> sondern durch die Vorschriften des Gesetzes ueber die Uebernahme des Obligationengesetzes (NN 53/91) und des Gesetzes ueber die Aenderungen des Obligationengesetzes (NN 3/94).

Das bedeutet, u.a., dass die Erwerbsgesellschaft (ORTAKLUK) als Rechtsinstitut in der Praxis wieder rechtlich und gestattet ist.

Die Verfassung Kroatiens schreibt als Grundsaeetze die gleiche Rechtsstellung auf dem Markt, und alle wirtschaftlichen kulturelen und andere Rechte auf die in anderen demokratischen Staaten ueblichen Weise, vor. D.h. die Aufhebung der Monopolstellung des gesellschaftlichen Eigentums in der Wirtschaft, wie ueberall anders.

Eine der Folgen der beschreibenden Verfassungsbestimmungen ueber die Unabhacngigkeit und die Verwerfung des sozialistischen (kommunistischen) Systems der Republik Kroatien ist das Ende der einheitlichen Staatsgewalt. Sie

---

<sup>11</sup>D. Ledić, Die Gruendung von Tochtergesellschaften in Kroatien, u knjizi Die Gruendung einer Tochtergesellschaft im Ausland (Marcus Lutter, Hrsg.), Dritte, neubearbeitete und entweitere Auflage, Walter de Gruyter Berlin-New York 1995 s. 436.

<sup>12</sup>Radilo se o Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije (SL FNRJ 86/46-pročišćeni tekst), gdje se, izričito u čl. 2, za sve pravne propise koji su bili na snazi na dan 6. travnja 1941. godine navodi "... izgubili su pravnu moć".



ist jetzt in Kroatien auf dem Grundsatz der Gewaltteilung (Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Gerichtsbarkeit) aufgebaut. (So z.B. Art.4 der Verfassung Kroatiens).

Das bedeutet auch, dass das Rechtssystem Kroatiens als Rechtsgebiete das Privatrecht und das öffentliche Recht zu unterscheiden ermöglicht. Im ehemalsigen sog. sozialistischen System Jugoslawiens war eine solche Einteilung bzw. Unterschied nicht erlaubt.

Andererseits, koennen die noch immer anwesenden, oder besser und richtiger gesagt, angewandten Gesetze aus dem ehemaligen Rechtssystem Jugoslawiens, sowie auch aus der Zeit der Sozialistischen Republik Kroatiens nicht so lange bleiben! Allerdings werden aus den uebernommenen Gesetzen viele Begriffe, die nach einen erkennbaren Bezug zu den vergangenen Staats-, Gesellschafts- und Werteordnung aufweisen, entfernt. Unterdessem koennen oder koennen solche Gesetze nicht mehr Teil des Rechtssystems Kroatiens bleiben. Das zeigt vor allem das Schicksal des Unternehmensgesetzes wie auch des Gesetzes ueber auslaendischen Anlagen. Ihre Gesetzgeber und derzeitigen Verfasser haben als Zentralpunkt, Zentralname das Unternehmen genannt das eine juristische Person sein sollte. Die wichtigste Neuerung des UG war, dass ein Unternehmen nicht mehr in der Form der "Grundorganisation der vereinten Arbeit" gegruendet worden sollte, wie fruher nach dem Gesetz ueber die vereinte Arbeit aus dem Jahre 1976 streng vorgeschrieben war. Die Unternehmensarten wurden gemaess Art.2 UG unterschieden als sog.gesellschaftliche, genossenschaftliche, gemischte und private Unternehmen.<sup>13</sup> Als Handelsgesellschaften war es moeglich diese Typen zu unterscheiden: Die offene Handelsgesellschaft (OHG), Kommanditgesellschaft (KG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), die Aktiengesellschaft (AG) wie auch die Gesellschaft mit beschraenkter Haftung (GmbH).

Keine erweiternde Ergebnisse die Anwendung dieser beiden Gesetze gehabt haben. Oder, nur kleine, miserabel.Ihr Dauern konnte das Gesetz ueber die Umwandlung der gesellschaftlichen Unternehmen auch nicht zu verbessern. Natuerlich sollten den Vorschriften dieses Gesetzes gemaess, alle gesellschaftlichen und gemischten Unternehmen in Aktiengesellschaften oder in Gesellschaften mit beschraenkter Haftung werden. Die Vermoegen von bestimmten Unternehmen sind nach der Novelle zum Gesetz ueber die Umwandlung der gesellschaftlichen Unternehmen Staatseigentum geworden.

Eine solche Situation konnte darum nicht lange dauern.Der Ausgangspunkt, man kann es auch als eine einheitliche und herrschende Meinung definieren, war: Das kroatische Recht, das H Zivil- und Handelsrecht vor allem muss in Rueckkehr zum europaeischen Recht, wie es schon lange war, wie es schon heute st, entwickeln werden. Das kroatische Volk brachte naemlich seine tausendjaehrige Eigenstaendigkeit, seine staatliche und echtliche Existenz in verschiedenen Formen in den selbststaendigen mittelalterischen Staat ein.Im Rahmen Oesterreich-Ungarns (Donaumonarchie) spielte es eine besondere und wichtige Rolle Kroatisch-ungarisches Ausgleich im Jahre 1868. Das bedeutet praktisch, dass die Republik Kroatiens die sog. Europaeisierung ihres Rechtssystems nicht nur als eine Annaeherung an Europa realisieren werden soll,

---

<sup>13</sup>J. Barbić, Zakon o trgovačkim društvima, Organizator Zagreb 1993. str. 21.

sondern auch gleichzeitig als die Rueckkehr zu den urspruenglichen Institutionen und Rechtswerten Kroatiens.<sup>14</sup>

Jetzt gibt es schon viele Gesetze, die von dem Parlament (Kroatischer Sabor) verabschiedet wurden. Gestatten Sie mir bitte, einige die im Rahmen heutiges Themas wichtig sind, zu erwaeichnen:

- Gesetz ueber die Konzessionen (Konzessionengesetz),
- Gesetz ueber den Kroatischen Privatisierungsfond,
- Umwandlungsgesetz (mit mehreren Aenderungen),
- Gewerbegesetz (Handwerksordnung),
- Gesetz ueber Buchhaltungs- und Bilanzwesen,
- Gesetz ueber die Schaffung eines Devisensystems, die Devisengeschaeftsfuehrung und den Goldumsatz,
- Einkommenssteuergesetz,
- Gewinnsteuergesetz,
- Seegesetzbuch,
- Strassenverkehrsgesetz,
- Eisenbahnverkehrsgesetz,
- Verlagsgesetz,
- Gesetz ueber den Verkauf von Haeusern (und Wohnungen auf die ein Wohnrecht besteht),
- Wechselgesetz,
- Scheckgesetz,
- Arbeitsgesetz, usw.usw.

Das Handelsgesellschaftsgesetz Kroatiens (HGG) ist natuerlich auf diesem Gebiete die wichtigste und grosste Errungenschaft des Gesetzgebers. Das HGG wurde im Dezember 1993 erlassen (NN- Amtsblatt der Republik Kroatiens, Nr.111/93) und ist am 31.12.1993 in Kraft getreten. Vom 01. Januar 1995 wurde angewandt.

Das ist in jedem Fall kein gewoehnliches, alltaegliches Gesetz. Es schliesst die durch den gesellschaftlichen und politischen Wandel in der Republik Kroatien bedingten Luecken im Handels- und Gesellschaftsrecht und ist zugleich ein Grundstein fuer die kuenftige Entwicklungen des allgemeinen Wirtschaftsrechts. Insoweit weicht das HGG von den deutschen und oesterreichischen Mustern ab. Das Gesetz umfasst alle Gesellschaftsformen vom Einzelkaufmann bis zur Europaeischen Interessenvereinigung. Die eizige Ausnahme bildet die Gesellschaft buerglerlichen Rechts (Ortakluk!), die Erwerbsgesellschaft, die durch die Vorschriften des Obligationengesetzes geregelt ist.

Die Handelsgesellschaften waren im UG ganz allgemein und sehr oberflaechlich in 60 Artikel geregelt. Das HGG umfasst fast 647 Artikel, die vor allem zur Regelung der Handelsgesellschaften dienen sollen. Offensichtlich ist das eine ausfuehrliche Rechts- Gesetzquelle, die fast einem Gesetzbuch aehnlich (dasselbe) ist.<sup>15</sup>

Im Rahmen der begrenzten, erlaubtenen Zeit, moechte ich Ihre

<sup>14</sup>T. Kreuder-S. Philippi-Novak, Ibid. s. 16-17.

<sup>15</sup>D. Ledić, Neka razmišljanja o trgovačkim društvima i obrtu u svjetlu ponuđenih zakonskih rješenja, Privreda i pravo 5-6/1993 str. 405-406.

Aufmerksamkeit auf diese Charakteristiken des HGG lenken:<sup>16</sup>

Alle Handelsgesellschaften, auch die OHG und KG, sind juristische Personen vom Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister. Das bedeutet dass das HGG Kroatiens im Unterschied zum Vorbild (deutsches und oesterreichisches Recht) aus Gruenden der kroatischen Rechtstradition auch fuer die Personengesellschaften eine eigene Rechtspersoenlichkeit vorgeschrieben hat.

Der dispositiv Charakter der Vorschriften ermoeoglicht weiter eine den konkreten rechtlichen und wirtschaftlichen Erfordernissen entsprechenden Auswahl der Rechtsformen und gewaehrleistet die Regelungsautonomie der Rechtsverhaeltnisse in einer konkreten Gesellschaft.

Dem HGG nach koennen also folgende Typen der Handelsgesellschaften existieren: OHG und KG als Personengesellschaften, und AG und GmbH als Kapitalgesellschaften, einschliesslich den Einzelkaufmann und die Stille Gesellschaft.

Das Grundkapital und die Aktien in der AG sowie auch das Stammkapital und Stammeinlagen in der GmbH muessen auf einen Nennbetrag in der Waehrung der Republik Kroatien lauten. (Art.161 und Art.389 Abs.2 HGG). Die heutige Waehrung Kroatiens heisst "KUNA" (der Marder) und schon in der Geschichte war es kroatische Waehrung, nicht nur im sog. "NDH" (Unabhaengigen Staat Kroatien, der von 1941 bis 1945 dauerte), wie manche nicht wohlgesinnte Einzelne betonen.

Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals ist der in der Kuna ausgedruckte Gegenwert von 30.000 DM und zwar nach dem von Devisenboerse bzw. von der Kroatischen Nationalbank festgestellten und veroeffentlichten Mittelkurs fuer diese Waehrung am Tage der Einreichung der Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaftsgruendung bzw. am Tage der Einreichung der Anmeldung zur Eintragung einer Veraenderung des Grundkapitals der Gesellschaft in das Handelsregister, wobei dieser Betrag eine ganze Zahl sein muss, die Multiplikator der Zahl 100 ist.

Der Mindestbetrag der Aktien darf nicht geringer ab 10 DM sein, natuerlich ausgedrueckt im Gegenwert der KUNA, wobei dieser Betrag auch eine ganze Zahl sein muss, die Multiplikator der 100 ist.

Der Mindestbetrag des Stammkapitals in der GmbH ist der in der KUNA ausgedruckte Gegenwert von 5.000 DM. Der Betrag des Stammkapitals muss in einer ganzen Zahl sein, die ein Multiplikator der Zahl 100 ist.

Stammeinlagen koennen, ausser im Geld, in Einlagen von Sachen und Rechten geleistet werden. Sonst darf eine Stammeinlage den in der KUNA ausgedruckten Gegenwert von 200 DM nicht unterschreiten und muss durch eine Zahl ausgedrueckt sein, die ein Multiplikator der Zahl 100 ist. Gesamtbetrag der Stammeinlagen muss mit dem Stammkapital der Gesellschaft uebereinstimmen.

Einlagen von Sachen und Rechten sind vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister vollstaendig zu leisten.

---

<sup>16</sup>Um eine ausfuehrliche Darstellung waere es sehr guenstig das Buch Professors Lutter (Hrsg.) "Die Gruendung einer Tochtergesellschaft im Ausland", Dritte, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Walter de Gruyter Berlin-New York 1995 konsultieren. Dort ist mein Bericht mit dem Titel "Die Gruendung von Tochtergesellschaften in Kroatien" (s.433-458.)

Kurz gesagt enthaelt das HGG mit seinen 647 Artikeln sechs Teile und das sind:

- Erster Teil (Art.1-67) Gemeinsame Bestimmungen - Allgemeine Bestimmungen, Firma, Geschaeftsgegenstand und Sitz, Vertretung und Handelsregister,
- Zweiter Teil (Art.68-582) Gesellschaften - OHG, KG, Stille Gesellschaft, AG, GmbH, Verbundene Gesellschaften, Verschmelzung durch Aufnahme und durch Neubildung, Vermoegensuebertragung und Umwandlung,
- Dritter Teil (Art.583-610) Wirtschaftliche Interessenvereinigung,
- Vierter Teil (Art.611-620) Auslaendische Handelsgesellschaften und auslaendische Investitionen,
- Fuenfter Teil (Art.621-633) Strafsbestimmungen, und
- Sechster Teil (Art.634-647) Uebergangs- und Schlussbestimmungen.

Ich glaube es ist notwendig zu erwaechnen dass die Durchfuehrung des HGG eine ganze Reihe gesetzlicher Vorschriften erfordert, die fuer diese Rolle geeignet sein sollen. Dazu zaehlt vor allem das Notariatgesetz, das nach dem vierzigjaehrigen "Exil" das Notariatamt wieder in Kroatien ermoeeglicht, wie auch das neue Gesetz ueber die Eintragung ins Handelsregister (Gerichtsregistergesetz), Gesetz ueber die Steuer auf dem Umsatz von Waren und Dienstleistungen, usw.usw.

#### *4. Blick in die Zukunft - der integraler Teil des Europarechts*

Quo vadis das Zivil- und Handelsrecht, eigentlich das Privatrecht Kroatiens?

Das Schicksal des Rechtssystems Kroatiens war in die Geschichte und ist auch heute streng auf das Europarecht anwiesen und angelehnt. Es ist ausser Zweifel, dass in Zukunft das Recht Kroatiens, und das bedeutet auch das Zivil- und Handelsrecht, ein ganz integraler Teil des Europarechts sein muss. Der gegenwaertige Transformationsprozess, die Harmonisierung des Rechts Kroatiens an das Recht der EU bestaetigen eine solche Behauptung in den Prozessen und der Harmonisierung spielen viele deutschen Professoren, Fachleute und Institutionen eine ziemlich wichtige Rolle. Dem Ziel Kroatiens, sein Rechtssystem moeglichst zu europaeisieren, sollen auch alle vorher erwaehtene Handlungen dienen. Eine Annaehrung an Europa des Rechts Kroatiens die gleichzeitig die Rueckkehr zu den urspruenglichen kroatischen Rechtswerten und Institutionen auch bededeutet, bleibt als *conditio sine qua non* der freien Marktwirtschaft, des Rechtsstaats, der Menschenrechten und ueberhaupt alles was das die Republik Kroatiens wieder und unwiederbringlich zu den anderen europaeischen Staaten zurueckkommen werden sollen.<sup>17</sup>

Vorschriften wirken so, wie sie angewandt werden. Erst in der Anwendung kann man abschaezten, ob der Staat der Geschaeftsleistung ein Rechtssystem schafft, das eine Handelsgesellschaft beguenstigt. Ein gutes Rechtssystem

---

<sup>17</sup>D. Ledić, Povezana društva-začetak hrvatskog prava koncerna, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Volumen 16, broj 1/1995 str. 50-51.

erfordert, dass auch die institutionellen Voraussetzungen fuer die Vorschriftenanwendung erfuehlt werden. Das bedeutet eine verlaessliche und ungestoerte Taetigkeit einer unabhängigen Rechtspflege, die auf den Prinzipien der Legitimitaet, rechtlichen Sicherheit und Gerechtigkeit beruht.

Die Fachleute aus Deutschland und Oesterreich, die schon in diesem Zeitraum eine sehr wichtige Rolle gespielt haben, wie beispielweise jene aus dem Institut fuer Suedosteuropa aus Frankfurt/M mit Frau Doris Pack, die Vorsitzende des Instituts an der Spitze, koennen so oft die Abkuerzung "NKR-Projekt" bzw. Neugestaltung des Kroatischen Rechssystems benutzen. Dabei moechten sie nie vergessen zu betonen, dass HGG und andere neue Gesetze Kroatiens rechtliche Rahmenbedingungen fuer auslaendische Investitionen und den Geschaeftsverkehr geschaffen worden, die westlichen Standards entsprechen.<sup>18</sup>

Das muss sicher noch lange dauern. Eines Tages wird die Anpassung des Rechts Kroatiens an das Recht der EU und noch mehr der Beitritt zur Europaeischen Union der Republik Kroatien, eine geschichtliche einmalige Gelegenheit bieten. Die Gelegenheit an der Gestaltung der kuenftigen, in jedem Fall fuer Kroatien massgeblichen, verbreiterten europaeischen Wirtschafts- und allgemeinrechtlichen Stabilitaetszone aktiv mitzuwirken und sie den kroatischen Beduerfnissen besser zu betonen. Ein kleines Land wie Kroatien wird durch solchen Beitritt "fuer ein bisschen Autonomieverzicht einer Menge Einfluss."

## 5. Schlussbemerkungen

Der Schwerpunkt meines Vortrags war Ihnen moeglicherweise das Zivil- und Handelsrecht Kroatiens zu naehern und erklären.

Die Rechtsfragen der Anpassung und der Angleichung des kroatischen Rechtssystems und vor allem des Zivil- und Handelsrechts an das Recht der EU stellen die grosse Bedeutung und ueberhaupt staatsrechtliche Implykationen dar. Die rechtzeitige und zwischen verschiedenen Optionen beste Beschluesse und Auslesen bleiben unter allem eine wichtige Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Forschung.

Kroatiens Rechtssystem hat vier Freizuegigkeiten durch alle Rechtsgebiete wie auch durch Zivil- und Handelsrecht garantieren und erreichen:

1. Die Freizuegigkeit der Arbeitskraefte,
2. Die Freizuegigkeit der Niederlassung,
3. Die Freizuegigkeit der Dienstleistungen, auch als "Persoenlichen Freiheiten" genannt, und
4. Die Freizuegigkeit des Kapitalverkehrs.

Als, nicht aber wenn, Republik Kroatien eines Tages etwas solches, besser gesagt, alles das schaffen wird, moechten wir ueber eines ganz westlichen, europaeischen und marktorientierten Zivil- und Handelsrecht mit der Zufriedenheit zu reden.

Diese Zeit und kommende Jahre man kann es ganz wirklich und ohne Pathetik bzw. die Uebertreibungen zu sagen, der grossen geschichtlichen

<sup>18</sup>T. Kreuder - S. Philippi-Novak, Ibid. s. 18-19.

Herausforderung an die Republik Kroatiens um die Neugestaltung und die Entwicklung ihres Rechtssystems bedeutet. Wer auf diesen Gebieten, Europa und noch mehr weltweit erfolgreich sein will, braucht mehr als ein grosses Gesetz (wie GGG ist!) oder nur noch einige.

## Summary

### **CROATIAN PRIVATE AND COMMERCIAL LAW - History, Current Status and Prospects of Development -**

When the genesis and development of the new Croatian legal system is concerned, a need is often emphasized that the Republic of Croatia approach, or at least join, the European law. In this paper, the author wishes to inform the readers of the fact that the Croatian law does historically belong to the European law, especially as concerns private and commercial law which have, through the Common Civil Code and the Croatian Commercial Code of 1875, as well as the Common German Commercial Code (which applied in Dalmatia), formed and still do form part of that legal system.

The author puts special emphasis on the fact that, during the so-called Yugoslav common state, the Croatian legal system has gained practically nothing in the field of private and commercial law, and provides a graphic overview of drafting new laws whereby the Croatian legal system is being daily harmonized with the European law and the so-called Continental laws, mainly Austrian and German. In doing so, the author refers particularly to the solutions contained in the Companies Act, but also to the new regulations on notaries public, the amendmends concerning the court companies and taxes registers, as well as other laws which make part of the new Croatian legal system.

*Key words: part of the European law, genuine institutions, optional character of laws and regulations, four freedoms of movement of the Croatian legal system.*

## Zusammenfassung

### **DAS KROATISCHE ZIVIL- UND HANDELSRECHT**

#### **- Geschichte, Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven -**

Die Geschichte des Zivil- und Handelsrechts Kroatiens ist, ebenso wie die Staats- und Wirtschaftsgeschichte an Europa, vor allem an Oesterreich und Ungarn angelehnt. Das bedeutet dass die wichtigste Rechtsquelle wie z.B. ABGB von 1811 und Kroatiens Handelsgesetz von 1875 (als gesetzlicher Artikel XXXV auch bekannt!) im Rahmen der Donaumonarchie entstanden und anwendbar geworden sind.

In ehemaligen sog. sozialistischen Jugoslawien war es ganz verfassungswidrig das oeffentliche bzw. Privatrecht in einer Rede, Schriftum oder Lehre zu erwahnen. Da war keines Handelsrecht, sondern nur das sog. Wirtschaftsrecht, als seiner Nachfolger.

Die Verfassung Kroatiens von 22. Dezember 1990 ermoeoglicht eine ganz neue Situation und Rechtsentwicklung. Neue Gesetze und das neues Rechtssystem gestatten wieder das Rechtsgebiete Privatrecht und das oeffentliche Recht zu unterscheiden. Das Handelsgesellschaftsgesetz von 1993 (HGG) hat eine der wichtigsten und groessten Errungenschaften des Gesetzgebers auf diesem Gebiete. Mann muss es auch an das Obligationengesetz rechnen, das in Form von Uebernahme Gesetze in eigenes Kroatisches Recht transformiert wurde.

Die Rechtsfragen der Anpassung und der Angleichung des kroatischen Rechtssystems und vor allem des Zivil- und Handelsrechts an das Recht der EU, sowie Europa auch, stellen die grosse Beduetung und ueberhaupt staatsrechtliche Implykationen dar. Der Verfasser betont dass dieses Prozess vielleicht weder schnell noch langsam in dieser Richtung ganz sicher und erfolgreich geht.

*Stichworte: teil des Europarechts, Ursprüngliche Institutionen, der dispositiven Charakter der Vorschriften, vier Freizugigkeiten des Rechtssystems Kroatiens.*

## **II. Bibliografija (Bibliography, Bibliographie)**





**NOVE KNJIGE I ČASOPISI U KNJIŽNICI PRAVNOG FAKULTETA,  
POKLON "THE SCHOOL OF LAW OF THE CASE WESTERN  
RESERVE UNIVERSITY" CLEVELAND, OHIO, U.S.A.**

Dario ĐERĐA, student IV. god.,  
Budislav VUKAS, student IV. god.  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 013(34)  
UR: 1. travnja 1996.

Knjižnica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci bogatija je za oko stotinu i dvadeset knjiga, uglavnom udžbenika, po kojima uče studenti Pravnog fakulteta na "The Case Western Reserve University", Cleveland, Ohio, U.S.A. Također je pristiglo osamdesetak brojeva raznih periodičkih publikacija.

Pristigla donacija nastavak je uspješne suradnje dvaju fakulteta, koja traje već nekoliko godina, a nadamo se da će takva biti i u budućnosti.

Donatorima se možemo najsrdačnije zahvaliti, naročito prof. Edwardu Mearnsu te tajnici Adrii Sanković, a nastavnicima, studentima i ostalim korisnicima knjižnice preporučiti korištenje publikacija:

**KNJIGE:**

Allen R. J., Kuhns R. B., Stuntz W. J., CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURE (teacher's manual), 3.ed., Boston, New York, Toronto, London, 1995.

Alstyn Van W. W., FIRST AMENDMENT (cases and materials), New York, 1991.

Bernhardt R., REAL PROPERTY, 3.ed., St. Paul, 1991.

Bernhardt R., REAL PROPERTY IN A NUTSHELL, 3.ed., St. Paul, 1993.

Barret E. L. Jr., Cohen W.; Varat J. D., CONSTITUTIONAL LAW (cases and materials), 8.ed., New York, 1989.

Barrett E. L. Jr., Cohen W., Varat J. D., CONSTITUTIONAL LAW (cases and materials), 8.ed., New York, 1992.

Bate W., Frank P., HANDBOOK FOR THE STUDY OF THE UNITED STATES, Washington, 1989.

Bertolet M. M., Goldsmith L. S., HOSPITAL LIABILITY LAW AND TACTICS, 4.ed., New York, 1980.

Blinder M., PSYCHIATRY IN THE EVERYDAY PRACTICE OF LAW, New York, 1973.

Bogert, Oaks, Hansen, Hill, CASES AND TEXT ON THE LAW OF TRUSTS, 6.ed., University Casebook Series, June, 1991.

Browder O. L. Jr., Waggoner L. W., FAMILY PROPERTY TRANSACTIONS FUTURE INTERESTS, 3.ed., New York, 1980.

Cass R. A., Diver C. S., ADMINISTRATIVE LAW (cases and materials), Boston, Toronto, 1987.

Cass R. A., Diver C. S., ADMINISTRATIVE LAW (cases and materials), Boston, Toronto, London 1990.

Christie G. C., JURISPRUDENCE (text and readings on the philosophy of law), St. Paul, 1973.

Cohen J., MATERIALS AND PROBLEMS ON LEGISLATION, 2.ed., Indianapolis, Kansas City, New York, 1967.

Cohen W., Varat J. D., CONSTITUTIONAL LAW (cases and materials), 9.ed., New York, 1993.

Countryman V., Finman T., THE LAWYER IN MODERN SOCIETY, Boston, Toronto, 1966.

Crump D., Gressman E., Reiss S. A., CASES AND MATERIALS ON CONSTITUTIONAL LAW, 1989.

DeMott D. A., FIDUCIARY OBLIGATION, AGENCY AND PARTNERSHIP (duties in ongoing business relationships), St. Paul, 1991.

Dobbs, D. B., TORTS AND COMPENSATION, 2.ed., St. Paul, 1993.

Dobbs D. B., TORTS AND COMPENSATION (teacher's manual), 2.ed., St. Paul, 1993.

Donahue Ch. Jr., Kauper Th. E., Martin P. W., CASES AND MATERIALS ON PROPERTY (an introduction on the concept and the institution), St. Paul, 1983. (2 kom.)

Donahue Ch. Jr., Kauper Th. E., Martin P. W., PROPERTY - an introduction to the concept and the institution (cases and materials) (teacher's manual), 2.ed., St. Paul, 1983.

Dukeminier J., Krier J. E., PROPERTY, Boston, Toronto, 1981.

Dukeminier J., Krier J. E., PROPERTY (teacher's manual), Boston, Toronto, 1981.

Dukeminier J., Krier J. E., PROPERTY, 2.ed., Boston, Toronto, 1981., (2 kom.)

Dukeminier J., Krier J. E., PROPERTY (teacher's manual), 2.ed., Boston, Toronto, 1988.

Dukeminier J., Krier J. E., PROPERTY, Boston, Toronto, 1985.

Emerson Th. I., Haber D., Dorsen N., POLITICAL AND CIVIL RIGHTS IN THE UNITED STATES, Vol.1., Boston, Toronto, 1967.

Emerson Th. I., Haber D., Dorsen N., POLITICAL AND CIVIL RIGHTS IN THE UNITED STATES, Vol.2., Boston, Toronto, 1967.

Engdahl D. E., CONSTITUTIONAL POWER: FEDERAL AND STATE IN A NUTSHELL, St. Paul, 1974.

- Epstein R. A., *CASES AND MATERIALS ON TORTS*, 5.ed., Boston, Toronto, London, 1990.
- Espinosa J. M., *CULTURAL RELATIONS PROGRAMS OF THE U.S. DEPARTMENT OF STATE*, Washington, 1976.
- Farnsworth E. A., *CONTRACTS*, 2.ed., Boston, Toronto, London, 1990. (2 kom.)
- Farnsworth E. A., Young W. F., *SELECTIONS FOR CONTRACTS* (statutes, restatement second, forms), New York, 1992.
- Field R. H., Kaplan B., *MATERIALS FOR A BASIC COURSE IN CIVIL PROCEDURE*, Brooklyn, 1953.
- Folsom R. H., Gordon M. W., Spanogle J. A. Jr., *INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS* (problem-oriented course book), St. Paul, 1986.
- Fox W. F. Jr., *UNDERSTANDING ADMINISTRATIVE LAW*, 1986.
- Franklin M. A., *THE DYNAMICS OF AMERICAN LAW* (courts, the legal process and freedom of expression), New York, 1968.
- Franklin M. A., Anderson D. A., *CASES AND MATERIALS ON MASS MEDIA LAW*, 4.ed., New York, 1990.
- Franklin M. C., Rabin R. L., *TORT LAW AND ALTERNATIVES* (cases and materials) (teacher's manual), 5.ed., Westbury, New York, 1992.
- Freund P. A. i dr., *CONSTITUTIONAL LAW* (cases and other problems), 2.ed., Vol.1., Boston, Toronto, 1961.
- Freund P. A. i dr., *CONSTITUTIONAL LAW* (cases and other problems), 2.ed., Vol.2., Boston, Toronto, 1961.
- Freund P. A. i dr., *CONSTITUTIONAL LAW* (cases and other problems), 2.ed., Boston, Toronto, 1966.
- Freund P. A., Sutherland A. E., DeWolfe Howe M., Brown E. J., *CONSTITUTIONAL LAW* (cases and other problems), 4.ed., Boston, Toronto, 1977.
- Friedman L. M., Macaulay S., *LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES*, 2.ed., Indianapolis, New York, 1977.
- Frolik L. A., Kaplan R. L., *ELDER LAW* (in a nutshell), St. Paul, 1995.
- Gaubatz J. T., Bloom I. M., Solomon L. D., *ESTATES AND TRUSTS: CASES, PROBLEMS AND MATERIALS*, 1989.
- Gellhorn E., *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS IN A NUTSHELL*, St. Paul, 1972.
- Gellhorn E., Boyer B. B., *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS*, 2.ed., St. Paul, 1981.
- Gellhorn W. i dr., *ADMINISTRATIVE LAW* (cases and comments), 8.ed., New York, 1987.
- Gellhorn W. i dr., *ADMINISTRATIVE LAW* (cases and comments), 8.ed., New York, 1993.

- Glannon J. W., CIVIL PROCEDURE (examples and explanations), Boston, Toronto, 1987.
- Goldstein J., Katz J., THE FAMILY AND THE LAW (problems for decision in the family law process), New York, 1965.
- Goldstein P., REAL ESTATE TRANSACTIONS (cases and materials on land transfer, development and finance), 2.ed., New York, 1985.
- Gunther G., CONSTITUTIONAL LAW, 9.ed., New York, 1975.
- Gunther G., CONSTITUTIONAL LAW, 10.ed., New York, 1980.
- Gunther G., CONSTITUTIONAL LAW, 11.ed., New York, 1985.
- Haar Ch. M., Liebman L., PROPERTY AND LAW, Boston, Toronto, 1977.
- Haar Ch. M., Leibman L., PROPERTY AND LAW, Boston, Toronto, 1985.
- Haar Ch. M., Liebman L., PROPERTY AND LAW (1982 supplements), Boston, Toronto, 1982.
- Haar Ch. M., Liebman L., PROPERTY AND LAW (1982 supplements) (teacher's manual), Boston, Toronto, 1978.
- Hall J., READINGS IN JURISPRUDENCE, 1938.
- Harper F. V., PROBLEMS OF THE FAMILY, Indianapolis, 1952.
- Hart H. M., Wechsler H., THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM, Brooklyn, 1953.
- Hoimson L., Oppenheimer M., Wilcove D., THE WAY THINGS REALLY ARE: DEBUNKING RUSH LIMBOUGHT ON THE ENVIRONMENT, 1995.
- Ickingrill S., Mills S., VICTORIANISM IN THE UNITED STATES (its era and its legacy), Amsterdam, 1992.
- Janda K., Berry J. M., Godman J., THE CHALLENGE OF DEMOKRACY, 2.ed., Boston, Toronto, 1994
- Jordan R. L., Warren W. D., BANKRUPTCY, 3.ed., New York, 1993.
- Jordan R. L., Warren W. D., BANKRUPTCY (commentary), 3.ed., New York, 1993.
- Jordan R. L., Warren W. D., BANKRUPTCY (commentary on the 1994 supplement), 3.ed., New York, 1993.
- Jordan R. L., Warren W. D., BANKRUPTCY (1994 supplement), 3.ed., New York, 1993.
- Kadish S. H., Schulhofer S. J., CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES (teacher's manual), 6.ed., Boston, Toronto, London, 1995.
- Kauper P. G., Beytagh F. X., CONSTITUTIONAL LAW (cases and materials), 5.ed., Boston, Toronto, 1980.
- Kimball S. L., HISTORICAL INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEM, St. Paul, 1966.
- Kramer Ch., MEDICAL MALPRACTICE, New York, 1976.

- Kurtz Sh. F., Hovenkamp H., CASES AND MATERIALS ON AMERICAN PROPERTY LAW, St. Paul, 1987.
- Kurtz Sh. F., Hovenkamp H., CASES AND MATERIALS ON AMERICAN PROPERTY LAW (teacher's manual), St. Paul, 1987.
- Kurtz Sh. F., Hovenkamp H., CASES AND MATERIALS ON AMERICAN PROPERTY LAW (teacher's manual), St. Paul, 1991.
- Laurence R., Minzner P. B., A STUDENT'S GUIDE TO ESTATES IN LAND AND FUTURE INTERESTS: TEXT, EXAMPLES, PROBLEMS & ANSWERS, 1981.
- Lefcoe G., LAND FINANCE LAW (materials and cases)
- Levien R. E., THE EMERGING TECHNOLOGY, New York, 1972.
- Little J. W., TORTS: THE CIVIL LAW OF REPARATION FOR HARM DONE BY WRONGFUL ACT, 1985.
- Mandelker D. R. i dr., HOUSING AND COMMUNITY DEVELOPMENT (cases and materials), New York, 1981.
- McDonald F., NOVUS ORDO SECLORUM (the intellectual origins of the constitution), Kansas, 1985.
- Mehren Von A. T., THE CIVIL LAW SYSTEM (cases and materials for the comparative study of law), New Jersey, 1957.
- Miller F. W., Dawson R. O., Dix G. E., Parnas R. I., THE MENTAL HEALTH PROCESS, 2.ed., New York, 1976.
- Monahan J., Walker L., SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS, New York, 1985.
- Monahan J., Walker L., SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS, 2.ed., New York, 1990.
- Monahan J., Walker L., SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS (teacher's manual), 2.ed., New York, 1990.
- Monahan J., Walker L., SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS (revised teachers manual), 2.ed., New York, 1992.
- Monahan J., Walker L., SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS, 3.ed., New York, 1994.
- Monahan J., Walker L., SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS (teacher's manual), 3.ed., New York, 1994.
- Moynihan C. J., INTRODUCTION TO THE LAW OF REAL PROPERTY, St. Paul, 1962.
- Pachter M., Mattos E., High L. C., TRAVELERS TO THE NEW NATION 1776-1914., 1983.
- Patterson L. R., Cheatham E. E., THE PROFESSION OF LAW, New York, 1971.
- Pirsig M. E., CASES AND MATERIALS ON PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, 2.ed., St. Paul, 1970.

- Pollack H., Smith A. B., CIVIL LIBERTIENS AND CIVIL RIGHTS IN THE UNITED STATES, St. Paul, 1978.
- Powell R. R., Rohan P. J., POWELL ON REAL PROPERTY, New York, 1968.
- Rabin R. L., PERSPECTIVES ON TORT LAW, Boston, Toronto, 1976.
- Rabin R. J., Silverstein E., Schatzki G., LABOR AND EMPLOYMENT LAW (problems cases and materials in the law of work), St. Paul, 1988.
- Ritchie J. i dr., CASES AND MATERIALS ON DECEDENTS' ESTATES AND TRUSTS, 8.ed., New York, 1993.
- Robertson D. W., Powers V. Jr., Anderson D. A., CASES AND MATERIALS ON TORTS, St. Paul, 1989.
- Robertson D. W., Powers V. Jr., Anderson D. A., CASES AND MATERIALS ON TORTS (teacher's manual), St. Paul, 1989.
- Robinson G. O., Gellhorn E., Bruff H. H., THE ADMINISTRATIVE PROCESS, 3.ed., St. Paul, 1986.
- Rotunda R. D., MODERN CONSTITUTIONAL LAW (cases and notes), 2.ed., St. Paul, 1985.
- Schlesinger R. B., COMPARATIVE LAW (cases - text - materials), 3.ed., New York, 1970.
- Schur E. M., LAW AND SOCIETY, New York, 1968.
- Schwartz B., CONSTITUTIONAL LAW (a textbook), New York, 1972.
- Scoles E. F., Halbach E. C. Jr., PROBLEMS AND MATERIALS ON DECEDENTS' ESTATES AND TRUSTS, 5.ed., Boston, New York, Toronto, London, 1993.
- Scoles E. F., Halbach E. C. Jr., PROBLEMS AND MATERIALS ON DECEDENTS' ESTATES AND TRUSTS (teacher's manual), 5.ed., Boston, New York, Toronto, London, 1993.
- SELECTED ESSAYS ON FAMILY LAW (compiled and edited by committee on the association of American law schools), Brooklyn, 1950.
- Shipwright A., Price J. W., UK TAXATION AND INTELLECTUAL PROPERTY, Oxford, 1989.
- Smith J. H., CASES AND MATERIALS ON THE DEVELOPMENT OF LEGAL INSTITUTIONS, St. Paul, 1965.
- Sohn L. B., CASES ON UNITED NATIONS LAW, Brooklyn, 1956.
- Solomon L. D., TRUSTS AND ESTATES: A BASIC COURSE (problems, planning and policy), New York, 1981.
- Solomon L. D., Palmiter A. R., CORPORATIONS (examples and explanations), Boston, Toronto, London, 1990.
- Surrency E. C., THE MARSHALL READER (The life and contributions of Chief Justice John Marshall), New York, 1955.
- Thode E. W., Lebowitz L., Mazor L. J., CASES AND MATERIALS FOR USE IN INTRODUCTION TO THE STUDY OF LAW, New York, 1970.

Thurman S. D., Phillips E. L. Jr., Cheatham E. E., *CASES AND MATERIALS ON THE LEGAL PROFESSION*, 2.ed., Mineola, 1970.

Tiffeny H. Th., *THE LAW OF REAL PROPERTY AND OTHER INTERESTS IN LAND* (abridged), 3.ed.

Tiffany H. Th., Berman R., *THE LAW OF REAL PROPERTY* and other interests in land, 3.ed., Mundelein, 1970.

Turano M. V., Radigan H. C., *NEW YORK ESTATE ADMINISTRATION*, St. Paul, 1986.

Urofsky M. I., *BASIC READINGS IN U.S. DEMOCRACY*, Washington, 1994.

Vieira N., *CIVIL RIGHTS IN A NUTSHELL*, St. Paul, 1978.

Williams J. S., *CONSTITUTIONAL ANALYSIS IN A NUTSHELL*, St. Paul, 1979.

1986 OHIO PROBATE CODE (annotated), 1986.

### **PERIODIKA:**

AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL (dalje kao ABA, op. aut.), Vol. 79., May 1993.

ABA JOURNAL, Vol. 79., December 1993.

ABA JOURNAL, Vol. 80., January 1994.

ABA JOURNAL, Vol. 80., February 1994.

ABA JOURNAL, Vol. 80., March 1994.

ABA JOURNAL, Vol. 80., April 1994., (5 kom.)

ABA JOURNAL, Vol. 80., June 1994., (2 kom.)

ABA JOURNAL, Vol. 80., July 1994., (2 kom.)

ABA JOURNAL, Vol. 80., September 1994., (3 kom.)

ABA JOURNAL, Vol. 80., November 1994.

ADMINISTRATIVE LAW REVIEW, Vol. 46. No.1., Winter 1994.

ADMINISTRATIVE LAW REVIEW, Vol. 46. No.3., Summer 1994.

AMERICAN LAW INSTITUTE-AMERICAN BAR ASSOCIATION 1995 ANNUAL REPORT, Philadelphia, 1994.

THE AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE LAW REVIEW, Vol. 1. No.1., Spring 1993.

THE AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE LAW REVIEW, Vol. 1. No.2., Winter 1993.

THE AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE LAW REVIEW, Vol. 2. No.2., Winter 1994.

THE AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE LAW REVIEW, Vol. 3. No.1., Spring 1995.



- THE AMERICAN LAW INSTITUTE (remarks and addresses) 71st annual meeting, Washington, 1994.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE ANNUAL REPORTS (72. annual meeting), Chicago, 1995.
- THE AMERICAN UNIVERSITY CATALOG 1994.-1995., Washington, 1995.
- THE BUREAU OF NATIONAL AFFAIRS, INC.- U. S. LAW WEEK SUPREME COURT, Vol. 57., 1989.
- THE BUREAU OF NATIONAL AFFAIRS, INC.-U. S. WEEK GENERAL LAW, Vol. 57., 1989.
- THE BUSINESS LAWYER, Vol. 50. No.2., Chicago, February 1995.
- CANADIAN BUSINESS LAW JOURNAL (offprint), Vol. 18. No.1., 1991.
- CANADIAN LAWYER, Vol. 17. No.7., October 1993., (2 kom.)
- CANADIAN LAWYER, Vol. 17. No.8., November 1993., (2 kom.)
- CANADIAN LAWYER, Vol. 17. No.9., December 1993./ January 1994.
- CANADIAN LAWYER, Vol. 18. No.1., February 1994.
- CLEMENTINE, Phoenix, Winter 1995.
- CLEVELAND STATE LAW REVIEW, Vol. 40 Nos.3. & 4., 1992.
- COMMERCIAL LAW JOURNAL, Vol. 97. No.4, Winter 1992.
- CONGRESS & THE PRESIDENCY, Vol. 22. No.1., Spring 1995.
- GONZAGA LAW REVIEW, Special Edition, 1994.
- HASTINGS CONSTITUTIONAL LAW QUARTERLY, Vol. 21. No.3., Spring 1994.
- INDIANA INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW REVIEW, Vol. 4. No.2., Winter 1994.
- INDIANA INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW REVIEW, Vol. 4. No.3, Spring 1994., (kom. 2)
- JOURNAL OF LAW & EDUCATION, Vol. 21. No.2., Winter 1992.
- JOURNAL OF STATE TAXATION, Vol. 13. No.1., Summer 1994.
- LABOR ARBITRATION AWARDS, Vol. 93., Washington, 1993.
- LABOR ARBITRATION AWARDS, Vol. 101., Washington, 1994.
- LABOR ARBITRATION AWARDS, Vol. 102., Washington, 1994.
- LOYOLA OF LOS ANGELES LAW REVIEW, Vol. 26. No.3., April 1993.
- MICHIGAN LAW REVIEW, Vol. 87. No.5., April 1989.
- MINNESOTA JOURNAL OF GLOBAL TRADE, Vol. 1. No.1., Fall 1992.
- NEW PERSPECTIVES (U.S. Commission on Civil Rights), Vol. 17. No.3., Summer 1985.
- NEW PERSPECTIVES (U.S. Commission on Civil Rights), Vol. 17. No.4., Fall 1985. (2 kom.)

- NEW PERSPECTIVES (U.S. Commission on Civil Rights), Vol. 18. No.1., Winter/Spring 1986.
- NEW PERSPECTIVES (U.S. Commission on Civil Rights), Vol. 18. No.2., Summer 1986.
- NORTH EASTERN REPORTER, 648 N.E.2.d No.2., St. Paul, 1995.
- NORTH EASTERN REPORTER, 648 N.E.2.d No.3., St. Paul, 1995.
- NORTH EASTERN REPORTER, 648 N.E.2.d No.19., St. Paul, 1995.
- NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol. 88. No.2., Winter 1994.
- NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol. 88. No.3., Spring 1994.
- NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol. 88. No.4., Summer 1994.
- AN OUTLINE OF AMERICAN GOVERNMENT, 1989.
- AN OUTLINE OF AMERICAN HISTORY, 1989.
- SETTING COURSE (a congressional management guide), Washington, 1988.
- SOUTH CAROLINA LAW REVIEW, Vol. 43 No.4., Summer 1992.
- SOUTHERN CALIFORNIA REVIEW OF LAW AND WOMEN'S STUDIES, Vol.2. No.1., Fall 1992.
- SOUTHERN UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol. 19 No.2., Fall 1992.
- SOUTH TEXAS LAW REVIEW, Vol. 36. No.2., 1995.
- ST. JOHN'S LAW REVIEW, Vol. 66. No.4., Fall-Winter 1993.
- SUPREME COURT REPORTER, Vol. 115. No.14., 1995.
- UMKC LAW REVIEW, Vol. 60. No.1., Fall 1991.
- UMKC LAW REVIEW, Vol. 60. No.2., Winter 1991.
- UMKC LAW REVIEW, Vol. 60. No.3., Spring 1991.
- UMKC LAW REVIEW, Vol. 60. No.4., Summer 1992.
- A UNIFORM SYSTEM OF CITATION, 13.ed., 1981.
- UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW, Vol. 1994. No.1., August 1994.
- UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW, Vol. 1994. No.2., August 1994.
- UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW, Vol. 1994 No.3., August 1994.
- UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL, 1993.
- VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 16. No.2., Winter 1976.
- WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY, Vol. 72. No.3., 1994.
- 1993 HANDBOOK (Association of American Law Schools)



### **III. Osvrti (Comments, Berichte)**



## RIJEČKI DOPRINOS POMORSKOM PRAVU HRVATSKE

Dr. sc. Vinko Hlača, izvanredni profesor  
Pravni fakultet u Rijeci

U povijesti Rijeke sve do današnjih dana riječki pravnici maritimisti bili su i jesu značajan znanstveni i stručni potencijal pomorsko-pravne misli, znanosti i struke, čiji doprinos pomorskom pravu Hrvatske ilustrativno pokazuju njihova djela i radovi u pomorskopravnoj literaturi i publicistici kao i rezultati u pomorskom zakonodavstvu i gospodarstvu. Naglasiti treba baš pomorsko zakonodavstvo i gospodarstvo, osobito od nastanka samostalne i neovisne Republike Hrvatske, u kojoj su ostvareni veliki zakonodavni pothvati donošenjem Pomorskog zakonika i drugih pomorskih zakona, koji su obogatili hrvatsko pomorsko pravo.

Ovogodišnja skupština Hrvatskog društva za pomorsko pravo održana u Rijeci povod je ovome osvrtnu na povijesni i aktualni trenutak Rijeke u pomorskom pravu Hrvatske. Među brojnim zadacima Društva na prvom se mjestu ističe rad na međunarodnoj unifikaciji pomorskog prava.

### *Izvorište pomorskopravne misli*

Ovaj zadatak Društvo ostvaruje sudjelovanjem na sastancima međunarodnih organizacija koje se bave problemima unifikacije pomorskog prava. Među tim organizacijama na prvom je mjestu Međunarodni pomorski odbor (Comité Maritime International, CMI), jer upravo taj odbor, čiji je član Hrvatsko društvo za pomorsko pravo, priprema sve nacрте međunarodnih konvencija pomorskog prava, koje se donose na diplomatskim konferencijama u Londonu ili Briselu pod okriljem Ujedinjenih naroda.

U vezi s trajnom aktivnošću Hrvatskog društva za pomorsko pravo na donošenju međunarodnih konvencija pomorskog prava, treba posebno istaknuti da je Rijeka bila domaćinom jedne međunarodne konferencije CMI-a, po kojoj je naš grad ušao u svjetsku povijest pomorskog prava. To je bilo 1959. godine kada je u Rijeci održana konferencija na kojoj je usvojen nacrt Konvencije o odgovornosti poduzetnika nuklearnih brodova, koja je prihvaćena u Briselu 1962. godine. Ova konferencija CMI-a u Rijeci citira se u literaturi kao Riječka konferencija. Bio je to povijesni trenutak Rijeke u pomorskom pravu, kojega je i zaslužila.

Vidimo da Rijeka nije slučajno bila izvorište i središte hrvatske pomorsko-pravne misli i tradicije. Rijeka je najveća hrvatska luka u kojoj su se koncentrirali svi kapaciteti pomorske privrede i njihovi nosioci: brodari, brodograditelji, pomorski agenti, pomorski špediteri, štivadori ili lučki slugači, pomorski osiguravatelji, kontrolori kvalitete i kvantitete robe u transportu,

registri brodova, pomorsko-upravni organi, carinski, zdravstveni i drugi državni organi koji nadziru lučki promet. Takva brojnost nosilaca djelatnosti pomorske privrede u riječkoj luci, i odnosa koji u vezi s njihovom djelatnošću nastaju, morali su privući pozornost i interes upravo Hrvatskog udruženja za pomorsko pravo, kojemu je prva briga donošenje zakonskih propisa koji reguliraju te odnose u luci. O tome više u prikazu riječke luke.

Taj prvi zadatak udruženja da se zakonom regulira pomorsko pravo, nakon dugogodišnje velike aktivnosti u pripremi pomorskog zakonika, ostvaren je prije dvije godine donošenjem Pomorskog zakonika. U popularnom pomorskom govoru taj zakon koji je na snazi od siječnja 1994., zovu i Pomorski kodeks, što doista i jest po svom opsegu i zakonskom sadržaju u kojemu ima 1056 članova teksta. Velik doprinos u donošenju toga zakona dali su i članovi Društva iz Rijeke, koji su godinama surađivali s Jadranskim zavodom Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti u Zagrebu, gdje se pomorski kodeks pripremao pod nadzorom Ministarstva pomorstva.

Sa svojim pomorskim kodeksom Hrvatska je potvrdila svoje istaknuto mjesto među velikim pomorskim državama koje imaju zakonikom regulirano svoje pomorsko pravo. U stvaranju i donošenju toga pomorskog zakonika Hrvatske velik doprinos su dali i pomorski pravници današnje Rijeke u kojoj se nastavlja tradicije pomorsko-pravne misli, začete još u prošlom stoljeću.

O doprinosu Rijeke pomorskom pravu Hrvatske u prošlosti saznali smo iz govora kojega je pok. akademik prof. dr. Vladislav Brajković održao još davne 1964. godine u Sjevernojadranskom institutu u Rijeci povodom 100. godišnjice tadašnje Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti. Govor je objavljen u sedmom broju Jadranskog zbornika od 1966.-1969. godine, a imena koja se spominju kao promicatelji pomorsko-pravne misli i znanosti u Rijeci poznata su u pomorsko-pravnoj literaturi. To su dr. Antun Vio, dr. Uliks Stanger, dr. Julije Mogan i dr. Milan Špehar. Na istom mjestu spominje se i Antun Smokvina, tajnik trgovinske i industrijske komore u Rijeci 1876. godine, koji je prije više od 100. godina predlagao uvođenje pomorske hipoteke, i danas tako zanimljivog i primamljivog instrumenta kreditiranja gradnje i kupovine pomorskih brodova.

Hrvatsko društvo za pomorsko pravo imalo je svoje preteče koji su upravo u Rijeci započeli djelovanje, a kasnije nastavili u Zagrebu. To je bilo Društvo za pomorsko pravo u Rijeci, čiji je predsjednik od 1904. do 1913. bio ugledni riječki advokat dr. Antun Vio. Iza prvog svjetskog rata, točnije 1924. godine, osnovano je u Zagrebu Udruženje za pomorsko pravo, čiji su istaknuti članovi i vrlo aktivni u radu bili spomenuti riječki pravници Uliks Stanger i Milan Špehar. Zanimljivo je napomenuti da su ovi ugledni pravници uz obavljanje advokature bili angažirani pravници u teoriji i vrlo dobri pomorsko-pravni pisci.

Najpoznatiji među pomorsko-pravnim piscima između dva svjetska rata bio je riječki advokat Milan Špehar. Njegovo je magistralno djelo "Odgovornost brodarka", objavljeno 1939. godine, do danas ostalo neprevladano. Takav doseg nisu postigli Julije Mogan, Antun Vio ili Uliks Stanger, ali su i oni bili relativno plodni pomorsko-pravni pisci u područjima koja su obrađivali.

### ***Pomorsko-pravna publicistika***

Ova prije vrlo raširena pojava da se odvjetnici bave i pravnom teorijom, nije, na žalost, danas uobičajena. Nešto od te stare prakse koja govori o velikoj erudiciji tadašnjih pravnika ostalo je kao navika i preokupacija samo pojedinaca. Tako su u Rijeci do prije dvadesetak godina pisali članke o pojedinim pitanjima pomorskog prava advokati dr. Frano Špehar, dr. Aleksandar Hribar i Frano Padelin, a danas to povremeno čini još samo advokat Đorđe Ivković, koji je u mirovini.

I ne samo advokatura, nego i sudstvo u Rijeci prati razvoj pomorske i lučke privrede. Između dva rata u Sušaku djeluje sreski sud kao pomorski sud, čije su presude bile pravi izvor prava u vrijeme kada smo još bili daleko od pravne zakonodavne regulative koju danas imamo. Pomorsko sudstvo u Rijeci tek iza II. svjetskog rata ostvaruje 'svoj djelotvoran utjecaj u pomorsko-pravnoj praksi. Najprije Pomorska arbitraža u Rijeci, a onda Okružni privredni sud, sada trgovački sud nadležan za pomorske sporove, rješavaju slučajeve koji ulaze u anale nacionalnog pomorskog prava. Riječki suci dr. Vladimir Jenko, dr. Emanuel Dworski, Andrija Crnković i Pave Dević donosili su u svoje vrijeme presude u pomorskim stvarima, koje su citirane u literaturi pomorskog prava, kao i presude riječkog suca na Višem sudu u Zagrebu Zvonimira Rihtmana.

Najbogatija aktivnost i kreativnost pomorskih pravnika u Rijeci razvija se do danas na tradicijama koje su započeli već spomenuti riječki pravници na početku ovoga stoljeća.

U Rijeci je Viša pomorska škola osnovana 1949. godine, u kojoj predaju istaknuti pomorski stručnjaci, čija djelatnost obogaćuje pomorsko-pravnu literaturu. To su prof. dr. Ladislav Tambača, sa svojim udžbenicima "Pomorsko osiguranje" i "Pomorske havarije", asistent prof. Brajkovića i kasnije sudac Višeg privrednog suda Gavro Badovinac, sa svojim predavanjima "Pomorsko pravo", dr. Đuro Rošić, vrstan predavač i pravnik, koji je naučio pravno misliti generacije riječkih pomorskih kapetana, ekonomista i strojara, kojima je namijenio svoja skripta.

U periodu između 1950. g. i 1970. g., kada prosperitet Rijeke kao luke naglo raste, u pomorskoj publicistici doživljava svoje najveće uspjehe časopis "Pomorstvo", kojega u Rijeci uređuje s velikim entuzijazmom kapetan Marko Kurtini. Njegovi suradnici bili su daroviti riječki pomorski pravници, koji su surađivali i u drugim publikacijama u zemlji, kao što su "Međunarodni transport", "Pomorski zbornik" i "Vjesnik Luke Rijeka".

Nema područja pomorskog prava koje nije obrađeno u člancima i publikacijama čiji su autori bili riječki pomorski stručnjaci. O brodarima i njihovim poslovima pisali su pravnici tadašnje Jugolinije dr. Ive Kisić i dr. Milan Trampuž, te Nikola Perčić iz Jadroagenta. Pomorsku špediciju obrađivali su Zdenko Kocijan, Rikard Fuks, Boris Kandare i Viktor Cerić iz tadašnjeg Transjuga, a štivadorske i lučko-transportne poslove dr. Aleksandar Vlaškalin i Josip Ahel iz Luke. O brodogradnji pišu i Josip Viočić i dr. Vinko Hlača, a o pomorsko-agencijskim poslovima Ljubo Smokvina i dr. Vojislav Borčić. Pomorske havarije, osiguranje i spašavanje na moru publicistički obrađuje dr. Predrag Stanković, a pomorsko-upravnu i javnu problematiku Rudolf Capar. Pomorsko-pravnoj povijesti Rijeke dao je ogroman doprinos dr. Radojica Barbačić u



mnogobrojnim člancima u raznim publikacijama, posebno u "Pomorstvu" koje je, na žalost, koju godinu iza smrti Marka Kurtinija prestalo izlaziti.

Monografije i knjige riječkih autora obogatile su našu pomorsko-pravnu literaturu u zadnjih dvadeset godina, a posebice od osnivanja riječkog sveučilišta na kojemu neki od autora rade kao sveučilišni nastavnici. Tako je prof. dr. Emanuel Dworski napisao knjigu "Ugovori o iskorištavanju pomorskih brodova". Prof. dr. Ante Turina napisao je knjige "Međunarodna špedicija" i "Prometna funkcija morskih luka", prof. dr. Predrag Stanković knjigu "Spašavanje u plovidbenom pravu Jugoslavije", prof. dr. Zoran Kompanjet monografiju "Stvarnopravni aspekt broda u gradnji" te dr. Vojislav Borčić knjigu "Pomorski agent". Stari Riječanin, sa službom u Zagrebu u Jadranskom institutu, dr. Emilije Pallua tiskao je u Rijeci 1975. godine knjigu "Pomorsko uporedno pravo".

Ovdje je svakako potrebno spomenuti i suradnju riječkih pomorskih stručnjaka u Pomorskoj enciklopediji, čiji je glavni urednik i redaktor struke pomorsko pravo bio akademik prof. dr. Vladislav Brajković. Taj neumorni stvaralac, nestor hrvatskog pomorskog prava i učitelj mnogih renomiranih pomorskih pravnik, ne samo u Rijeci nego u cijeloj Hrvatskoj, znao je okupiti darovita riječka pravna pera, čijom suradnjom je Rijeka dostojno zastupljena u Pomorskoj enciklopediji. To su već poznati nam autori dr. Ladislav Tambača, dr. Ive Kisić, dr. Predrag Stanković, dr. Milan Trampuž, dr. Uliks Stanger, dr. Frano Špehar i drugi, koji u Rijeci žive i aktivno djeluju kao maritimisti.

Ne bi trebalo na kraju zaboraviti reći nešto o aktualnim autorima knjiga i monografija, koje su u vrhu hrvatske pomorsko-pravne literature porijeklom iz Rijeke ili riječkih nakladnika. To su pravni eksperti i sveučilišni profesori u Rijeci, koji su autori ovih djela:

- Prof. dr. Berislav Pavišić autor je knjige Metodika istraživanja prometnih delikata (1993.) i monografije Progon plovnog objekta zbog kaznenog djela (1994.);

- Prof. dr. Vojislav Borčić autor je knjige Pomorski agent - drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje (1992.) i skripta "Pravo mješovitog i multimodalnog transporta";

- Prof. dr. Predrag Stanković autor je knjiga Pomorske havarije - drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje (1995.), Sigurnost na tankerima - Međunarodni propisi (1994.), Spasavanje u plovidbenom pravu Jugoslavije (1976.);

- Prof. dr. Rudolf Capar autor je knjiga Pomorsko upravno pravo (1987.), Pomorsko ratno pravo (1988.), Međunarodno pravo mora (1993.);

- Prof. dr. Vinko Hlača priredio je knjige Pomorsko dobro i koncesije (1995.), Pomorsko dobro - društveni aspekti upotrebe i korištenja, te skripta Hrvatsko prometno pravo (kopneno i zračno), 1995.;

- Prof. dr. Vladimir Đuro Degan autor je knjige Međunarodno pravo mora (1989.), a Božidar Stevanović knjige Osnovi lučkog transporta (1983.).

Sa spomenutim autorima starije generacije nastupaju mlađi autori iz kruga sveučilišnih nastavnika u Rijeci. Tako u zbornicima riječkog i splitskog pravnog fakulteta Mr. Gordana Stanković objavljuje članke: Razvoj međunarodne regulative u pogledu građanske odgovornosti za štetu od pomorskog prijevoza opasnih i štetnih tvari (1991.), Postupak upisa brodova u novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske (1994.) i Pomorsko dobro u Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske (1994.). Dr. Vesna Tomljenović piše članke Državna pripadnost broda

kao vezna okolnost u međunarodnom privatnom pravu pomorskih odnosa - tema za raspravu, Pomorski zbornik, 1993. i Strani pomorci pred američkim sudovima - naknada štete za tjelesne ozljede - međunarodna sudska nadležnost i mjerodavno pravo, Pomorski zbornik, 1994., a dr. Vesna Crnić-Grotić Arhipelaške vode u međunarodnom pravu mora, Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja br. 115-116/1987.

### ***Pomorsko pravo i gospodarstvo***

Svi društveni odnosi koji nastaju u gospodarstvenim djelatnostima na moru i morskoj obali predmet su pravnog normiranja obuhvaćenog pomorskim pravom. Pomorsko pravo, prema tome, čini skup pravnih propisa koji uređuju pravne odnose nastale iz gospodarskih djelatnosti u pomorstvu ili iz drugih djelatnosti koje su u neposrednoj vezi s morem. Budući da more služi kao prijevozni put, to je osnovna djelatnost pomorstva iskorištavanje mora kao prijevoznog puta, koju djelatnost obavljaju pomorski prijevoznici odnosno brodarska društva. Najveće brodarsko društvo u Hrvatskoj je CROATIA LINE, čije je sjedište u Rijeci, kao i JADROLINJE, najvećeg hrvatskog prijevoznika u pomorskom prijevozu putnika.

Brodovi služe prijevozu stvari i putnika kojima su namijenjene morske luke koje služe brodovima u lukama ukrcaja ili iskrcaja robe u prekomorskoj trgovini i putnika u pomorskom prometu. Na usluzi su brodovima u lukama gospodarske uslužne djelatnosti koje su u sklopu lučkog gospodarstva. Najbolji primjer o brojnosti i različitosti tih djelatnosti daje riječka luka.

Jedna od najznačajnijih gospodarskih djelatnosti u riječkom zaljevu je brodogradnja, koja je svoje proizvodne pogone locirala u Rijeci i Kraljevici. U brodogradilišnoj luci brodogradilišta "3. Maj" u Rijeci grade se novi brodovi, a u brodoremontnoj luci brodogradilišta "Viktor Lenac" popravljaju se postojeći brodovi. U brodogradilištu Kraljevica grade se novi plovni objekti, ali i popravljaju brodovi koji dolaze u brodogradilište radi dokovanja ili popravka.

Položaj i značenje riječke brodogradnje u hrvatskoj pomorskoj privredi zasigurno je imalo odlučujući utjecaj za normativno uređenje prava brodogradnje, kao segmenta pomorskog prava u pomorskom zakonodavstvu Hrvatske. Tome zakonskom reguliranju pravnih odnosa u brodogradnji prethodilo je jedno povijesno savjetovanje o problemima gradnje i popravka brodova, održano u Rijeci 1965. godine, koje su zajednički pripremili Jadranski institut Akademije znanosti i umjetnosti u Zagrebu, Institut za međunarodno pravo i međunarodne odnose Zagreb i udružena brodogradnja u poduzeću Jadranbrod.

U stvaranju hrvatskog pomorskog zakonodavstva aktivno i vrlo angažirano sudjeluje već spomenuto Hrvatsko društvo za pomorsko pravo, čije je sjedište u Rijeci. Nije, naravno, slučajno što je sjedište toga hrvatskog društva baš u Rijeci, najvećoj hrvatskoj luci i centru svih djelatnosti hrvatskog pomorstva. Hrvatsko društvo za pomorsko pravo je znanstvena i stručna društvena organizacija u koju se udružuju znanstveni i stručni radnici u svrhu izučavanja i poticanja razvoja pomorskog prava. Članovi društva su osobe angažirane ili zainteresirane za proučavanje pomorskog prava i unapređenje pomorskog gospodarstva.

Zadaća Hrvatskog društva za pomorsko pravo je izučavanje i poticanje

razvoja pomorskog prava, suradnja s državnim tijelima pri donošenju pravnih propisa iz oblasti pomorskog prava i rad na međunarodnom izjednačenju pomorskog prava. Društvo je član Međunarodnog pomorskog odbora (Comité Maritime International) putem kojega se pripremaju i donose međunarodne pomorske konvencije koje sadrže propise pomorskog prava.

Značajno mjesto u stvaranju hrvatskog pomorskog zakonodavstva pripada Zavodu za pomorsko i prometno pravo riječkog Pravnog fakulteta, čiji su članovi znanstveno-nastavni djelatnici zaposleni na Pravnom fakultetu i drugim visokim učilištima Sveučilišta u Rijeci. Jedan od glavnih zadataka ovoga zavoda je upravo izrada zakonskih i konvencijskih akata koji sadrže propise pomorskog prava.

Zavod za pomorsko pravo organizira okrugle stolove i savjetovanja o aktuelnim pravnim temama i problemima koji nastaju u suvremenim gospodarskim djelatnostima koje obuhvaća naše pomorstvo. Tako je u organizaciji Zavoda održano 14. i 15. veljače 1996. godine savjetovanje o pomorskom dobru na Pravnom fakultetu u Rijeci i ponovljeno u Splitu 26. travnja 1996. Rezultat toga savjetovanja je knjiga "Pomorsko dobro - društveni aspekti upotrebe i korištenja", koja se nadovezuje na prvu knjigu "Pomorsko dobro i koncesije", objavljenu 1995. godine nakon vrlo uspješnog okruglog stola vođenog u organizaciji Zavoda na Pravnom fakultetu u Rijeci.

Trenutno se spomenuti Zavod bavi organizacijom savjetovanja o ekologiji mora. Projekt "Ekologija mora - pravni aspekt", čiji su predviđeni sponzori primorske županije na Sjevernom Jadranu, trebalo bi realizirati u jesen 1996. godine, kada će biti objavljena knjiga sa svim referatima, materijalima i propisima, zakonskim i konvencijskim, o ekologiji mora.

Iz prikazanog odnosa pomorskog prava i gospodarstva može se zaključiti da pomorsko zakonodavstvo i pomorsko gospodarstvo u svom komplementarnom odnosu djeluju i obogaćuju naše pomorstvo na području gospodarskih i drugih djelatnosti obuhvaćenih pomorskim pravom Hrvatske. Ilustrativna potvrda tome je novo hrvatsko pomorsko zakonodavstvo, koje je samo u nekoliko godina samostalnosti hrvatske države usvojilo i donijelo najvažnije zakone hrvatskog pomorskog prava. To su:

1. Zakon o hrvatskom registru brodova (Narodne novine broj 17/94. i 74/94.),
2. Pomorski zakonik (Narodne novine br. 17/94.) i njegova prva novela (Narodne novine br. 74/94.),
3. Zakon o morskim lukama (Narodne novine br. 108/95.)

Ne treba posebno isticati ulogu spomenutog Hrvatskog društva za pomorsko pravo i Zavoda za pomorsko pravo u Rijeci, čiji su članovi i djelatnici bili suradnici, autori ili koautori pojedinih dijelova ili sadržaja navedenih zakona. U područjima njihove specijalnosti njima je nedavno Ministarstvo pomorstva povjerilo zadatke u pripremi druge novele Pomorskog zakonika, koju će izraditi Stručna skupina za izmjene i dopune Pomorskog zakonika imenovana od ovoga ministarstva.

### *Uzance riječke luke*

Uzance su pisani običaji koji djeluju kao dopuna zakona ili kao njegova zamjena. Među takve običaje spadaju trgovački ili poslovni običaji luke, koje

nazivamo lučkim uzancama. Uzance utvrđuju i donose ovlašteni organi ili tijela kao što su sud, gospodarska komora ili udruga neke gospodarske djelatnosti. Kad se objave, uzance predstavljaju kodificirane poslovne običaje, koji su u hijerarhiji izvora prava ispod zakona i zakonskih propisa.

Za pravne odnose u pomorskim prijevozima i poslovima, koje uređuje pomorsko pravo, glavni izvor prava je Pomorski zakonik, a supsidijarni Zakon o obveznim odnosima. I jedan i drugi zakon propisuju da se na odnose koji nisu regulirani zakonom primjenjuju običaji, odnosno uzance. Tako naš Pomorski zakonik izričito propisuje (čl.4.) da se na odnose koji nisu uređeni ovim zakonom, drugim propisima donijetim na temelju zakona, odnosno drugim zakonima, primjenjuju i običaji. Pod običajima misli se na lučke uzance kao pisane običaje luke, koji se primjenjuju kako to zakon propisuje.

Riječka luka ima vlastite lučke uzance, koje je utvrdila Privredna Komora Rijeke 28. travnja 1982. godine i objavila u Službenim novinama Rijeke broj 16. od 10. svibnja 1982. godine. Zanimljivo je napomenuti da su u riječkoj luci, zapravo u sušačkoj prije II. svjetskog rata, postojale lučke uzance koje su sadržavale propise o pomorskim poslovima i više su bile usmjerene na pomorsku trgovinu nego lučko-transportne poslove kojima su usmjerene riječke lučke uzance.

Pravila u riječkim Lučkim uzancama sistematizirana su i grupirana pod sedam, rimskim brojevima, označenih naslova, a to su:

I Opće odredbe

II Uzance koje se odnose na brod

III Uzance koje se odnose na teret

IV Vozarina

V Uskladištenje tereta

VI Uzance koje se primjenjuju na tankere koji prevoze ugljikovodike

VII Uzance o kontenerima.

U Lučkim uzancama na kraju njihova teksta objavljena su i dva priloga koja se sadržajno odnose na uzance za teret, a naslovljena su ovako: Prosječno dnevne norme za ukrcaj i iskrcaj brodova u luci Rijeka (Prilog I) i Teret koji se uobičajeno krca na palubu broda (Prilog II). U Prilog I dnevne norme za ukrcaj i iskrcaj brodova određene su prema vrstama tereta, koji se kategorizira po lučkim bazenima u pet grupa u kojima se radi u dvije smjene ili jednoj smjeni.

Najvažniji dio pravila koje utvrđuju riječke uzance tiče se broda i tereta. Naslovljene su kao uzance koje se odnose na brod i uzance koje se odnose na teret.

Uzance koje govore o dolasku i boravku brodova u luci utvrđuju uvjete dolaska broda i njegove najave, obavještavanja o dolasku putem broskog agenta, prispjeća broda na sidrište i uplovljavanja u luku uz pomoć pilota, te o ukrcavanju i iskrcavanju pilota. Za lučke usluge brodu kaže se da se naručuju dispozicijom i ispravama potrebnim za izvršenje lučkih usluga (uz.5-9).

O vezivanju brodova u luci skup pravila koja sadrže uzance 10. do 22. detaljno regulira brojna pitanja koja se odnose na ugovornu obavezu broda da se stavi na raspolaganje za obavljanje operacije ukrcaja i iskrcaja na dodijeljenom vezu u luci. Radi se o pitanjima koja se tiču reda prvenstva priveza, mjesta pristajanja, mjesta priveza za brodove slobodne i linijske plovidbe, oduzimanju veza, završetku privezivanja, narudžbama za usluge privezivača i naknadi za

premještaj i micanje broda, te o dobivanju naloga za premještaj ili micanje broda.

Glavni poslovi koji su specifični u lučko-operativnom poslovanju i predmet su reguliranja lučkih uzanci jesu poslovi koji se odnose na teret, kao što su određivanje i utvrđivanje količine tereta prilikom ukrcaja i iskrcaja, vaganje, utvrđivanje stanja tereta, pomiješanost tereta, rad s teretom i priprema rada i sredstava za rad koja su potrebna oko ukrcaja, odnosno iskrcaja (svjetlo, brodske dizalice, pogonska snaga i dr.) (uz. 42.-51.). Drugi skup pravila koja se odnose na ukrcaj i iskrcaj tereta detaljno uređuju brojna pitanja usko vezana s obavljanjem ukrcajno-iskrcajnih operacija. To su mjesto ukrcaja ili iskrcaja, krcanje na sidrištu, slaganje tereta na brodu, radno vrijeme, prekovremeni rad, troškovi dizalica i njihova pogona, sredstva za odvajanje tereta (dunnage), krcanje rasutog tereta, krcanje tereta u vrećama, krcanje tereta na palubu, djelomični iskrcaj, krcanje i predaja tereta u linijskom prijevozu i preuzimanje i predaja tereta (uz. 52.-69.).

Iz prikazanoga se vidi da su predmet reguliranja lučkih uzanci specifični lučko - transportni odnosi i poslovi koje zakonski propisi općenitog karaktera ne uspijevaju detaljno regulirati. Na tom području njihove široke primjene lučke uzance su bile i ostat će nezaobilazno pravno vrelo u kojemu će s punim poštovanjem i povjerenjem crpsti rješenja stranke za svoje ugovorne odnose, koje uređuju po svojoj dispoziciji.

Na običaje luke, odnosno lučke uzance izričito upućuje članak 514. Pomorskog zakonika, koji isključuje primjenu zakonskih odredbi čl. 505. st. 1., 506., 507., 508., 511. i 512. tamo gdje je običajima luke drugačije određeno. Radi se o zakonskim odredbama koje utvrđuju obvezu brođara da preuzme teret na prijevoz tijekom radnog vremena luke, stojnicama, njihovu računanju i trajanju, prekostojnicama, njihovu plaćanju i prestanku, te odredbama koje se tiču prijevoza brodovima linijske plovidbe i stojnicama, odnosno prekostojnicama koje vrijede za brodove linijske plovidbe.

I novi Zakon o morskim lukama nije propustio zakonski utvrditi primjenu lučkih običaja u lukama otvorenim za javni promet. Tako članak 49. ovoga zakona propisuje da lučke uzance koje se primjenjuju u luci otvorenoj za javni promet utvrđuje upravni odbor lučke uprave. Upravne odbore imaju sve luke koje su otvorene za javni promet, i svrstane u dvije kategorije luka. To su:

a) luke osobitog (međunarodnog) gospodarskog interesa za Republiku Hrvatsku,

b) luke županijskog značaja.

Riječka luka je nedvojbeno luka osobitog (međunarodnog) gospodarskog interesa za Republiku Hrvatsku, koja svoje lučke uzance već ima, pa neće biti većih poteškoća utvrditi nove ili revidirane u smislu novih zakonskih propisa.

### ***Novi propisi i zadaci***

U primjeni novih propisa pomorskog prava ili u pripremi novih zakonskih propisa riječke pomorske pravnike i pravne stručnjake čekaju novi zadaci, koje su oni spremni prihvatiti, što bismo ovdje prikazali u zaključnom osvrtu na naslovljenu temu članka. No, valjalo bi prije toga ukazati na sasvim specifične

probleme, koje ne dotiču opći propisi u širokom području pomorskog prava nego sasvim specifični propisi iz sfere radnih odnosa u pomorstvu.

U nekim važnijim gospodarskim i drugim djelatnostima na prostorima hrvatskog pomorstva zaposleni su djelatnici za koje se donose posebni propisi nacionalnih zakona i međunarodnih konvencija. To su propisi najviše radno-pravnog karaktera, koji se donose ili bi trebalo donijeti, za posebne kategorije radnika kao što su lučki radnici, svjetioničari, radnici u djelatnostima morske tehnologije, a osobito pomorci zaposleni na brodovima trgovačke mornarice i drugim plovnim objektima na moru. Naravno, riječ je o radnim odnosima u pomorstvu, čime se najuspješnije bavi, možda i jedini u Hrvatskoj, profesor Marinko Učur s riječkog Pravnog fakulteta, koji je objavio brojne radove o temi radnih odnosa spomenutih djelatnika u pomorstvu. Primjerice, iz serije zapaženih znanstvenih radova objavljeni su u riječkim zbornicima radovi prof. Učura:

1. Neka pitanja radnog odnosa lučkih radnika, Zbornik Pravnog fakulteta, br. 4, Rijeka, 1984.

2. Analiza nekih karakteristika rada i radnih odnosa lučkih radnika, Pomorski zbornik, knjiga 22, Rijeka, 1984.

3. Specifičnosti radnopravnog i socijalnopravnog položaja svjetioničara, Zbornik P.F. Rijeka, br. 13, 1992.

4. Neke karakteristike radnog odnosa radnika privrednih djelatnosti morske tehnologije, Zbornik Društva pravnika, Rijeka, 1986.

5. Polazišta i konvencije u uređivanju radnopravnog statusa pomoraca, Pomorski zbornik, knjiga 31, 1993., Rijeka.

6. Kolektivni ugovor za pomorce, Zbornik PF Rijeka, v. 16, br. 1, 1995.

Specifičnim problemima ekologije mora i pravnim aspektima zaštite morskog okoliša bavio se tim istraživača na Pravnom fakultetu u Rijeci, koji su radili na projektu "Sprečavanje zagađivanja mora od strane brodova - pravni aspekti". Radovi istraživača u ovom znanstvenom projektu, kojega je prihvatilo i financiralo Ministarstvo znanosti, objavljeni su u tri broja Zbornika Pravnog fakulteta u Rijeci 1989., 1990. i 1991. godine. Kako su problemi ekologije mora stalno prisutni u praksi i svakodnevnom životu svake pomorske države, to su i za tek nastalu samostalnu hrvatsku državu od posebne važnosti, naročito zbog brojnih međunarodnih konvencija koje obvezuju Republiku Hrvatsku u zaštiti morskog okoliša. Konvencijski propisi kao i nacionalni koji se bave sprečavanjem onečišćenja mora i morskog okoliša u programu su znanstvene obrade novim projektom Zavoda za pomorsko pravo Pravnog fakulteta u Rijeci, što je naprijed već bilo rečeno.

Novi pomorski propisi iz Pomorskog zakonika i Zakona o morskih lukama zadali su mnoge glavobolje ne toliko pomorskim pravnicima koliko pomorskim poduzećima i gospodarskim subjektima na morskoj obali. Tu se misli na zakonske propise o pomorskom dobru, koje se kroz pretvorbu društvenih poduzeća u privatna počelo privatizirati na nedopušten i protuzakonit način. Budući da se na pomorskom dobru ne može stjecati vlasništvo, niti ga se može privatizirati, to je izazvalo buru negodovanja koje još traje i ne vidi mu se kraja.

Privatizaciju pomorskog dobra nisu dopuštali prijašnji pomorski zakoni, a ne dopuštaju je ni današnji. O tome je vođena znanstvena aktivnost na Pravnom fakultetu u Rijeci, te su održana savjetovanja čiji su rezultat dvije knjige o pomorskom dobru, njegovu korištenju i koncesijama, što je prethodno već spomenuto i obrazloženo.

Ovdje bi trebalo ponoviti ono najvažnije, što se često isticalo u dnevnom tisku riječke regije, da je upravo u toj regiji provedena privatizacija najatraktivnijeg dijela pomorskog dobra na kojemu se nalaze morske luke. To se osobito odnosi na riječku luku i njezin integralni dio, a to je brodogradna luka u Martinšćici, te neka poduzeća locirana u samoj luci koja su privatizirana. Posebno su drastični primjeri privatizacije nekih posebnih luka kao što su luke nautičkog turizma, popularno nazvane marine, koje su privatizirane u Ičićima, Puntu i drugdje.

Sve nezakonito provedene privatizacije pomorskog dobra bit će podvrgnute reviziji, i po našem mišljenju kao protuzakonite poništene, što poglavito vrijedi za morske luke čiju pretvorbu tek sada dopušta novi Zakon o morskim lukama, ali samo u onome dijelu lučke imovine koja ne predstavlja lučko pomorsko dobro. Naime, pomorsko dobro u lukama na lučkom području ne ide u pretvorbu ni po novom zakonu kao ni po starom Zakonu o pomorskom dobru, lukama i pristaništima iz 1974. godine.

Budući da se radi o novim propisima u Zakonu o morskim lukama, kao i u Pomorskom zakoniku, a tiču se korisnika koji po prijašnjim propisima imaju pravo koristiti pomorsko dobro na temelju legalno stečenog prava, to će se njihovo pravo utvrditi u koncesijskom postupku kojega su dužni voditi županijski uredi za pomorstvo i Ministarstvo pomorstva. Primjena tih propisa iz Pomorskog zakonika i Zakona o morskim lukama, po kojima se dodjeljuju koncesije i prava korisnicima pomorskog dobra, bit će predmetom interpretacije i novih zadataka koji stoje pred pravnicima maritimistima i njihovim Društvom za pomorsko pravo u Rijeci.

Novi zadaci u svezi s novim zakonskim propisima čekaju maritimiste, agažirane od strane Ministarstva pomorstva na noveliranju Pomorskog zakonika, o čemu je ranije već nešto rečeno. Ovdje bi trebalo dodati samo to da su angažirani profesori Pravnog fakulteta u Rijeci preuzeli obvezu sudjelovanja u radu Skupine za izmjenu i dopunu Pomorskog zakonika, odnosno podskupina, i to:

- dio treći - Pomorsko dobro, prof. V. Hlača
- dio osmi - Ugovori, prof. V. Borčić
- dio deveti - Plovidbene nezgode, prof. P. Stanković
- dio jedanaesti - O mjerodavnom pravu i nadležnosti sudova, dr. Vesna Tomljenović.

Izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika trebalo bi ispraviti očite tehničke pogreške u tekstu, razraditi i revidirati one norme u čijoj su praktičnoj primjeni uočeni nedostaci, te uskladiti Zakonik s unifikacijskim instrumentima koji su u međuvremenu potvrđeni ili čije je potvrđivanje u tijeku.

*Prof. dr. sc. Vinko Hlača*

#### **IV. Prikazi (Surveys, Besprechungen)**





**Božidar Latković, Estatuto de Poljica, Codificación Medieval del Principado Croata de Poljica (Traducción y comentario), Instituto Croata Latinoamericano de Cultura, Studia Croatica, Buenos Aires 1995, 106 str.**

Božidar Latković već godinama djeluje u Argentini na širenju poznavanja hrvatske kulture. Još 1988. godine objavio je u *Studia Croatica* 3, 195-222, *Rivista Trimestral de Estudios Políticos y Culturales* svoj rad *A Setecientos Años de la Creación de la Ley de Vinodol*, u kojem je preveo Vinodolski zakon na španjolski i ujedno popratio svoj prijevod s vrlo korisnim komentarom. U svome novom radu Latković je preveo i popratio komentarom Poljički statut.

U uvodnoj studiji (13-40) Latković je približio stručnoj i kulturnoj javnosti španjolskoga govornog područja povijest Poljica. Obradio je, nadalje, i društvenu strukturu i političku organizaciju, a pozornost privlače i njegova zapažanja o problemima zakona, pravnog običaja i ugovora, kao temelja pravnog života u Poljicama. Latković je prikazao i poljično osobno pravo, vlasništvo i obvezno pravo, a najviše se zadržao na kaznenom pravu, što je i razumljivo zbog toga što se i tekst Poljičkog zakona dobrim dijelom sastoji od kaznenopravnih norma. Ukratko su opisani i sudska organizacija i sudski postupak te značenje crkve u životu Poljica.

Pri pisanju komentara Latković je uzeo u obzir sve one autore, koji su svojom interpretacijom doprinijeli dubljem poznavanju toga značajnoga hrvatskog pravnog spomenika, osobito radove F. Čulinovića, M. Barade, A. Cvitanića i M. Pere.

Što se tiče samog prijevoda, autor je za temelj uzeo modernizirani hrvatski tekst Z. Junkovića, ali je pri tome uzeo u obzir i drukčija tumačenja Cvitanića, Pere i Barade pojedinih dijelova teksta.

I raniji Latkovićev prijevod Vinodolskog zakona (s komentarom) i upravo izašla knjiga o Poljičkom statutu imaju veliko značenje za hrvatski narod. Španjolsko govorno područje je golemo, a *Studia Croatica* jedini je časopis takve vrsti na španjolskom pa treba toplo pozdraviti Latkovićev predani rad. Ali i za našu su stručnu javnost oba rada od interesa jer je Latković odlično raščlanio mnoge pravne institute Vinodolskog zakona i Poljičkog statuta tako da će i specijalisti za hrvatsku pravnu povijest naći mnogo toga zanimljivoga i vrijednoga.

Nadam se da će Latković nastaviti svoj rad.

*Akademik Lujo Margetić*

**Ivo Borković, Nomotehnika, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu i Pravni fakultet u Osijeku, Split, 1996. godine. Predgovor (I-II.), Sadržaj (III.-VI.), Tekst sadržaja 3.-93. Broj poglavlja: 30. Broj referenci korištene i citirane literature: 89.**

“Znanost o izradi pravnih propisa ima zadatak da utvrdi i izrazi principe

i načela koja će služiti pri izradi pravnih propisa u svrhu njihove što

bolje kvalitete”, kaže autor i pravilno tvrdi “... uspješnost propisa ovisi u velikoj mjeri o kvaliteti njegove izrade.”

Nomotehnika jest znanstvena disciplina koja u području prava utvrđuje načela i principe izrade pravnih pravila. To je najmlađa pravna disciplina.

Autor obrazlaže i dokazuje da je nomotehnika jedinstvena, jer se radi o znanosti, a ne osporava da se pravni “propisi razlikuju među sobom po sadržaju društvenih odnosa koje reguliraju, nadalje, postoji razlika i po vrstama, a razlikuju se i po donositelju i proceduri donošenja itd., ali je tehnika njihove izrade ista, odnosno, isti princip i ista načela koja je utvrdila znanost o izradi pravnih propisa pa ona time nužno postaje jedinstvena.”

Razvoj ove znanosti u Hrvatskoj i u svijetu dokaz je sve većeg značenja i interesa kako znanstvene tako i stručne javnosti i brojnih pravnikâ i drugih za ovo područje prava.

Kao podlogu detaljne nomotehničke aktivnosti autor posebno poglavlje posvećuje ustavu, zakonu i drugim kategorijama pravnih propisa.

Slijedi dio o “obujmu pravnih propisa” o kome piše “u tehničkom i sadržajnom smislu”.

Jednostavno, pregledno i jasno autor piše o pretpostavkama za donošenje i izradu pravnih propisa: objektivnim i subjektivnim. U tom dijelu analizira svaku od tih pretpostavki “nužnih za pravilno (ustavno i zakonito) donošenje bilo kojeg pravnog propisa”.

Analizira prvo objektivne pretpostavke: nadležnost, proceduru donošenja pravnog propisa, djelovanje pravnog propisa u prostoru i vremenu (s brojnim varijantama i usporednom praksom).

Jednako tako, u posebnom dijelu autor piše o subjektivnim pretpostavkama za izradu pravnih propisa, tj.

onih “čije je postojanje na strani redaktora pravnih propisa nužan preduvjet da bi se on mogao prihvatiti složenog posla redigiranja pravnih propisa”.

Prof. Borković vješto sugerira da se izradom propisa treba baviti pravnik-specijalista, a to dokazuje u dijelu kojim analizira znanje kao subjektivnu pretpostavku.

“Znanje koje ovdje smatramo nužnim obuhvaća sljedeće: opću naobrazbu, poznavanje društveno-političkog uređenja i pravnog sustava, poznavanje principa i načela izrade pravnih propisa (znanje iz nomotehnike) i sposobnost jezičnog izražavanja”, kaže autor.

Slijedi poglavlje pod nazivom “Plan normativne djelatnosti”, koji autor označava kao “predviđati radnje koje će, u vremenu za koje se plan donosi, biti nužno poduzeti radi stvaranja novih te izmjene ili stavljanje izvan snage postojećih pravnih propisa”. U ovom dijelu autor naglašava i značenje registra propisa.

Nastavljajući tezu o jedinstvu načela nomotehnike, prof. Borković to znalački raščlanjuje, tumači i zaključuje u dijelu pod naslovom “Načela za izradu pravnih propisa”. I dalje - “Pravni sustav čini ukupnost važećih pravnih propisa jednoga društveno-političkog uređenja. U tom sustavu postoje jedinstvena načela na kojima se sam sustav zasniva, čija jedinstvenost nije umanjena postojanjem unutrašnje diferencijacije i određenih specifičnosti vezanih za pojedine dijelove ili grane prava.”

Opća načela su: načelo jasnoće, kvalitete i kvantitete stila pravnog propisa; načelo odnosa jezičkih izraza i logičkog smisla pravnog propisa; načelo ukupnosti sadržaja pravnoga propisa i načelo utvrđivanja i izražavanja egzistencijske i sadržajne ovisnosti nižeg

propisa o višem. O svakom od ovih načela autor piše detaljno.

U poglavlju "Izrada konačnog teksta pravnog propisa, prof. Borković ukazuje da ideja o donošenju pravnog propisa prolazi kroz faze izrade teza i nacрта i "zaokružuje se na kraju izradom konačnog teksta pravnog propisa", kao "finalizacija djelatnosti redaktora". U tom smislu objašnjava dvije normativne tehnike: europsko-kontinentalnu i anglo-američku. Slijedi objašnjenje dijelova "konačnog teksta": uvod, naslov, uvodne odredbe, centralne odredbe, završne i prelazne odredbe.

Ovaj dio dopunjen je "Formom teksta (sadržaja) pravnog propisa" (dijelovi, glave, poglavlje, odsjek, članak, stavak) i "u povijesnoj retrospektivi".

Izmjene i dopune pravnih propisa posebni su dio udžbenika, objašnjen razlozima i nomotehnički. Jednako tako je dio o "pročišćenom tekstu pravnog propisa".

Na kraju je dio koji govori o "ispravicima pravnih propisa".

1. Nezaobilazan je sadržaj kojega autor obrađuje za obrazovanje pravника kako u dodiplomskom tako i poslijediplomskom studiju.

2. Djelo "Nomotehnika" je izvorno djelo s velikim doprinosom ovoj mladoj pravnoj znanosti i njenom razvoju u Hrvatskoj, jer su radovi o tome malobrojni, a praksa sve zahtjevnija.

3. Prof. Borković piše djela iz nomotehnike dugo godina, kao vrstan poznavalac upravnog prava. Pored prof. M. Vukovića, V. Horvata i malog broja autora koji su se bavili nomotehnikom, ovo je vrijedan udžbenik, nezamjenljiva građa i u odnosu na druge

suvremeniji, sveobuhvatniji i pregledniji.

4. Autor piše lako i jednostavno, pa i najsloženije odnose, pojmove i kategorije objašnjava tako da se lako pamte u "mrežnom planu" normativnog stvaranja. Piše jezgrovito i koristi standardno pravno nazivlje.

5. Udžbenik je prvenstveno namijenjen studentima prava, ali je potreba za ovom knjigom veća i šira. Za sve vrijeme moga rada na ovom predmetu zahtjevi su diplomiranih pravnika za ovom materijom svakodnevnici. Njima se ovime omogućuje da nađu na jednom mjestu tako bogatu, znanstvenu i stručnu građu za sve oblike normativne aktivnosti.

6. U zadnjih desetak godina nema nove knjige iz nomotehnike. Ovime se zadovoljava društvena potreba za udžbenikom i priručnikom, kako na fakultetima tako i u praksi u državnoj upravi, lokalnoj samoupravi i upravi, gospodarstvu i ustanovama.

Riječ je o udžbeniku namijenjenom prvenstveno studentima koji uče nomotehniku na pravnim fakultetima u Hrvatskoj.

Prof. dr. Ivo Borković je ovim udžbenikom - znanstvenim izvornim djelom obogatio našu pravnu znanost i pravnu praksu. Posebno se ističe jednostavnost, razumljivost i sveobuhvatnost knjige koja će pravno normiranje učiniti dostupnijim, kvalitetnijim i znanstvenijim pravnim poslom.

Djelo je došlo u pravi čas.

Preporučam udžbenik "Nomotehnika" svima koji se bave složenim poslovima normiranja.

*Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur*

## Robert Blažević, Politički poretci i legitimitet, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1995.

U izdanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci iz tiska je izašla druga po redu knjiga autora Roberta Blaževića, docenta na predmetu "Upravna znanost". Nakon knjige "Politička vladavina", koju je objavio 1988. godine, i koja po našem stajalištu predstavlja najbolju propedeutiku za razumijevanje temeljnih Weberovih stajališta, Blažević u svojoj drugoj knjizi načinje problem legitimiteta, koji se po naravi stvari naslanja na njegovu prvospomenutu knjigu, te se može kazati da između tih knjiga postoji logičan tematski i sadržajni koneksitet.

Problem legitimiteta svakako je jedan od stožernih unutar politologijske i upravne znanosti. No, kao i za brojne druge temeljne pojmove unutar recentne hrvatske politologijske znanosti, ne može se kazati da mu je do sada bila pridana odgovarajuća pozornost, a još manje da je na sustavan način elaboriran. Tim vrjednijim nam se čini napor autora da na metodologijski uvjerljiv način pokaže genezu pojma legitimiteta, kao i konsekvence koje on ima u suvremenim političkim poretcima, kako onim liberalno-demokratskim, tako i onima koji su imali autoritarno-komunistički karakter.

Pozivajući se na poznatog njemačkog politologa Offea, Blažević početno ustvrđuje da ukoliko žele osigurati kontinuitet i stabilnost svojeg vladanja, vlastodršci moraju, uz lojalnost i pokornost članova upravnog aparata, osigurati još i "masovnu lojalnost" podčinjenih. Nakon te preliminarne, ali temeljne naznake o biti legitimiteta, Blažević prelazi na etimologijsku razinu problematike. U tom smislu on drži da je pridjev "legitimus" vjerojatno nastao kao kovanica od riječi lex i intimus, što će reći da predstavlja "in-

timnu" suglasnost sa zakonom. Na temelju toga autor nudi i definiciju legitimiteta, držeći da on, "predstavlja svojstvo neke vlasti; pod legitimacijom (legitimiranjem) pak podrazumijevamo proces kojim vlastodršci kroz vlastito djelovanje pokušavaju zadobiti legitimitet" (str. 11).

Blažević drži da tijekom srednjovjekovlja u Europi dominira shvaćanje koje u Božjoj volji, odnosno njegovu mandatu vidi krajnji izvor monarhove vlasti. Bitno nov koncept suvereniteta javlja se u lidera monarhomaha Althusiusa, a on se temelji na pravu naroda da pruži otpor vladaru.

Prva sustavna teorija legitimiteta u modernom smislu riječi prisutna je u djelu Maxa Webera. Weber, koji u svojoj sociologijskoj poziciji razlikuje četiri vrste djelovanja, smatra da se legitimitet, može *in ultima linea*, utemeljiti na tri potporna: zakonu, tradiciji i karizmu.

Autor svoj interes veže uz objašnjavanje svakog od ta tri tipa legitimiteta. Za karizmu ustvrđuje da je riječ o pojmu koji je bitno teologijski konotiran, te da izraz rabe sv. Pavao i tzv. pavlovski spisi. Karizma po samorazumijevanju dolazi od Boga i Duha, te označava neku funkciju ili službu u zajednici.

Tradicionalna vlast duguje pokoravanje osobi, a ne pravnim normama. "Gerontokracija" i "primarni patrijarhalizam" tipovi su tradicionalne vlasti kod kojih ne postoji upravni aparat na raspolaganju vlastodršcu.

Da bi se pojavila legalna vlast, tj. da bi legitimitet bio utemeljen na zakonu, potrebno je zadovoljiti dva uvjeta: prvi, normativni poredak mora biti pozitivno određen i drugi, pravni subjekti moraju vjerovati u njegovu legal-

nost. Kao najčistiji tip zakonske vlasti Weber vidi birokratsku vlast, za koju znamo da ju je posebno glorificirao.

Prikaz suvremenih teorija legitimiteta, Blažević temelji na trojici velikih njemačkih, a rekli bismo i ponajvećih, svjetskih politologa i sociologa, Luhmannu, Habermasu i Hennisu (ta se ocjena odnosi prije svega na dvojicu prvonaznačenih - op. D. L.).

Luhmann, kao vodeći živi predstavnik teorije sustava, drži da sve sustave karakterizira selektivan odnos naspram okoliša, te da je temeljna zadaća svakog sustava reducirati kompleksnost. Legitimnost je za njega generalizirana spremnost da se unutar određenih granica tolerancije prihvate sadržajno još neodređene odluke. Kako Luhmann inzistira na legitimaciji kroz proceduru, postavlja se pitanje što su za njega postupci.

U odgovoru smatra da je riječ o socijalnim sustavima koji ispunjavaju specifičnu funkciju, naime elaboriranje "određene jednokratne, za sve obvezne odluke". Tako Luhmann razlikuje tri vrste postupaka: sudski, izborni i zakonodavni.

Habermasova teorijska pozicija polazi od potrebe razlikovanja "svijeta života" (Lebenswelt) od društvenih sustava. Ove potonje luči na socio-kulturne, političko-administrativne i gospodarstvene. "Svijet života" obuhvaća pak, objektivni svijet prirode, društveni svijet i subjektivni svijet psihičkih stanja pojedinca. Podvojenost ovih svjetova, nastoji Habermas transcendirati stvaranjem komunikativne zajednice u kojoj bi se konsenzus subjekata mogao polučiti ravnopravnom i neposrednom komunikacijom. Habermas određuje legitimitet kao "dostojnost jednog političkog poretka da bude priznat".

Hennis, kao treći autor koji zaokuplja Blaževićevu pozornost kada

je riječ o problemu legitimiteta, drži da je sintagma "legitimna vlast" primjerena za razdoblje novovjekovlja, dakle, za pojavu građanskog društva i države. U tom smislu on upozorava da se u anglosaksonskoj političkoj teoriji problem legitimiteta tematizira pod pojmom *political* ili *civil obligation*, odnosno pod pojmom političke obveze na poslušnost. Za njega je legitimna ona vlast koja dolazi od slobodnog građanina, a nelegitimna pak ona koja polazi od podanika. Po Hennisu postoje tri odlučujuća čimbenika koji legitimiraju neku vlast. Prvo, postoji legitimiranje pomoću osobnog autoriteta vlastodržca. Drugo, postoji tzv. finalno legitimiranje (legitimitet na temelju zadataka). Treće, legitimiranje pomoću limitirajućih struktura i struktura koje motiviraju konsenzus.

Suprotno Hennisu, Habermas pokazuje da pojam legitimiteta nije ni pošto novovjekli pojam, već da su formule poput legitimum imperium bile poznate još u starom Rimu te u razdoblju srednjeg vijeka.

Sažimajući, Blažević koncedira da Luhmann zastupa poziciju proceduralnog legitimiteta, dok Habermas inzistira na supstancijalnom legitimitetu utemeljenom na vrijednostima, a Hennis pretpostavlja neku vrstu inačice teorije legitimiteta, u kojoj se prepliću različiti sadržaji. Nakon ovog prikaza shvaćanja pojma legitimiteta u trojice naznačenih autora, Blažević svoju analizu pomiče na problem legitimiteta pojedinih tipova političkih poredaka. U fokusu njegova interesa našli su se poredci liberalno-demokratskih država, kao i onih koje možemo okarakterizirati kao poretke "sovjetskog tipa".

Početak liberalno-demokratske države možemo vremenski smjestiti u razdoblje 17. stoljeća. Autor drži da su temeljne oznake tog tipa poredaka sloboda, jednakost, ali i pojmovi "vla-

davina prava" (the rule of law) i "pravna država" (Rechtstaat). Da bi zakoni bili djelotvorni i pravedni, prema Hayeku moraju zadovoljiti kriterije da budu opći, jednaki i izvjesni.

Tumačeći narav društava "sovjetskog tipa" i njihovu legitimacijsku osnovu, Blažević se osobito koristi tzv. totalitarnom interpretacijom, koja se javlja sredinom 30-tih godina. Autor se pritom poglavito naslanja na klasičnu poziciju koju predstavljaju Friedrich i Brzezinski, te Neumann, spominjući njihove uvjete na temelju kojih možemo prosuditi da li neka vlast ima totalitarna obilježja ili ne. Blažević polazi od motrišta da su u zemljama proleterskih revolucija u bitnome zanjekane temeljne pretpostavke liberalno-demokratske legitimacije vlasti. Na koncu, autor se bavi i analizom određenih procesa u tzv. postsocijalističkim poredcima, te ustvrđuje da i "nakon sloma socijalističkih poredaka neki elementi tih poredaka (npr. povijesna misija, kult личности, kolektivistička ideologija, proizvodnja neprijatelja, cenzura, netolerancija) i danas još uvijek egzistiraju, barem kada je u pitanju većina država nastalih na prostoru

bivše Jugoslavije" (str. 146.).

Na posljetku, ustvrdili bismo kako je pojava knjige "Politički poretki i legitimitet" značajna za našu politologijsku, upravnu i sociologijsku znanost. Autor konzekventno slijedi svoj misaoni put, trasiran svojom knjigom "Politička vladavina" i pokazuje se kao akribičan i metodologijski uvjerljiv i iskusan autor. Knjiga na pregledan i zaokružen način govori, i to vrlo autoritativno, o jednom od središnjih pojmova suvremenog političkog života. Kao propuste knjige upozorili bismo na stanovitu redukciju problema na isključivo njemačke autore, ma kako oni značajni bili, o čemu smo već govorili, jer je problem jako nazočan, npr., u anglosaksonskoj literaturi, te na neke možda "preoštre" zaključke o određenim zbivanjima u recentnoj hrvatskoj državi, primjerice one o "kultu личности", a koji po našem sudu nisu dostatno kontekstualizirani (mislimo na razdoblje bespoštedne i dugotrajne petogodišnje agresije na Hrvatsku), ali i neke koji nisu dostatno apostrofirani, poput gospodarstvenog kriminala, sprege gospodarstvene i političke mafije i neke druge.

*Doc. dr. sc. Duško Lozina*

---

**Zoran Pavlović. Psihološke pravice otroka. Otrokove pravice onstran pravnega varstva. "Didakta", Radovljica, 1993., VIII+267 s.**

U studenome 1993. (ili četiri godine nakon što je u GS OUN prihvaćena Konvencija o pravima djeteta) iz štampe je izašla vrijedna monografska rasprava dr. Zorana Pavlovića, znanstvenog istraživača Instituta za kriminologiju u Ljubljani, koja pokriva suprotno područje "psiholoških prava djeteta".

I sam inspiriran literaturom o

pravima djeteta, a osobito knjigama Alice Miller, koja otkriva "autentične potrebe malog djeteta te velike i male manipulacije s kojima odrasli ostvaruju svoje čuvstvene potrebe na račun djeteta, običajno u imenu djeteta", Pavlović je posvetio više pozornosti sljedećim pitanjima. Što su prava? Što je dijete? Kakva je dinamika i specifičnost prava djeteta? Da li je utemelje-

no govoriti o "psihološkim" pravima? Kako ih je moguće zaštititi? Da li je moguće psihološka prava djeteta utemeljiti s vidika psihološkog znanja o potrebama i mogućnostima djeteta? Da li je moguće naći vezu među "psihološkim" i "običnim" pravima djeteta?

Već se u uvodu naglašava vriednost aktivnosti, posebno na međunarodnom planu, koje se poduzimaju od donošenja Konvencije o pravima djeteta i koje, za neke, predstavljaju radikalan zaokret u odnosu društva prema djetetu i upućuju na to da je djetinjstvo legitimno i normalno čovjekovo stanje. Istodobno pisac plastično nudi uvid u stvarni položaj djece u društvu: "žive u čekaonici i dok čekaju da postanu pravi ljudi, hodaju u školu življenja".

Pavlovića posebno zanimaju psihološka prava djeteta. Ustvari, osnovni cilj je ove studije odgovoriti na pitanje da li je pojam psiholoških prava djeteta smislen i da li ga je moguće utemeljiti, posebno s aspekta psihologije, i uskladiti sa shvaćanjem prava čovjeka uopće i temeljnih prava djeteta posebno.

U tom smislu autor se pita što predstavljaju psihološka prava djeteta. I svjesno odlažući odgovor za kasniju raspravu, konstatira da je teško reći da li su psihološka prava djeteta posebna kategorija prava djeteta, koju je moguće dodati drugim kategorijama, poseban vid razumijevanja prava djeteta uopće ili potpuno odvojen tok razmišljanja o položaju djeteta u društvu i obitelji.

Pavlović čitaoca postepeno uvodi u svijet psiholoških prava djeteta: polazeći od prava čovjeka, preko razlaganja instituta kao što je djetinjstvo do prava djeteta, odnosno njegovih psiholoških prava.

Dakle, prvo poglavlje ove zanimljive studije posvećeno je pravima čovjeka. Takav pristup omogućava bolje

razumijevanje specifičnog položaja djeteta i doprinosi izbjegavanju eventualnih nedosljednosti ili nesporazuma.

Potanko gledajući, u ovom poglavlju predstavljene su zanimljive stvari. Npr., upozoreno je na Foxovo razmišljanje o "pra-pravici" čovjeka, koje se inače ne pojavljuje u suvremenim koncepcijama o čovjekovim pravima. Zatim, dat je pregled definicija određenih pojmova, kao što su prava (uopće), slobode i prava čovjeka, dužnosti čovjeka, zaštita prava čovjeka. Pri tome je potrebno naglasiti da se pisac kritički odnosi prema tim definicijama, kao i to da svoju pažnju ne usmjerava samo na enciklopedijske ili leksikonske izvore već i na razmišljanja koja su zastupljena u brojnim monografijama. Uz sve to, nije propušteno upozoriti na odgovarajuće odredbe znanih deklaracija o pravima i slobodama čovjeka.

O kompleksnosti problematike, koja se razlagala u ovom dijelu studije, govori i opširnije određivanje pojma prava čovjeka, koje nam je autor ponudio i koje, u skraćenom obliku, inzistira na tome da prava, skupa s dužnostima, reguliraju odnose među akterima s različitom društvenom moći. U tom smislu prava čovjeka predstavljaju historijski kompromis između subjekta potreba, na jednoj, i subjekta moći na drugoj strani. Dakle, prava su regulator odnosa među nejednakima.

Zanimljiva je i puna suptilnosti problematika o djetinjstvu i o djetetu. Pod tim su nazivom izlaganja u drugom dijelu ove studije.

Na samom početku Pavlović podsjeća na davno izrečene stavove o tome da djeca kroz povijest nisu imala nikakvih prava, odnosno da su prava pripadala isključivo odraslima. I ne samo to. Upozorava i na činjenicu da pojam djeteta kakav je danas poznat dugo vremena nije bio ni oblikovan. Uz sve to život djeteta je, bez obzira



na nostalgične predstave, sve više nego bezbrižna igra. U slučaju djetinjstva je "amnezija motivirana i namjerna i događa se na dva nivoa - na kulturno-historijskom i na osobnom".

Da bi približio položaj djeteta u prošlosti i, samim tim, omogućio njegovo bolje razumijevanje, Pavlović predstavlja razmišljanja pisaca (poput Franklina, Harta, Puharjeve, DeMause, Ariesa) koji su pokušali utvrditi kako je današnje djetinjstvo postalo to što jest i što je bilo pred njim. Pri tome se čini zanimljivim Franklinova misao da djetinjstvo nije univerzalno iskustvo s određenim trajanjem, već prije svega historijsko promjenljiva kulturna konstrukcija. Sjetimo se i Ariesove misli da tijekom XVII. i XVIII. stoljeća djeca nisu imala posebni prava nego mogućnost da vrlo brzo dobiju sva prava, ali i sve dužnosti kao odrasli i da se uče živjeti na životom odru gdje se predstava događala.

U suvremenim društvima djetinjstvo je dugo, a djeca su vrlo heterogena skupina ljudi i imaju različite potrebe i sposobnosti. Samo po sebi postavlja se složeno pitanje globalnog opredjeljenja što je dijete. Autor upozorava da je samo na prvi pogled jednostavno "prepoznati dijete" i da ne postoje nikakvi objektivni ili prirodni kriteriji na koje bi se lako oslonili u određivanju marginalnih točaka razdoblja koje se imenuje "djetinjstvo". U tom kontekstu naglašava da pojam djeteta određuju društvena praksa, navike i običaji čovječanstva.

Mozaik vrijednosti zanimljivih misli koje je Pavlović ponudio u ovom dijelu studije upotpunjuje se razmatranjima o dva paralelna procesa novog društva: zagađivanju prirode i djetetove duše. Trijumf se i u slučaju znanstvenog podređivanja prirode i u primjeru znanstvenog obvladavanja i oblikovanja čovjeka pokazao, bez obzira na evidentne učinke, za kratkotrajnu iluziju. K

ekologiji i djetetovoj duševnosti autor vodi kroz sljedeće misli Alice Miller: "Sada, kad znamo da zagađivanje zraka i vode neposredno ugrožava naš opstanak, zaštita okoline nije više stvar altruizma... radi se o samoodržavanju. Isto možemo reći i za konstatacije psihoanalize. Tako dugo dok doživljavamo dijete kao posudu u koju možemo sigurno spravljati svo naše 'emocionalno smeće', malo možemo stvoriti za mijenjanje prakse 'crne pedagogike'. Istovremeno, bićemo zgroženi nad rastom psihoze, nerveze i zloupotrebe mamila među adolescentima; bićemo ogorčeni i zgroženi nad spolnim perverznošćima i nasiljem i naviknuti ćemo se da brojne ubice doživljavamo kao neizostavni dio našega suvremenoga svijeta. Kada analitični pogledi postanu dio javne svijesti, podređenost djeteta, sadržana u zakonu 'roditeljske moći' neće se više moći pravdati... ponašanje roditelja će sigurno promijeniti i saznanje da je to što su počeli u dobroj vjeri i što su označili kao 'nužno discipliniranje', ustvari historija ponižavanja, nanošenja bola i trpljenja djeteta...".

Treći dio studije posvećen je problematici prava djeteta. Uopće posmatrano, autora zanima kako međunarodna zajednica određuje prava djeteta, posebno u Konvenciji o pravima djeteta (1989.), s jedne strane, i kako o istim pravima govore teoretičari, s druge strane. Takav pristup ovoj tematici otkriva da međunarodna skupnost zahtijeva prije svega sigurnost za dijete i slobode toliko koliko to sigurnost dopušta. Druga skupina zainteresiranih za sudbinu djece zahtijeva u prvom redu slobodu, sigurnost samo predpostavlja.

Željeli bismo još naglasiti da iz izlaganja u ovom dijelu razumijemo zašto je i pored suprotnih težnji evolucija prava čovjeka morala obuhvatiti i djecu i postaviti na dnevni red pitanje

njihovih prava. Shodno tome Pavlović se posebno okreće problematici usklađivanja koncepta prava čovjeka i empirijske realnosti djeteta, koja (realnost) značajno preoblikuje koncept prava u slučaju njegove aplikacije na dijete. I to u smislu da se prava odraslih temelje na njihovim zahtjevima, prava djeteta na njihovim potrebama.

Po mišljenju autora priznavanje pravnog subjektiviteta je ključna točka budućeg koncipiranja i razvoja prava djeteta. To potvrđuje i Konvencija OZN o pravima djeteta, koja dijete postavlja kao subjekta prava. Obrazlažući njene pozitivne i one slabije značajke, autor naglašava da pomenuti akt oslikava kompleksnost statusa djeteta i protivrječnosti njegovih prava. Pri tome podsjeća da u tom trenutku Konvencija predstavlja "najveći mogući konsenzus o minimalnom standardu prava djeteta."

Na dinamičan način predstavljen je odnos roditelja prema djeci. Konstatira se da odrasli još uvijek nisu spremni odstupiti od shvaćanja djeteta kao gradiva za vlastitu reprodukciju, niti ga prihvaćati kao osobu s vlastitim pravima. Ostavljajući po strani pozitivne strane obitelji, autora zanimaju potencijalno ugrožavajuće manifestacije, kao što je nasilje. Upozorava da upravo nasilje drastično oslikava teškoće koje 'temeljna ćelija društva' reproducira. Istovremeno ono je i daleko "tvrđi orah nego 'javni' kriminalitet."

Četvrto poglavlje, posvećeno psihološkim pravima djeteta, Pavlović započinje mislima anonimusa, mislima kojima ne možemo odoljeti i koje moramo sada i tu predstaviti: ako dijete živi u kritici, nauči se osuđivati; ako dijete živi u neprijateljstvu, nauči se boriti; ako dijete živi u ismijavanju, nauči se plašljivosti; ako dijete živi u sramoti, nauči se osjećati se krivim;

ako dijete živi u tolerantnosti, nauči se strpljivosti; ako dijete živi u ohrabrivanju, nauči se povjerenju; ako dijete živi u pohvali, nauči se poštovanju; ako dijete živi u poštenju, nauči se pravednosti; ako dijete živi u sigurnosti, nauči se vjerovati; ako dijete živi u odobravanju, nauči se ugadati sebi; ako dijete živi u prijateljstvu, nauči se naći ljubav na svijetu.

U ovom se poglavlju, dakle, autor zaustavlja na sintagmi "psihološka prava djeteta". Prihvaćajući spoznaje razvojne psihologije pisac uspoređuje opća i psihološka prava, govori o razmjerama između psiholoških prava i potreba djeteta, bavi se definiranjem i klasifikacijom psiholoških prava, istražuje njihovo kršenje. Pri tome konstatira da su psihološka prava djeteta prije svega standard ponašanja odraslih prema djeci, i to standard koji izvire iz subjektiviteta djeteta. Za psihološka prava djeteta specifično je i to da predstavljaju granicu između empatičnog odnosa odraslih i manipulacija i psihološkog trpljenja djeteta.

Također, u ovom poglavlju prikazana je i mogućnost zaštite psiholoških prava djeteta. Dovodeći tu zaštitu u vezu s Konvencijom o pravima djeteta, daje se pregled odredaba koje su relevantne za raspravu o psihološkim pravima i konstatira se da Konvencija štiti privilegirano vrijeme djetinjstva kao civilizacijsku dobit.

Na kraju, željeli bismo naglasiti da je dr. Pavlović, polazeći od Feinbergova koncepta prava djeteta do otvorene budućnosti, "psihološka prava djeteta" utemeljio kao smisaoni koncept i razložio ih kao posebnu skupinu prava značajnih za dijete.

Pročitavši ovu knjigu i odloživši je na policu, ali tako da je uvijek na dohvatu ruke, ostajemo s uvjerenjem da se u njoj kriju mnogi odgovori i dobre osnove za razmišljanje i istraživanje odnosa društva i odraslih prema

djeci. Nipošto ne možemo smetnuti s uma to da ovu civilizaciju čekaju velike promjene ako društvo odraslih promijeni svoj odnos prema djetetu, i to tako da dijete postane cilj, a ne sredstvo. Neka nam stoga bude dopušteno

ovaj prikaz završiti riječima samog autora: "Djeca ne pripadaju više roditeljima kao 'vlasništvo'; naprotiv roditelji pripadaju djeci, kao njihova više ili manje sretno izabrana sudbina".

*Mr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić*

---

**Philip Raoul Tetu, Probable Cause - Between the Police Officer and the Magistrate (Vjerojatni uzrok - Između policijskog i magistratskog službenika) Charles C. Thomas, Publisher, 1995; Springfield, Illinois, USA**

PHILIP RAOUL TETU, cijenjeni američki odvjetnik i pravni analitičar, diplomirao je na Sveučilištu u Georgetownu 1960. godine. U posljednjih trideset i pet godina prošao je hijerarhijski put od običnog službenika policijskih snaga (nedugo nakon diplomiranja dobio je posao zamjenika i pravnog savjetnika ureda šerifa u Maineu) do imenovanog magistrata Vrhovnog suda Virginije (Commonwealth of Virginia) 1992. godine. Nakon službovanja u policijskim snagama Mainea stanovito vrijeme živio je i radio u Washingtonu u Ministarstvu pravosuđa, Odjelu za ljudska prava, Odsjeku za pripremni postupak. Više od 25 godina bavio se teorijom prava, i to kao predavač na Odsjeku za kazneno pravo na Sveučilištu Northeastern (Northeastern University), Emmanuel Collegeu, te na Državnoj policijskoj Akademiji Massachusettsa (The Massachusetts State Police Academy) prije no što se 1991. godine vratio u Virginiju i godinu dana kasnije postao magistratom pri Vrhovnom sudu. Između ostaloga, autor je poznatog policijskog priručnika "Within the law" - "Unutar prava", u kojemu poseban naglasak stavlja na osnovna prava i slobode pojedinca. Mnogi njegovi članci objavljeni su tijekom godina u raznim stručnim, posebice policijskim ma-

gazinima diljem SAD-a.

Podaci iznijeti u djelu "Vjerojatni uzrok - Između policijskog i magistratskog službenika" - "Probable cause - Between the police officer and magistrate" rezultat su sveobuhvatnog stručnog opusa samog autora i značajnim dijelom predstavljaju izraz osobnih iskustava. Djelo je objavljeno 1995. godine i podijeljeno je na šesnaest poglavlja u kojim sam autor opetovano istražuje problematiku Ustavom definiranih ljudskih prava i sloboda, te daje znanstvenu obradu novih standarda.

U razmatranju aktualne problematike autor je djelo podijelio na sljedeća poglavlja:

1. Historical background to civil rights - Povijesna pozadina građanskih prava
2. Contemporary situations - Suvremene situacije
3. Security of the public - Javna sigurnost
4. Newspapers, parades and obscenity - Novine i nepristojnosti
5. The obscenity standards revolution in June of 1973. - Novopostavljeni standardi opscenosti iz lipnja 1973.
6. Security of the person - Osobna sigurnost
7. Pre-custodial and detention rights of citizens - Prava građana u predpri-tvornom postupku

8. The civil right acts - Akti o građanskim pravima

9. The security of property - Sigurnost imovine

10. Miranda revisited - Ponovno ispitivanje slučaja "Miranda"

11. Extraordinary evidence gathering - Izvanredno prikupljanje dokaza

12. Defending a local police officer in a federal civil rights case - Obrana policijskog službenika u postupku na federalnoj razini

13. And he shall be brought before a magistrate - I dovedoše ga pred magistrata

14. State magistrate reviewed in the United States Supreme Court - Ispitivanje magistratskih odluka od strane Vrhovnog suda

15. 42 U.S.C. Section 1983 and its influence on probable cause - 42 U.S.C. Section 1983 i njegov utjecaj na vjerojatne uzroke

16. The conduct and operation of a state magisterial office - Ustrojstvo i djelovanje državnih magistratskih organa

1) U prvom poglavlju autor iznosi kratak povijesni prikaz razvoja ljudskih prava i instituta magistrata kao specifičnog subjekta zaštite samog pojedinca i njegovih prava, te kao posebnog subjekta u konačnom odnosu između počinitelja kaznenog djela i izrečene sankcije. Pojam magistrata ima duboku povijesnu pozadinu kako u engleskom common law sistemu tako i u praksi američkog sudstva, bez obzira na činjenicu da se u proteklih pet stotina godina više puta mijenjao i njegov naziv i granice ovlasti. U Ustavu SAD-a, ali i u Ustavima mnogih drugih zemalja, magistrat je službenik kojemu se osoba mora privesti da bi se ispitalo uhićenje, istražili mogući uzroci, odredila jamčevina (ako je to moguće), utvrdilo da li će se izdati nalog za osumnjičeničnikovo uhićenje i da li dozvoliti da se osumnjičeničnikov dom

pretraži u cilju pronalazjenja dokaza. Magistrate imenuju suci okružnih sudova. Zakoni svake pojedine države članice SAD-a određuju djelokrug pojedinih magistratskih sudova, premda se općenito može uzeti da je njihova nadležnost, u pravilu, ograničena na rješavanje manjih prijestupa, prekršaja i provođenje prethodnih saslušanja. Iako postoji mogućnost da se institut magistrata smatra "tihim" i "beznačajnim" dijelom pravnog sustava, posebice bez autoriteta kojeg ima sud kao institucija, praksa ipak potvrđuje da se radi o snažnom državnom aparatu koji, sa svog stajališta, ima mogućnost ograničiti čovjekovu slobodu i imovinu, i to kako u civilnom tako i u kaznenom postupku.

Autor je u ovom djelu nastojao istražiti i prezentirati pozitivnu sliku interakcije između policijskog službenika i magistrata. Posebno naglašava činjenicu da se do sada to, uglavnom, smatralo odnosom u kojem su se obje strane povodile isključivo negacijama: "ne učini ovo, ne učini ono...", ali da je u današnjem svijetu, kada nasilje, droge i urbani terorizam sve dublje prodiru u pore društvenog života i ljudske svijesti, prvenstveni zadatak ovih subjekata suradnjom zaštititi osnovne vrijednosti modernog življenja i spriječiti, ili barem smanjiti, njihovo ugrožavanje.

Načelo zaštite zakona osnovna je smjernica u njihovu djelovanju. Čak i kada magistrat smatra da postoje pretpostavke za izdavanje naloga i, shodno tome, tako i postupi, osobi na koju se nalog odnosi mora se pružiti mogućnost iznijeti obranu. Radi se o vrlo ozbiljnom aspektu obvezujućih dužnosti magistrata. Naime, postoje stanoviti standardi, teorijski precizirani, kojih se on u konkretnom slučaju mora pridržavati i od kojih u cijelosti ovisi donošenje pravilne i primjerene odluke za pojedinog prekršitelja. Prekršitelj,

naravno, ima ustavno pravo žaliti se na odluku magistrata. U takvom slučaju praktični segment njegove žalbe sastoji se u tome da prekršitelj (u ovom stadiju već optuženik) nastoji pronaći drugog magistrata, koji će povjerovati njegovu iskazu i preinačiti odluku prvog magistrata u njegovu (optuženikovu) korist. U mnogim zemljama optuženik se obraća direktno sljedećem najvišem magistratu ili sudu i traži od adresata zaštitu svojih prava i interesa. Praksa je pokazala da se, u najvećem broju slučajeva, potvrđuje prvostupajnska presuda, iako je i teorijski i praktički moguće i njeno preinačenje. Za prikazivanje i interpretaciju konkretnih slučajeva autor se koristio publikacijama Američkog Udruženja pravnika analizirajući pritom predmete i slučajeve sistematizirane u pojedinim djelima.

Polazno je stajalište da je ustrojstvo državne vlasti u suvremenim demokratskim sustavima organizirano, između ostaloga, i radi zaštite osnovnih društvenih vrijednosti, u prvom redu, radi zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. Polazište je, svakako, u ustavu pojedine zemlje, koji se raščlanjuje u zakonima i drugim aktima državne vlasti. Postoji tendencija da svaka grupa ljudi u kontinuiranom civilizacijskom razvitku nastoji stvoriti što savršeniji i kompleksniji policijski sustav isključivo radi zaštite vlastite opstojnosti. Organizacija policijskog aparata, ali i cijelog sustava državne vlasti lakša je i jednostavnija u strogo centraliziranim državama. U takvim sustavima cjelokupni institut policije stavlja se pod nadzor jednog središnjeg ureda, kojeg, shodno tome, i samoga kontroliraju male grupe ljudi ili čak pojedinci. Naravno, posljedice takvog tipa policijskog ustrojstva u suprotnosti su s vladajućim shvaćanjima o ustroju demokratskih sustava i rezultiraju problemima koji su modernim društvima danas dobro

poznati i nastoje se prevladati.

U suprotnosti s iznesenim egzistira sustav vlasti SAD-a, koji se nakon američkog građanskog rata raščlanjuje u dva pravca, odnosno u dva različita pravna sistema:

1. jedinstveni federalni sustav vlasti i
2. potpuno decentralizirani sustav pedeset država unutar SAD-a.

Države članice moraju respektirati odredbe federalnog ustrojstva vlasti, iako se takve ili slične odredbe ne nalaze u njihovim Ustavima. Razlog tomu je činjenica da su 14. Amandmanom, koji je prihvaćen 1868. godine, svi državljani pojedinih država članica ujedno postali i državljani SAD-a. Danas to znači da se svaki državljanin američke federalne jedinice, pozivajući se na 14. amandman i svoje federalno državljanstvo, može peticijom obratiti Vrhovnom sudu SAD-a i tražiti legalnu zaštitu svojih prava i interesa.

2) U drugom poglavlju autor analizira konkretnost suvremenih situacija vezanih za primjenu prava u okviru sustava specifičnih po vlastitoj strukturi i unutarnjem ustrojstvu, kao što je to pravni sustav SAD-a. Poznata je максима da se moć države proteže na sve njezine državljane. U skladu s tim su i policijski službenici u manjim mjestima SAD-a dužni djelovati unutar ograničenja koja im nameće Ustav. Ukratko, svako djelovanje državnih, okružnih, gradskih i lokalnih službenika policijskih snaga, bez obzira na opseg njihovih ovlasti smatra se, sukladno četrnaestom amandmanu, isključivo državnom akcijom. Ipak, ocjena o tome da li se pojedina akcija, odnosno djelovanje osobe koja je plaćena ili radi za državnu ili vladinu službu ili pojedinu agenciju, nastojeći zaštititi prava i interese jedne fizičke ili pravne osobe, ugrožena od druge takve osobe, može smatrati državnom akcijom, prepuštena je isključivo sudu. Autor kao praktični primjer navodi slučaj iz 1951. godine

(*Williams v. US* 341. U.S. 97, 95 L. Ed. 622) u kojem je sud, primjenjujući federalno pravo, osudio privatnu osobu koja je djelovala po posebnoj ovlasti grada Miami, i to zbog prekoračenja i zloupotrebe dodijeljenih joj ovlasti.

3) U trećem poglavlju autor se bavi problemom javne sigurnosti uz naznake kada je potrebno ograničiti slobodu pojedinca i pretpostaviti je sigurnosti većeg broja građana.

Naglašava se da ne postoji apsolutna sloboda djelovanja. Svatko se u vlastitoj aktivnosti mora suzdržavati od onih čina kojima se ugrožava ili ograničava sloboda drugih pojedinaca. Posebnu pažnju autor je posvetio problemu ugrožavanja javne sigurnosti temeljem javnih istupanja (govor i tisak). U slučaju *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 69 L.Ed. 1138 iz 1925. godine Gitlowa je Vrhovni sud SAD-a osudio zbog raspačavanja letaka kojima je pozivao šire pučanstvo da mu se pridruži u revolucionarnoj akciji koja bi u svojoj konačnici dovela do isključive "vladavine proleterijata". Njegov branitelj je nakon izricanja presude isticao prigovor da je ista nezakonita, jer je njome nedvojbeno povrijeđeno pravo koje Gitlowu jamči 14. Amandman, te mu je ujedno oduzeta i sankcionirana sloboda javnog istupanja. Slučaj je izazvao veliku medijsku pozornost.

U istom poglavlju autor spominje RICO ("Racketeer Influenced and Corrupt Organizations" Act). To je dokument po kojem se čitavo jedno pravno poglavlje naziva RICO law (pravo). Riječ je o pravu kojim je, i na federalnoj i na razini država članica SAD-a, dana osnova za istraživanje, kontrolu i gonjenje organiziranog kriminala, te kojim se sprečava pojedince da sudjeluju u aktivnostima koje imaju neposredan utjecaj na unutarnju ili vanjsku trgovinu. Za podnošenje tzv. RICO - zahtjeva protiv određenog počinitelja podnositelj zahtjeva mora do-

kazati kumulativno postojanje sedam elemenata koji zajedno čine specifičnu definiciju RICO - kaznenog djela:

1. da je okrivljeni
2. tijekom izvršenja djela koje se sastoji od dvije ili više radnji
3. stvorio specifičan "model"
4. "racketeering" djelovanja (izraz "racketeer" označava pojedinca koji se, kao član organizirane bande, bavi ucjenjivanjem trgovaca, vlasnika lokala isl.),
5. te da je direktno ili indirektno podržavao ili
6. sam sudjelovao u aktivnosti
7. koja je imala negativan utjecaj na unutarnju ili vanjsku trgovinu zemlje.

4) U daljnjem poglavlju autor posebnu pažnju posvećuje pitanju slobode javnog informiranja i prekoračenju te slobode u situacijama kada novinski izdavači dopuštaju da se u objavljenim tekstovima iznose neistine i pri tome vrijeđaju ugled, čast i dostojanstvo fizičkih i pravnih osoba, zajamčene Ustavom. Naime, već gotovo pedeset godina novinske kuće uživaju potpunu slobodu tiskanja i izdavanja tekstova u kojima se iznose neistine; takvu praksu omogućila je odluka Vrhovnog suda SAD-a iz 1936. godine (slučaj *Near v. Minnesota* 283 US 697,75 L.Ed. 1357), ali istovremeno je osobi čija su prava povrijeđena takvim tekstom dano pravo da podnese tužbu nadležnom sudu poradi klevete.

5) U poglavlju pod naslovom "The obscenity standards revolution in June od 1973" iznosi se praksa o novopostavljenim standardima nepristojnosti. Pitanje što je moralno dopušteno, a što prelazi granicu "dobrog ukusa" 1973. godine u slučaju *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 37 L.Ed. 2d 419 stiglo je pred Vrhovni sud SAD-a u postupku po žalbi. Naime, gospodin Miller je osuđen zbog nezakonitog poštanskog raspačavanja materijala opscenog sadržaja. Vrhovni sud je u žalbenom postupku utvrdio sljedeće: ma-

terijal opscenog sadržaja nikad nije bio pod zaštitom 1. Amandmana, te je potvrđena presuda provostepenog suda, jer je zaključeno da prikazivanje takve vrste materijala nije moguće bez narušavanja osnovnih socijalnih i moralnih vrijednosti i standarda društva. Postojali su (i još uvijek postoje) veliki problemi oko utvrđivanja ovlasti sudova u slučajevima kada je materijal opscenog sadržaja dopremljen na teritorij jedne države članice SAD-a iz druge federalne jedinice, ili čak iz druge države izvan granica SAD-a. U tom je slučaju gonjenje otežano. Međutim, postoji velika mogućnost da će se, u skoroj budućnosti, kažnjavanje za djela koja u osnovi predstavljaju razne vrste opscenih radnji prepustiti lokalnoj interpretaciji. Autor naglašava da se od 1990. godine zamjećuje pojačana aktivnost na polju nadzora pornografije, i to zahvaljujući zajedničkom djelovanju policijskih snaga, crkava, te pravilnoj edukaciji u školama.

6) Nadalje, u poglavljima koja nose naslove "Sigurnost osoba" ("Security of the person") i "Sigurnost imovine" ("The security of property") autor vrlo iscrpno obrađuje prava pojedinaca koja su zajamčena četvrtim Amandmanom. Naime, pravo je svakog čovjeka da potpuno nesmetano uživa u vlastitoj imovini, nastoji zaštititi svoj tjelesni i duševni integritet od ugrožavanja od strane trećih osoba, te da se zaštiti od nezakonitih i nerazumnih pretraživanja doma, kao i zaplijene imovine. Četvrti Amandman traži i nastoji omogućiti osobi da bude sigurna u svom domu, daje joj pravo na privatnost koja može biti ograničena samo iz razumnih i zakonitih razloga. Poznato je pravilo da nije dopušteno muškarcu - policijskom službeniku izvršiti pregled ženske osobe.

Da bi se mogla izvršiti pretraga kuće, trebaju se ispuniti zakonom predviđene pretpostavke, inače se radi o

ilegalnoj pretrazi. Razumnost ili opravdanost pretresa predstavlja širok pojam za istražitelja, ali bez obzira na široko određenje njegovih ovlasti, on ipak mora svoje djelovanje usaglasiti sa zakonom, jer ga u protivnom subjekt istrage (osoba čiji se dom pretražuje ili koja se ispituje) ima pravo tužiti. Autor naglašava poraznu činjenicu da su mnogi slučajevi iz tog područja rezultat zlostavljanja i vrijeđanja pojedinaca od strane policijskih organa. Tako slučaj **Bumper v. North Carolina** 391 U.S. 534, 20 L.Ed. 2d 797 iz 1968. godine predstavlja primjer nezakonitog pretresa izvršenog od strane policijskih službenika koji su, tvrdeći da imaju potreban nalog, nezakonito ušli u stan i izvršili pretres, iako na to nisu bili ovlašteni. Činjenice utvrđene na taj način ne mogu, osim u posebnim slučajevima, poslužiti kao dokazni materijal u postupku. Sličan primjer nezakonitog policijskog djelovanja nalazimo u slučaju **Davis v. North Carolina** 384 U.S. 737, 16 L.Ed 2d 895 iz 1966. godine, kada sud iz opravdanih razloga priznanje nije uzeo u obzir. Naime, na ispitivanju koje je trajalo više od šesnaest dana priznanje osumnjičenika iznuđeno je silom.

7) Poglavlje br. 8. posvećeno je Aktima o građanskim pravima (Civil Right Acts), koji predstavljaju kompilaciju pisanih dokumenata ustanovljenu nakon II. svjetskog rata, posebice između 1957. i 1964. godine, s funkcijom zaštite osobnih prava čovjeka i građanina zajamčenih Ustavom SAD-a. Takvi dokumenti zabranjuju i osuđuju diskriminaciju pojedinca na polju zapošljavanja, obrazovanja, javnog istupanja i sl., i to bez obzira na spol, dob, nacionalnost, vjersku pripadnost, boju kože ili neku drugu osnovu razlikovanja. Autor u ovom dijelu spominje dva takva Akta - "Civil Actions for Deprivation of Rights" ("Građanske akcije za oduzimanje prava") i "Con-

spiracy to Interfere with Civil Rights” (“Zavjera usmjerena na narušavanje građanskih prava”). Kada se govori o građanskoj (civilnoj) akciji, mora se naglasiti da se radi o bilo kakvoj akciji utemeljenoj na načelu pravednosti, koja je usmjerena na zaštitu prava pojedinaca, zakonom osnovana i istim regulirana. Zavjera koja ima za cilj narušavanje ili oduzimanje ustavom zajamčenih građanskih prava predstavlja akciju dviju ili više osoba koje nezakonitim sredstvima nastoje postići zabranjenu svrhu, neposredno usmjerenu protiv prava i interesa građanina. Opetovano naglašavajući činjenicu da su mnoge zloupotrebe i narušavanja prava posljedica neopravdano brutalnog postupka policijskih i državnih službenika prema uhićenima, autor navodi primjer iz 1976. - slučaj *Imbler v. Pachtman* 424 U.S. 409, 47 L.Ed. 2d 128 kada je državni odvjetnik namjerno prešutio i nastojao sakriti oslobađajuće okolnosti, te iznio samo dokaze očito suprotne interesima optuženika. Nakon što je oslobođen optužbe, Imbler je privatnom tužbom nastojao pozvati Pachtmana na odgovornost, ali je sud ustanovio da on kao državni odvjetnik ima apsolutni imunitet za djela počinjena u obavljanju službe.

8) Posebno poglavlje u ovoj knjizi posvećeno je slučaju *Miranda v. Arizona* 384 U.A. 436, 16 L.Ed. 2d 694 iz 1996. godine, po kojem su okolnosti na koje se upozoravaju uhićenici nazvane “Miranda upozorenja”. Radi se o sljedećim pravima:

1. Imate pravo razgovarati i savjetovati se s odvjetnikom (braniteljem),
2. Imate pravo na postavljanje sudskog branitelja u slučaju da si ne možete priuštiti vlastitog odvjetnika,
3. Imate pravo šutjeti,
4. U slučaju da odlučite govoriti, sve što kažete može se iskoristiti protiv Vas,
5. Dok se prva četiri prava priopća-

vaju uhićenima u svim državama članicama SAD-a peto pravo uvriježeno je priopćiti samo u nekim federalnim jedinicama (kao što je to u Massachusettsu određeno Aktom Massachusetts General Law, Chapter 276, Section 33A). Naime, u pojedinim državama uhićeniku može biti pridržano pravo na jedan telefonski poziv.

Ova prava moraju se uvijek i obavezno predočiti osobi kada je istu potrebno pritvoriti ili joj na neki drugi način ograničiti slobodu kretanja. Sve dok se uhićeniku ne saopće gore navedena prava, odnosno upozorenja nije, po zakonu, moguće izvoditi dokaze prikupljene u istražnom postupku, a koji bi bili na njegovu štetu.

9) Problematika prikupljanja dokaza nedvojbeno je značajna u policijskim, magistratskim i sudskim postupcima, jer predstavlja osnovu za kažnjavanje ili protiv kažnjavanja potencijalnog počinitelja. Kod prikupljanja dokaza veoma važnu značajku predstavlja surađivanje i pristanak osumnjičenika na ispitivanje. Radi se o volutativnom elementu dobrovoljne suradnje s drugom stranom (osobom koja traži odgovor na pitanje). Pristanak na suradnju ujedno inkorporira i psihološku sposobnost rasuđivanja i iznošenja zapazanih činjenica. U točki 6. već je naglašeno da se za pretres kako osobe tako doma i ostale privatne imovine, moraju ispuniti zakonom predviđene pretpostavke, inače se radi o nezakonitom djelovanju državnih organa. Jedna takva pretpostavka je, svakako, uredno izdan nalog za pretres. Međutim, čak i u slučaju da takvog naloga nema, pretres se smatra dopuštenim, zakonito i pravilno izvršenim ako je osoba na koju se odnosi (osumnjichenik, vlasnik imovine) dobrovoljno na njega pristala. U tom slučaju, pristanak ima pravnu snagu naloga za pretres.

Autor, nadalje, navodi slučaj *Hayes v. Florida* 470 u.S. 811, 84 L.Ed.



2d 705 iz 1985. godine kada je prilikom privođenja osumnjičenika došlo do očite povrede prava zajamčenih 4. Amandmanom, ali je sud ipak prihvatio dokaz i osudio počinitelja. Naime, osumnjičenik za kojeg se je opravdano sumnjalo da je počinio kazneno djelo krađe i silovanja je, samo na osnovi indicija, priveden u policijsku postaju i podvrgnut uzimanju otisaka prstiju. Naglašena je činjenica da pri tom nije postojao sudski nalog niti je osumnjičenik dobrovoljno na to pristao, čime su nedvojbeno povrijeđena njegova prava i interesi. Ipak, unatoč nezakonito provedenom postupku Vrhovni sud SAD-a prihvatio je dokaze prikupljene na taj način, smatrajući brzinu policijskog djelovanja iznimno pohvalnom, te počinitelju izrekao kaznu zatvora.

Četvrti Amandman, koji zajamčuje pravo svakom građaninu zaštitu njegove osobnosti, doma, imovine i vrijednosnih papira od nezakonitog pretresa i ugrožavanja posredno se može primijeniti i na osobne automobile. 1984. godine u slučaju *Florida v. Rodriguez* 469 U.S. 1, 83 L.Ed 2d 165 utvrđeni su standardi koji opravdavaju pregled osobnog automobila. Radi se o sljedećim uvjetima:

- da se osumnjičena osoba, zaustavljena od strane policijskog službenika, ne protivi pregledu osobnog automobila,

- da je osumnjičena osoba počinila kazneno djelo ili da se isto sprema počinuti,

- da se kod osumnjičenika nalaze predmeti koji mogu poslužiti kao dokazni materijal u postupku,

- da postoji očiti javni interes kojemu je potrebno podrediti pravo pojedince - to su akcije kojima je prvenstveni cilj zaštita osnovnih vrijednosti društva (npr. sprečavanje raspačavanja droge ili činjenje osobito teških kaznenih djela).

10) U sljedećem poglavlju autor istražuje problematiku obrane policijskog službenika u postupku na federalnoj razini, a koji se vodi zbog povrede građanskih prava pri vršenju službe. Takvi postupci teški su i medijski zanimljivi, ne samo zbog komponente gubitka posla, reputacije, profesionalnog statusa u društvu, već posebice zbog toga što se u konkretnom slučaju u ulozi počinitelja kaznenog djela javlja osoba, kojoj je moralna i profesionalna dužnost sprečavati iste. Poseban problem za okrivljenog policijskog službenika predstavlja i činjenica da on nije u stanju podmiriti materijalne troškove vlastite obrane u jednoj takvoj parnici. Slučajevi otvaranja hipoteka, objavljivanja bankrota i sličnih transakcija za namicanje novčanih sredstava vrlo su česti u takvim situacijama. Autor na jednom mjestu uzima slobodu savjetovanja policijskog službenika, kojem preporuča da, ako se ikad nađe u situaciji da mu se sudi zbog narušavanja ili ograničenja građanskih prava, angažira odvjetnika - branitelja koji je dobro upoznat s načinom funkcioniranja policijskog aparata i koji ima iskustva u parnicama obrane policajaca optuženih zbog povrede građanskih prava. U tom će slučaju njegova obrana biti uspješna.

11) U trinaestom poglavlju pod naslovom "And he shall be brought before a magistrate" - ("I dovedoše ga pred magistrata") autor, kao stanoviti rezime, navodi vrste magistrata i kratke naznake opsega njihova djelovanja. Pretpostavlja se da taj institut ima duboku povijesnu pozadinu. Tetu smatra da je "kolijevka" magistrata Francuska (u kojoj postoji već stoljećima), odakle su ga 1066. godine Normani prenijeli u Englesku u kojoj vremenom zauzima značajno mjesto u common law sistemu. Englezi ga, u tijeku vlastitih osvajanja, prenose u svoje kolonije, između ostalog i u Sjedinjene Američke Drža-

ve. Danas u praksi egzistiraju dvije vrste magistrata:

- magistrati organizirani kao posebne državne službe koje rade puno radno vrijeme i imaju određen broj stalno zaposlenih stručnih suradnika - magistratskih službenika i

- "on call" magistrati (magistrati "na poziv") koji se ustanovljavaju, u pravilu, u zabačenim ruralnim sredinama i djeluju onda kada je to potrebno radi rješenja problema iz njihova djelokruga (radi se o "mirnim" sredinama i rijetkim slučajevima kršenja zakona).

Magistratski službenici uživaju apsolutni imunitet za djela učinjena po službenoj dužnosti. Oni ne mogu biti gonjeni ni kažnjeni za takva djela, niti mogu biti prozivani kao svjedoci u postupcima u kojima su donosili odluke. Ukupnost njihovih prava, obveza i odgovornosti utvrdio je i precizirao Kongres SAD-a u Title 42. U.S.C. Section 1983, Subsection 6, ali su okolnosti koje se odnose na njihova

djelovanja uređene i zakonima pojedinih federalnih jedinica, tako da u širini tih prava, obveza i odgovornosti može doći do stanovitih razlika, ovisno o lokalnoj pravnoj regulaciji.

U odnosu na postupke pred sudovima, postupci pred magistratima manje su formalni i uniformirani. To, naravno, ne znači da magistratski službenici imaju formalno neograničenu slobodu djelovanja. Osoba magistrata mora biti sposobna ocijeniti postoje li ili ne postoje uvjeti, odnosno da li su ispunjene okolnosti zbog kojih je nužno potrebno izdati nalog za pretres ili nalog za uhićenje. Pravilna ocjena svih elemenata pretpostavlja stanovitu stručnost i pravno obrazovanje. Njihov prvenstveni zadatak je da u svome djelovanju nastoje biti pravedni, nepristrani i objektivni arbitri, čija je aktivnost usmjerena na pravednu presudu konkretne stvari, te na zaštitu svih prava pojedinca zajamčenih najvišim pravnim aktom.

*Sandra Fabijanić*



**V. Fakultetska kronika (Faculty Chronicle,  
Fakultätchronik)**



## Posjeti Fakultetu

Na Fakultetu je 25. ožujka 1996. g. boravio Prof. Dr. H. c. Marcus Lutter, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta Friedrich Wilhelm i direktor Instituta za trgovačko i privredno pravo Sveučilišta u Bonnu, koji je održao predavanje o Europskom pravu poduzeća - društava. Profesor Lutter je od 14.-16. listopada o.g. održao uvodna predavanja iz predmeta Europsko pravo, koja će od ove šk. godine slušati studenti našeg fakulteta, a uz to je za studente i širu javnost predavao na temu prava vrijednosnih papira.

Dr. Robert Hale, direktor Portman klinike London, Portman Tavistock Trust, održao je 23. svibnja 1996. godine predavanje "Počinitelji seksualnih zloupotreba - kažnjavanje, postupak s osuđenima i rehabilitacija".

Prof. dr. R. Eugene Harper, s University of Charleston, West Virginia, U.S.A., koji je kao Fulbrightov stipendist boravio na Fakultetu u šk. 1995./96. godini, održao je za studente i nastavnike predavanje: "Guns and Militias: Some Thoughts on the Second Amendment to the U.S. Constitution".

10. rujna 1996. g. na Fakultetu je, u okviru posjeta hrvatskom Ustavnom sudu i Sveučilištu u Rijeci, boravilo izaslanstvo Saveznog ustavnog suda SR Njemačke, u sastavu prof. dr. Jutta Limbach, predsjednica Saveznog ustavnog suda, dr. Otto Seidl, dopredsjednik Saveznog ustavnog suda, dr. Karl-Georg Zierlein, direktor kod Saveznog ustavnog suda, gđa Uta Foelster, glasnogovornica predsjednice. U pratnji su bili Jadranko Crnić, predsjednik Ustavnog suda RH, Zdravko Bartovčak i dr. Velimir Belajec, dopredsjednici Suda, te Josip Bedrač, glavni tajnik Ustavnog suda RH.

## Seminari i savjetovanja

Na našem je fakultetu u lipnju 1996. g. održan dvotjedni pripremni seminar za polaganje pravosudnog ispita. Predavači su bili istaknuti profesori i suci iz Zagreba. Seminar je slušalo dvjestotinjak polaznika.

U organizaciji Pravnog fakulteta u Rijeci u Poreču je 3. i 4. listopada 1996. godine održano savjetovanje o temi "Pravni režim građevinskoga zemljišta". Izlagači su bili vrsni stručnjaci iz ovog područja: prof. dr. Petar Simonetti, prof. dr. Mladen Montana, doc. dr. Aldo Radolović, s Pravnog fakulteta u Rijeci, doc. dr. Vlado Belaj, s Pravnog fakulteta u Osijeku, mr. Jasna Brežanski, sutkinja u Vrhovnom sudu RH, Marina Kosović-Marković, sutkinja Upravnog suda RH i prof. dr. Halid Konjhodžić, s Fakulteta za turizam i vanjsku trgovinu u Dubrovniku.

## Novi doktori znanosti

Na Pravnom fakultetu u Splitu, mr. sc. Gordan Stanković obranio je pred Stručnim povjerenstvom, u sastavu prof. dr. sc. Vinko Hlača, s Pravnog fakulteta u Rijeci, prof. dr. sc. Ivo Grabovac, s Pravnog fakulteta u Splitu, i prof. dr. sc. Branimir Lukšić, s Ekonomskog fakulteta u Splitu, u lipnju ove godine doktorski rad pod naslovom "Pomorski privilegiji i hipoteke te pravci razvitka na međunarodnom polju".

Mr. sc. Vesna Tomljenović obranila je na Pravnom fakultetu u Zagrebu, pred Stručnim povjerenstvom, u sastavu prof. dr. sc. Petar Šarčević, s Pravnog fakulteta u Rijeci, te prof. dr. sc. Krešimir Sajko i prof. dr. sc. Velimir Filipović, s Pravnog fakulteta u Zagrebu, u listopadu ove godine doktorski rad pod naslovom "Izvanugovorna odgovornost za štetu u pomorsko plovidbenim odnosima i sukob zakona".

### **Promocija knjige**

21. listopada 1996. godine na Pravnom fakultetu održana je promocija knjige akademika Luje Margetića "ISTRA I KVARNER - izbor studija", objavljene u nakladi Biblioteke udžbenici, skripta i posebna izdanja Pravnog fakulteta.

### **Sudjelovanje na domaćim i međunarodnim skupovima**

Mr. sc. Edita Čulinović-Herc sudjelovala je na simpoziju "Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und ihre Folgen fuer Banken, Boersen und Kreditsicherheiten", održanom od 13.-15. lipnja 1996. u Hamburgu.

Mr. sc. Vesna Tomljenović, stručni suradnik Mario Kauzarić i znanstvena novakinja Maja Bukovac sudjelovali su od 16.-20. rujna 1996. na seminaru pod nazivom "Secured Transactions in Cross-Border Financing", u organizaciji Interuniverzitetskog Centra u Dubrovniku.

Mr. sc. Željko Bartulović održao je niz od 12 pozvanih predavanja s tematikom iz povijesti hrvatske državnosti u Čabru, Kraljevici, Malom Lošinj, Pagu, Rabu i Rijeci.

Viša knjižničarka Vesna Komarek sudjelovala je na 30. skupštini Hrvatskog bibliotekarskog društva, održanoj od 26.-28. rujna 1996. u Primoštenu, sa središnjom temom: "Knjižničarska struka danas i u budućnosti".

### **Studijski boravci u inozemstvu**

Šestero studenata s I. i II. godine studija te stručna suradnica Sandra Laleta boravili su od 23. srpnja do 13. kolovoza 1996. na "Seminar in American Democratic Processes" na University of Charleston, West Virginia, S.A.D.

U radu Ljetne škole prava, u organizaciji Constitutional and Legislative Policy Institute, u Budimpešti su od 5.-16.8.1996. g. sudjelovala dvojica nastavnika s našeg fakulteta. Prof. dr. sc. Berislav Pavišić održao je predavanje "Societas Sceleris - zločinačka udruženja u suvremenom kaznenom pravu", a doc. dr. sc. Miomir Matulović, predavanje o temi "Ustavno pravo i ljudska prava".

Pod pokroviteljstvom Europske zajednice, Ministarstva vanjskih poslova Republike Italije i Općine Cervia u rujnu ove godine održana je druga po redu Ljetna škola "Post Communist Transition and European Integration Processes", u čijem radu su sudjelovale znanstvene novakinje Sandra Fabijanić i Marissabell Škorić. Organizator susreta je Sveučilište u Bologni, Fakultet političkih znanosti.

## **Seminar in American Democratic Processes, 23. srpnja - 13. kolovoza 1996., The University of Charleston, West Virginia, U.S.A.**

Pod pokroviteljstvom Robert C. Byrd Institute of Government Studies of University of Charleston na istoimenom je sveučilištu ovoga ljeta organiziran trodnevni "Seminar in American Democratic Processes for Croatian Students of Law/Government", na kojem je sudjelovalo šestoro studenata Pravnog fakulteta u Rijeci: Irina Dukić, Rossana Gržinić, Danijela Lukšić, Vladimir Pelan (I. godina), Mario Bezić i Ivana Kunda (II. godina), te stručna suradnica Sandra Laleta. Ideja o seminaru za riječke studente prava potekla je od dr. R. Eugene Harpera, profesora povijesti na Sveučilištu u Charlestonu, koji je kao Fulbrightov stipendist boravio na Pravnom fakultetu u Rijeci u šk. god. 1995./96. i vodio seminar iz američkog ustava za studente I. i II. godine studija. Prof. Harper zamislio je seminar u Charlestonu kao intenzivne trodnevne susrete ponajboljih studenata iz njegove seminarske grupe s predstavnicima državne i lokalne vlasti WV, s predstavnicima zakonodavstva i sudstva te s domaćim predavačima. Charleston je glavni grad WV, male američke države (koja broji oko 1,800.000 stanovnika, a površinom je slična Hrvatskoj). Robert C. Byrd Institut ustanova je, u okviru privatnog Charlestoneškog sveučilišta, na kojoj se obrazuju budući zakonodavci u državi i koja usko surađuje s institucijama državne i lokalne vlasti.

Washington D.C. bio je prva stanica boravka u Americi. Tu je upriličen susret s kongresnom delegacijom West Virginie: senatorom Johnom D. Rockefellerom, kongresmenom Bobom Wiseom te šefom osoblja u uredu senatora R. C. Byrda (čije ime nosi Institut u Charlestonu). Uz posjet Bijeloj kući, Vrhovnom sudu, FBI-u, sudionici seminara prisustvovali su zasjedanju Senata.

Na putu do Charlestona uslijedio je susret s gradonačelnikom i vijećnicima živopisnog Harpers Ferryja, gradića na razmeđi triju saveznih država - Virginie, WV i Marylanda, poznatog po abolicionisti Johnu Brownu. Seminar u Charlestonu bio je podijeljen u dva dijela: upoznavanje sa zakonodavnom i izvršnom vlašću, te institucijama pravosuđa. Naš prvi domaćin bio je guverner WV, Gaston Caperton. U istome tjednu, upriličeni su susreti s predstavnicima zakonodavne i izvršne vlasti WV - senatoricom Marthom Walker, državnim sekretarom Kenom Hechlerom, speakerom Predstavničkog doma Chuckom Chambersom i tajnikom Gregory Grayem, pravnicima-piscima zakona te ministrom financija Jamesom H. Paigeom III. U drugome tjednu nizali su se susreti s predstavnicima pravosuđa - sa sucima Vrhovnog suda WV, Saveznog i Okružnog suda, državnim odvjetnicima, predsjednicima odvjetničkih komora West Virginie i Okruga Kanawha, posjet pravnoj tvrtki. Poseban doživljaj bilo je prisustvovanje raspravama na Saveznom i Okružnom sudu.

Tijekom boravka u Americi sudionici seminara posjetili su West Virginia College of Law, gdje su primljeni kod dekanice Fakulteta, te boravili kratko u Pittsburghu i Nacionalnom parku Cacapon. Boravak studenata iz Hrvatske u Charlestonu pratili su lokalni mediji: po samom dolasku održana je press konferencija, a na završetku seminara organizirana je panel diskusija s nekolicinom američkih novinara o temi uloge medija. Posebno uspješno bilo je obraćanje sudionika seminara članovima Rotary kluba iz Charlestona.

Seminar u Charlestonu bio je za sve sudionike nezaboravno iskustvo,



iznimna prilika za studente da se neposredno upoznaju s institucijama američkog sustava vlasti, često izjednačavanog s pojmom demokracije, u čijem oživotvorenju i zaštiti posebno mjesto imaju pravnici kao suci, odvjetnici, tvorci zakona. O njihovoj ulozi, sustavu obrazovanja za pravničku profesiju, sustavu common-lawa i drugim elementima trodiobe vlasti studenti su učili u neformalnim razgovorima. U svim susretima prijem je bio srdačan, a sugovornici su pokazali zanimanje za prilike u Hrvatskoj. Svojim aktivnim sudjelovanjem studenti su bili pravi ambasadori Hrvatske i Pravnog fakulteta. Na koncu, preostaje zahvaliti se svima koji su omogućili putovanje u Ameriku: Gradovima Rijeci i Opatiji, Ministarstvu znanosti i tehnologije RH na njihovoj financijskoj potpori, Pravnom fakultetu i dekanu prof. dr. Berislavu Pavišiću na podršci, našim sponzorima u Americi i američkim obiteljima kod kojih smo boravili u Charlestonu. Posebno hvala velikim prijateljima Hrvatske, Rijeke i našeg Fakulteta prof. dr. Geneu Harperu i njegovoj supruzi Susan, na ogromnom trudu koji su uložili da seminar zaživi i postane trajni oblik suradnje između Univerziteta u Charlestonu i našeg Fakulteta.

*Sandra Laleta*



## POZIV NA PRETPLATU

Poštovani,

Osobito nam je zadovoljstvo obavijestiti Vas da smo u bogatoj višegodišnjoj tradiciji izdavanja Zbornika Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci tiskali Tematski broj Zbornika Vol. 17 br. 1 pod nazivom "Pravni režim građevinskoga zemljišta" a koji će zasigurno pobuditi Vaš interes.

Naime, u Zborniku radova ugledni znanstvenici i suci, na stručan i zanimljiv način prezentiraju danas vrlo aktualna pitanja vezana za pravni režim građevinskog zemljišta u člancima sa sljedećim temama:

*P. Simonetti*, O pravnom režimu građevinskog zemljišta - uvodno izlaganje; Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (de lege lata); *Mladen Žuvela*, Građanskopravni režim građevinskog zemljišta u prijelaznom razdoblju; *Vlado Belaj*, Pravo građenja prema Nacrtu prijedloga Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; *Tatjana Josipović*, Upis prava na građevinskom zemljištu u zemljišne knjige (de lege lata i de lege ferenda); *Mladen Montana*, Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente; *Halid Konjhodžić*, Oporezivanje gradske rente.

Pored toga, u Zborniku je tiskano preko 90 rješidbi najviših sudova s obrazloženjima, sistematizirano po pravnim institutima.

Ujedno smo u prigodi obavijestiti Vas da je u pripremi Zbornik Vol. 18 br. 1 i 2. za 1997. godinu te Vas pozivamo da postanete naši pretplatnici koji će pri kupnji moći ostvarivati popust od 20%.

✂ -----

## NARUDŽBENICA

Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci:

- kao pretplatnici po cijeni od **180,00** kn - uz popust:
  - Vol. 17 br. 1 (Tematski broj) i br. 2 (1996.): \_\_\_\_\_ primjeraka
  - Vol. 18 br. 1 i 2 (1997.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- pojedini broj po cijeni od **110,00** kn - bez popusta:
  - Vol. 17 br. 1 (Tematski broj): \_\_\_\_\_ primjeraka
  - Vol. 17 br. 2: \_\_\_\_\_ primjeraka
  - Vol. 18 br. 1: \_\_\_\_\_ primjeraka
  - Vol. 18 br. 2: \_\_\_\_\_ primjeraka

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

\_\_\_\_\_

Sjedište, adresa, telefon, fax:

\_\_\_\_\_

U \_\_\_\_\_, \_\_\_\_ 1996. godine

MP

Potpis:

✂ -----

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci, broj: **33800-603-3140**.

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

tel. 051/227-058, fax. 051/226-689



## HINWEISE FÜR DIE AUTOREN

Die Zeitschrift veröffentlicht Arbeiten, die rezensiert werden und solche, die keine Rezension erfordern. Die rezensierten Arbeiten werden folgendermaßen kategorisiert:

- \* wissenschaftlicher Originalbeitrag
- \* vorläufige Mitteilung
- \* Übersichtsartikel
- \* Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung
- \* fachlicher Beitrag

Der wissenschaftliche Originalbeitrag enthält bisher unveröffentlichte Resultate originaler Untersuchungen. Die vorläufige Mitteilung enthält neue Resultate wissenschaftlicher Untersuchungen, die eine schnelle Veröffentlichung erfordern. Ein Übersichtsartikel muß eine originale, kurzgefaßte und kritische Darstellung eines Gebiets oder Teilgebiets sein, mit dem sich der Autor selbst aktiv auseinandersetzt. Es muß die Bedeutung des originalen Beitrags des Autors auf diesem Gebiet hinsichtlich schon veröffentlichter Arbeiten hervorgehoben werden. Ein Referat, das auf einer wissenschaftlichen Tagung gehalten wurde, muß in Form eines vollständigen Aufsatzes veröffentlicht werden und zwar nur dann, wenn es vorher noch nicht veröffentlicht worden ist. Der fachliche Beitrag enthält nützliche Vorschläge aus einem bestimmten Fach und muß keine originalen Untersuchungen enthalten.

Die Entscheidung über die Kategorisierung der einzelnen Arbeit fällt die Redaktion auf Vorschlag zweier Rezensenten.

Eine Arbeit wird nur aufgrund einer positiven Rezension veröffentlicht.

Die Annahme des kategorisierten Aufsatzes zur Veröffentlichung verpflichtet den Autor, denselben Aufsatz an keinem anderen Ort ohne Zustimmung der Redaktion zu veröffentlichen, und wenn diese zustimmt, dann mit dem Hinweis auf den Ort der Erstveröffentlichung. Die Kategorie des Aufsatzes wird in seiner Überschrift und im Inhaltsverzeichnis des Heftes angeführt. Die anderen Beiträge, die in der Zeitschrift veröffentlicht werden, werden nicht kategorisiert.

Arbeiten, die zur Veröffentlichung vorgeschlagen werden, müssen folgende Bedingungen erfüllen:

1. Das Manuskript darf noch nicht veröffentlicht oder zu diesem Zweck einer anderen Zeitschrift eingereicht sein.
2. Die Überschrift muß konzis und gleichzeitig informativ sein.
3. In der linken oberen Ecke der Titelseite des Manuskriptes müssen Vorname und Name des Autors angeführt werden sowie Bezeichnung und Adresse seiner Arbeitsstelle.
4. Dem Manuskript muß eine Erklärung der benutzten Abkürzungen und Symbole beigefügt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigefügt.
7. Wissenschaftliche Originalbeiträge, vorläufige Mitteilungen, Übersichtsartikel und fachliche Beiträge müssen eine Schlußbetrachtung und eine Zusammenfassung haben, die 250 Wörter nicht übersteigen darf. In der Zusammenfassung wird kurz der Inhalt des Artikels dargelegt bzw. werden kurz die Ergebnisse der Untersuchung, die in der Arbeit präsentiert werden, aufgezeigt.
8. Der Umfang der Manuskripte, die der Kategorisierung unterliegen, ist begrenzt und zwar bis zu 24 Seiten (30 000 Zeichen).
9. Arbeiten werden in doppelter Ausführung eingereicht, von denen eine das Original sein muß. Der Arbeit ist die Diskette mit der Bezeichnung des Textprozessors beizulegen.
10. Eine Arbeit, die den Hinweisen nicht entspricht, wird dem Autor zurückgegeben.

## INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

This journal publishes papers subject to review as well as those which are not subject to review. The papers subject to review are categorised as follows:

- \* original scientific paper
- \* preliminary communication
- \* review article
- \* conference paper
- \* professional paper

An original scientific paper contains yet unpublished results of original research. A preliminary communication contains new research results which demand prompt publication. A review article ought to be an original, concise and critical review of a certain field or its segment in which the author herself actively participates. There must be emphasised the author's original contribution to the field with regard to the works already published. There must also be provided a list of those works. A conference paper, i.e. a written form of a presentation submitted at a conference, must be published as a complete paper, provided that it has not been published as part of the collected papers of the conference. A professional paper contains useful suggestions concerning a certain field and need not involve original research.

The category to be assigned to a certain paper is within the sole discretion of the Editorial Board, which will base its decision on the proposals by two reviewers.

The journal will publish only those papers which received a positive review.

Upon acceptance of her paper for publication by this journal the author undertakes not to cause the paper to be published elsewhere without the permission of the Editorial Board. Should the Editorial Board grant the permission, a repeated publication should contain a notice as to where the paper was originally published.

The category of a paper shall be indicated in the head of the paper and in the journal's table of contents.

Other contributions published by the journal are not subject to categorisation.

Any written work submitted for publication in this journal must satisfy the following conditions:

1. The manuscript should not have been already published or under consideration by another journal.
2. The title should be both concise and informative.
3. The author's name and surname, as well as her employment address should be indicated in the left hand side of the title page.
4. The manuscript should be accompanied by an explanation as to the meaning of the abbreviations and symbols used.
5. Tables must be drawn clearly and correctly, and must be accompanied by appropriate explanations.
6. Notes should be numbered in sequential order, as cited in the text, and should be enclosed on a separate sheet.
7. Original scientific papers, preliminary communications, review articles and professional papers, should be accompanied by a conclusion and a summary. A summary should provide a short outline of the contents of a paper. It should be written in the third person singular and should not exceed 250 words in length.
8. The manuscript should be double-spaced and should not exceed 8.000 words, approximately 24 pages in length.
9. A contribution ought to be submitted in two copies, one of which must be the original. The written manuscript must be accompanied by a floppy disk with the indication of the word-processor used.
10. Manuscripts which do not comply with the above conditions shall be returned to their authors.

## UPUTE AUTORIMA

Časopis objavljuje radove koji se recenziraju i one koji ne podliježu recenzentskom postupku. Recenzirani radovi kategoriziraju se u ove kategorije:

- \* izvorni (originalni) znanstveni članak - original scientific paper
- \* prethodno priopćenje - preliminary communication
- \* pregledni članak - review
- \* izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- \* stručni članak - professional paper

Izvorni znanstveni članak sadrži dosad još neobjavljene rezultate izvornih istraživanja. Prethodno priopćenje sadrži nove rezultate znanstvenih istraživanja, koji zahtijevaju brzo objavljivanje. Pregledni članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autorova izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali se prilozi koje časopis objavljuje, ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti sljedeće:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu;
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan;
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi;
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrijebljenih kratica i simbola;
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda);
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu;
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni članci i stručni članci moraju biti opremljeni zaključkom i sažetkom koji ne treba prelaziti 250 riječi. Sažetkom se na skraćeni način predstavlja sadržaj članka. U sažetku pisanom u trećem licu ukratko se naznačuju rezultati istraživanja prezentirani u članku;
8. Opseg rukopisa koji podliježe kategorizaciji, ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest kartica čini jedan autorski arak (30.000 znakova);
9. Radovi se dostavljaju u dva primjerka, od kojih jedan mora biti original. Uz rad treba priložiti i disketu s naznakom programa u kojem je rad pisan;
10. Rad koji ne odgovara uputama vratit će se autoru.

---

Recenzenti u 1996. godini za Vol. 17 br. 1 i 2 (prema abecednom redu):

- Dr. sc. Dragan Bolanča - Split
- Dr. sc. Vladimir Đ. Degan - Zagreb
- Dr. sc. R. Eugene Harper - Charleston
- Dr. sc. Reinhard Hepting - Mainz
- Dr. sc. Eva-Maria Hohnerlein - München
- Dr. sc. Ladislav Horvat - Zagreb
- Dr. sc. Šime Ivanjko - Maribor
- Dr. sc. Dušan Jagodić - Rijeka
- Dr. sc. Srećko Jelinić - Osijek
- Dr. sc. Horst Konzen - Mainz
- Dr. sc. Slavica Krneta - München
- Dr. sc. Anita Kurtović - Split
- Akademik Lujo Margetić - Rijeka
- Dr. sc. Ivan Marković - Rijeka
- Dr. sc. Miomir Matulović - Rijeka
- Dr. sc. Dragutin Ledić - Rijeka
- Dr. sc. Vlado Leko - Zagreb
- Dr. sc. Nella Lonza - Zagreb
- Dr. sc. Ivan Marković - Rijeka
- Dr. sc. Miomir Matulović - Rijeka
- Dr. sc. Ivan Nemarnik - Rijeka
- Dr. sc. Ivan Padjen - Zagreb
- Dr. sc. Berislav Pavišić - Rijeka
- Dr. sc. Aldo Radolović - Rijeka
- Dr. sc. Smiljko Sokol - Zagreb
- Dr. sc. Ante Starčević - Rijeka
- Dr. sc. Alenka Šelih - Ljubljana
- Dr. sc. Vjekoslav Šmid - Split
- Dr. sc. Nina Vajić - Zagreb
- Dr. sc. Nikola Visković - Split
- Dr. sc. Đuro Vuković - Rijeka





## BIBLIOTEKA UDŽBENICI, SKRIPTA I POSEBNA IZDANJA

Urednik doc. dr. sc. Miomir Matulović

Biblioteka je Udžbenici, skripta i posebna izdanja Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena 1995. godine. Glavna je svrha Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručni rad, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja hrvatskog prava i države.

U Biblioteci su objavljene sljedeće knjige, skripta i komentari zakona:

*Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici: KRIMINALISTIKA*

*Robert Blažević: POLITIČKI PORETCI I LEGITIMITET*

*Vinko Hlača (priređio): POMORSKO DOBRO I KONCESIJE*

*Vinko Hlača (priređio): POMORSKO DOBRO/Društveni aspekti upotrebe i korištenja*

*Vinko Hlača: HRVATSKO PROMETNO PRAVO/Kopneno i zračno*

*Željko Horvatić, Milan Batinica, Ante Škorić, Borislav Blažević, Ivica Crnić i Petar Veić:  
KOMENTAR ZAKONA O PREKRŠAJIMA*

*Berislav Pavišić i Velinka Grozdanić: KOMENTAR OSNOVNOGA KRIVIČNOG  
ZAKONA REPUBLIKE HRVATSKE*

*Mirinko Učur: VRELA RADNOGA PRAVA I PROMJENE U RADNIM ODNOSIMA*

*Berislav Pavišić i suradnici: KOMENTAR ZAKONA O SIGURNOSTI PROMETA NA  
CESTAMA*

*Lujo Margetić: ISTRAN I KVARNER/Izbor studija*

Nakladnik: **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: (385)051/227-058

Dekanat tel.: (385)051/226-002 fax: (385)051/226-689

Žiro račun: 33800-603-3140 ZAP Rijeka

