

Institut za uporedno pravo, Udruženje za odštetno pravo,
Pravosudna akademija



XXII Međunarodni naučni skup
XXII International scientific conference

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE **Causing Damage, Damage Compensation and Insurance**

Zbornik radova sa XXII međunarodnog naučnog skupa
Proceedings from XXII International scientific conference

Urednici - Editors:
Prof.dr Zdravko Petrović
Prof.dr Vladimir Čolović



Beograd-Valjevo, 2019.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

- XXII međunarodni skup –

Izdavač (Publisher):

Institut za uporedno pravo

Za izdavača (Publisher):

Prof. dr Vladimir Čolović, direktor

Urednici (Editors):

Prof. dr Zdravko Petrović

Prof. dr Vladimir Čolović

Recenzenti (Reviewers):

Dr Jovan Ćirić, naučni savetnik

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović, naučni savetnik

Prof. dr Katarina Ivančević

Naučni odbor (Scientific Committee):

Prof. Dr dr Wolfgang Rohrbach
(Austrija) predsednik

Prof. dr Silvija Petrić (Hrvatska)

Prof. dr Jasna Pak (Srbija)

Prof. dr Duško Medić (BiH)

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović
(Srbija)

Prof. dr Dragan Mrkšić (Srbija)

Doc. dr Jelena Čeranić (Srbija)

Dr Simone Benvenuti (Italija)

Prof. dr Marijan Ćurković (Hrvatska)
Prof. dr emeritus Šime Ivanjko

(Slovenija)

Prof. dr Zdravko Petrović (Srbija)

Prof. dr Slobodan Stanišić (BiH)

Prof. dr Klime Poposki (Makedonija)

Prof. dr Zbigniew Makiela (Poljska)

Dr Nikola Dožić (Crna Gora)

Prof.dr Olivera Milutinović (Srbija)

Organizacioni odbor (Organizing Committee):

Prof. dr Zdravko Petrović, Udruženje za odštetno pravo

Prof. dr Vladimir Čolović, Institut za uporedno pravo

Nenad Vujić, Pravosudna akademija

Dragan Obradović, Viši sud u Valjevu

Zorica Šipovac, Uniqa osiguranje a.d.o. Novi Sad

Radni jezici savetovanja (Official Languages)

engleski, nemački, srpski (english, german, serbian)

Prevodilac (Translator): Miloš Baltić

Prelom (Print breaking): Ana Ranković

Štampa (Print): Službeni glasnik

Svako kopiranje, umnožavanje, objavljivanje i distribuiranje celine ili delova iz ove publikacije, predstavlja povredu autorskog prava i krivično dela, koje će biti gonjeno u skladu sa zakonom. Svaka prava na objavljivanje i distribuiranje ove publikacije zadržava izdavač, prema odredbama Zakona o autorskim i srodnim pravima.

**PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA
ŠTETE I OSIGURANJE**
**Causing Damage, Damage Compensation and
Insurance**

Zbornik radova sa XXII međunarodnog naučnog skupa
Proceedings from XXII International scientific conference

**XXII Međunarodni naučni skup
Instituta za uporedno pravo, Udruženja za odštetno pravo i
Pravosudne akademije**

XXII International scientific conference

**The Institute of Comparative Law, The Association for Tort Law
and Judicial Academy**



Beograd-Valjevo, 2019.

SADRŽAJ / TABLE OF CONTENTS

REČ PREDSEDNIKA NAUČNOG ODBORA	13
--------------------------------------	----

I - PROUZROKOVANJE ŠTETE I ODGOVORNOST

Duško Medić

NEMATERIJALNA ŠTETA U UPOREDNOM PRAVU	17
NON-MATERIAL DAMAGE IN COMPARATIVE LAW	28

Andreja Katančević

NEMATERIJALNA ŠTETA I RIMSKO PRAVO	29
NON-PECUNIARY LOSS AND ROMAN LAW	38

Loris Belanić

POJAM OPASNE STVARI I OPASNE DJELATNOSTI U TEORIJI I SUDSKOJ PRAKSI	39
THE CONCEPTS OF DANGEROUS THINGS AND DANGEROUS ACTIVITIES IN LEGAL THEORY AND CASE LAW	54

Berislav Matijević

VIŠA SILA U OBVEZNOM PRAVU	55
FORCE MAJEURE IN THE LAW OF OBLIGATIONS	69

Slobodan Stanišić

PRAVNA PRIRODA GRAĐANSKE ODGOVORNOSTI UPRAVLJAČA PUTEVA	71
THE LEGAL NATURE OF CIVIL LIABILITY OF ROAR COMPANY	79

Zoran Ilkić

STEČAJNO PRAVO POBIJANJA DUŽNIKOVIH IMOVINSKIH RASPOLAGANJA	81
BANKRUPTCY RIGHTS OF CONTESTING THE DEBTOR'S LIABLE ASSETS	92

Dragan Obradović

PODELJENA ODGOVORNOST KOD SAOBRAĆAJNIH NEZGODA NA UKRŠTANJU PUTA I PRUGE U NIVOU	93
SHARED RESPONSIBILITY FOR TRAFFIC ACCIDENTS ROAD CROSSING AND RAILROAD LEVEL	109

Jovana Rajić Čalić, Bogdana Stjepanović	
ODSUSTVO SAGLASNOSTI ZAKONSKOG ZASTUPNIKA ZA ZASNIVANJE RADNOG ODNOSA SA MALOLETNIKOM KAO MOGUĆI IZVOR NEMATERIJALNE ŠTETE	111
ABSENCE OF CONSENT OF LAW REPRESENTATIVE FOR EMPLOYMENT OF MINOR AS A POSSIBLE SOURCE OF A IMMATERIAL DAMAGE	123

II - NAKNADA ŠTETE

Borivoje Živković	
TERET DOKAZIVANJA UZROKOVANJA I NAKNADA ŠTETE	127
BURDEN OF PROOF REGARDING THE CAUSATION OF DAMAGE AND INDEMNIFICATION	145

Katarina Jovičić	
UTICAJ PONAŠANJA POVERIOCA NA ODMERAVANJE NAKNADE ŠTETE ZBOG POVREDE UGOVORA	147
THE INFLUENCE OF CREDITOR'S ACTIONS TO DETERMINATION THE COMPENSATION OF DAMAGES FOR BREACH OF THE CONTRACT	158

Ilija Zindović	
PRAVNO ODREĐENJE NEZAKONITOG I NEPRAVILNOG RADA DRŽAVNIH ORGANA I NOSILACA VRŠENJA JAVNIH OVLAŠĆENJA U FUNKCIJI NAKNADE ŠTETE PROUZROKOVANE GRAĐANIMA	159
LEGAL DEFINITION OF ILLEGAL AND INACCURATE WORK OF STATE BODIES AND HOLDERS EXERCISING PUBLIC AUTHORITY WORK FOR DAMAGES CAUSED TO CITIZENS	168

Jelena Čeranić Perišić	
NAKNADA ŠTETE ZA POVREDU ŽIGA NA SAJTOVIMA ZA AUKCIJSKU PRODAJU ROBE – s posebnim osvrtom na predmet Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay	171
COMPENSATION FOR TRADEMARK INFRINGEMENT ON AUCTION SITES – with a special emphasis on case Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay	181

Dragica Popesku

PRAVO SLEĐENJA I NEKA DRUGA IMOVINSKA PRAVA AUTORA	183
DROIT DE SUITE AND SOME OTHER PECUNIARY RIGHTS OF AUTHORS	195

Vesna Bilbija

NAKNADA ŠTETE PREMA ZAKONU O ZAŠTITI PODATAKA O LIČNOSTI	197
COMPENSATION OF DAMAGES, ACCORDING TO LAW ON PERSONAL DATA PROTECTION	211

Stefan Andonović

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE ZBOG POVREDE PRAVA LIČNOSTI – IZMEĐU ZAKONA I PRAKSE	213
COMPENSATION FOR NON-PECUNIARY DAMAGE DUE TO VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS – BETWEEN LAW AND PRACTICE	221

Dragan Bataveljić, Mitar Lutovac

PRAVNE OSNOVE REPUBLIKE SRBIJE ZA NAKNADU ŠTETE OD BOMBARDOVANJA 1999. GODINE	223
LEGAL BASIS OF THE REPUBLIC OF SERBIA FOR THE INDEMNITY OF DAMAGE FROM BOMBARDING 1999	235

Mária Bakonyi

NAKNADA ŠTETE LICIMA NEOSNOVANO LIŠENIM SLOBODE PREMA MAĐARSKOM ZAKONU	237
COMPENSATION OF DAMAGES TO PERSONS UNCERTAINTY WITHIN LEGAL FREEDOM BY LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF HUNGARY	254

Halvor Gjengsto

COMPENSATION FOR VICTIMS OF VIOLENT CRIMES IN NORWAY	255
NAKNADA ZA ŠTETU ZA ŽRTVE NASILNIH ZLOČINA U NORVEŠKOJ	260

István László Gál

BREACH OF BUSINESS SECRECY IN HUNGARIAN CRIMINAL LAW AND DAMAGE COMPENSATION	261
KRŠENJE POSLOVNE TAJNE U MAĐARSKOM KRIVIČNOM PRAVU I NAKNADA ŠTETE	268

Miloš B. Stanić

NEOPHODNOST ODREĐIVANJA PRITVORA I NAKNADA ŠTETE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA-SMERNICE ZA SRBIJU	269
NECESSITY OF THE CUSTODY AND DAMAGE COMPENSATION IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – GUIDELINES FOR SERBIA	280

Dalibor Krstinić

ZASTARELOST POTRAŽIVANJA NAKNADE ŠTETE PRIČINJENE KRIVIČNIM DELOM	283
LIMITATION OF A DEMAND FOR THE COMPENSATION OF DAMAGES CAUSED BY A CRIMINAL OFFENCE	294

Vladimir Vrhovšek, Vladimir Kozar

SUDSKA ZAŠTITA OD ZLOSTAVLJANJA NA RADU	297
LEGAL PROTECTION FROM HARASSMENT AT WORK	313

Jovana Misailović

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE USLED NEZAKONITOG PRESTANKA RADNOG ODNOSA	315
NON-PECUNIARY DAMAGES DUE TO UNLAWFUL TERMINATION OF AN EMPLOYMENT	322

III - OSIGURANJE**Vladimir Njegomir, Boris Marović, Ranka Krivokapić**

DRŽAVA (INSTITUCIJE DRŽAVE) I TRŽIŠTE OSIGURANJA	327
COUNTRY (STATE INSTITUTIONS) AND INSURANCE MARKET	340

Dragan Mrkšić, Marija Mijatović

AKTUELNA PITANJA DEFINISANJA PRAVNOG POLOŽAJA EVROPSKOG AKCIONARSKOG DRUŠTVA POSEBNO U OBLASTI OSIGURANJA	343
THE CURRENT QUESTIONS OF DEFINING SOCIETAS EUROPAEA'S LEGAL STATUS ESPECIALLY IN INSURANCE BUSINESS	353

Nataša Petrović Tomić

UGOVOR O POSREDOVANJU U OSIGURANJU - NEKE SPECIFIČNOSTI SEKTORSKOG PRUSTUPA	355
INSURANCE MEDIATION CONTRACT - Some specificities of sectorial approach	370

Ilija Smiljanić, Milan Počuča

EKONOMIČNOST OSIGURANJA

POLJOPRIVREDNE PROIZVODNJE U SRBIJI	373
ECONOMY OF INSURANCE OF THE AGRICULTURAL PRODUCTION IN SERBIA	387

Magdalena Makiela, Vladimir Čolović

DEFINISANJE KRITERIJUMA ZA ODREĐIVANJE

NADLEŽNOSTI U SPOROVIMA OSIGURANJA SA

ELEMENTOM INOSTRANOSTI – sa osvrtom na rešenja

u zakonodavstvu Poljske	389
DEFINING OF CRITERIA FOR DETERMINING JURISDICTION IN INSURANCE DISPUTES WITH FOREIGN ELEMENT – with a reference to the solutions in the Polish legislation	401

Nikola Dožić

NASLEDIVOST PRAVA I OBAVEZA IZ

UGOVORA O OBAVEZNOM OSIGURANJU OD

AUTOODGOVORNOSTI U PRAVU CRNE GORE 403 |

THE INHERITABILITY OF RIGHTS AND OBLIGATIONS

UNDER THE CONTRACT ON COMPULSORY INSURANCE

AGAINST LIABILITY IN MONTENEGRO	416
---------------------------------------	-----

Zdravko Petrović, Dragan Obradović, Goran Krstajić

OSTVARIVANJE PRAVA NA ZDRAVSTVENU ZAŠTITU

LICA LIŠENIH SLOBODE U REPUBLICI SRBIJI (OSVRT NA

PRAKSU EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA) 419 |

EXERCISING THE RIGHTS ON HEALTHCARE

PROTECTION OF FACILITIES WITHIN THE

REPUBLIC OF SERBIA (REVIEW OF THE

EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURT)	430
------------------------------------	-----

Samir Manić

OSIGURANJE MEDICINSKIH POSLENIKA

OD ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU	431
--------------------------------	-----

INSURANCE OF MEDICAL WORKERS

FROM LIABILITY FOR DAMAGE	447
---------------------------------	-----

Mirjana Glintić

REGULISANJE MEŠOVITE PRAVNE PRIRODE

DOBROVOLJNOG ZDRAVSTVENOG OSIGURANJA

U PROPISIMA REPUBLIKE SRBIJE	449
------------------------------------	-----

REGULATION OF HYBRID LEGAL NATURE OF VOLUNTARY

HEALTH INSURANCE IN SERBIAN LEGISLATION	460
---	-----

Vesna Stojanović	
DOBROVOLJNO PENZIJSKO I INVALIDSKO OSIGURANJE PRIMENOM ČLANA 15 ZAKONA O PENZIJSKOM I INVALIDSKOM OSIGURANJU U REPUBLICI SRBIJI	463
VOLUNTARY PENSION AND DISABILITY INSURANCE BY APPLICATION ARTICLE 15 OF THE PENSION AND DISABILITY INSURANCE ACT REPUBLIC OF SERBIA	470
Iva Tošić, Olivera Novaković	
ODGOVORNOST I OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI ORGANIZATORA SPORTSKE PRIREDBE	471
LIABILITY AND INSURANCE OF THE ORGANIZER OF THE SPORTS EVENT	481
Daliborka Jovičić	
OSIGURANJE ODGOVORNOSTI LICENCIRANIH SKLADIŠTA I KOMPENZACIONI FOND (ODŠTETNI FOND) ZA ISPLATU ŠTETA PO OSNOVU GUBITKA VREDNOSTI ROBNIH ZAPISA	483
LICENSED WAREHOUSES LIABILITY INSURANCE AND COMPENSATION FUND (INDEMNITY FUND) FOR WAREHOUSE RECEIPTS LOSS OF VALUE CLAIMS PAYMENT	493
IV – OSTALO	
Wolfgang ROHRBACH	
OBNOVLJIVA ENERGIJA, juče - danas – sutra	497
RENEWABLE ENERGY, yesterday – today –tomorrow	511
Ljubodrag Pljakić	
STOPEDESET GODINA UPRAVNOG SUDSTVA U SRBIJI – GDE SMO DANAS?	513
ONE HUNDRED AND FIFTY YEARS OF THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL SYSTEM IN SERBIA – WHERE ARE WE TODAY?	523

UVODNA REČ PREDSEDNIKA NAUČNOG ODBORA

Nauka o osiguranju, kao i nauka o šteti, u svakoj državi treba da predstavljaju najvažnije, tačnije rečeno, strateške oblasti. No, da bi o tome mogli da govorimo, potrebno je da definišemo metode kojima ćemo postići cilj vezan za svaku vrstu osiguranja, a to je pružanje jasnih i iscrpnih informacija budućim ugovaračima osiguranja i osiguranicima o svim elementima svake pojedine vrste osiguranja, kao i o vrsti štete, načinu njenog nastanka i njenoj visini, bez obzira o kojoj oblasti govorimo. Ti metodi se definišu, pre svega, u osiguravajućim društvima, ali i na fakultetima, institutima, sudovima (kroz odluke, odnosno, sudsku praksu), privrednim društvima, itd. Činjenica je da se već 22 godine o tome govori i na savetovanju koje okuplja veliki broj stručnjaka iz osiguranja, obligacionog prava, radnog prava, kompanijskog prava i drugih oblasti, a koje je posvećeno kako osiguranju, tako i nauci o šteti u različitim oblastima, a što, i posredno i neposredno, može biti vezano i za osiguranje.

Dvadeset druga međunarodna konferencija iz oblasti osiguranja i naknade štete, a koja ove, 2019.godine, nosi naziv „Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje“, održava se, takođe, u Valjevu, kao i prošle godine. I ove godine na skupu učestvuju sudije, advokati, profesori, istraživači sa Instituta, stručnjaci iz osiguravajućih kompanija, privrednih društava, što dovoljno govori o značaju koji je ova konferencija postigla za više od dve decenije redovnog održavanja. Pre svega, Udruženje za odštetno pravo, koje je najviše zaslužno za organizaciju i stabilnost ovog savetovanja, kao i Institut za uporedno pravo i Pravosudna akademija, doprinose da članci i zaključci sa ovog savetovanja imaju uticaj ne samo na zakonodavstvo i sudsku praksu, već i na svest o značaju osiguranja i nauke o šteti.

I ovogodišnje savetovanje je međunarodno i okuplja veliki broj učesnika iz inostranstva, odnosno iz Poljske, Austrije, Norveške, Mađarske, Hrvatske, Crne Gore, Bosne i Hercegovine i Srbije. Kao što vidimo, ono prevazilazi region, odnosno, bivše republike SFRJ i širi se na teritoriju i severne Evrope. To govori da u oblasti osiguranja i štete, moramo da koristimo iskustva drugih zemalja, bez obzira o kojoj vrsti osiguranja govorimo, odnosno, bez obzira na oblast u kojoj određena vrsta štete može da nastane. Činjenica je da je Evropa jedan jedinstveni i, moramo reći, neveliki prostor, kad su u pitanju mnoge oblasti, pa, tako i osiguranje, kao i pitanje nastanka i naknade štete. Samim tim, odredbe zakonodavstava i praksa svih zemalja mora se ovde uzeti u obzir, bez obzira na njihovu ekonomsku snagu i dužinu razvoja osiguranja i nauke o šteti u određenoj zemlji.

I ove godine je ovu međunarodnu konferenciju podržao Grad Valjevo, na čemu su i organizatori i učesnici beskrajno zahvalni.

Beograd, Valjevo, 12.09.2019.

Univ.Prof.Dr.Dr Habil. Wolfgang Rohrbach,
Beč, Austrija

**I - PROUZROKOVANJE ŠTETE I
ODGOVORNOST**

**CAUSING DAMAGE AND
LIABILITY**

Prof. dr Duško Medić¹

NEMATERIJALNA ŠTETA U UPOREDNOM PRAVU

Apstrakt

Nematerijalna šteta se u uporednom pravu različito uređuje. Većina građanskih zakonika ne definiše pojam te štete, već je to prepušteno pravnoj teoriji i sudskoj praksi. Na razvoj odštetnog prava u ovoj oblasti posebno je uticala sudska praksa. Usporedni prikaz pokazuje da se nematerijalna šteta nadoknađuje bez obzira na to da li je izričito priznata u određenom zakonodavstvu ili ne. Pravo na naknadu i uslovi pod kojima se ta šteta ostvaruje oblikuju se pod jakim uticajem ekonomskog i socijalnog stanja u svakoj državi i u skladu sa specifičnostima određenog pravnog sistema.

Ključne riječi: nematerijalna šteta, naknada, uporedno pravo

1. Uvod

Nematerijalna šteta² je posebna vrsta štete i jedna od tekovina savremene pravne nauke.³ Ova šteta pogađa lična prava, dobra i interese koji se ne mogu izraziti u egzaktom novčanom ekvivalentu i nema odraza u imovini oštećenog lica.⁴ Svaka povreda tih dobara ne mora nužno da dovede do nematerijalne štete. Koja će sve lična dobra biti zaštićena stvar je određenog pravnog sistema. Pojam štete mora da ima i svoje pravne granice. Pravnom štetom se može smatrati samo ona šteta koja je nastala povredom pravne norme. U pravnoj teoriji ne postoji saglasnost u određivanju pojma nematerij-

¹ Sudija Ustavnog suda Republike Srpske i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ Banja Luka; mail: dusko.medic@ustavnisud.org

² Prikladniji naziv za tu štetu je neimovinska šteta, mada ni ovaj termin nije sasvim adekvatan, jer je on u saglasnosti samo sa negativnom definicijom ove štete koja tu štetu razgraničava u odnosu na imovinsku. Ova šteta se još naziva i nenovčana, neekonomska, idealna i moralna – v. P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb 2014, 590.

³ O nematerijalnoj šteti v. M. Kalodera, *Naknada neimovinske štete, rasprava iz komparativnog prava*, Zagreb, 1941; O. Stanković, *Novčana naknada neimovinske štete*, Beograd, 1972; Z. Petrović, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Beograd, 1996; S. Štimac, *Nematerijalna šteta - pravni i medicinski aspekti*, Osijek, 2005; I. Crnić, *Neimovinska šteta, drugo izdanje*, Zagreb 2006; D. Medić, H. Tajčić, *Nematerijalna šteta u praksi*, Sarajevo-Banja Luka 2008; Z. Petrović, N. Mrvić Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Beograd 2012; D. Medić., D. Nedić i N. Zivlak Radulović, *Naknada nematerijalne štete*, Banja Luka 2017, itd.

⁴ Prema Z. Petroviću i N. Mrvić Petrović, nematerijalna šteta se ispoljava kao umanjenje moralne imovine određenog lica (skupa ličnih dobara, časti, zdravlja, tjelesnog integriteta, ugleda, dostojanstva ličnosti i slično). Ova imovina ima svoju društvenu stranu, budući da se radi o pravima koja su apsolutna i obavezuju druge da ih poštuju i afekcionu stranu koja proizilazi iz pravno priznate naklonosti prema bliskim licima ili prema nekim stvarima. Vid. Z. Petrović i N. Mrvić Petrović, op. cit., 91.

jalne štete odnosno ne postoji univerzalno prihvaćeni pojam (definicija) ove štete.⁵ Potpuno precizno definisanje nematerijalne štete nije moguće, ali ni poželjno, jer se radi o složenom pojmu vrlo širokog značenja.^{6 7} No, to ne znači da ne treba odrediti osnovni, temeljni pojam i pristup njenom popravljanju. Bez pravilnog shvatanja ove štete ne može se adekvatno odrediti ni njena pravna priroda, a ni riješiti pitanja koja se tiču njene (novčane) naknade.

Zakon o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO)⁸ u nekoliko odredaba, na sumaran način, regulisao je ovaj institut, a određujući pojam, uslove i način naknade većinom je preuzeo stavove dotadašnje sudske prakse.⁹ Ovaj zakon nematerijalnu štetu definiše kao nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha.¹⁰ Na taj način zakonodavac polazi od subjektivnog shvatanja pojma ove štete, jer se akcenat stavlja na određene subjektivne manifestacije (fiziološko-psihološke posljedice) koje doživljava oštećeni. One predstavljaju neugodan osjećaj i poremećaj psihičke ravnoteže. Međutim, pored navedene odredbe, ZOO sadrži i pravila na osnovu kojih se može zaključiti da pojam nematerijalne štete obuhvata i povredu prava ličnosti (koja nije praćena bolovima i/ili strahom), što bi predstavljalo objektivnu koncepciju ove štete.¹¹ Zbog toga se može reći da taj zakon, u određenoj mjeri, prihvata subjektivno-objektivnu koncepciju pojma nematerijalne štete.¹²

U uporednom pravu u pogledu ove štete postoji velika neujednačenost i u zakonskoj regulativi i u sudskoj praksi. Prije svega, postoji značajna razlika između evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema,¹³ mada se primjećuju i određeni međusobni uticaji. U okviru država članica Evropske unije vrši se har-

⁵ Šire o tome: O. Stanković, *Naknada štete*, Beograd 1998, 23-33.

⁶ M. Bukovac Puvača, „Deset godina nove koncepcije neimovinske štete“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991)*, vol. 36, br. 1/15, 157.

⁷ I. Kant u Kritici čistog uma, između ostalog, ističe: „Doći do definicija je prijatno, ali često vrlo teško ... definicije postoje samo u matematici“, – v. I. Kant, *Kritika čistog uma* (predgovor V. Korać), Beograd, 1958, 584.

⁸ ZOO se u Republici Srpskoj primjenjuje na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 21/92), a Federacija BiH ga je preuzela – v. M. Bevanda, *Obveznopravno uređenje u Bosni i Hercegovini*, Mostar 2013, 122- 146.

⁹ Ovaj zakon je precizno odredio vidove štete, a instruktivnom normom je uputio sud pod kojim uslovima se naknada dosuđuje i od čega zavisi njena visina.

¹⁰ Član 155. ZOO-a.

¹¹ Članovi 157. i 199. ZOO-a.

O tome v. A. Radolović, „Zaštita ličnosti pravnih subjekata po Zakonu o obveznim odnosima“, *Nаша zakonitost*, br. 9-10/88, 1213-1216; A. Radolović, „Prava ličnosti u Zakonu o obveznim odnosima“, *Pravni život*, br. 1/89, str. 149-158; V. Vodinić, „Obligaciono-pravna zaštita ličnosti“, *Pravni život*, br. 1/89, 129-133; J. Borovac, „Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava ličnosti“, u: *Naknada nematerijalne štete, Izbor radova da savetovanja Udruženja za odštetno pravo*, Beograd 1998-2008, Beograd 2009, 108-127.

¹² U Načelima evropskog odštetnog prava koje je Evropska komisija usvojila 2005. godine se, između ostalog, ističe da nematerijalna šteta ne obuhvata samo fizičke ili duševne bolove, već podrazumijeva i samu objektivnu povredu zaštićenog prava ličnosti, a kada se radi o povredi života i zdravlja ova šteta odgovara duševnim bolovima oštećenog, težini povrede njegovog tjelesnog ili duševnog zdravlja – v. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, text and Commentary*, Springer 2005, 171-178.

¹³ Ta razlika proizilazi iz različitih polaznih osnova na kojima se baziraju.

monizacija nacionalnih zakonodavstava u oblasti obligacionih i privrednih odnosa da bi se ujednačila zaštita prava ličnosti na tom prostoru.¹⁴ No, i između njih je još dosta razlika u pogledu vrsta, načina i uslova pod kojima se nematerijalna šteta može ostvariti. Mnogobrojni problemi u vezi naknade ove specifične štete se u praksi pokušavaju prevazići ekstenzivnim tumačenjem zakonskih odredbi kojima se proširuje njihova primjena i kreativnom sudskom praksom.¹⁵

Prije prikaza nematerijalne štete u uporednom pravu, ukratko ćemo nešto reći i o istorijatu te štete, jer mislimo da je to korisno za bolje razumijevanje ove problematike.

2. Istorijat

Razvoj instituta nematerijalne štete tekao je postupno. Nematerijalna dobra su u prošlosti bila od sekundarnog značaja. Zaštita im se uglavnom nije pružala ili se pružala u vrlo ograničenom obimu. Novčana naknada za povredu nematerijalnih dobara bila je u suprotnosti sa vladajućim pravnim osjećajem. Međutim, postepeno je ipak sve više proširivano polje primjene ovog instituta. Kao problem privatnog prava, nematerijalna šteta se pojavila uporedo sa priznanjem prava ličnosti. Trend povećanog zanimanja za pravo ličnosti i njegovu zaštitu doprinio je njenom daljem razvoju.

Hamurabijev zakonik iz 1750. godine p. n. e. predviđao je u par. 156 slučaj naknade nematerijalne štete: „Ako je neki čovjek izabrao vjericu za svog sina, a sin je još nije upoznao, pa je on sam spavao u njenom naručju, platiće joj pola mine srebra i u potpunosti joj vratiti sve što je donijela od svog oca, a ona će se udati za koga bude htjela.“¹⁶

Rimsko pravo nije imalo mnogo smisla za idealna (neimovinska) životna dobra. Pojam štete u rimskom pravu nije podrazumijevao i nematerijalnu štetu. Delikt civilnog prava *damnum iniuria datum*, koji se sastojao u protivpravnom oštećenju i uništenju tuđe stvari bez namjere da se za sebe pribavi imovinska korist, nije pružao zaštitu neimovinskim interesima. Međutim, rimsko pravo je vremenom povredu ovih interesa ipak prepoznalo i pružilo im zaštitu kroz drugi

¹⁴ Te države bi se trebale držati Rezolucije br. 75-7. Ministarskog odbora Evropskog vijeća o naknadi štete na licu ili za slučaj smrti, koja preporučuje vladama država članica da uzmu u obzir pravo oštećenih na naknadu nematerijalne štete za slučaj povreda i smrti bliskog lica. Vid. tekst Rezolucije kod: M. Čurković, „Oblici nematerijalne štete i kriteriji za određivanje naknade“, *Privreda i pravo osiguranja u tranziciji*, Palić 2004, 130-133.

¹⁵ O naknadi nematerijalne štete u uporednom pravu v. N. Mrvić-Petrović, „Pravo na naknadu nematerijalne štete u uporednom pravu“, *Naknada nematerijalne štete* (urednik Z. Petrović), Budva 2001, 20-29; A. Đorić, „Naknada nematerijalne štete u uporednom pravu“, *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja* (urednik Z. Petrović), Budva/Beograd 2004, 293-300; M. Čurković, *Obvezna osiguranja u prometu*, Zagreb 2007, 130-143; F. Fernandez Jankov, „Naknada nematerijalne štete u Brazilu“, *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja* (urednik Z. Petrović), Beograd 2010, 243-254; Z. Petrović, N. Dožić, „Naknada nematerijalne štete u uporednom pravu“, *Osiguranje, Naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku* (urednici Z. Petrović i N. Mrvić Petrović), Zlatibor 2012, 311-321.

¹⁶ Navedeno prema: I. Babić, „Nematerijalna šteta i njena naknada“, *Pravo i politika*, br.1/08, 11.

delikt civilnog prava – iniuria.¹⁷ Ona je obuhvatala povredu fizičkog integriteta (iniuria re facta), ali i moralnog integriteta.¹⁸ Ovaj delikt je tokom svoje istorije pretrpio značajne promjene. Razvoj tog delikta od vremena Zakona XII tablica¹⁹ do postklasičnog perioda najbolje pokazuje elastičnost rimskog prava. U kasnijem razvoju rimske države iniuria se proširila i na verbalne uvrede i na sva djelovanja kojima se izražavalo potcjenjivanje tuđe ličnosti i časti.²⁰ Moglo bi se slobodno reći da se na taj način indirektno štitila ličnost oštećenog. Tužba actio iniuriarum je davala najpotpuniju zaštitu nematerijalnim interesima rimskog građanina. Određivanje visine globe bilo je prepušteno slobodnoj ocjeni pretora. Međutim, rimsko pravo je i kod nekih drugih instituta prepoznavalo izvjesne nematerijalne interese i pružalo im zaštitu, ali to nije bilo ni slično ideji nematerijalne štete kao što je to bio slučaj kod iniurie.²¹ Zbog toga se može reći da je to pravo kroz delikt iniurie udarilo kamen temeljac od koga će se preko pandekista razviti današnji oblik naknade nematerijalne štete.²² Rimsko pravo ipak nije uspjelo da u potpunosti izgradi načela građanske odgovornosti, jer nije povuklo granicu između reparacije i kazne. Ovdje je prevashodni cilj bio da se štetnik kazni za protivpravno ponašanje, a ne da oštećeni dobije zadovoljenje za štetu koju je pretrpio.

Ruska (šira) Pravda sa kraja XI vijeka sadržavala je više odredaba o nematerijalnoj šteti zbog uvrede ili povrede tijela (inicijali 23-25 i inicijal 27).²³ I Zakonik Cara Stefana Dušana iz 1349. i 1354. godine poznao je nematerijalnu štetu zbog povrede časti ili ubistva (članovi 94 i 95).²⁴ U feudalnom periodu, naknada zbog povrede prava ličnosti, prije svega, imala je kazneni (represivni) karakter. Ona je često zamjenjivala državnu sankciju. Odgovornost za štetu se zasnivala na krivičnopравnim principima. Građanskopravni aspekt priznavanja licima da imaju subjektivna prava u pogledu vlastitih ličnih dobara bio je prilično marginalizovan. Međutim, u šesnaestom vijeku započeo je razvoj učenja o pravima ličnosti, koji ta prava ipak tada nije uspio uvesti u građansko pravo.²⁵ Interesantno je bilo rješenje Opšteg zemaljskog prava Pruske iz 1794. godine, po kome je novčana naknada za povredu časti bila rezervisana samo za seljake i obične građane, dok je za visoke krugove društva ona bila poniženje.²⁶

¹⁷ O tome šire: O. Vujović, *Iniuria, magistarska teza*, Beograd 2009.

Latinska riječ iniuria je imala širok smisao – sa njom se označavalo sve ono što se čini u suprotnosti sa pravom, kao uvreda, povreda, nepravda i sl.

¹⁸ O. Vujović, „Koreni delikta iniuria i convicium“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/10, 260.

¹⁹ To je prva kodifikacija rimskog građanskog prava, koja je bila urezana na metalnim pločama i postavljena na rimskom forumu 451/450. prije n. e.

²⁰ O. Vujović, „Iniuria kao delikt“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/11, 370-371.

²¹ Vid. M. Kalodera, op. cit., 83-108.

²² M. Đorđević, „Naknada nematerijalne štete u rimskom pravu“, *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku* (urednici Z. Petrović i N. Mrvić Petrović), Zlatibor 2012, 344.

²³ D. Nikolić, *Drevnorusko slovensko pravo*, Beograd, 2000, 290.

²⁴ Zakonik Cara Stefana Dušana, SANU, Beograd 1997, 125.

²⁵ O pretečama učenja o pravima ličnosti v. Z. Petrović, N. Mrvić Petrović, *Naknada nematerijalne štete*str. 18-21.

²⁶ M. Baretić, „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, no. posebni broj, prosinac 2006, 477.

U devetnaestom vijeku, sa donošenjem velikih kodifikacija građanskog prava, počelo se razvijati savremeno shvatanje pojma nematerijalne štete. Norme građanskog prava su sve više počele da tretiraju i svoju neimovinsku komponentu, a to je dovelo do zaštite ličnih dobara i privatnopravnim sredstvima, što je u uskoj vezi sa humanističkom vizijom razvoja čovječanstva. Tek u ovom vijeku učenje o pravima ličnosti postaje cjelovit i zaokružen sistem. Razvoj instituta naknade nematerijalne štete je neraskidivo povezan sa razvojem učenja o pravima ličnosti. Nesumnjivo je da nije moguće zamisliti bilo kakav sistem zaštite prava ličnosti bez novčane naknade nematerijalne štete. Srpski građanski zakonik je predviđao da se može zahtijevati naknada nematerijalne štete zbog povrede tijela, za pretrpljene bolove (par. 820), zbog smrti bliskog lica (par. 821) i zbog povrede „slobode čije, ili časti i poštenja“ (par. 822), dok je Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru sadržavao opštu zabranu da se zahtijeva naknada nematerijalne štete.

3. Nematerijalna šteta u uporednom pravu²⁷

Njemački građanski zakonik ne definiše pojam nematerijalne štete. Prema ovom zakoniku nematerijalna šteta je ona šteta koja nije imovinska odnosno materijalna (negativno određenje). On načelno ne priznaje pravo na novčanu naknadu ove štete, već je priznaje samo izuzetno, u zakonom predviđenim slučajevima. Njemačko odštetno pravo je većim dijelom sudsko, precedentno pravo.²⁸ Naturalna restitucija je dopuštena, ali nema posebnog značaja za nematerijalnu štetu. Ako restitucija nije moguća, oštećeni ima pravo na pravičnu novčanu naknadu. Prema odredbi par. 253 Njemačkog građanskog zakonika „zbog štete koja nije imovinska može se zahtijevati naknada u novcu samo u slučajevima određenim zakonom“. Odredba par. 847 st. 1. je bila pravni osnov prava za pravičnu novčanu naknadu (bolnina) u slučajevima kad je nematerijalna šteta nastala povredom tijela ili zdravlja te oduzimanjem slobode. Isti par. u st. 2. je davao pravni osnov za isto pravo žene protiv koje je izvršen zločin ili prestup suprotan moralu ili je lukavstvom, prijetnjom ili zloupotrebom odnosa zavisnosti navedena na vanbračno opštenje. To se odnosilo na sve žene, bez obzira na godine.

Naknada se određuje po načelu pravičnosti (Billigkeit). Prilikom odmeravanja visine pravične naknade uzimaju se u obzir veličina, jačina i trajanje bolova, patnji i naruženja, a isto tako i sve okolnosti konkretnog slučaja. Tu se, prije svega, misli na stepen krivice štetnika i njegovo ponašanje poslije povrede oštećenog, imovinske prilike stranaka, pol, godine, osjetljivost na bolove i tome slično. Od oblika naknade može se dosuditi jednokratni iznos, renta ili njihova kombinacija. Obaveza naknade nematerijalne štete nastaje u vrijeme štetnog događaja. Kamate teku od opomene štetniku, pod uslovom da je priložena adekvatna dokumentacija na osnovu koje je moguće procijeniti štetru. Zahtjev za

²⁷ O trendovima u isplati naknade ove štete v. D. Pscheidl, Trendovi u isplati naknade za nematerijalne štete u nekim europskim zemljama, Osiguranje, br. 1-2/03, str. 12-22. Općenito gledano, vidljivo je da su naknade za nematerijalnu štetu u Evropi u porastu.

²⁸ U. Magnus, Shaden und Ersatz, Tübingen 1987, 30.

novčanu naknadu je neprenosiv i ne prelazi na nasljednike, osim ako je priznat ugovorom ili je već pokrenut spor. Njemački građanski zakonik je 2001. godine značajno reformisan,²⁹ ali na području naknade štete nije došlo do značajnijih izmjena. Izvršena je prestilizacija odredbi par. 847. i 825. novim par. 253 kojim se ističe pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete prouzrokovane povredom tijela, zdravlja ili ograničenjima slobode. Takođe, istim par. se priznaje pravo ženi kojoj budu povrijeđeni polna sloboda i seksualno dostojanstvo.³⁰ Krivica štetnika više nije bitna za postojanje prava na naknadu. To je posebno bitno kod saobraćajnih nezgoda, ako se naknada temelji na objektivnoj odgovornosti. U njemačkoj sudskoj praksi postoji pravilo da je pravična novčana naknada ove štete, pored slučajeva navedenih u zakonu, moguća i u slučaju težih povreda opšteg prava ličnosti.³¹ Time je znatno prošireno područje primjene pravila o novčanoj naknadi nematerijalne štete. Sudovi procjenjuju štetu za sve nematerijalne štete od slučaja do slučaja i imaju diskreciono pravo određivanja visine naknade. Interesantno je da prema njemačkom zakonodavstvu nije moguće tražiti naknadu nematerijalne štete zbog smrti ili teške povrede bliskog srodnika.

Francuski građanski zakonik sadrži opštu odredbu (član 1382) po kojoj ono lice koje je krivo za nastanak štete, mora tu štetu i naknaditi. Ovdje je ostalo otvoreno pitanje šta se smatra štetom. Smatra se da je time zakonodavac želio da dopusti popravljavanje svih vrsta štete. Francuska sudska praksa na osnovu toga priznaje pravo na naknadu i nematerijalne štete.³² Ova šteta se sastoji od nekoliko podvrsta koje obuhvataju široku lepezu pretrpljenih bolova i neugodnosti.³³ Kasacioni sud Francuske je ustanovio obavezu naknade ove štete za pretrpljene fizičke i duševne bolove, koji su posljedica povrede ili postupka liječenja. Funkcija naknade je da otkloni štetne posljedice. Novčana naknada služi kao satisfakcija oštećenom licu da sebi priušti određena zadovoljstva i na neki način naknadi pričinjenu štetu. Francuski sudovi dosuđuju i pravnim licima novčanu naknadu nematerijalne štete za raznovrsne povrede njihovog društvenog ugleda. U Francuski građanski zakonik je 1970. godine uveden novi član 9 koji proglašava poštovanje privatnog života svakog pojedinca. Na taj način je odvojena zaštita prava na privatni život od deliktne odgovornosti. Razrješenje problema ostalih prava ličnosti prepušteno je kreativnoj sudskoj praksi.³⁴ Zakonom iz 1973. godine priznaje se naknada nematerijalne štete zbog smanjenog uživanja u životu izazvanog

²⁹ Izmjene su stupile na snagu 1.8.2002. godine.

³⁰ Vid. Z. Petrović, N. Dožić, „Naknada nematerijalne štete u njemačkom pravu“, Uvod u pravo Nemačke (urednici M. Vasiljević i V. Čolović), Beograd 2011, 454-470.

³¹ Njemački Savezni sud je 1958. godine prvi put dosudio pravičnu novčanu naknadu zbog povrede opšteg prava ličnosti, a formalno opravdanje je našao u analognoj primjeni par. 847.

³² Interesantna je odluka Kasacionog suda iz 1883. godine u kojoj je zauzet stav da teškoće prilikom odmjeravanja visine nematerijalne štete nisu dovoljan razlog za zaključak da tužilac nema pravo na naknadu takvog vida štete – v. V. H. Rogers, *Domages for Non – Pecuniar Loos Comparative Perspective*, New York 2001, 68-70.

³³ Bitno je napomenuti da je i francuskim Zakonom o krivičnom postupku (član 3. st. 2.) propisano da lice koje je oštećeno izvršenjem krivičnog djela može pred krivičnim sudom zahtijevati naknadu štete koju je pretrpio izvršenjem krivičnog djela, što uključuje i naknadu nematerijalne štete.

³⁴ I. Babić, op. cit., str. 13.

nemogućnošću ili smanjenom mogućnošću da se učestvuje u normalnim životnim aktivnostima. Francuski Kasacioni sud je 2005. godine naložio formiranje radne grupe u cilju utvrđivanja podvrsta nematerijalne štete i njihovog lakšeg razlikovanja od materijalne štete.

Austrijski građanski zakonik u par. 1325. određuje da je lice koje drugom nanese povredu dužno da oštećenom naknadi pretrpljene bolove, osim naknade troškova liječenja i izgubljene zarade zbog nesposobnosti za privređivanje. Naknada se dosuđuje za fizičke ili duševne bolove koji su uzrokovani tjelesnom povredom, kao i za doživljene psihičke posljedice. Funkcija ove naknade je satisfakcija zbog izgubljene životne radosti ili umanjenog kvaliteta života. Mogućnost novčanog popravljanja nematerijalne štete predviđena je i u par. 1328. u slučaju povrede prava na polno samoodređenje i u slučaju uništenja stvari (par. 1331.). Austrijski Vrhovni sud je 1908. godine donio načelnu odluku da je novčano popravljanje nematerijalne štete moguće jedino u slučajevima kad je to zakonom predviđeno. U novije vrijeme austrijska sudska praksa priznaje novčanu naknadu za pretrpljene duševne bolove srodnika (bolnina) u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe.³⁵

Sličan pravni okvir za nematerijalnu štetu je i u Italijanskom građanskom zakoniku. Ovaj zakonik u članu 2059. određuje da je pravičnu novčanu naknadu ove štete moguće zahtijevati samo u slučajevima koji su predviđeni zakonom, pri čemu se najčešće radi o situacijama u kojima je ta šteta prouzrokovana krivičnim djelom.³⁶ Nematerijalna šteta je ovdje ona šteta kojom nije povrijeđen imovinski interes, koja nije materijalna. Naknada predstavlja subjektivno zadovoljenje koje se oštećenom dosuđuje zbog pretrpljenih duševnih bolova. Novčani oblik popravljanja ove štete nije moguće ako se radi o pravnim licima.

Italijanska sudska praksa pruža zaštitu i kada šteta nije prouzrokovana kažnjivim radnjama imajući u vidu odluku Ustavnog suda iz 1986. godine kojom je uveden termin „biološke štete“, koja ne pripada ni grupi imovinske ni grupi moralne štete. Ova šteta nastaje kao posljedica povrede prava na život i zdravlje, a osnov je član 42. Ustava Republike Italije. Kad god postoji šteta na osobi, ona se nadoknađuje u obliku biološke štete. Ta šteta je postala dominantni oblik nematerijalne štete.³⁷ Zakonom broj 57 od 5.3.2001. godine u članu 5. određeni su jedinstveni kriterijumi za obračun biološke štete, kako one privremene tako i trajne. No, kao poseban oblik nematerijalne štete ostala je i moralna šteta. Odluke Kasacijskog suda i Ustavnog suda iz 2003. godine su uvele i pojam egzistencijalne štete (za povrede ustavom zajamčenih prava lica), ali pojam ove štete još nije dovoljno definisan i za sada se ta šteta poklapa sa moralnom i biološkom štetom.

³⁵ O tome: A. Vučić Milovanović, „Novčana naknada za pretrpljene duševne bolove srodnika u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe u austrijskom pravu“, *Evropski pravnik*, br. 1/06, 139-144.

³⁶ Vid. E. Serao, „Naknada štete u Italiji“, *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja* (urednik Z. Petrović), Beograd 2010, 225-227.

³⁷ O kriterijumima odmjeraavanja visine naknade biološke štete v. M. Ćurković, *Naknada nematerijalne štete u nekim evropskim zemljama*, u: *Međunarodna konferencija “Štete u osiguranju motornih vozila”*, Neum 2006, 43-44.

Prema Švajcarskom građanskom zakoniku pravo na naknadu nematerijalne štete pripada oštećenom čije je neko pravo povrijeđeno pravno nedozvoljenom radnjom, osim u slučaju ako je oštećeni dao svoj pristanak (član 28.). On ima pravo da traži zabranu određenog ponašanja, konstatovanje nedozvoljene radnje, javno objavljivanje presude i naknadu štete. Ovaj član služi kao generalna klauzula za zaštitu povrijeđenih ličnih prava, jer se ne ograničava na pojedina lična dobra. Reformom obligacionog prava iz 1911. godine³⁸ dato je dopuštenje sudiji da prema naročitim okolnostima slučaja u slučaju smrti ili tjelesne povrede može oštećenom ili bliskim srođnicima ubijenog dosuditi novčanu naknadu u svrhu satisfakcije (član 47. Zakonika o obligacijama). Član 49. st. 1. istog Zakonika propisuje da u slučaju „teže povrede ličnog stanja“ oštećeni može tražiti novčanu naknadu štete kao satisfakciju ukoliko nema drugih mogućnosti da se ta šteta naknadi i ako težina povrede to opravdava. Sudija odmjerava pravičnu naknadu po slobodnoj ocjeni, a pri tome vodi računa o okolnostima pod kojima je došlo do štete i o stepenu krivice štetnika. Revizijom obligacionog prava iz 1983. godine umjesto povrede „ličnog stanja“ govori se o „povredi ličnosti“, a stepen krivice štetnika se izbacuje iz kruga pretpostavki odgovornosti za nematerijalnu štetu.

I Grčki građanski zakonik propisuje pravo na naknadu nematerijalne štete u određenim slučajevima. Članom 932. predviđeno je pravo na naknadu štete zbog pretrpljenih fizičkih i duševnih bolova svakome kome je preduzetom nezakonitom radnjom ili vlastitom krivicom štetnik prouzrokovao oštećenje zdravlja. U slučaju smrti oštećenog, sud može njegovim bliskim srođnicima dosuditi naknadu za pretrpljene duševne bolove. U krug ovih lica spadaju: supružnici, djeca, roditelji i braća i sestre (članovi 1537, 1555, 1559, 1569, 1579). Naknada za fizičke bolove utvrđuje se na osnovu težine povrede, a kriterijumi su: način i okolnosti povređivanja, stepen krivice i ekonomski i socijalni položaj stranaka.³⁹

Poljski građanski zakonik priznaje pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete u slučajevima koji su taksativno navedeni. Članom 445. st. 1. predviđena je pravična novčana naknada za slučaj tjelesne povrede ili narušenja zdravlja, članom 445. st. 2. za slučaj povrede slobode, uključujući i polnu slobodu, a članom 446. posredno oštećenim licima za slučaj smrti bliskog srođnika. Opšta odredba člana 448. je predviđala da u slučaju povrede ličnog interesa, oštećeni ima pravo zahtijevati od štetnika isplatu određenog novčanog iznosa u korist poljskog Crvenog krsta. Kasnije je ova odredba sadržajno izmijenjena,⁴⁰ pa sada oštećeni u slučaju povrede ličnog interesa ima pravo zahtijevati pravičnu novčanu naknadu po svom izboru, bilo u vlastitu korist, bilo za određenu socijalnu svrhu.

³⁸ Tada je donesen Zakonik o obligacijama u kome je određeno da stupa na snagu 1.1.1912. godine, istovremene kad i Građanski zakonik. Zakonik o obligacijama se smatra kao peti dio Građanskog zakonika, a inače je revidirani Zakonik o obligacijama iz 1881. godine, koji je, takođe, u određenim slučajevima predviđao pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete (članovi 54. i 55.). Švajcarski Zakonik o obligacijama je ostvario znatan uticaj i na ZOO bivše SFRJ.

³⁹ O tome: N. Mrvić, „Naknada štete usled saobraćajne nezgode prema grčkom zakonodavstvu“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 6/95, 221-222.

⁴⁰ Izmjene Poljskog građanskog zakonika iz 1996. godine.

Naknada nematerijalne štete u engleskom pravu se vezuje za sistem građanskopravnih delikata (tort),⁴¹ što daje razlog za podnošenje tužbenog zahtjeva za naknadu štete.⁴² Tort se definiše kao šteta nanescena licu ili imovini, nezavisno od ugovora, koja nastupa kao posljedica direktnog kršenja nekog prava ili obaveze. Englesko pravo ne poznaje «opštu» kategoriju za zaštitu ličnosti, već se koristi deliktno-pravnom osnovom, koja važi u konkretnim pojedinačnim slučajevima. Princip naturalne restitucije se pominje na uopšten način, ali se problem javlja kada se troškovi uspostavljanja predašnjeg stanja ne mogu izraziti u novcu. U takvim situacijama common law (običajno pravo)⁴³ je zauzeo stav da se ipak uspostavlja obaveza na plaćanje novčanog iznosa radi kompenzacije nematerijalnog gubitka povrijeđenog. Oštećeni mora dokazati krivicu štetnika ili bar nepažnju (negligence) koja je prouzrokovala štetu. Visina naknade se može odrediti i u većim iznosima od stvarnog gubitka tužitelja, a kao posljedica prekršajnog ponašanja tuženog (kod tzv. nominal damages). Takođe, tuženi se u nekim slučajevima može obavezati da naknadi samo onu štetu koja mu se može pripisati, odnosno da naknadi konkretnu štetu (kod tzv. measure damages). U engleskom pravu postoji nekoliko vrsta nematerijalnih šteta. Jedna vrsta (pain and suffering) označava sva dejstva fizičkog bola i šire polje negativnih osjećaja koji su rezultat oštećenja tjelesnog stanja (duševni bol). Druga kategorija (loss of Amenities) obuhvata one nematerijalne gubitke koje oštećeni doživljava, jer ima neka tjelesna oštećenja, pa se odriče određenih zadovoljstava i užitaka (npr. lice koje je oslijepilo ne može da uživa u čitanju i gledanju umjetničkih djela, lice kome je amputirana noga ne može da se bavi sportom, itd.). To su tzv. nenadoknadive štete koje se ne mogu procijeniti objektivno. Ovdje postoje i nematerijalne štete kao posljedica povrede ličnosti koje se ne mogu svesti u navedene vrste.⁴⁴ Engleski sistem naknade nematerijalne štete ima veliki uticaj na druge angloameričke države, kao i na države u kojima još postoji znatan uticaj ovog prava (neke afričke države, Indija, Malezija itd.).

Kao i u engleskom pravu, u SAD-u nematerijalna šteta nisu isključivo pretrpljeni fizički bolovi i duševne patnje, nego i drugi vidovi duševnih bolova (psihičke traume, nezadovoljstva zbog smanjenih životnih očekivanja prouzrokovanih tjelesnom povredom, itd.), povrede časti, ugleda i dostojanstva ličnosti i tome slično. Jedan od oblika duševnih bolova je i strah. Ovdje se nematerijalna šteta naziva neekonomskim gubitkom (non-economic losses) ili opštom štetom (general damages). Naknade štete su relativno niske, a većinom se utvrđuju na osnovu sporazuma zainteresovanih strana. U pogledu dosuđivanja naknade te štete primjenjuje se specifičan postupak harmonizacije, koji usm-

⁴¹ Tort se najčešće prevodi kao vanugovorna odgovornost za štetu. Ovaj institut nije karakterističan za kontinentalna prava. Može se prevoditi i kao krivica i kao šteta.

⁴² Vid. N. Mrvić Petrović, „Osiguranje i naknada štete u Velikoj Britaniji“, *Pravo-teorija i praksa*, br. 2/99, 39-48.

⁴³ Pored običajnog prava (common law) koje je glavni izvor građanskog deliktog prava, sve značajnije postaje i statutarno pravo (statute law).

⁴⁴ O tome opširno: S. Dimitrijević, „Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti u engleskom pravu“, *Naknada štete i osiguranje* (urednik Z. Petrović), Budva/Beograd 2005, 145 – 152.

jerava Američki pravni institut. Prikupljaju se podaci iz sudova o interesantnim slučajevima i izdaju svojevrsne Korekcije odštetnog prava (Restatements of the Law Torts) kojih je do sada publikovano jedanaest. U njima su navedeni pojedini karakteristični slučajevi iz odštetnog prava i komentari vezani za primjenu precedenata.⁴⁵ Cilj objavljivanja ovih publikacija je da se predstave opšti pravni principi američkog prava.

Građanski zakonik Ruske Federacije⁴⁶ propisuje da je sud ovlašten da licu kome je nanosena nematerijalna šteta povredom njegovog osobnog neimovinskog prava⁴⁷ ili drugih neimovinskih dobara, kao i u ostalim zakonom predviđenim slučajevima, dosudi novčanu naknadu za tako prouzrokovanu štetu. Prilikom određivanja visine pravične novčane naknade sud treba da vodi računa o krivici štetnika, te o ostalim važnim okolnostima konkretnog slučaja, kao i o težini fizičkih i duševnih bolova koje je pretrpilo oštećeno lice (član 151.). U članu 152. pod naslovom „Zaštita časti, dostojanstva i poslovnog ugleda“ garantuje se pravo na ispravak, odgovor i naknadu materijalne i nematerijalne štete fizičkom i pravnom licu zbog povrede časti, dostojanstva i poslovnog ugleda širenjem neistinitih informacija u masmedijima. Odredbama članova 1099. – 1101. ovog zakonika razrađuju se pojediniosti vezane za pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete. Posebno interesantno je da je određeno da će se za nematerijalnu štetu odgovarati bez obzira na krivicu u slučaju povrede života i tijela prouzrokovanih opasnom stvari, u slučaju nezakonite osude ili nezakonitog lišenja slobode, te u slučaju povrede časti, ugleda i poslovnog položaja širenjem informacija (član 1100).

Prema članu 132. Obligacijskog zakonika Slovenije šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha kao i povreda ugleda pravnog lica (nematerijalna šteta). Odredbe o naknadi nematerijalne štete se nalaze u članovima 178-185. Većina tih odredaba je identična odgovarajućim odredbama ZOO, samo su članovi 180. i 183. donijeli određene novine. Članom 180. proširen je krug lica koja imaju pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete zbog naročito teškog invaliditeta bliskog srodnika i propisano je da to pravo pripada i njegovoj braći, sestrama i vanbračnom drugu, ako je između njih i teško povrijeđenog postojala trajnija zajednica života. Novina je i da je utvrđeno pravo na pravičnu novčanu naknadu pravnom licu zbog povrede poslovnog ugleda (član 183.), te da je promijenjen naslov člana „satisfakcija u posebnim slučajevima“ u naslov „povreda dostojanstva“ (član 181.). Pravno lice ima pravo na novčanu naknadu zbog povrede ugleda ili dobrog imena, nezavisno od naknade materijalne štete, ukoliko sud utvrdi da to opravdavaju okolnosti slučaja. Tako je pravnoj zaštiti ugleda pravnog lica pružena jača i potpunija zaštita nego povredi časti i ugleda fizičkog lica. U ostalim članovima preuzete su odgovarajuće odredbe ZOO (u pogledu oblika pravno priznate naknade, naknadi buduće

⁴⁵ Vid. Z. Petrović i N. Mrvić Petrović, op. cit., 49-51.

⁴⁶ Građanski zakonik Ruske Federacije stupao je na snagu u dijelovima. Parlament Ruske Federacije je izglasao prvi dio 1994. godine, drugi dio 1995. godine, a treći dio 2001. godine.

⁴⁷ Članom 150. ovog zakonika su nabrojana neimovinska prava kojima se, po odredbama tog i drugih zakona, pruža pravna zaštita.

štete, nasljeđivanju i ustupanju potraživanja naknade, podijeljenoj odgovornosti, sniženju naknade, itd.).⁴⁸

Odredbama člana 142. Zakona o obligacionim odnosima Republike Makdonije propisano je da se pod štetom podrazumijeva umanjivanje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog uvećanja (izmakla korist), kao i prouzrokovanje drugome fizičkih ili duševnih bolova ili straha (nematerijalna šteta). Član 189. određuje bliže kriterijume za dosuđivanje pravične novčane naknade za nematerijalnu štetu saglasno odgovarajućim odredbama ZOO.

Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske prihvatio je objektivnu koncepciju neimovinske štete (umjesto naziva nematerijalna šteta upotrebljava se termin neimovinska šteta). Član 19. nabraja, primjera radi, osnovna prava osobnosti,⁴⁹ a član 1046. daje opšti pojam štete, pri čemu neimovinsku štetu definiše kao povredu prava osobnosti. Sve promjene u ovoj oblasti su posljedica promjene pojma te štete.⁵⁰ Osim prava osobnosti fizičke osobe, navode se i prava osobnosti pravne osobe.⁵¹ Fizičke i pravne osobe su izjednačene u pravu na popravljjanje nenovčane i novčane naknade neimovinske štete. Pretrpljene fizičke boli, duševne boli i strah samo su mjerilo težine povrede prava osobnosti i uzimaju se u obzir, pored drugih odlučnih okolnosti, pri utvrđivanju visine pravične novčane naknade (član 1100). Neimovinska šteta, kao pravno priznata šteta, može nastati i kad nema bolova i /ili straha. Članom 346. st. 1. izričito je propisano pravo i na naknadu neimovinske štete zbog povrede ugovora, jer je nesporno da povredom ugovorne obaveze povjerilac može pretrpjeti i neimovinsku štetu, bez obzira šta je predmet ugovorne obaveze. To je nužna posljedica dosljedne primjene objektivne koncepcije ove štete. U odnosu na ZOO izvršena je i izmjena (proširenje) u određivanju kruga lica koja imaju pravo na pravičnu novčanu naknadu zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica. Prema odredbama člana 1101. u slučaju smrti ili osobito teškog invaliditeta nekog lica pravo na pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete imaju članovi uže porodice (bračni drug, djeca i roditelji), a takva se naknada može dosuditi i braći i sestrama, djedovima i bakama, unučadi te vanbračnom drugu, ako je između njih i umrlog, odnosno ozlijeđenog, postojala trajnija zajednica života. Pravo na pravičnu novčanu naknadu daje se i roditeljima u slučaju gubitka začetog, a nerođenog djeteta.⁵² Izričito je određeno kada dospjeva obaveza

⁴⁸ O tome šire: N. Mihajlović, „Naknada nematerijalne štete u slovenačkom pravu“, *Pravni informator*, br. 10/07, 51-59;

⁴⁹ Na taj način se ostavlja da sudska praksa dopunjuje ovu listu novim pravima, u skladu sa potrebama društva.

⁵⁰ Vid. I. Crnić, „Pravo fizičke osobe na popravljjanje neimovinske štete“, *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 2005, 5-49; P. Klarić, „Naknada neimovinske štete“, *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb 2005, 27-49; P. Klarić, „Odgovornost za neimovinsku štetu“, *Zbornik radova sa XVIII susreta pravnika, Opatija* 2005, 174-195; A. Radolović, „Pravo osobnosti u Novom zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1/06, 129-168; D. Strinović, J. Škavčić i D. Zečević, *Pristup vještačenju naknade za neimovinsku štetu prema ZOO/05*, Zagreb 2009; S. Petrić, „Neimovinska šteta u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske“, *Pravna riječ*, br. 28/11, 169-191.

⁵¹ Pravnoj osobi su priznata sva ona prava osobnosti koja ZOO priznaje fizičkoj osobi, osim onih koja su vezana za biološku bit fizičke osobe.

⁵² Ovo je sudska praksa već ranije prihvatila - v. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1446/1998-2 od 26.3.2003, iz arhive autora.

pravične novčane naknade, čime je uređeno i kada počinju teći zatezne kamate na neimovinsku štetu, a promijenjeni su i uslovi nasljeđivanja, ustupa, prijeboga i izvršenja naknade ove štete.

Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore definiše nematerijalnu štetu kao nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha, kao i povredu prava ličnosti i ugleda pravnog lica (član 149). Odredbe članova o naknadi nematerijalne štete (206 -212.) su, uglavnom, identične odredbama ZOO koje regulišu ovu naknadu. Novina je samo u odredbi člana 207. st. 3. kojom je propisano da će sud, za povredu ugleda i prava ličnosti pravnog lica, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja dozvoljavaju. Takođe, novina je i da roditelji imaju pravo na pravičnu novčanu naknadu u slučaju gubitka začetog, a nerođenog djeteta (član 208. st. 5.). Ostali članovi preuzimaju odgovarajuće odredbe ZOO.

4. Zaključak

Iz svega izloženog vidljivo je da se nematerijalna šteta u uporednom pravu različito uređuje. Većina građanskih zakonika ne definiše pojam te štete, već je to prepušteno pravnoj teoriji i sudskoj praksi. Praksa sudova je posebno uticala na razvoj odštetnog prava u ovoj oblasti. Uporedni prikaz pokazuje da se nematerijalna šteta nadoknađuje bez obzira na to da li je izričito priznata u određenom zakonodavstvu ili ne. Pojmovi pod kojima se kriju razni oblici te štete različito se definišu, zavisno o pravnoj tradiciji. Sve više se širi mogućnost priznavanja prava na pravičnu novčanu naknadu ove štete. To je posljedica napretka u zaštiti prava ličnosti putem građanskopravnih instrumenata. Pravo na naknadu i uslovi pod kojima se ta šteta ostvaruje oblikuju se pod jakim uticajem ekonomskog i socijalnog stanja u svakoj državi i u skladu sa specifičnostima određenog pravnog sistema.

* * *

NON-MATERIAL DAMAGE IN COMPARATIVE LAW

Summary

Non-material damage is regulated differently in comparative law. Most civil codes do not define the notion of that damage, but it is left to legal theory and judicial practice. Judicial practice has had a great influence on the development of compensation law in this area. Comparative presentation shows that intangible damage is compensated regardless of whether it is explicitly recognized in certain legislation or not. The right to compensation and the conditions under which such damage is exercised is shaped under the strong influence of the economic and social status in each State and in accordance with the specificities of a particular legal system.

Keywords: non-material damage, compensation, comparative law

dr Andreja Katančević¹

NEMATERIJALNA ŠTETA I RIMSKO PRAVO

Apstrakt

Prema dominantnom stavu teorije, rimsko pravo nije poznavalo neimovinsku štetu niti njenu nadoknadu. Opšte je mišljenje da je nadoknada u slučaju povrede neimovinskih dobara doprinos škole prirodnog prava, te da je prvi zakonik koji ju je predviđao bio Austrijski građanski zakonik. Rad preispituje taj stav.

Rezultati pokazuju da se na osnovu sačuvanih izvora može sa sigurnošću reći da je rimsko pravo izgradilo norme koja štite neimovinska dobra tako što sankcionišu njihove povrede u okviru privatnog prava, predviđajući mogućnost osude na sumu novca. To rimsko pravo čini sličnim današnjim pravnim sistemima koji predviđaju mogućnost naknade nematerijalne štete. Da bi se sličnost izvela do kraja, neophodno je da se sagledaju motivi kojima su se vodile sudije prilikom određivanja sume koju je učinilac bio dužan da plati. Međutim, kako to pitanje nije interesovalo jurisprudente i kako sudije nisu bile dužne da daju obrazloženja presuda, izvori čute o kriterijumima procena. Pritom je moguće da je jedan sudija imao jedne, a drugi, vekovima pre ili kasnije, sasvim druge razloge, jer nije bilo svesti o potrebi ujednačavanja sudske prakse, niti mehanizama da se ono postigne. Nije isključeno da se tokom vekova našao i neki rimski sudija, koji je procenu vršio vođen motivima koji su milenijumima kasnije bili ratio legis modernih građanskopravnih zakonodavaca.

Primenjeni metodi su jezičko, sistemsko i istorijsko tumačenje rekonstruisanih odredaba Zakona dvanest tablica, delova Gajevih i Justinijanovih Institucija, kao i Justinijanovih Digesta.

Ključne reči: *nematerijalna šteta, rimsko pravo, iniuria, contumelia, convicium*

1. Uvod

Nematerijalna šteta se definiše kao kao povreda neimovinskog dobra,² pri čemu se definiciji često dodaje i uslov da njena posledica nije imovinske prirode.³

¹ Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, katancevic@jus.bg.ac.rs.

² B. Blagojević et al (ured.) *Pravna enciklopedija I*, Beograd 1985, 895-897; J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2004, 199.; V. Vodinelić, *Građansko pravo*, Beograd 2014, 510.; O. Stanković, *Novčana naknada neimovinske štete*, Beograd 1972, 3-25.

³ Povreda ljudskog tela kao neimovinskog dobra, može da dovede do materijalne štete usled nesposobnosti za rad. J. Radišić, 199.

Kao primer takvog dobra navode se život, zdravlje, fizički i psihički integritet, sloboda, čast, ugled, dostojanstvo, ime itd.⁴ Naš Zakon o obligacionim odnosima – ZOO (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja) kao neimovinsku štetu prepoznaje fizički bol, duševni bol i strah.⁵ Nadoknada te štete može biti novčana, ili nenovčana, kao što je objavljivanje presude ili ispravke iz člana 199 ZOO. Cilj naknade je ili otklanjanje štetnih posledica štetnikove radnje, odnosno naturalna restitucija, zadovoljenje u slučajevima novčane nadoknade (kompenzacija),⁶ ili sankcionisanje učinioaca.⁷

Prema dominantnom mišljenju teorije, rimsko pravo nije poznavalo ovakvu štetu niti njenu nadoknadu. Taj stav se po pravilu nalazi i u udžbeničkoj literaturi iz rimskog prava,⁸ iako se tamo redovno pominje i neimovinska šteta kao posebna vrsta štete. Opšte je mišljenje da je nadoknada u slučaju povrede neimovinskih dobara doprinos škole prirodnog prava, te da je prvi zakonik koji ju je predviđao bio Austrijski građanski zakonik.⁹ Ovaj rad će pokušati da relativizuje taj stav.

2. *Damnum*, kazna i naknada

Građansko pravo kontinentalnih pravnih sistema nastalo je na osnovu rimskog prava, odnosno njegovim vekovnim razvojem u skladu sa društvenim promenama i potrebama. Veliki građanski kodeksi devetnaestog veka, iako svaki na svoj način inovativni, uglavnom su bili varijacije normi Justinijanove kodifikacije, a ona je, s druge strane, bila plod milenijumskog razvoja prava. Iako se na prvi pogled Justinijanova kodifikacija može učiniti kao jedan harmoničan pravni sistem, ona to nije. Naime, niti *Digesta* uvek sadrže samo jedno rešenje za jedan problem, niti je rimsko pravo do šestog veka bilo jedan pravni sistem. Naprotiv, od Zakona dvanaest tablica do Justinijana u Rimu su postojala bar tri pravna sistema. Prvi od njih je bio zasnovan na običajima i zakonima koje donosi skupština slobodnih građana, vojnika ili poreskih obveznika. Drugi je bio onaj koji je nastao radom pravosudnih magistrata, koji su u svojim objavama unapred davali na znanje u kom slučaju će odobriti suđenje, a kada će ga uskratiti i to nezavisno od onog što u skupštinskim zakonima piše. Na kraju, uspostavljanjem monarhije, volja vladara je postala zakon, te su njegove konstitucije postale nov izvor prava. Kako vladar nije mogao biti vezan pravnim normama (*princeps legibus solutus*), tako nastale norme su sačinjavale poseban pravni sistem. Svaki od ovih sistema je dopunjavao ili menjao prethodni. To se najbolje vidi u materiji štete i nadoknade.

U III veku p. n. e. donet je Akvilijev zakon o šteti (*Lex Aquilia de damno*). On je izgleda prvi pravni izvor u istoriji koji je uveo opšti pojam protivpravno prouzroko-

⁴ *Ibid.*, Detaljnije O. Stanković, 200-311.

⁵ Član 200. Zakona o obligacionim odnosima-ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna Povelja.

⁶ J. Radišić, 280.

⁷ *Pravna enciklopedija* I, 896; Vodinečić sankciju štetnika vidi kao oblik kompenzacije. V. Vodinečić, 519.

⁸ M. Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2008, 320-321; M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 2002, 290; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2003, 334; A. Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb 1989, 268;

⁹ V. Vodinečić, 510.

vane štete (*damnum iniuria datum*). Međutim, tužba uvedena ovim zakonom (*actio legis Aquiliae*) nije glasila na nadoknadu štete, već na najveću vrednost oštećene stvari u određenom periodu vremena. Dakle, iako je osmišljen pojam protivpravne štete, još uvek se nije došlo i do njene naknade.

Verovatno krajem drugog veka p. n. e. uvedena je jedna posebna vrsta tužbi – *actiones bonae fidei*.¹⁰ One su bile jedinstvene po tome što je osuda po tim tužbama glasila na *id quod dare facere oportet ex fide bona*, odnosno na „sve ono što je osuđeni dužan da dà ili učini po principu dobre vere“. Tako je uveden verovatno najšire tumačeni pravni standard rimskog prava – *bona fides*. Jurisprudenti su, kroz vekove njegovog tumačenja, izgradili institut nadoknade štete. Zaključno sa Justinijanovom legislativom objektivna odgovornost, nepažnja, zla namera, stvarna šteta, propuštena dobit, viša sila, slučaj, osnovi isključenja odgovornosti, odgovornost za drugog i rodni pojmovi su tako uobličeni da su pravnici narednih petnaest vekova mogli da im dodaju tek detalje.

Šezdesetih godina prvog veka p. n. e. gradski pretor Gaj Akvilije Gal je uveo posebnu tužbu – *actio doli*. Tom tužbom je mogla da se zahteva nadoknada štete pod uslovima da to nije moguće učiniti ni na jedan drugi način, te da je šteta učinjena namerno, odnosno umišljajno.

Rimsko pravo nije kao današnje bilo katalog subjektivnih prava, već sistem procesnih sredstava. Posledica toga je da rimski pravnici nisu razmatrali pravo na naknadu štete kao poseban institut. Njih je interesovala mogućnost primene svake od pomenutih tužbi u konkretnom stvarnom ili hipotetičkom slučaju, a ne i opšta pravila obeštećenja.

U svim udžbenicima se kao latinski i rimski naziv za štetu navodi termin *damnum*. Njegovo značenje je izazvalo veliku pažnju pravne romanistike u poslednjih osam decenija. Danas se uglavnom smatra da se njime označavala šteta koju pretrpi vlasnik oštećene stvari, a ne i šteta učinjena na samoj stvari.¹¹ Nesporno je da nematerijalna šteta nije ulazila u pojam *damni*.¹² U vezi sa tim se često citira fragment iz Digesta koji dolazi iz Pavlove¹³ knjige komentara Plaucijevih dela:

D.9.2.33.pr. *Paulus libro secundo ad Plautium: Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiozem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege enim Aquilia damnum consequimur: et ami-*

¹⁰ Zahvaljujući tim tužbama razvili su se mnogi današnji imenovani obligacioni ugovori, ali i kvazikontrakti, kao npr. poslovodstvo bez naloga.

¹¹ D. Daube, „On the Use of the Term *damnum*“, *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario, 1899-1948, Naples 1948, 93-156*; M. Polojac, „Lex Aquilia u interpretaciji klasične jurisprudencije“, *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije IV* (ur. Stevan Lilić), Beograd 2009, 94; D. Popović, „Sistem Akvilijevog zakona“, *Analiza Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (Analiza)* 1/1987, 63; S. Aličić, *Klasično shvatanje reči damnum u poglavlju Digesta Ad legem Aquiliam (9.2)* (doktorska disertacija), Beograd 2011.

¹² S. Aličić, *Imovinska šteta u rimskom klasičnom pravu*, Sarajevo 2017, 54-57.

¹³ O Pavlu W. Kunkel, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln Weimar Wien 2001, 244-245.

*sisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.*¹⁴

Pavle razmatra upotrebu akvilijanske tužbe u slučaju da je ubijen rob, koji je biološki sin slobodnog čoveka.¹⁵ Prema Akvilijevom zakonu učinilac je bio dužan da oštećenom plati najveću vrednost roba u poslednjih godinu dana. Međutim, dok bi rob imao jednu vrednost za sve ostale, dotle bi za oca bio daleko vredniji. Postavlja se pitanje koju vrednost uzeti prilikom procene kazne koju osuđeni treba da plati tužiocu. Bez obzira na to koliko otac bio spreman da plati za sina, Pavle i Pedije smatraju da u obzir treba uzeti samo opštu, danas bi se reklo tržišnu vrednost. Afektivna vrednost ne ulazi u procenu, te se tako prilikom osude ne uzima u obzir duševni bol oca za ubijenim sinom.

Prema sačuvanim svedočanstvima svi pomenuti mehanizmi naknade ili kazne za učinjenu imovinsku štetu (*actiones bonae fidei, actio doli, actio legis Aquiliae*) ili ne spominju ili izričito isključuju naknadu i nematerijalne štete. Međutim, svi oni su bili usmereni samo na zaštitu imovine, a ne i neimovinskih dobara.

3. Privatnopravna zaštita neimovinskih dobara

Vrste povreda

Jedan drugi građanskopravni delikt je štitio telo i čast čoveka. Reč je injuriji¹⁶, institutu za koje neki veruju da je postojao i pre Zakona dvanaest tablica. On se pominje u toj prvoj rimskoj kodifikaciji, a kasnije je razvijan republikanskim za-

¹⁴ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. april 2019. „Ako si ubio mog roba, smatram da ne treba procenjivati osećanja, čak i ako je ubijeni tvoj biološki sin, koga bi ti skupo platio, već [treba da mu se vrednost utvrdi na] onoliko koliko bi vredeo svima. Sekst Pedije takođe drži da se cena stvari ne određuje ne prema afekciji ili koristi određenog pojedinca, već na opšti način. Tako se onaj, ko poseduje biološkog sina, ne smatra zbog toga bogatijim, pošto bi, da ga je držao drugi, bio spreman da ga za veliku cenu povрати. Niti onaj, ko drži tuđeg sina, može da [smatra da] ima onoliko [vrednog roba], za koliko bi ga otac kupio. Naime, kod Akvilijevog zakona, prihvatamo štetu i kažemo da je izgubljeno ili ono što smo mogli da steknemo, ili ono što smo morali da platimo.“

¹⁵ U Rimu nije smatrano nemoralnim da vlasnik muškarac održava seksualne odnose sa svojim robinjama. Ukoliko bi robinja rodila dete svog vlasnika, ono bi nasledilo pravni položaj majke, te i samo bilo rob.

¹⁶ H. F. Hitzig, *Iniuria, Beiträge zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht*, München 1899; R. Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems*, Breslau 1903; S. Di Paola, „La genesi storica del delitto di ‘Iniuria’“, *Annali del Seminario Giuridico Università di Catania* 1/1946-1947, 268-294; G. Lavaggi, „Iniuria e obligatio ex delicto“, *Studia et documenta historiae et iuris* 15/1948, 141-198; U. von Lübtow, „Zum römischen Injurienrecht“, *Labes* 15/1969, 131-167; F. Raber, *Grundlagen klassischer Injuriensprüche*, Wien Köln Graz 1969; D. V. Simon, „Begriff und Tatbestand der ‘Iniuria’ im altrömischen Recht“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 82/1965, 132-187; R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972; R. Wittmann, „Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 91/1974, 285-359; J. Plescia, „The development of iniuria“, *Labes* 23/1977, 271-289; E. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986; M. Hagemann, *Iniuria von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln Weimer Wien 1998; O. Vujović, „Koreni delikata iniuria i concivium“, *Anali* 2/2010, 260-280; A. Katančević, „O poreklu vrsta delikata“, *Anali* 1/2011, 413-419; O. Vujović, „Injurija kao delikt“, *Anali* 2/2011, 360-380. Iscrpniji spisak literature A. Katančević, „Oslobodjenje od odgovornosti za injuriju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici*, Kosovska Mitrovica 2018, 99 fn. 3.

konom, senatskom odlukom, pretorskim ediktima, radom jurisprudenata i carskim konstitucijama, odnosno gotovo svim izvorima prava u Rimu u rasponu od jednog milenijuma. Više od bogate istorije rimske injurije, za temu ovog rada je bitno šta je sve obuhvatao ovaj delikt.

Od Zakona dvanaest tablica u injuriju spada telesna povreda. Tu su nesumnjivo bile predviđene dve telesne povrede. Prva od njih je prelom kosti (*os fractum*), za koju je jasno šta je podrazumevala. Donekle je sporno šta je predstavljala povreda koja se u tekstovima označava kao *membrum ruptum*. Naime, *membrum* može značiti i telesni organ i telesni ekstremitet, a *rumpere* i „uništiti“ i „oštetiti“. Nije sasvim jasno da li je taj zakon poznavao i druge telesne povrede.¹⁷

U okvirima injurije bila je i uvreda. Moguće je da je tu svrstana još Zakonom dvanaest tablica.¹⁸ S druge strane, nesumnjivo je da je na prelazu iz drugog u prvi vek p. n. e. pretor doneo niz edikata kojima je predvideo različite nove oblike uvrede. Verovatno prvi od njih bio je vikanje na nekoga na javnom mestu:

D.47.10.15.2. *Ulpianus libro 77 ad edictum: Ait praetor: “Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicitur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo”*.¹⁹

Tužba se ne dozvoljava samo protiv onoga ko je vikao na drugog, već i protiv onoga ko je vikanje prouzrokovao, odnosno organizovao. Da bi se po tom ediktu odgovala, bilo je neophodno da to bude učinjeno protivno dobrim običajima.²⁰

Drugi edikt koji se bavio tom materijom govori o dostojanstvu žena i dece uglednih rimskih porodica:

D. 47.10.15.19. *Ulpianus libro 77 ad edictum: Tenetur hoc edicto non tantum qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem appellavisset adsectatusve est*.²¹

U to vreme nije smatrano za prikladno da se žene ili deca iz visokog društva pojavljuju u javnosti bez pratilaca, odraslih muških članova porodice ili robova. Ediktom pretor izjavljuje da će dozvoliti pokretanje tužbe protiv onog ko odvede pratioca, obrati mu se ili ga prati.

Na kraju *iuris honorarium* razvoja zaštite neimovinskih dobara, gradski pretor je doneo edikt kojim je dozvolio tužbu u svim slučajevima kada je učinilac postupao sa namerom da nekoga uvredi (*infamandi causa*):

D. 47.10.15.25. *Ulpianus libro 77 ad edictum: Ait praetor: „Ne quid infamandi causa fiat. Si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam”*.²²

¹⁷ A. Katančević, „*Iniuria alteri facta* pretklasičnog rimskog prava“, *Anali* 1/2010, 288-303.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. april 2019. „Pretor kaže: „Ko je protivno dobrim običajima vikao na drugog, ili za koga je rečeno da je učinio da se protivno dobrim običajima više na drugog, protiv njega daću tužbu.““.

²⁰ O ovom ediktu R. Wittmann (1972), 30; E. Polay, 103.

²¹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. april 2019. „Odgovoraju prema ovom ediktu ne samo onaj ko odvede pratioca, već i onaj ko se nekom njihovom bio obratio ili ih pratio.“.

²² <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. april 2019. „Pretor kaže: „Da ništa ne bi bilo radi povrede časti, odobriću tužbu, ukoliko je neko suprotno učinio, prema okolnostima konkretnog slučaja.““.

Pretor tu odobrava tužbu u slučajevima u kojima je nešto učinjeno *infamandi causa*.²³ Time je evolucija privatnopravne zaštite časti u starom Rimu došla do svog kraja. Ipak, to nije smetalo senatu da jednom posebnom odlukom sastavljanje, objavljivanje, raznošenje i kupoprodaju uvredljivih letaka učini krivičnim delom.²⁴

Po svoj prilici u prvom veku p. n. e., u vreme Suline diktature i njegove obimne zakonodavne aktivnosti, donet je i Kornelijev zakon o injurijama (*Lex Cornelia de iniuriis*). Njime je predviđena mogućnost podizanja *actionis iniuriarum* i u slučaju povrede drugih dobara. O tome govori Ulpijan u fragmentu koji je sačuvan u Digestama:

D.47.10.5.pr. *Ulpianus libro 56 ad edictum: Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. ...*²⁵

Prva povreda ličnih prava predviđena ovim zakonom je udaranje. Ono može biti dvojako: *pulsare* i *verberare*. Iako dve reči imaju srodno značenje, Ofilije, a kasnije i Ulpijan među njima uočava jasnu razliku. *Pulsare* znači, za razliku od *verberare*, udaranje bez pričinjavanja fizičkog bola.²⁶ Te vrste napada na lična dobra ne treba mešati sa telesnom povredom predviđenom najstarijom rimskom kodifikacijom još u petom veku p. n. e. Ovdje je delikt proširen i na slučajeve napada na telo posle kojih ono ne biva povređeno. Čini se da je to prvi put da je fiziki bol pravno prepoznat kao način povrede jednog pravno zaštićenog dobra. Na ovom mestu ne može da se ne primeti da je fizički bol oblik povrede neimovinskog dobra i u našem Zakonu o obligacionim odnosima. Nije do kraja jasno koje se dobro štiti predviđanjem mogućnosti podizanja tužbe u slučaju *pulsationis*, odnosno udaranja bez pričinjavanja bola i bez nanošenja povreda. Telo tu ne trpi povrede, a ako bi u pitanju bila čast (npr. slab šamar na javnom mestu), odredba bi bila suvišna, jer je takvo ponašanje već bilo obuhvaćeno pretorskim ediktom *ne quid infamandi causa*.

Poslednja vrsta kornelijanske injurije čini onaj ko *domum alienum vi introit*, odnosno silom ulazi u tuđ stan. Treba učiniti napomenu da se tu sankcioniše sam nasilan ulazak u tuđu kuću, a ne i prateća uvreda, telesna povreda ili oštećenje imovine, za šta su već postojale tužbe, koje su se mogle podići u tim slučajevima. Stan jednog lica je sam po sebi smatran za dobro koje treba zaštititi. Pod domom se podrazumevao ne samo stambeni objekat u svojini oštećenog, već i stan koji je on zakupio, dobio na poslugu ili u kome je primljen u goste, ali ne i sobe u prenočištima i bordelima.²⁷

Posle svega može da se zaključiti da je rimsko privatno pravo prepoznavalo i sankcionisalo sledeće oblike povrede neimovinskih dobara:

1. telesna povreda;
2. uvreda;
3. nanošenje telesnog bola;

²³ Vid. D. V. Simon, 179; R. Wittmann (1972), 33; E. Polay, 143; D. Daube, "Ne quid infamandi causa fiat", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, III, Verona 1951, 417.

²⁴ D.47.10.5.9-11 i D.47.10.6.

²⁵ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. april 2019. „Kornelijev zakon o injurijama se odnosi na onoga, ko bi želeo da podigne tužbu iz injurije u slučaju da tvrdi da je bio udaran, šiban ili da je neko silom ušao u njegov dom. ...“.

²⁶ D.47.10.5.1.

²⁷ D.47.10.5.2-5.

4. udaranje bez nanonešenja bola ili povrede;
5. nasilan ulazak u stan.

U odnosu npr. na ZOO, primetno je da u tu grupu nije ulazio duševni bol i strah. Propuštanje da se sankcioniše nanošenje duševnog bola drugom zbunjuje na prvi pogled. Međutim, za razliku od našeg današnjeg prava, rimsko je sankcionisalo povredu tela, časti ili stana, a ne posledično nanošenje duševnog bola. Pritom, zbog nedostatka izvora, nije isključeno da je u procenu dosuđene sume ulazio i duševni bol, iako njegovo nanošenje po sebi nije izazivalo pravne posledice. S druge strane, jasno je zašto izazivanje straha nije smatrano povodom za pravno zadovoljenje. Rimsko društvo je imalo negativan stav prema kukavicama i strah je imao pravnih posledica samo u okviru pretnje kao mane volje.

Procena

U Zakonu dvanaest tablica su predviđene telesne povrede bile sankcionisane fiksnom zakonskom kompozicijom ili alternativno dobrovoljnom kompozicijom ili talionom. Verovatno na prelazu iz drugog u prvi vek p. n. e. uvedena je tužba sa procenom, *actio iniuriarum aestimatoria*,²⁸ pa se od tada visina dosuđene sume određivala u svakom konkretnom slučaju. Ne treba zaboraviti da je od drugog veka p. n. e. svaka presuda glasila na sumu novca, te učinilac nije mogao biti osuđen na nešto drugo, **što** je restituciju činilo nemogućom.

Privatni sudski postupak je postojao od najranijih vremena rimske istorije pa do sredine četvrtog veka n. e. On je imao nekoliko specifičnosti od značaja za temu ovog rada. Prvo, sudija je bio laik, izabrani arbitar, koga su sa liste senatora, kasnije i ekvestara, birale stranke. Drugo, protiv ovakve presude nije bila moguća žalba jer jednostavno nije bilo više instance, koja je mogla da ponovo odlučuje o istoj stvari. Načelo *ne bis in idem*, je primenjivano dosledno i strogo. Treće, sudija nije mogao biti upitan za razloge zbog kojih je činjenicu smatrao dokazanom ili ne, niti je bio dužan da ih obrazloži, baš kao ni motive kojima se vodio u odmeravanju sume iz presude.

Ipak, uprkos ovakvom izgledu postupka, u rimskoj klasičnoj jurisprudenciji su nastala neka sumarna pravila o proceni iznosa novca koji tuženi treba da plati.

Vreme

Javolen, rimski pravnik iz prve polovine drugog veka p. n. e.,²⁹ o tome piše:

D.47.10.21. *Iavolenus libro nono epistularum: Iniuriarum aestimatio non ad id tempus, quo iudicatur, sed ad id, quo facta est, referri debet.*³⁰

Prema njegovom mišljenju, procenu treba vršiti prema okolnostima koje su postojale onda kada je injurija učinjena, a ne prema stanju u trenutku kada se

²⁸ O uvođenju procene A. D. Manfredini, „Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis“, *Praesidia libertatis* (Ed. F. Milazzo), Napoli. 1992, 65-95.

²⁹ O Javolenu W. Kunkel, 138-140.

³⁰ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. april 2019. „Procena injurija treba da se odnosi ne na vreme kada se sudi, nego na vreme kada su učinjene.“.

sudi. Iako je rok za podizanje tužbe bio godinu dana, rimski pravници nisu prevideli mogućnost da se ugled i telesno zdravlje čovjeka vremenom menjaju, te i na taj suptilan način pokazali svoju normativnu genijalnost.

Intenzitet povrede

Gaj, najpoznatiji profesor prava u istoriji,³¹ nije propustio da u svom udžbeniku piše o tužbi sa procenom iz injurije:

*Institutiones Gaii 3.224-225: 224. Sed nunc alio iure utimur: permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, prout illi uisum fuerit; sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat uadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, qui possit uel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem. 225. Atrox autem iniuria aestimatur uel ex facto, uelut si quis ab aliquo uulneratus aut uerberatus fustibus caesus fuerit; uel ex loco, uelut si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; uel ex persona, uelut si magistratus iniuriam passus fuerit, uel senatori ab humili persona facta sit iniuria.*³²

Osim mehanizma određivanja dosuđene sume, Gaj izveštava i o tome da treba voditi računa i o činjenici da li je injurija izvršena na okrutan način (*iniuria atrocis*)³³. Takvom povredom neimovinskih dobara se smatra udarac bičem ili batinom, nanošenje telesne povrede ili javne uvrede, ali i kada neko nižeg povredi integritet licu višeg društvenog ranga. Ideja da kod novčane procene treba voditi računa i o ugledu i rangu učinioca i oštećenog, dosledno je razrađena u Justinijanovoj kodifikaciji i formulisana u njegovim Institucijama³⁴:

*1.4.4.7. ... nam secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit aut minuitur aestimatio iniuriae ... 9. ... aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personae iniuria aestimatur. ...*³⁵

³¹ O Gaju O. Stanojević, *Gaius Noster*, Beograd 2010.

³² <http://www.thelatinlibrary.com/gaius3.html>, 15. april 2019. „224. Međutim, sada se primenjuju druga pravila, jer je pretor dozvolio da sami procenimo injuriju, a sudija će ili toliko da dosudi ili manje, kako nade za shodno. Ali, ako je naneta teška injurija, obično pretor vrši procenu i kada on utvrdi iznos, za koji je tuženi obavezan da dā *uadimonium*, ovaj će ući u formulu i sudija iako bi ipak mogao i na manje da osudi, najčešće se neće usuditi da smanji iznos u presudi zbog pretorovog autoriteta. 225. Injurija se smatra teškom bilo na osnovu samog čina npr. ako je neko ranjen ili je prebijen bičem ili batinom; bilo prema mestu, kao kada neko u pozorištu ili na forumu učini injuriju, bilo prema ličnosti, npr. kada magistratu ili senatoru nanese injuriju lice niskog društvenog ranga.“ O. Stanojević, *Gaj Institucije*, Beograd 2009, 281.

³³ O takvoj injuriji U. von Lübtow, 150-152; F. Raber, 91-106; J. Plescia, 287; E. Pólay 1986, 132-136; M. Hagemann, 91-100.

³⁴ Ista ideja se javlja i u Digestama. D.47.10.17.13. i D.47.10.7.3.

³⁵ <https://droitromaineuniv-grenoble-alpes.fr/>, 15. april 2019. „7. Naime, visina procene se uvećava ili umanjuje prema društvenom rangu i poštenju. ... 9. ... Tako se drugačije procenjuje injurija učinjena senatoru, ocu ili patronu, a drugačije [ona učinjena] nekom van porodice ili niskog društvenog ranga. ...“.

Iz teksta sledi da dosuđeni iznos treba da bude veći kada je u pitanju in-jurija naneta članu senata ili ona koju je naneo sin ocu, klijent patronu³⁶, od one učinjene nekom van porodice ili pripadniku nižeg staleža.

4. Zaključak

Nema nikakve dileme da bi se rimski pravnik zbunio pri pomenu termina *damnum immateriale*, te da povredu neimovinskog dobra nikad ne bi označio terminom *damnum*. To ne treba da čudi, jer antički jurisperiti nisu bili skloni teoretisanju i izgradnji apstraktnih koncepata. Sva pravila o *damno*, koja čine jedan naslov devete knjige Justinijanovih *Digesta* nisu nastala zbog izgradnje koncepta ili pojma štete, već zbog definisanja mogućnosti upotrebe akvilijanske tužbe, koja nije bila jedina koja se mogla podneti u slučaju nanošenja štete. Stoga ne čudi, što u Rimu bez konstruisanog pojma štete nije nastao koncept neimovinske štete, koji mu evolutivno sledi.

Ipak na osnovu sačuvanih izvora može se sa sigurnošću reći da je rimsko pravo izgradilo norme koja štite neimovinska dobra tako što sankcionišu njihove povrede u okviru privatnog prava, predviđajući mogućnost osude na sumu novca. To rimsko pravo čini sličnim današnjim pravnim sistemima koji predviđaju mogućnost naknade nematerijalne štete. Da bi se sličnost izvela do kraja, neophodno je da se sagledaju motivi koji su vodili sudije prilikom određivanja sume koju je učinilac bio dužan da plati po *actioni iniuriarum*. Međutim, kako to pitanje nije interesovalo jurisperite i kako sudije nisu bile dužne da daju obrazloženja presuda, izvori ćute o kriterijumima procena. Pritom je moguće da je jedan sudija imao jedne, a drugi, vekovima pre ili kasnije, sasvim druge razloge, jer nije bilo svesti o potrebi ujednačavanja sudske prakse, niti mehanizama da se ono postigne. Nije isključeno da se tokom vekova našao i neki rimski sudija, koji je procenu vršio prema motivima koju su milenijumima kasnije bili *ratio legis* modernih građanskopravnih zakonodavaca, te sumu u presudi određivao i kao kompenzaciju.

Na kraju treba primetiti da su različiti pravni sistemi u istoriji polazili od različitih koncepata, prolazili različitim putevima, ali stizali do istog cilja. Rimljani nisu poznavali pojam neimovinske štete, ali im on nije bio potreban da bi povredama neimovinskih dobara pripisali slične ili iste pravne posledice kao i moderni pravni sistemi.

³⁶ Slično D.47.10.7.2.

* * *

NON-PECUNIARY LOSS AND ROMAN LAW

Summary

According to a dominant view in legal theory, Roman law did not recognize non-pecuniary loss or its compensation. It is commonly held that compensation for injury to non-pecuniary interests is a contribution of the school of natural law and that the first codification which allowed it was the Austrian Civil Code. This paper challenges the dominant view.

Results of a research of surviving sources allow a confident conclusion that Roman law developed rules protecting non-pecuniary interests through sanctioning their injuries within private law, which included the possibility of a pecuniary condemnation. This makes Roman law similar to contemporary legal systems which recognize the possibility of compensation of non-pecuniary loss. To show this similarity it is necessary to consider the motives which guided the judges in awarding sums that the tortfeasor had to pay. However, since this question did not interest lawyers and given that judges did not have to reason their decisions, the sources are silent on the criteria for awarding compensation. It is also possible that one judge had certain reasons, while another judge, centuries before or after, had very different reasons, since there was no awareness of the need for a unified court practice and no mechanisms to achieve it. It is also possible that during the centuries some Roman judge awarded compensation following criteria which, millennia later, were the ratio legis of modern legislators.

Applied methods are linguistic, systemic and historical interpretation of reconstructed provisions of the Law of Twelve Tables and parts of the Institutes of Gaius and Justinian, as well as of the Digest of Justinian.

Key words: non-pecuniary loss, Roman law, iniuria, contumelia, convicium

Prof. dr. sc. Loris Belanić¹

POJAM OPASNE STVARI I OPASNE DJELATNOSTI U TEORIJI I SUDSKOJ PRAKSI

Apstrakt

Za štetu nastalu od opasne stvari odnosno opasne djelatnosti odgovara se po principu objektivne odgovornosti za štetu. Pojam opasne stvari i opasne djelatnosti nije određen zakonom (uz izuzetak motornog vozila i neispravnog proizvoda), već je prepušteno da isti određuje sudska praksa, ovisno o okolnostima konkretnog slučaja. Zadatak pravne teorije ogleda se u pokušaju sistematizacije pravila i pravnih shvaćanja iznesenih u sudskoj praksi o tome što se smatra opasnom stvari, odnosno opasnom djelatnošću. U radu se iznose definicije opasne stvari i opasne djelatnosti koje su nastale u sudskoj praksi; opisuju se kriteriji koje je stvorila sudska praksa a koji mogu poslužiti kao vodič, odnosno kao procjena je li neka stvar opasna; navode se i stvari, odnosno djelatnosti koje se prema sudskoj praksi ne smatraju opasnim.

***Cljučne riječi:** opasna stvar, opasna djelatnost, šteta, objektivna odgovornost.*

1. Uvod

Odgovornost za štetu od opasne stvari i opasne djelatnosti zauzima posebno mjesto u suvremenim sustavima odgovornosti za štetu. Razlog tome je što je pojavom masovne industrijske proizvodnje različitih strojeva, uređaja, oruđa, oružja, motornih vozila, i drugih stvari koje su potencijalno opasne, njihovom uporabom (a koja zbog nestručnog rukovanja, nesavršenosti tehnike ili nekog nepoznatog razloga može izmaknuti kontroli čovjeka), korištenjem različitih izvora energije (konvencionalne i nuklearne) i proizvodnih procesa, razvojem prometa i prijevoznih sredstava, i obavljanjem različitih djelatnosti s kojima je povezan povećan rizik nastanka štete (graditeljstvo, medicina, promet, industrijske djelatnosti itd.) svaki čovjek, njegova imovinska i neimovinska dobra izložena su povećanoj opasnosti od nastanka štete mnogo više nego što je to bilo ranije u povijesti.

Inzistiranje na krivnji štetnika, kao pretpostavki odgovornosti za štetu, u ovakvim situacijama povećane opasnosti od nastanka štete otežalo bi mogućnost ostvarivanja prava na popravljanje štete oštećenima. To bi za posljedicu imalo

¹ Izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci; e-mail: lorisb@pravri.hr

da vlasnici opasne stvari, odnosno osobe koje se bave opasnom djelatnošću za štetu koja potječe od tih stvari ili djelatnosti, vrlo rijetko budu odgovorni.

Zbog toga se u pogledu odgovornosti za štetu od opasne stvari i opasne djelatnosti primjenjuju stroža, tj. pravila o objektivnoj odgovornosti. Odgovornost vlasnika/korisnika opasnih stvari ili osoba koje se bave opasnom djelatnošću postoji bez obzira na njihovu krivnju jer je „ipak najbitnije da se takvim oštećenima naknadi šteta koja im je prouzročena po tuđim stvarima odnosno djelatnostima“² pogotovo s obzirom na činjenicu što je moguće da su se i oštećenici i štetnici u spornoj situaciji ponašali u skladu s pravilima i s pažnjom koja se od njih zahtijevala. Drugim riječima, onaj tko obavljanjem djelatnosti ili samim držanjem neke stvari stvara povećanu opasnost (rizik) od nastanka štete za okolinu mora odgovarati za štete koje mogu nastati iz takve opasnosti. Ovo je temeljna postavka teorije stvorenog rizika kojom se u modernoj znanosti građanskog prava objašnjava uvođenje odgovornosti bez krivnje, tj. objektivne odgovornosti.³

2. Općenito o određivanju opasne stvari i opasne djelatnosti

Što se smatra opasnom stvari, odnosno opasnom djelatnošću ZOO-om⁴ nije posebno određeno, već je odgovor na to pitanje ostavljen sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Na sudu je da u svakom konkretnom slučaju ocijeni je li stvar, odnosno djelatnost u svezi s kojom je šteta nastala, doista stvar, odnosno djelatnost s povećanom opasnosti za okolinu.⁵ Najveći izazov pri traženju odgovora na to pitanje je u definiranju opasnosti, kao i u definiranju stupnja opasnosti (tipična, pretjerana, velika, izvanredna opasnost). I najbezazlenije ljudske radnje, kao i stvari, koje se prema nekom uobičajenom shvaćanju ne čine opasnim, mogu postati opasne u određenim okolnostima.⁶ U pogledu stupnja opasnosti, već je sam ZOO uputio na to da su opasne stvari ili djelatnosti one od kojih potječe povećana opasnost štete za okolinu.⁷ Dakle, već prema ZOO-u, glede objektivne odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti nije dovoljna bilo kakva (prosječna) opasnost, već ona koja se ne može smatrati redovitom, normalnom opasnošću.⁸

U teoriji se još ističe da i izvor opasnosti treba biti takav da se štete koje iz njega mogu proizaći, ne mogu izbjeći ni uz maksimalnu ljudsku pažnju.⁹ Sve ovo navedeno omogućilo je i omogućuje sudskoj praksi da od slučaja do slučaja, uzimajući u obzir sve okolnosti, određuje smatra li se neka stvar, odnosno djelatnost opasnom.

² B. Vizner, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, II. knjiga, Zagreb, 1978., 743

³ Opširnije o teorijama objektivne odgovornosti za štetu vidjeti: P.Klarić, *Odštetno pravo*, 4. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2003., 32-45, i S.Stanišić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Paneuropski Univerzitet Aperia, Banja Luka, 2012., 146-155.

⁴ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 75/15, 29/18.

⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-III/1062/2005 od 15. 11. 2007. Tako i odluka VSRH, Rev-x 579/11-2 od 29. 6. 2011., vsrh.hr.

⁶ P.Klarić, M.Vedriš, *Građansko pravo*, 9. izdanje, Zagreb, 2006., 614.

⁷ Čl. 1045. st. 3 ZOO-a.

⁸ V.Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005., 1644.

⁹ P.Klarić, M.Vedriš, 615.

3. Opasna stvar - opća definicija

Iako ZOO posebno ne definira i ne određuje koje se sve stvari smatraju opasnim, postoje i iznimke, odnosno stvari za koje je sam ZOO propisao objektivnu odgovornost.

Po samom ZOO-u, u opasnu stvar svrstano je motorno vozilo u pogonu jer se odredbe o odgovornosti za štetu izazvanu motornim vozilom u pogonu nalaze unutar odsjeka „Odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti“.¹⁰

Druga iznimka odnosi se na neispravan proizvod koji je proizvođač stavio u promet. Takav proizvod smatra se opasnom stvari jer se po samom zakonu za štetu prouzročenu njegovom neispravnošću odgovara bez obzira na krivnju.¹¹

Osim motornog vozila u pogonu i neispravnog proizvoda, sam ZOO ne navodi više niti jednu stvar koja bi se smatrala opasnom. Međutim, posebni propisi mogu propisivati objektivnu odgovornost za štete koje potječu od pojedinih opasnih stvari čime ujedno određuju i pojam takve opasne stvari.

Tako se, prema Zakon o odgovornosti za nuklearnu štetu¹² opasnim stvarima, mogu smatrati: nuklearno postrojenje, nuklearni rektor, nuklearno gorivo, nuklearni proizvodi i otpad, nuklearni materijal.¹³ Za štetu prouzročenu nuklearnom nezgodom odgovara korisnik nuklearnog postrojenja po načelu objektivne odgovornosti.¹⁴

Sudska je praksa o pitanju što se smatra opasnom stvari poprilično izdašna. Ona je krenula od određivanja općeg pojma opasne stvari koji bi sadržavao smjernice za buduće pojedinačne slučajeve. Ovo zbog toga što sve stvari nemaju karakter opasnih stvari, već samo neke. Pojedine stvari koje se u svakodnevnom životu smatraju da nisu opasne pod određenim uvjetima, u pravnom smislu mogu imati karakter opasnih stvari, kao i obratno. Stoga je bilo potrebno definirati uvjete koji bi mogli poslužiti kao vodilja u odlučivanju smatra li se neka stvar opasnom ili se ne smatra.

Prema shvaćanju sudske prakse, opći pojam „opasna stvar“ odnosi se na bilo koju pokretnu ili nepokretnu stvar koja, prema svojoj namjeni, osobinama, položaju, mjestu i načinu uporabe ili na drugi način, predstavlja povećanu opasnost od prouzročenja štete za okolinu, pa je zbog toga treba nadzirati povećanom pozornošću.¹⁵ Upravo zbog tih opasnosti, koje od nje prijete, to je stvar koja se mora nadgledati i upotrebljavati s osobitom pozornošću, a unatoč poduzetim posebnim mjerama sigurnosti i opreza, stvar nije u potpunosti pod kontrolom njezina imatelja.¹⁶

Iz navedene opće definicije opasne stvari proizlaze sljedeći kriteriji koji pomažu u ocjeni treba li se neka stvar smatrati opasnom ili ne: 1) postojanje i svojstva stvari, 2) položaj u kojem se stvar nalazi, 3) uporaba stvari, 4) nedostaci stvari.

¹⁰ Čl.1063.-1072. ZOO-a. Tako i: I.Crnić, Odstetno pravo, II. bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zgombić & partneri – nakladništvo i informatika d.o.o., Zagreb, 2008., 81.

¹¹ Čl. 1073 st. 1. ZOO-a.

¹² Narodne novine, br. 143/98.

¹³ Čl. 2. Zakona o odgovornosti na nuklearnu štetu.

¹⁴ Čl. 11. Zakona o odgovornosti za nuklearnu štetu.

¹⁵ Odluka VSRH, Rev-845/83 od 3. 11. 1983., Rev-190/07 od 27. 3. 2007, obje u: Crnić, I., op. cit.,str. 81, bilješka 50.

¹⁶ V.Gorenc, 1645.

Prije no što se upustimo u opisivanje svakog tih kriterija, potrebno je istaknuti da navedena definicija kao i navedeni kriteriji, kad se neka stvar smatra opasnom, nema karakter statičnog i trajnog pravila apsolutnog karaktera čije bi ispunjavanje automatizmom dovodilo do zaključka radi li se opasnoj stvari. Pojam opasna stvar je fleksibilan i promjenjiv tako da se u svakom konkretnom slučaju, uz procjenu svih pravno relevantnih činjenica, treba pojedinačno prosuđivati smatra li se neka stvar opasnom ili ne smatra.¹⁷ Dakle, navedeni kriteriji (uvjeti) u definiciji opasne stvari smatraju se „gipkom direktivom“¹⁸ pomoću koje sud obavlja usporedbu s konkretnim slučajem i utvrđuje radi li se o opasnoj stvari ili ne.

4. Kriteriji po kojima se prosuđuje opasnost stvari

4.1. Kriterij postojanja i svojstava stvari

Neke stvari samom činjenicom svoga postojanja, zbog svojih prirodnih svojstava (karakteristika) stvaraju povećanu opasnost za okolinu, pa već time spadaju u opasne stvari. To su stvari koje sadržavaju tzv. visok štetan potencijal, odnosno od njih potječe povećani rizik od nastanka štete, pa već samim svojim postojanjem ugrožavaju ljude i imovinu.

Ovdje bi spadale prije svega kemijske supstancije (spojevi) koje mogu imati burne kemijske reakcije, poput eksploziva, kalcijevog karbida (tvar koja u doticaju s vodom gori), gašenog vapna kao i stvari koje u sebi sadržavaju takve kemijske spojeve (bombe, granate, rasprskavajući materijali, neeksplozivno topovsko zrno zaostalo od Drugog svjetskog rata,¹⁹ neeksplozivna mina zaostala na poligonu za obuku vojnika,²⁰ itd.).

Nadalje po ovom kriteriju u opasne stvari spadaju i lako zapaljive tvari poput benzinskih para, zemnog plina te plina za kućanstvo.

Divlje životinje, kao i domaće opasne životinje (npr. pas čuvar) također su opasne stvari po svojim prirodnim karakteristikama.

Opasne stvari po ovom kriteriju su i one koje u sebi sadržavaju komprimirani zrak, plin pod tlakom, stvari koje služe za akumulaciju velikih količina vode ili nekih drugih tekućina ili stvari (npr. plinske boce za domaćinstvo pod tlakom, boce gaziranih pića pod tlakom, rezervoari tekućeg plina, rezervoari benzina i kerozina, akumulacijska jezera, bazeni, razni silosi i slično).

Na temelju činjenice samog svoga postojanja i svojih osobina, opasnim stvarima smatraju se i stvari koje predstavljaju prirodne i umjetne izvore energije

¹⁷ S.Stanišić, 179.

¹⁸ Ibid., 179.-180., prema M.Konstantinović, Obligaciono pravo (prema bilješkama s predavanja V.Kapor) Beograd, 1957., 153-154.

¹⁹ S.Stanišić., 181 i dalje. Odluka Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VSRH), Rev-1079/05 od 19. 10. 2005., Izbor odluka (dalje: IO) br. 2/2006., odl. br. 53

²⁰ Odluka Općinski sud u Gospiću, GŽ-289/86 od 18.9.1986. Pregled sudske prakse (dalje: PSP) -32/86.

pod uvjetom da su u vlasti čovjeka i da se njima čovjek služi²¹ (električna, toplinska i atomska energija, te ostali oblici energije kojima se čovjek služi i koje kontrolira djelomično ili u potpunosti).

Osim izvora energija, opasnim stvarima smatraju se i sve one stvari ili mehanizmi koji se koriste za stvaranje, držanje, prijenos i transformiranje električne energije i drugih oblika energije (npr. žičane ograde pod električnim naponom, električne mreže, dalekovodi, trafostanice, transformatori, električne sijalice, akumulacijske brane od vode ispuštene iz akumulacijskog jezera ili bazena, toplotni uređaji i instalacije). Uređaji i mehanizmi koji koriste različite oblike energija za svoj rad također su opasne stvari (pad lifta u zgradi, eksplozija ekrana televizora, itd.).

Opasna svojstva stvari jesu i radioaktivno zračenje kao posljedica cijepanja atomskih jezgri, kao i svi strojevi i uređaji koji koriste za svoj rad atomsku energiju.

Prema prijašnjoj praksi, opasnom stvari smatrao se i javni put na kojem se odvija javni promet, a koji, zbog svojih neuobičajeno opasnih svojstava, može dovesti do štete (nagibi, nepregledne krivine, postojanje tzv. crnih točaka na putu, oštećenja kolnika, nepostojanje prometne signalizacije, iznenadne i neočekivane prepreke na cesti, odroni, iznenadna i neočekivana poledica).²² Novija je sudska praksa, ipak zauzela stav da se javni put (cesta) ne smatra opasnom stvari u smislu odštetnog prava te da se odgovornost nadležne uprave za ceste treba procijeniti po načelu presumirane krivnje.²³

4.1.1. Posebno o životinjama kao opasnim stvarima

Kad govorimo o životinjama kao opasnim stvarima, potrebno je praviti razliku između domaćih i divljih životinja.

Domaće životinje mogu se ocijeniti bilo kao opasne bilo kao stvari koje nisu opasne pri čemu se kao kriterij za ocjenu stupnja opasnosti neke životinje za okolinu uzima u obzir njezino uobičajeno normalno ponašanje. O tome ovisi hoće li se na pitanje odgovornosti za štetu koja potječe od domaće životinje primjenjivati pravila objektivne odgovornosti ili pravila o odgovornosti na temelju krivnje.²⁴ Dakle, temeljno je pitanje predstavlja li neka domaća životinja po svojoj prirodi i svojstvima, odnosno po svojem „karakteru, navici i čudi“ povećanu opasnost za okolinu. Domaće životinje koja ne pokazuju opasna svojstva ne bi se smatrale opasnim stvarima. Obratno, one domaće životinje koja pokazuju opasna svojstva, jer su takve po svojoj čudi ili navici (karakteru), smatraju se opasnim stvarima. Pri tome se, još jednom ističe da je, prema sudskoj praksi, kriterij za

²¹ Pražnjenje električnog naboja udarom munje, unatoč ogromnoj energiji koja se time oslobađa i koja može prouzročiti štetu ljudima i njihovoj imovini, ne smatra opasnom stvari. Ovo zbog toga što se u građanskopravnom smislu munja kao prirodna sila (elektricitet) koja nije podložna ljudskoj vlasti, ne može smatrati da je stvar (čl. 5. st. 2 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96, zadnja izmjena br.: 152/14) pa time niti opasnom stvari.

²² O tome i: B.Matijević, Osiguranje, management, ekonomija, pravo, Naklada, Zadar, 2009., 443-444.

²³ Županijski sud Pula, Gž-743/2000 od 5. ožujka 2001. Vidi: B.Matijević 458-459.

²⁴ Odluka VSRH, Rev-849/83, od 3. 11. 1983., PSP-25/72., I.Crnić, 85.

ocjenu stupnja opasnosti životinje njezino uobičajeno ponašanje.²⁵

Tako se krava ne smatra opasnom stvari jer je po svojoj prirodi općenito mirna životinja. Ona ne predstavlja povećanu opasnost za okolinu koja bi nametala potrebu posebnog pojačanog nadzora te životinje. Kriterij za ocjenu opasnosti krave je njezino uobičajeno ponašanje, a ne kako se u kritičnoj zgodi ponašala kad se vraćala s ispaše (panično je počela bježati jer je izgubila orijentaciju) jer to nije njezino uobičajeno ponašanje.

S druge strane pčele predstavljaju opasne stvari, pogotovo s obzirom na svoje svojstvo (ubodni insekti), ali isto tako i s obzirom na mjesto (kriterij položaja stvari) gdje su smještene (samo šest metara od međe).²⁶ Također, konj, koji se noću bez ikakvog nadzora kreće javnom prometnicom, predstavlja opasnu stvar, pa za štete koje od njega potječu njegov vlasnik odgovara po objektivnom kriteriju.²⁷

Pas se, prema sudskoj praksi, općenito smatra opasnom stvari. Također je opće poznata činjenica da sve vrste pasmina nisu jednako opasne. Sudska praksa je i tu činjenicu uzela u obzir, pa se psi čuvari (bernardinac, križani vučjak)²⁸ općenito smatraju opasnim stvarima. Ali se isto tako i psi ostalih pasmina smatraju opasnim stvarima ako, zbog svojih osobina, građe, često i nekontroliranog ponašanja, uz mogućnost napada na ljude i druge životinje, predstavljaju povećanu opasnost za okolinu (njemački ovčar, doberman itd.).²⁹ No, bez obzira na vrstu pasmina, pas se, prema sudskoj praksi, uvijek smatra opasnom stvari ako nije vezan i slobodno se, bez nadzora, kreće dvorištem u kojem se igraju djeca.³⁰ pas koji se bez nadzora vlasnika kreće dvorištem i ispred kuće,³¹ odnosno pas koji se bez nadzora kreće javnim putem, ili gradskom ulicom (šteta nastala naletom psa na automobil).³²

Divlje životinje se uvijek smatraju opasnim stvarima, pa se za njih odgovara po pravilima o objektivnoj odgovornosti. Tako se opasnom stvarima smatraju divljač (srna, divlja svinja, zec) koja je iznenada istrčala ili naletjela pred motorno vozilo koje se kreće javnom cestom,³³ kao i jastreb u letu koji je naletio u na vozilo u vožnji.³⁴

²⁵ Odluka VSRH, Rev-845/83 od 3. 11. 1983., PSP-25/72.

²⁶ Odluka Os u Zagrebu, Gž-1477/84 od 5. 5. 1984., PSP-25/75.

²⁷ Odluka Županijski sud u Bjelovaru, Gž-835/11-2, od 8. 12. 2011., ingbiro.com.

²⁸ Odluka VSRH, Rev-826/87 od 1. 10. 1987. PSP-37/56., Os Sisak, Gž-75/89 od 9. 2. 1989., PSP-42/59.

²⁹ Odluka VSRH, Rev-859/94 od 10. 1. 1996., IO 2/1996, odl. br. 66.

³⁰ VSRH, Rev-2033/96, od 20. 4. 1999., IO 2/1999 odl. br. 33.

³¹ VSRH, Rev-2425/97 od 15. 2. 2000., IO 1/2000, odl. br. 42.

³² VSRH, Rev-978/87-2 od 1. 10. 1987, u: I.Crnčić, 28, bilješka br. 52., Odluka VSRH, Rev-1834/95 od 12. 10. 2000, IO 2/2000, Odl. br. 30., Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž-3791/11-3 od 26. 2. 2013., iusinfo.hr

³³ Odluka VSRH, Rev-1816/90 od 5.12.1990., PSP-50/98, Odluka VSRH, Rev-2070/92 od 16. 12. 1992, IO 1994, Odl. br. 175., Odluka VSRH, Rev-2101/86 od 29. 1. 1987., PSP-35/89., Odluka VSRH Rev 1435/08-2, od 14. 10. 2010., vsrh.hr, Odluka Županijski sud u Varaždinu Gž-4789/11-2, od 25. 1. 2012., iusinfo.hr

³⁴ Odluka VSRH, Rev-1983/93 od 8.12.1994., IO 2/1995, Odl. br. 79.

4.2. Kriterij položaja stvari

Neka se stvar može smatrati opasnom i s obzirom na položaj koji zauzima u prostoru. Iako takva stvar po svojoj prirodi i svojstvima ne bi predstavljala povećanu opasnost za okolinu, njezin poseban položaj u prostoru može joj priskrbiti atribute opasne stvari.³⁵ Tzv. položajna opasnost stvari poznata je još od rimskog prava koje je uređivalo slučajeve odgovornosti vlasnika stana (nekretnine) za štete nastale padom ili izbacivanjem predmeta ili tekućina iz zgrada, te odgovornost vlasnika za štete koje potječu od građevina.

Sudska je praksa o pitanju položajne opasnosti stvari poprilično izdašna. Pri tome je najveća pažnja posvećena stubištima i štetama od zgrada i građevina. Tako se opasnim stvarima smatraju: mramorne stube unutar kolodvorske zgrade na kojima ima unesenog snijega koji se topi,³⁶ blato na groblju koje je sklisko jer je neočišćeno od snijega i leda,³⁷ stube na ulazu u trgovinu koje nemaju rukohvat,³⁸ kameni pločnik koji je uporabom izlizan i predstavlja povećanu opasnost od klizanja i pada,³⁹ ruševna zgrada kod koje, zbog dotrajalosti, postoji opasnost pucanja i padanja dijelova zgrade na pločnik,⁴⁰ krovnište kuće izvedeno protivno pravilima struke, s obzirom na područje na kojem se nekretnina nalazi,⁴¹ star, dotrajao i oštećen zid za koji postoji opasnost od urušavanja u svakom trenutku,⁴² crijep u padu s krovništa stambene zgrade,⁴³ žbuka koja je otpala s dotrajale fasade,⁴⁴ drvena građa na krovnoj gredi u području u kojem pušu jaki vjetrovi,⁴⁵ željezni pomični gol,⁴⁶ dvokrilna metalna reklama koja stoji vertikalno na nogostupu, bez pomagala kojima bi bila pričvršćena za tlo na otvorenom prostoru i koja je izložena nepovoljnim vremenskim uvjetima,⁴⁷ priključni električni kabel srušen iznad ceste i ostavljen preko nje koji sprječava prolaz vozila,⁴⁸ električni vodovi,⁴⁹ dalekovod pod naponom,⁵⁰ betonski blokovi koji su uzdužno i poprečno na cesti,⁵¹ terasa koja je dogradnjom kuće približena postojećem vodu visokog napona od otprilike pola metra,⁵² hotelska terasa na visini od 3,5 metara bez odgovarajuće

³⁵ S.Stanišić, 185.-186.

³⁶ Odluka VSRH, Rev-792/98, od 22. 5 2001., IO br. 1/2002, Odl. br. 40.

³⁷ Odluka VSRH, Rev 260/08-2 od 9. 9. 2009., vsrh.hr.

³⁸ Odluka Županijski sud u Koprivnici, Gž-668/99 od 26.8.1999., IO 2/1999, Odl. br. 33.

³⁹ Odluka VSRH, Rev.1656/90 od 23. 12. 1991., IO 1993, Odl. br. 118.

⁴⁰ Odluka VSRH, Rev-829/98 od 18.4.2001, IO 2/2001., Odl. br. 37.

⁴¹ Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž 1858/2017-2, od 13. 4. 2018., iusinfo.hr .

⁴² Odluka VSRH, Rev-x 945/10-2 od 7. 3. 2012., vsrh.hr.

⁴³ Odluka Županijski sud u Bjelovaru, Gž-1812/04 od 27. 1. 2005., IO 2/2005, Odl. br. 33.

⁴⁴ Odluka VSRH, Rev-716/96, od 22. 1. 2000., IO br. 1/2000, Odl. br. 36.

⁴⁵ Odluka VSRH, Rev-1131/92, od 17. 9. 1992, IO 94/163.

⁴⁶ Odluka VSRH, Rev-237/93 od 18. 10. 1994., IO 1/1997, Odl. br. 56.

⁴⁷ Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž 66/2017-2, od 25. 4. 2018., iusinfo.hr .

⁴⁸ Odluka VSRH, Rev-76/1992 od 13. 12. 1994, IO 1/1996, Odl. br. 83.

⁴⁹ Odluka VSRH, Rev 1095/10-2 od 29. 6. 2011.

⁵⁰ Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž 1867/2017-2 od 26 4. 2018., iusinfo.hr .

⁵¹ Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž-479/03 od 15. 4. 2003., IO 2/2004, Odl. br. 49.

⁵² Odluka VSRH, Rev-27/92 od 15. 9. 1993., IO 1/1995, Odl. br. 61.

ograde,⁵³ željezni držači fiksnih vješalica koji su postavljeni u visini očiju radnika,⁵⁴ iskop u zemlji obujma nekoliko kubičnih metara koji je napunjen vodom.⁵⁵

Osim u vezi sa zgradama i građevina, položajna opasnost prisutna je, prema sudskoj praksi, i u ovim slučajevima: zamka postavljena u šumi radi lova divljači,⁵⁶ staro i dotrajalo stablo,⁵⁷ grana koja je pala s drveća koje se nalazi uz cestu,⁵⁸ stablo bora staro otprilike 40 godina, visoko 7.8 metara, udaljeno tri metra od ruba ceste u prorijeđenoj šumi i na području izloženom jakim vjetrovima,⁵⁹ drvena građa (složen sloj sirovih bukovih dasaka) visine 3.5 metara, na otvorenom prostoru izloženom klimatskim promjenama,⁶⁰ bačeni kamen.⁶¹

Već je navedeno da se motorno vozilo u pogonu, po samom ZOO-u, svrstava u opasne stvari. I kad ono nije u pogonu, ali je parkirano na djelu puta s velikim nagibom smatra se opasnom stvari zbog svojeg položaja jer postoji realna opasnost i mogućnost da u jednom trenutku otkaže mehanizam parkirne kočnice što bi imalo za posljedicu njegovo nekontrolirano kretanje.⁶² Također, opasnom stvari, po svojem položaju, smatra se i neosvijetljeno zaprežno vozilo ostavljeno noću na cesti nepogodnoj za mimoilaženje.⁶³ Slično je i kad motorno vozilo, zaustavljeno ili parkirano noću na nepreglednom i neosvijetljenom dijelu javnog puta, predstavlja opasnu stvar.⁶⁴

4.3. Kriterij uporabe stvari

Pojedine stvari manifestiraju svoja opasna svojstva tek kad ih se počinje koristiti, odnosno upotrebljavati. U tom trenutku postoji mogućnost da se, zbog svoje tehničke ili neke druge specifične građe, mehanizmi od kojih je sama stvar sastavljena i slično, otmu kontroli čovjeka, što može stvoriti opasnost za okolinu. Takve stvari opasne su samo dok rade, tj. dok su u uporabi (dok su u pogonu, dok djeluju), jer tada dolaze do izražaja njihova opasna svojstva. Kad takve stvari nisu više u uporabi, tj. nisu u djelovanju, one će prestati biti opasne.

Izuzetak da se takve stvari i u „fazi mirovanja“, tj. kad se ne upotrebljavaju mogu smatrati opasnima, odnosilo bi se jedino na već opisanu tzv. položajnu opasnost (proizlazi li opasnost iz položaja koje stvari zauzimaju u prostoru) te na opasnost zbog prirode i opasnih svojstava koja su imanentna samoj stvari.⁶⁵ Ako nisu ispunjena ni ova potonja dva kriterija opasnosti (kriterij položaja stvari i krit-

⁵³ Odluka Ps, Pž-3127/91 od 10. 12. 1991, PSP-2/174.

⁵⁴ Odluka VSRH, Revr 43/09-2, 24. 2. 2009., vsrh.hr.

⁵⁵ Odluka VSRH Rev-1477/09-3 od 20. 4. 2011., vsrh.hr.

⁵⁶ Odluka Županijski sud u Rijeci, Gž-344/95 od 3. 4. 1996, IO 1/1996, Odl. br. 216.

⁵⁷ Odluka VSRH, Rev-676/04 od 28. 2. 2006., u I.Crnić, 87, Odl. br. 31.

⁵⁸ Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž-44/05 od 18. 3. 2005, IO br. 2/2005, Odl. br. 32.

⁵⁹ Odluka VSRH, Rev-99/93 od 30. 9. 1993, IO 1/1995, Odl. br. 61.

⁶⁰ Odluka VSRH, Rev-190/07 od 27. 3. 2007., u: Crnić, I., op. cit., str. 88, Odl. br. 44.

⁶¹ Odluka VSRH, Rev-271/90 od 26. 3. 1991., PSP-52/81.

⁶² S.Stanišić, 186.

⁶³ Odluka VSRH, Rev-1624/89 od 26. 10. 1989., PSP-47/84.

⁶⁴ S.Stanišić, 188.

⁶⁵ Ibid., 190.

erij prirodnih svojstava stvari), stvari koje su prilikom uporabe opasne, prestankom upotrebe (djelovanja) neće se smatrati više opasnim stvarima.

U praksi najčešće slučajeve odgovornosti za štetu, koji se odnose na uporabu opasnih stvari, možemo podijeliti na uporabu stvari u prometu te na uporabu opasnih stvari pri radu.⁶⁶

Glede uporabe opasnih stvari u prometu već je samim ZOO-om, ali i sudskom praksom, nedvojbeno potvrđeno da je motorno vozilo opasna stvar kad je u pogonu.⁶⁷ Prema ZOO-u, motornim vozilom smatra se vozilo koje je namijenjeno da se snagom vlastitog motora kreće po površini zemlje, na tračnicama ili bez njih.⁶⁸ Prikolica, koja je povezana s motornim vozilom, smatra se sastavnim dijelom motornog vozila.⁶⁹ Nisu motorna vozila ni sva ona vozila koja se kreću snagom čovjeka ili životinje: zaprežna vozila, bicikli, tricikli, kolica, dječja prijevozna sredstva, prijevozna sredstva za osobe s invaliditetom na osobni pogon (invalidska kolica).

Pogon motornog vozila podrazumijeva kretanje vozila i korištenje motornog vozila u skladu s njegovom namjenom (što uključuje i situacije kada se motorno vozilo ne kreće, ali se smatra da je u pogonu).⁷⁰ Kada govorimo o kriteriju uporabe stvari, pogon motornog vozila je onaj element koji motornom vozilu da je attribute opasne stvari.⁷¹ Motorno vozilo spada u najmasovnije opasne stvari današnjice po kriteriju uporabe stvari. Motorno vozilo opasno je zbog pogona koji ga pokreće, mase koju posjeduje, brzine koju razvija, stvari koje prevozi, što može rezultirati velikom opasnošću za ljude i imovinu, tj. ima veliki štetni potencijal, odnosno rizik od nastanka štete. U motorna vozila, kao opasne stvari, prema sudskoj praksi ubrajaju se, primjerice:⁷² auto-

⁶⁶ I.Crnić, 25-26.

⁶⁷ Vidjeti npr. Odluka VSRH Revr 689/08-2 od 1. 4. 2009., Odluka VSRH, Rev-536/09-3 od 4. 6. 2009., Odluka VSRH, Rev-x-106/08-2 od 22. 10. 2009., Odluka VSRH, Rev- 415/08-2 od 25. 11. 2009., Odluka VSRH, Rev 1267/08-2 od 25. 8. 2010., Odluka VSRH, Rev-x-933/10-2 od 25. 2. 2011., Odluka VSRH, Rev-x-594/11-2 od 18. 4. 2012., vsrh.hr.

⁶⁸ Čl. 1068. st. 1. ZOO.

⁶⁹ Čl. 1068. st. 2. ZOO.

⁷⁰ Pojam „pogon motornog vozila“ je širi pojam od „pokreta motornog vozila“. Motorno vozilo je u pogonu uvijek kad se koristi, upotrebljava u skladu s namjenom. Pokret se odnosi samo na kretanje motornog vozila te predstavlja samo jedan oblik korištenja/uporabe motornog vozila koja bi bila u skladu s njegovom namjenom. U tom smislu u čl. 1068 st. 3ZOO izrijeком navodi da je motorno vozilo u pogonu i bez obzira na to radi li pri tome motor koji služi za njegovo kretanje. Smatra se da je motorno vozilo u pogonu ne samo kad se kreće snagom vlastitog motora, već i kad stoji i na mjestu s motorom u pogonu (pokretu), ali i onda kada se kreće, ali ne samo pomoću motora, već i po inerciji. P.Klarić, 226

⁷¹ Pojam „pogon motornog vozila“ i „uporaba motornog vozila“ dva su različita pojma. Motorno vozilo može biti u uporabi kada nije u pogonu, na primjer: parkirano u garaži, na javnoj površini nakon završetka planirane vožnje, parkirano vozilo radi osvjetljenja na ulici, vozilo na dizalici u servisnoj radionici, eksplozija i požar koji potječe od vozila kod samozapaljenja i dr. U tom slučaju, kada se motorno vozilo upotrebljava, a nije u pogonu, motorno vozilo se ne smatra opasnom stvari, pa se za štetu koja potječe od uporabe motornog vozila odgovora po principu subjektivne odgovornosti. M.Bukovac Puvča, Z.Slakoper, L.Belanić, Obvezno pravo, Posebni dio II., Izvanugovorni obvezni odnosi, Novi informator, Zagreb, 2015., 150.

⁷² S.Stanišić, 187.

mobili,⁷³ kamioni (teretna vozila),⁷⁴ autobusi, motocikli, bicikli s motorom, tramvaji,⁷⁵ željezničke kompozicije (vlak u pogonu),⁷⁶ trolejbusi, motokultivatori, radni strojevi, kombajni, kosilice, valjci, viljuškari, skup vozila (vučno i priključno vozilo), brodicica na motorni pogon⁷⁷ i dr. Također se i zrakoplov, kao zračno prijevozno sredstvo pogonjeno motorom, ubraja u opasne stvari.⁷⁸

Među primjere uporabe opasnih stvari pri radu, spadali bi: aluminijske ljestve,⁷⁹ razne vrste radnih strojeva, cirkular,⁸⁰ poljoprivredni stroj za guljenje kukuruza,⁸¹ pila za rezanje drva,⁸² stroj za rezanje lamela,⁸³ građevinska dizalica (u pogonu),⁸⁴ dizalica koja se napaja električnom energijom,⁸⁵ te općenito razni električni ili mehanički strojevi koji se koriste u proizvodnji i obradi raznih materijala, itd.

Pojedini se medicinski instrumenti, također smatraju opasnim stvarima (troakar s nožem na vrhu, uređaj za pružanje terapije galvanskim strujama, itd.).⁸⁶ Također se i oružje smatra opasnom stvari.⁸⁷

4.4. Kriterij nedostataka stvari

Posebnu kategoriju opasnih stvari čine tzv. stvari s nedostatkom. Već je navedeno kako se po samom ZOO-u proizvod s nedostatkom tj. neispravan proizvod smatra opasnom stvari jer se za štete prouzročene takvim proizvodom odgovara bez obzira na krivnju.⁸⁸ Ovdje se radi o stvarima, točnije proizvodima kod kojih je nedostatak nastao u samom procesu proizvodnje, odnosno izrade toga proizvoda. Zbog postojanja takvih nedostataka, proizvod može predstavljati povećanu opasnost za okolinu (imovinska i neimovinska dobra oštećenika), odnosno neće pružati onu sigurnost koja se od takva proizvoda opravdano očekuje.⁸⁹ Stoga, proizvođač, koji

⁷³ Odluka VSRH, Rev-518/05 od 16. 11. 2005., Rev-673/03 od 3. 8. 2005., Rev-644/03 od 19. 1. 2005., Rev-367/02 od 11. 12. 2002. u: I.Crnić, 85, Odl. br. 20.

⁷⁴ Odluka VSRH, Rev-677/05 od 6. 9. 2006. u: I.Crnić, 85, Odl. br. 20.

⁷⁵ Odluka VSRH, Rev-2736/91 od 3. 3. 1992., IO 1993, Odl. br. 122.

⁷⁶ Odluka VSRH, Rev-2489/1982 od 6. 4. 1983., PSP-23/100. Odluka VSRH, Rev 310/09-2 od 17. 6. 2009., vsrh.hr.

⁷⁷ Odluka VSRH, Rev-1905/97 od 29. 8. 2000., IO 1/2002., Odl. br. 39.

⁷⁸ Odluka VSRH, Rev 390/08-2, od 8. 4. 2009., vsrh.hr.

⁷⁹ Odluka VSRH Rev 1298/08-2, od 15. 4. 2009., vsrh.hr.

⁸⁰ Odluka Županijski sud u Sisku, Gž-1247/99 od 20. 3. 2000., IO 2/2000, Odl. br. 63.

⁸¹ Odluka VSRH, Rev-1375/87 od 18. 2. 1989., PSP-44/135.

⁸² Odluka VSRH, Rev-9/1983, od 5. 5. 1983., PSP-23/100.

⁸³ Odluka VSRH, Revr-1510/10-2 od 16. 2. 2011., vsrh.hr.

⁸⁴ Odluka VSRH, Revr-1956/10-2 od 11. 5. 2011., vsrh.hr.

⁸⁵ Odluka VSRH, Rev-833/08-2 od 26. 5. 2011., vsrh.hr.

⁸⁶ Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž-3064/12-2, od 21. 8. 2012., iusinfo.hr, Odluka Županijski sud u Splitu, Gž-1213/2004, od 20. 1. 2005.

⁸⁷ „Puška kojom je ustrijeljen tužitelj, a vlasništvo je tuženice (Republike Hrvatske), jest opasna stvar, zbog čega tuženica odgovara tužiteljima po principu objektivne odgovornosti“, Odluka VSRH, Rev-117/08-2 od 11. 2. 2009., vsrh.hr. „Šteta nastala uporabom vatrenog oružja je šteta nastala od opasne stvari.“ Odluka VSRH, Rev-583/08-2 od 1. 10. 2009., vsrh.hr.

⁸⁸ Čl. 1073. st. 1. ZOO-a.

⁸⁹ Čl. 1075. st. 1 ZOO-a.

je stavlja neki proizvod u promet, neovisno o tome je li ujedno i prodavatelj, za štete koje potječu od nedostatka tog proizvoda, odgovara bez obzira na svoju krivnju. To je objektivna odgovornost.⁹⁰

Važno je naglasiti kako se kod stvari koje se inače izvorno smatraju opasnim (npr. automobil, razni strojevi), postojanjem nedostatka situacija ne mijenja. Sadržavanjem nedostataka može dovesti do dodatnog povećanja rizika opasnosti od nastanka štete ali kako su opasne *ab ovo*, opasne su i neovisno o tome imaju li ili nemaju nedostatke. One su opasne i kad su potpuno ispravne.

Kriterij nedostataka stvari služi za ocjenu opasnosti prvenstveno onih stvari koje se izvorno ne smatraju opasnim ako su potpuno ispravne. No, da bi se neka stvar s nedostatkom mogla smatrati opasnom stvari, moraju biti ispunjena dva uvjeta koja proizlaze iz samog ZOO-a: 1) da se radi o proizvodu, dakle o stvari koju je proizvođač proizveo i stavio u promet,

2) da takav proizvod ima nedostatak, tj. da nije ispravan jer ne pruža sigurnost koja se od takvog proizvoda opravdano očekuje.

Vlasnik koji je ujedno i prodavatelj ne odgovara kao proizvođač stvari za štetu koja nastane zbog stavljanja u promet stvari s nedostatkom.⁹¹ Ovo zbog toga, što vlasnik nije stvar proizveo, no ta činjenica ne umanjuje opasno svojstvo stvari ako je ona proizvod s nedostatkom koji je neki proizvođač ranije proizveo i stavio u promet.

5. Stvari koje se ne smatraju opasnim

Osim određivanja opasnih stvari, sudska praksa pozabavila se i odgovorom na pitanje koje se stvari ne bi smatrale opasnim. Izravna posljedica prihvatanja činjenice da se pojedina stvar ne smatra opasnom jest što će se odgovornost štetnika (vlasnika stvari ili osobe kojoj je stvar povjerena) prosuđivati po pravilima subjektivne odgovornosti, a ne po pravilima o objektivnoj odgovornosti za štetu.

Ovdje navodimo nekoliko primjera. Tako se otvoreni bazen bez vode ne smatra opasnom stvari.⁹² Opasna stvar nije ni šestar pri uobičajenoj uporabi,⁹³ kao ni električna instalacija u stanu.⁹⁴ Složene drvene ploče u uobičajenim vremenskim prilikama, također, ne predstavljaju opasnu stvar.⁹⁵ Također, opasna stvar nije niti traktorska prikolica koja je pravilno parkirana uz rub ceste, tako da je ostavljeno dovoljno prostora za prolaz drugih sudionika u prometu.⁹⁶ Slično je tako i kod motornog vozila, koje je pravilno parkirano (nije u pogonu), pa se smatra da je stvar koja nije opasna. Građevinska skela jest opasna stvar, međutim, u situaciji kad je tuženik povjerio trećoj osobi samo rastavljene dijelove za skelu, a ne skelu kao opasnu stvar, ne postoji odgovornost tuženika jer povećana opasnost za oko-

⁹⁰ Odluka VSRH, Rev-1957/89 od 9. 5. 1990., PSP-49/65.

⁹¹ Odluka VSRH, Rev-10/91 od 4. 11. 1991., IO 1993, Odl. br. 126.

⁹² Odluka Ps, Pž-3123/91 od 14. 1. 1992., PSP-52/173.

⁹³ Odluka VSRH, Gž-938/78 od 24. 1. 1979., PSP-15/39.

⁹⁴ Odluka VSRH, Rev-2008/89-3, od 14. 3. 1990., u: I.Crnić, 88, Odl. br. 40.

⁹⁵ Odluka VSRH, Rev-3238/93 od 15. 3. 1995., u: I.Crnić, 84, Odl. br. 18.

⁹⁶ Odluka VSRH, Rev-371/02 od 11. 9. 2003., u: I.Crnić, 83, Odl. br. 4.

linu nastaje tek nakon sastavljanja i prilikom uporabe sastavljene skele,⁹⁷ iz čega proizlazi da dijelovi za skelu nisu opasne stvari. Dizalica izvan pogona, u stanju mirovanja, neovisno o njezinim dimenzijama, ne predstavlja povećanu opasnost za okolinu te ne predstavlja sama po sebi opasnu stvar.⁹⁸

6. Opasna djelatnost

Kao ni opasna stvar, tako ni pojam opasne djelatnosti nije posebno određen zakonom, već je to prepušteno sudskoj praksi. Hoće li se neka djelatnost smatrati opasnom odlučuje sud u slučaju spora imajući na umu sve okolnosti konkretnog slučaja.⁹⁹ U tom je smislu, sudska praksa odavno dala smjernice (kriterije) po kojima se neka djelatnost ima smatrati opasnom djelatnošću:¹⁰⁰

- 1) ona koja ima povećanu opasnost u svom redovitom tijeku (obavljanju) zbog svoje tehničke prirode ili načinu obavljanja,
- 2) obavljanjem djelatnosti može ugroziti zdravlje ljudi ili imovinu,
- 3) ugrožavanje zahtijeva povećanu pažnju u obavljanju djelatnosti.

Kao i u pogledu opasnih stvari, tako i u pogledu opasnih djelatnosti pojedina djelatnost može biti posebnim propisom proglašena opasnom. Zakon o zaštiti okoliša¹⁰¹ načelno propisuje kao opasnu djelatnost onu djelatnost koja predstavlja rizik za okoliš i ljudsko zdravlje.¹⁰² Istim Zakonom propisano je da će Vlada RH uredbama određivati koje se djelatnosti smatraju opasnim za okoliš i ljudsko zdravlje.¹⁰³ Ako šteta potječe od djelatnosti koje predstavljaju rizik za okoliš i ljudsko zdravlje, operater koji obavlja gospodarsku djelatnost odgovara po načelu objektivne odgovornosti.¹⁰⁴ Međutim, operater će odgovarati po načelu subjektivne odgovornosti ako šteta, koja je nanesena tzv. zaštićenim vrstama, potječe od obavljanja neke druge djelatnosti.¹⁰⁵

Opasna stvar i opasna djelatnost ne smiju se zajedno tretirati u smislu da se pojam opasne djelatnosti shvaća kao podređen pojmu opasne stvari, ili da je pojam opasne stvari širi od pojma opasne djelatnosti. Mnogo je opasnih djelatnosti unutar kojih se služimo opasnim stvarima (npr. prijevoz putnika i robe cestom i željeznicom). Također postoje djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost za okolinu, a da se u obavljanju takve djelatnosti ne koriste opasne stvari.¹⁰⁶ Opasnom se djelatnošću označuju sve one aktivnosti čovjeka „kojima se stvara povećana opasnost štete za okolinu, bez obzira na to da li konkretna opasnost potječe od neke

⁹⁷ Odluka VSRH, Rev 1274/07-2, od 1. 12. 2009., vsrh.hr.

⁹⁸ Odluka VSRH, Rev-x 31/11-2 od 31. 1. 2012., vsrh.hr.

⁹⁹ Crnić, str. 89.

¹⁰⁰ Odluka VSRH, Rev-298/88, od 13. 10. 1988., PSP-43/76.

¹⁰¹ Narodne novine, br. 80/13, 153/13, 78/15, 12/18, 118/18.

¹⁰² Čl. 173 st. 1.

¹⁰³ Čl. 173, st. 3.

¹⁰⁴ Čl. 178 st. 1.

¹⁰⁵ Čl. 178 st. 2.

¹⁰⁶ S.Stanišić, 192.

opasne stvari ili je djelatnost opasna sama po sebi, bez neke povezanosti sa opasnom stvari.¹⁰⁷

Kao primjere iz sudske prakse, koji se odnose na opasnu djelatnost, mogli bismo navesti sljedeće:¹⁰⁸ komplicirani porod, tjelesni trening vojnih osoba, održavanje hokejske utakmice bez postavljene zaštitne mreže za gledatelje, vatromet organiziran na nogometnoj utakmici, obavljanje službe redara na javnoj kino-predstavi, puzanje po terenu prikrivenog travom pri obavljanju vojnog zadatka, postavljanje stražarskih kućica u šumi kao obitavalištu krpelja, a ročnici nisu bili cijepljeni od ugriza krpelja, obavljanje patrolne službe dežurstva u noćnim satima,¹⁰⁹ rad s herbicidima, lomljenje i sječa grana, ronilački zadaci, snimateljski posao za televiziju na području zahvaćenom ratnim operacijama, ugostiteljska djelatnost u određenim okolnostima, lov, izvođenje počasne paljbe, iznajmljivanje prostora za prodaju robe na tržnici (zbog velikog broja prisutnih osoba stvara se povećana opasnost za zdravlje i imovinu), izvođenje radova od strane domaće pravne osobe u drugoj državi u kojoj su učestali oružani napadi na strance, obavljanje poslova tesara,¹¹⁰ rad na balkonu bez zaštitne ograde na visini od 3,6 m,¹¹¹ strojni iskop zemljišta u okviru redovnih poslova na održavanju javnih cesta,¹¹² uporaba viljuškara i aluminijskih ljestvi u izvršavanju radnih zadataka,¹¹³ demontaža dizalice na visi od 8 metara,¹¹⁴ prijevoz zrakoplovom.¹¹⁵ Obavljanje laparoskopske operacije također se smatra opasnom djelatnošću.¹¹⁶

Nadalje, opasnim djelatnostima smatraju se: rukovanje s raznim strojevima, radovi pod zemljom, radovi u šumarstvu,¹¹⁷ građevinarstvu,¹¹⁸ i kamenolomima, prenošenje teških tereta, radovi na iskrcanju teških predmeta, poslovi miniranja i djelatnost s eksplozivima i kemikalijama, radovi na željeznici, rad policajca, noćnog čuvara, konduktera, radovi u padobranstvu,¹¹⁹ vježbe na gimnastičkim spravama, te štetne imisije koje prelaze uobičajenu mjeru.¹²⁰ Opasnom djelatnošću smatraju se i kondicijski trening vježbanja judo-padova,¹²¹ te plivanje „... u zahtjevnim uvjetima a kao što je kondiciona tjelovježba namijenjena specijalnoj policiji, a koja tjelovježba zahtjeva znatne fizičke napore...“¹²² odsluženje

¹⁰⁷ B. Vizner, 739.

¹⁰⁸ Primjeri dijelom preuzeti iz citirane sudske prakse u: Crnić, I., *Odgovornost za štetu od opasnih stvari ili opasne djelatnosti*, u: *Odgovornost za štetu*, skupina autora, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 30. i I. Crnić, 89-91.

¹⁰⁹ Odluka VSRH, Rev-x-140/10-2 od 10. 11. 2010., vsrh.hr.

¹¹⁰ Odluka VSRH, Revr-550/11-2 od 24. 1. 2012., vsrh.hr.

¹¹¹ Odluka VSRH, Revr-1956/10-2 od 11. 5. 2011., vsrh.hr.

¹¹² Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž-3095/13-2, od 1. 12. 2014., iusinfo.hr .

¹¹³ Odluka VSRH Rev 1298/08-2 od 15. 4. 2009., vsrh.hr.

¹¹⁴ Odluka VSRH, Rev-x 31/11-2 od 31. 1. 2012., vsrh.hr.

¹¹⁵ Odluka VSRH, Rev 2598/11-2 od 25. 1. 2012., vsrh.hr.

¹¹⁶ Odluka Županijski sud u Varaždinu, Gž-3064/12-2, od 21. 8. 2012., iusinfo.hr.

¹¹⁷ Odluka VSRH, Revr 1915/10-2 od 10. 1. 2012., vsrh.hr.

¹¹⁸ Odluka VSRH, Rev 1577/10-2 od 26. 10. 2011., vsrh.hr.

¹¹⁹ Tako i Odluka VSRH, Rev 1197/08-2 od 15. 9. 2010., vsrh.hr.

¹²⁰ S. Stanišić, 198-199.

¹²¹ Odluka VSRH, Rev-x-105/09-2 od 22. 4. 2009., vsrh.hr.

¹²² Odluka VSRH, Rev-302/09-3 od 3. 6. 2009., vsrh.hr.

vojnog roka osobe koja se, zbog zdravstvenih razloga, ne može nositi s izazovima koje nameće sluzenje vojnog roka.¹²³

7. Djelatnosti koje se ne smatraju opasnim

Sudska praksa zauzela je i određena shvaćanja u pogledu djelatnosti koje se ne smatraju opasnim. Tako se smatra da sportske aktivnosti ne predstavljaju djelatnosti s povećanom opasnošću. Igranje košarke, iako nosi određeni rizik od ozljede igrača, ni prema svom sadržaju, a ni prema pravilima igre, nije djelatnost s povećanom opasnošću.¹²⁴ Također, ni igranje nogometa ne predstavlja opasnu djelatnost,¹²⁵ kao ni sportski trening u odnosu na sportaša koji je na treningu pretrpio štetu¹²⁶ te tjelesni odgoj u školi u odnosu na učenika.¹²⁷ Plivanje samo po sebi, a kad se upražnjava kao rekreacija u idealnim uvjetima (mirno more ili voda, umjerena temperatura), ne može se smatrati opasnom djelatnošću.¹²⁸ Sluzenje vojnog roka, samo po sebi, ne može se smatrati opasnom djelatnošću.¹²⁹

Izvan sportskih aktivnosti, sudska praksa je ocijenila da se ni čišćenje, odnosno odnošenje smeća ne smatra opasnom djelatnošću, usprkos činjenici da se u smeću nalaze stakleni predmeti, pa se niti staklena boca ne može smatrati opasnom stvari.¹³⁰ Obavljanje očevida od strane policijskih djelatnika (pri čemu je do ozljede policajca došlo okliznućem i padom neposredno nakon ugašenog požara)¹³¹, kao i obavljanje djelatne vojne službe u uobičajenim aktivnostima (šteta nastala padom zbog postrojanja na vojnoj vježbi)¹³², također ne predstavljaju opasnu djelatnost. Ni radovi na izgradnji infrastrukturnog objekta, pa tako i oni na izgradnji magistralnog cjevovoda, sami po sebi, nemaju značaj opasne djelatnosti.¹³³ Opasnom djelatnošću ne smatra se ni obavljanje ugostiteljske djelatnosti.¹³⁴

8. Zaključak

Općenito možemo zaključiti da su opasne stvari, odnosno opasne djelatnosti one kod kojih postoji povećani rizik od nastanka štete za ljude i okolinu. Pitanje rizika ili opasnosti može se procijeniti samo s obzirom na konkretnom slučaju. Pri tome potrebno se rukovoditi kriterijima koje je stvorila sudska praksa. Drugim riječima, nije moguće općom definicijom obuhvatiti sve potencijalno opasne stvari i djelatnosti.

¹²³ Odluka VSRH, Rev-177/10-2 od 21. 7. 2011.

¹²⁴ Odluka VSRH, Rev-1932/86 od 28. 1. 1987., PSP-34/79.

¹²⁵ Odluka VSRH, Revr-366/05 do 15. 6. 2005., IO 2/2005, od. br. 34.

¹²⁶ Odluka VSRH, Rev-32/86 od 27. 2. 1986., PSP-32/96.

¹²⁷ Odluka VSRH, Rev-1932/86 od 28. 1. 1987., PSP-34/84.

¹²⁸ Odluka VSRH, Rev-302/09-3 od 3. 6. 2009., vsrh.hr.

¹²⁹ Odluka VSRH, Rev-177/10-2 od 21. 7. 2011., vsrh.hr.

¹³⁰ Odluka VSRH, Rev-1740/95 od 27. 10. 1999., IO 1/2000, Odl. br. 37.

¹³¹ Odluka Županijski sud u Rijeci, Gž-797/04 od 19. 5. 2004., IO 2/2004, Odl. br. 55.

¹³² Odluka VSRH, Revr 682/11-2 od 24. 1. 2012., vsrh.hr.

¹³³ Odluka VSRH, Rev 1477/09-3 od 20. 4. 2011., vsrh.hr.

¹³⁴ Odluka VSRH, Rev-x-491/11-2 od 26. 5. 2011., vsrh.hr.

Kriteriji na ocjeni opasnosti neke stvari ili djelatnosti koje stvorila sudska praksa, nastajali su tijekom druge polovice prošlog stoljeća. Kako je istaknuto, oni omogućavaju da se pojmovi opasne stvari i djelatnosti shvaćaju fleksibilno i promjenjivo zbog čega nalaze svoju primjenu i danas, mnogo godina kasnije od njihovog nastanka. Ipak, svjedoci smo enormnog tehničkog, industrijskog i znanstvenog napretka ljudske civilizacije u zadnjih dvadesetak godina. Govori se o Četvrtoj industrijskoj revoluciji, umjetna inteligencija koja svakim danom sve dublje zadire u sve pore naših života, blockchain tehnologija, kriptovalute, autonomni strojevi, stvari koje odlučuju umjesto njihovih vlasnika/korisnika postale su svakodnevnica. A pitanje je tek što sve donosi sutra. Stoga se samo po sebi nameće pitanje, trebaju li se kriteriji o prosuđivanju opasnosti neke stvari ili djelatnosti modernizirati / revidirati u skladu sa tehnološkim napretkom ljudske civilizacije. Jedno od mogućih rješenja jest da se propisima pojedine „moderne“ stvari ili djelatnosti proglase opasnim. Takav je pristup, kako smo pokazali, već prisutan i u sadašnjem pravnom uređenju (motorna vozila, nuklearni uređaj, djelatnosti koje se smatraju opasnim za okoliš i ljudsko zdravlje, i sl.).

Nadalje, zašto je dosadašnja sudska praksa orijentirana prvenstveno na to da se opasnom stvari ili djelatnosti smatraju samo one od kojih prijeti rizik od uništenja ili oštećenja nečije stvari, odnosno rizik tjelesne ozljede ili smrtno posljedice, odnosno rizik zagađenja ili onečišćenja okoliša. U kontekstu nastanka nedavne velike financijske krize, nije li, kao primjer, i trgovanje vrijednosnim papirima opasna djelatnost, a takvi vrijednosni papiri opasna stvar (makar bili i u obliku elektroničkog zapisa)? Nije li zbog toga došlo do velikih financijskih gubitaka širom svijeta a što građanskopravnom smislu predstavlja štetu odnosno umanjenje nečije imovini ili sprečavanje njezinog povećanja? Svakako se može pretpostaviti da je trgovanje različitim financijskim instrumentima i njihovim izvedenicama opasno jer prijeti rizik financijskih gubitaka. I obično „podizanje“ kredita (pogotovo sa promjenjivom kamatnom stopom i u stranoj valuti) nije baš bezazlena djelatnost (pogotovo za dužnika). A gdje je opasna stvar ili opasna djelatnost tu je i objektivna odgovornost.

Sve su to pitanja koja ukazuju da je postojeće shvaćanje o tome što se smatra opasnom stvari ili djelatnosti prilično arhaično i zastarjelo te nužno nameće potrebu njegove revizije a što ipak, za sada, nadilazi ciljeve ovog rada.

* * *

*THE CONCEPTS OF DANGEROUS THINGS AND DANGEROUS
ACTIVITIES IN LEGAL THEORY
AND CASE LAW*

Summary

Strict liability is applied to damage caused by dangerous things and dangerous activities. The concepts of the dangerous thing and dangerous activity are not defined by law (with the exception of the motor vehicle and the defective product). These concepts are defined by case law, depending on the circumstances of a particular case. The task of legal theory is to attempt to systemize the legal concepts regarding dangerous things and activities which arose in case law. In this paper, the author gives the definitions of the dangerous thing and dangerous activity that have emerged from case law and describes the criteria created by case law, which may provide useful guidelines in assessing whether something may be classified as a dangerous thing. The author also lists things which according to case law are not considered dangerous.

Keywords: dangerous thing, dangerous activity, damage, strict liability.

Berislav Matijević, dipl. iur.¹

VIŠA SILA U OBVEZNOM PRAVU

Apstrakt

Rad je posvećen obradi građanskopravnog instituta „više sile“. U uvodnom dijelu rada navodi se jedan opći značaj ovog instituta u građanskom privatnom pravu. Potom slijedi povijesni razvoj ovog instituta uključujući i teorijske modele koji su se pri tome razvili, te vrste događaja i obilježja više sile, odnosno razlikovanje od građanskopravnog instituta „slučaja“. Središnji dio rada posvećen je impostaciji instituta više sile u Zakonu o obveznim odnosima te karakterističnoj praksi proizašloj iz njegove primjene. Zaključni dio rada, uz sumiranje iznesene materije iznosi i osobne stavove autora o određenim obilježjima pojma više sile, za koje autor drži da bi ih bilo korisno uskladiti sa sve naprednijim tehnološkim i inim mogućnostima predviđanja događaja koje su karakteristika vremena u kojem živimo.

Ključne riječi: građansko privatno pravo, viša sila, oslobođenje od odgovornosti, slučaj.

1. Uvod

Određeni društveni odnos postaje građanskopravnim odnosom kada ga građansko pravo prizna i uredi. No, da bi uopće nastao određeni građanskopravni odnos neophodno je da se prethodno ostvare određene pravno relevantne činjenice – pravne činjenice. Pravne činjenice su one činjenice kojima pravo priznaje svojstvo da dovode do nastanka, promjene ili prestanka građanskopravnog odnosa.

Takav je slučaj i sa institutom znanim pod nazivom „viša sila“, koji se u ugovornim odnosima razmatra u okviru nemogućnosti ispunjenja obveze dužnika, odnosno oslobođenja od odgovornosti dužnika za štetu, dok se u izvanugovornim odnosima, razmatra u okviru oslobođenja od odgovornosti za štetu vlasnika opasne stvari ili opasne djelatnosti.

2. Povijesni razvoj

Institut „viša sila“ nastao je u rimskom pravu, kamo sežu počeci razlikovanja između djela koje je „prouzročeno“ (objektivna - kauzalna odgovornost) i djela koje

¹ Hrvatska udruga za građanskopravne znanosti i praksu, berislavmatijevic@gmail.com

je „skriviljeno“ (subjektivna – kulpozna odgovornost), gdje u slučaju odgovornosti za čuvanje stvari (*custodia*), za koje su odgovarale određene osobe (neki obrtnici - osobe koje su glačale i popravljale tuđu odjeću, posudovnik, vlasnik skladišta, najamnik iz nekih oblika ugovora o najmu, te brodari, gostioničari i vlasnici staja za stvari njihovih gostiju, odnosno putnika, te su osobe odgovarale bez obzira na svoju krivnju za svaki nestanak i propast povjerenih im stvari (*casus minores*), osim ako bi se to dogodilo višom silom (*vis maior* ili *casus maiores*).² Kao primjeri *vis maior* nabrajaju se u izvorima: potres, poplava, požar, napad neprijatelja i razbojnika, te brodolom.³ Ovo iz razloga što *Casus est maior, cui humana infirmitas resistere non potest* – viša sila je ono čemu se ljudska slabost ne može oduprijeti (Gaius, D. 44, 7,1, 4).⁴

Institut više sile, pod nazivom *force majeure* poznao je i Francuski građanski zakonik (*Code civil des français*) iz 1804. godine, kao jedan od najutjecajnijih izvora građanskog prava te nacionalnih kodifikacija europskog i izvan-europskog pravnog područja, koji je u svojoj Knjizi III. - O različitim načinima stjecanja vlasništva (čl. 711.- 2281.) u čl. 1148. navodio: „*Il n'y a lieu àucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*“⁵ - nema mjesta nikakvoj naknadi štete, ako uslijed više sile ili slučaja dužnik nije u stanju izvršiti svoju obvezu ili izvršiti ono što je morao ili je prekršio zakon (slobodan prijevod autora).

Na ovdašnjim prostorima, a unutar primjene austrijskog Općeg građanskog zakonika (nastavno: OGZ); njem. *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) iz 1811. godine,⁶ institut više sile nije bio posebno normiran, već se razmatrao unutar § 1447. – Kada stvar izgine: „*Ako po nenadanom slučaju izgine sasvim kakva stanovita stvar, tada se ukida svaka obveza, i ona također, da se naknadi vrijednost njezina. Ovo načelo služi i za one slučajeve, kada se radi inog kojeg nenadanog slučaja ne može obveza ispuniti ili dug platiti. ...*“⁷ da bi zatim Uredbom FNRJ to bilo učinjeno: „*Stranke se oslobađaju ugovornih obveza samo uslijed djelovanja više sile. Kao viša sila smatrat će se, osim prirodnih (elementarnih) događaja koji se nisu mogli predvidjeti u času zaključenja ugovora i koji su spriječili njegovo izvršenje, još i: a) a koje izvršenje ugovora bilo uvjetovano uvozom sirovina ili robe iz inozemstva, koji je izostao iz objektivnih teškoća; b) ako je izvršenje ugov-*

² M. Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974, 220, 222.

³ *Ibid.*

⁴ A. Romac, *Latinske pravne izreke*, Globus, Zagreb 1982, 73.

⁵ Za detaljnije o *force majeure* u francuskom pravu upućujemo na A. Diumi, D. Heinrich, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milano 2006, 220.

⁶ OGZ bio je objavljen carskim patentom od 1. lipnja 1811. a stupio je na snagu 1. siječnja 1812. u austrijskim sjevernim zemljama, a zatim u ostalim pokrajinama čim budu oslobođene od francuske okupacije. Što se tiče prostora bivše države Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije zakonik je stupio na snagu: a) 1. siječnja 1812. u Vojnoj granici, ukoliko nije bila pod francuskom okupacijom, b) 1. srpnja 1814. u Karlovačkoj i Banskoj granici, c) 1. svibnja 1815. u okruzima Postojna, Ljubljana, Novo Mesto i Beljak, d) 1. rujna 1815. u Istri i Gorici, e) 1. siječnja 1816. u Dalmaciji, f) 1. listopada 1816. na otocima Koločep, Korčula, Šipan, Lastovo, Vis, Mljet i Lopud, g) 1. svibnja 1853. u Hrvatskoj i Slavoniji, Ugarskoj, Vojvodini i Tamiškom Banatu, itd.

⁷ M. Vuković, *Opći građanski zakonik*, Školska knjiga, Zagreb 1955, 478.

ora onemogućeno mjerama opće prirode koje su donijeli državni organi u vršenju svoje nadležnosti“⁸. Iz navedenog razdoblja poznata je i sudska praksa: „[...] Kad je šteta nastala uslijed toga što je masa gledalaca na nogometnoj utakmici zbog vremenske nepogode pojurilo s nepokrivenog dijela tribine na pokriveni dio, ne može se vremenska prognoza u ovom slučaju smatrati višom silom, jer je štetu izazvala masa a ne vremenska nepogoda [...]“; te: „[...] Kada je tuženo kazalište prestalo postojati odlukom nadležnog organa, predstavlja to za kazalište višu silu, te ono nije dužno platiti oštećenome ugovorenu odštetu zbog prekinutog ugovora [...]“; zatim i: „[...] Zapaljenje osovine željezničkog vagona ne oslobađa željeznicu odgovornosti za štetu, jer to u pravilu ne predstavlja okolnost oku željeznica nije mogla predvidjeti i izbjeći niti otkloniti [...]“.⁹

Institut više sile u konačnici postao je i sastavnicom Zakona o obveznim odnosima iz 1978, odnosno iz 1991, kada preuzet u hrvatski pravni sustav,¹⁰ te zaključno Zakona o obveznim odnosima iz 2005.¹¹ – nastavno ZOO, a o čemu će još podrobnije biti riječi u nastavku ovog rada.

3. Teorije o institutu više sile

Kako je razvoj građanskopravnih odnosa pratio razvoj društvenih odnosa, tako se i poimanje instituta više sile razvijalo. U tom smislu poznate su tri teorije: ona subjektivna, ona objektivna i ona mješovita. O ovim teorijama ćemo nešto više reći.

Subjektivna teorija o višoj sili

Ova teorija polazi od pravila o odgovornosti za nastalu štetu po načelu krivnje (subjektivna odgovornost). Nastala je krajem 19. stoljeća, kao sredstvo prilagođavanja nastalim društvenim odnosima, prvenstveno naglom razvoju industrije. Tvorcem ove teorije smatra se njemački pravnik Goldšmit (*Goldschmidt*), ali je svoj puni razvoj doživjela u francuskoj pravnoj znanosti.¹² Navedena teorija, pri određivanju pojma više sile isključivo uzima u obzir ponašanje subjekta u vezi sa okolnostima na koje se on poziva kao na događaj više sile.¹³ Pristalice ove teorije, višom silom smatraju svaki događaj koji se ni uz maksimalnu pažnju osobe nije mogao niti predviditi niti spriječiti.¹⁴ Nedostatak ove teorije je što ne pravi razliku između više sile i slučaja (*casus, casus fortuitus*).

⁸ Čl. 3. st. 2. Uredbe FNRJ od 16. prosinca 1946. o zaključivanju ugovora u privredi, *Sl. list FNRJ*, br. 103/46.

⁹ M. Vuković, *Pravila građanskih zakonika*, Školska knjiga, Zagreb 1961, 1120.

¹⁰ Vidjeti Ukaz o proglašenju Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, *Nar. novine*, br. 53/91.

¹¹ Zakon o obveznim odnosima – ZOO, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

¹² T. Ačanski, *Viša sila*, u Enciklopediji imovinskog prava i udruženog rada, Tom treći, NIU, Beograd 1978, 733, 734.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ M. Vedriš, *Osnove imovinskog prava*, Informator, Zagreb 1977, 307.

Objektivna teorija o višoj sili

Ova teorija polazi od pravila o odgovornosti bez krivnje (objektivna odgovornost) i slijedi razvoj ove vrste odgovornosti. Nastala je (isto) krajem 19. stoljeća, a začetnikom ove teorije smatra se austrijski pravnik Eksner (*Exner*), ali posebnu zaslugu za njezin daljnji razvoj ima francuski pravnik Joserand (*Josserand*).¹⁵ Pristalice ove teorije, polazeći od toga da se u slučaju objektivne odgovornosti odgovara bez obzira na krivnju, u obzir ne uzimaju ponašanje subjekta u odnosu na događaj (subjektivni element), već vode računa samo o objektivnim činjenicama vezanim uz nastanak i djelovanje događaja na koji se subjekt poziva, njegovu prirodu i jačinu, način nastupanja i okolnostima u kojima je do njega došlo. Pri tome se posebno naglašavaju njegova nepredvidivost, nesavladivost i vanjsko porijeklo (izvan djelovanja subjekta).¹⁶ Prednost je objektivne teorije što naglašava atipičnost događaja, dok joj se u nedostatak pripisuje otežano (vrlo suženo) utvrđivanje vanjskog podrijetla događaja u slučaju da se radi o fizičkoj osobi, odnosno ljudskoj radnji.¹⁷

Mješovita teorija o višoj sili

Samo objektivno ili samo subjektivno poimanje više sile u njihovu čistom – apsolutnom obliku, dovelo je do toga da se takvo poimanje više sile nije moglo dosljedno primjenjivati u praksi, na području građanskopravne odgovornosti.¹⁸ Jednostrano određivanje više sile, zasnovano isključivo na osnovi subjektivnih ili objektivnih elemenata zahtijevalo je (pre)veliki broj izuzetaka. Stoga, da bi se tome „doskočilo“, u praksi se, pri određivanju onoga što se smatra višom silom, počeli uzimati u obzir i objektivne i subjektivne činjenice događaja, te je na taj način nastala mješovita (objektivno - subjektivna) teorija o višoj sili. Mješovita teorija o višoj sili, naslanja se na objektivnu odgovornost i objektivnu teoriju o višoj sili, prema kojoj su atipičnost i vanjsko porijeklo događaja osnovno obilježje ove teorije, ali, ova teorija uzima u obzir i određene subjektivne elemente, kao što su ponašanje subjekta u odnosu na nepredvidivost i nesavladivost događaja, te odsustvo njegove krivnje.¹⁹

I redaktori Zakona o obveznim odnosima, kako onog iz 78/91 i onog iz 2005. (ZOO), opredijelili su se za mješovitu (objektivno – subjektivnu) teoriju o višoj sili.

4. Vrste događaja više sile

Viša sila nastaje djelovanjem onih činjenica uz koje građansko pravo veže određene pravne učinke. Te se (pravne) činjenice mogu razvrstati u dvije grupe: na prirodne događaje i ljudske radnje.

¹⁵ T. Ačanski, 734

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Usp. M. Vedriš, 307.

¹⁸ I. Babić, *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2009, 209.

¹⁹ T. Ačanski, 734.

Prirodni događaji nastaju djelovanjem zakona prirode i neovisno o volji čovjeka, ali ako pravo uz njih veže pravne učinke oni postaju i pravnim događajima.²⁰ Tako se u prirodne događaje koji predstavljaju „školske“ primjere više sile uzimaju razne elementarne nepogode: potresi, poplave, požari, uragani, vulkanske erupcije i sl. Ali, se neće smatrati prirodnim događajima – višom silom, oni događaji kod kojih je postojala mogućnost čovjeka da spriječi njihovo nastupanje: udar groma – postavljanjem gromobrana, poplava – podizanjem nasipa, padanje grada – lansiranjem protugradnih raketa, itd.²¹

Ljudske radnje kao manifestacije ljudske volje postaju pravnim činjenicama kada se na njih nadovezuju pravni učinci. Ljudske radnje dijele se na one zakonite (dopuštene) – pravne poslove, koji djeluju svojom pravnom snagom (npr. zabrana uvoza i sl.), i one nezakonite (nedopuštene) – delikte, koje djeluju snagom činjenica (npr. ratni događaji i sl.).²²

Sa aspekta poimanja više sile kao pravne činjenice, značajno je istaknuti da viša sila može nastupiti i kao splet prirodnog događaja i ljudske radnje (npr. požar).

5. Obilježja više sile

Obzirom da je u svojoj biti, viša sila, jedan apstraktni pojam, što je i razumljivo, jer je nemoguće unaprijed definirati sve njezine pojavne oblike, zakonodavci se u praksi, ili izričito (izravno) pozivaju na višu silu, ostavljajući interpretaciju sadržaja ovog pojma teoriji i (sudskoj) praksi, ili određuju pojedina njezina obilježja, definirajući na taj (neizravan) način sadržaj ovog pojma.

Pri tome su se ipak ustalila i u teoriji i u (sudskoj) praksi određena obilježja pojma više sile kojima se najčešće određuje, na izravan ili neizravan način, ovaj pojam odnosno njegov sadržaj. U ta se obilježja ubrajaju: građanskopravne posljedice, vanjski uzrok događaja, nepredvidivost, atipičnost i neotklonjivost (nesavladivost). O ovim ćemo obilježjima više sile nešto više reći.

Građanskopravne posljedice

Da bi se određeni događaj mogao podvesti pod višu silu u smislu građanskog prava, dakle da bi predstavljao pravnu činjenicu, on mora proizvesti određene građanskopravne posljedice, a to su u prvom redu nemogućnost ispunjenja obveze i/ili prouzročenje štete.²³

Vanjski uzrok

Određeni događaj, da bi imao obilježje više sile kao pravnog događaja, treba se nalaziti izvan utjecaja onoga koji se na višu silu poziva. To znači da se

²⁰ Usp. P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne Novine, Zagreb 2008, 26.

²¹ I. Babić, „Viša sila i slučaj u obligacionom pravu“, *Pravni informator*, br. 6/2007, 14.

²² T. Ačanski, 733.

²³ Usp. T. Ačanski, 735.

ovo obilježje više sile ispoljava kroz nedostatak uzročne veze između nastale štete, s jedne strane i uzroka štete u vidu utjecaja osobe koja se na višu silu poziva, sa druge strane.²⁴ Dakle, a u slučaju objektivne odgovornosti, uzrok štete ne smije proizlaziti iz opasne stvari ili opasne djelatnosti, što znači da nastala šteta ne smije biti posljedica stvorene povećane opasnosti za okolinu, koja proizlazi iz uporabe opasne stvari odnosno obavljanja opasne djelatnosti.

Nepredvidivost

Jedno od obilježja više sile kao pravnog događaja, je i njegova nepredvidivost (neočekivanost). Određeni događaj je nepredvidiv ako nije bilo moguće pretpostaviti mogućnost njegovog nastupanja. Međutim, nepredvidivost događaja koja se traži nije ona opća ili apsolutna, već ona konkretna i relativna. To znači da se pitanje nepredvidivosti događaja ovisi o okolnostima svakog konkretnog slučaja, kao što su: vremenske prilike, mjesto nastanka, vrijeme nastanka, način nastanka. Ovo iz razloga što su okolnosti svakog konkretnog slučaja te koje ukazuju na mogućnost nastupanja nekog događaja. Dakle, ispituje se da li je prema svim okolnostima konkretnog slučaja bilo za pretpostaviti da će određeni događaj nastupiti.²⁵

Atipičnost²⁶

Da bi se određeni događaj smatrao višom silom kao pravnim događajem, neophodno je da se radi o atipičnom (izvanrednom) događaju. Neophodno je, dakle, da se ne radi o događaju koji je tipičan (redovan), gdje se tipičnim ili redovnim događajem smatraju oni događaji koji se učestalo ili relativno redovno javljaju. *Argumentum a contrario*, atipičnim događajima smatraju oni događaji koji nastupaju izuzetno odnosno rijetko.

Atipičnost (izvanrednost) događaja posebno je naglašena u slučaju podvođenja vremenskih nepogoda (najčešće oluja) pod pojam više sile. Oluja je relativno tipična (redovna) pojava jer nastupa relativno često (u pojedinim krajevima, *opa.a*), ali ono što je atipično to je njezina žestina, izuzetna snaga (brzina vjetera) kojom može nastupiti.²⁷

Neotklonjivost (nesavladiivost)

Neotklonjivost (nesavladiivost) događaja kao obilježja više sile kao pravnog događaja odnosi se na mogućnost sprječavanja njegova nastanka. Da bi se određeni događaj smatrao neotklonjivim, neotklonjivost mora biti objektivna (apsolutna). To znači da se njegovo nastupanje nije moglo spriječiti nikakvim mjerama ili sredst-

²⁴ Usp. I. Babić (2007), 16.

²⁵ T. Ačanski, 736.

²⁶ Pojedini autori ovo obilježje više sile razmatraju unutar obilježja nepredvidivost (Babić, Jakšić), ali smo ga obzirom na njegov praktični značaj izdvojili kao posebno obilježje

²⁷ Ovaj primjer izričito navodi T. Ačanski, 736.

vima, postupajući u skladu sa odgovarajućom pažnjom.²⁸ Neotklonjivost događaja mora biti konkretna i relativna. Znači da se neotklonjivost ispituje prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, tj. da li je u konkretnom slučaju, s obzirom na raspoloživa sredstva i metode, bilo moguće ga spriječiti – svladati.

Na ovom mjestu, glede obilježja više sile, neophodno je još naglasiti, da sva obilježja više sile ne moraju nužno nastupiti istovremeno (iako je u teoriji moguće naići i na drugačije stavove), jer viša sila postoji prvenstveno ako događaj ima uzrok koji je izvan utjecaja onoga tko se na njega poziva, ako je neotklonjiv i atipičan, dok nije nužno da je i nepredvidiv. Jer je nepredvidivost u većoj mjeri obilježje slučaja nego više sile. Ponekad se obilježje nepredvidivosti više sile prenamlašava u sudskoj praksi.²⁹

6. Razgraničenje u odnosu na srodni institut: slučaj

Iako je u literaturi moguće naići na stavove da viša sila predstavlja samo „kvalificirani“ oblik slučaja, između pojmova viša sila i slučaj postoje bitne razlike. Na ove razlike je upućivalo i rimsko pravo,³⁰ gdje je u slučaju odgovornosti za čuvanje stvari (*custodia*), *custos* odgovarao za i za slučaj (*casus – casus minores*), dok nije odgovarao za višu silu (*vis maior – casus maiores*).³¹ Osnovni kriterij razlikovanja više sile od slučaja je porijeklo događaja.³² Pod višom silom se podrazumijeva onaj događaj koji je izvan utjecaja osobe koja se na nju poziva (obilježje: vanjski uzrok), dok kod slučaja taj uzrok nalazi unutar utjecaja osobe koja se na slučaj poziva (unutarnji uzrok). Slučaj je takav izvanredni štetni događaj koji je nastao u okviru djelatnosti neke osobe, ali joj se ne može upisati u krivnju, iako je bio objektivno predvidiv i relativno otklonjiv.³³ Prema tome, obilježja slučaja su:

- a) da je uzrok događaja unutar utjecaja osobe koja se na slučaj poziva – unutarnji uzrok;
- b) da je događaj bio objektivno predvidljiv, jer se pojavljuje gotovo redovno i često u određenom obliku, zbog čega je objektivno poznat i očekivan;
- c) da je događaj bio relativno uklonjiv (savladiv), što znači da ga odgovorna osoba nije mogla otkloniti – svladati, ali je s obzirom na poznate mjere i sredstva to bilo moguće;
- d) da je događaj nastupio bez krivnje odgovorne osobe, jer je nastupio izvan i protiv njegove volje.³⁴

Tako je i u novijoj sudskoj praksi poznat stav: „[...] Viša sila i slučaj su međusobno različiti pravni pojmovi koji se međusobno isključuju. Ako je jedan

²⁸ S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, Veselin Masleša, Sarajevo 1960, 277.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ V. toč. 2. rada

³¹ M. Horvat, 220.

³² T. Ačanski, 732.

³³ B. Vizner, *Građansko pravo*, Knjiga prva, Štampa, Osijek 1966, 168.

³⁴ *Ibid.*

događaj imao obilježje više sile, onda ne može imati i obilježje slučaja. Predmet spora je zahtjev tužitelja za naknadu mu štete koju je trpio povećanjem troškova u obavljanju prijevoza putnika u vidu povećane kilometraže u razdoblju siječanj/ožujak 2001., a zbog potrebe vožnje zaobilaznim pravcem, a nakon urušavanja dijela potpornog zida J. m. kod mjesta I. 26. prosinca 2006.

Odgovornost tuženika za nastalu štetu tužitelj vidi u činjenici navodnog neodržavanja tog dijela ceste što je imalo za posljedicu njezino urušavanje, a time i nemogućnost tužitelja prometovanja tim dijelom J. m..

U postupku pred prvostupanjnskim sudom utvrđene:

- da je 26. prosinca 2000. došlo do urušavanja dijela potpornog zida J. m. kod mjesta I. izazvanog bujicom nastale uslijed obilne kiše koja je na tom području padala 25. i 26. prosinca, zbog čega,
- da je u razdoblju od 26. prosinca 2000. do 6. ožujka 2001. odvijanje prometa na tom dijelu J. m. bilo dozvoljeno samo osobnim vozilima, dok su ostala vozila prometovala obilaznim putem (S., Ž. L., O., G., K. i obrnuto),
- da je tuženik jednom godišnje vršio kontrolni obilazak zidova magistrale te da do 26. prosinca 2000. nije bilo sličnih slučajeva urušavanja.

Temeljem prednjih utvrđenja prvostupanjnski sud je odbio zahtjev tužitelja kao neosnovan ocijenivši u konkretnom slučaju da urušavanje dijela ceste predstavlja slučaj, a što je razlog za ekskulpaciju tuženika sve u smislu odredbe čl. 154. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99 – dalje: ZOO).

Drugostupanjnski sud potvrđujući prvostupanjnsku presudu prihvaća ocjenu prvostupanjnskog suda o slučaju kao pravnoj kvalifikaciji nastalog događaja, no istovremeno iznosi pravno mišljenje kako nastali događaj predstavlja višu silu, što je razlogom za ekskulpaciju tuženika.

Viša sila i slučaj su međusobno različiti pravni pojmovi koji se međusobno isključuju. Dakle, ako je jedan događaj imao obilježje više sile, onda ne može imati i obilježje slučaja. Prema pravnoj teoriji viša sila objektivno je nepredvidiva i neuklonjiva, dok se kod slučaja nepredvidivost i neuklonjivost ne zahtijevaju.

Dakle, slučaj je događaj, koji da se predvidio se mogao spriječiti, dok je viša sila događaj koji i da se mogao predvidjeti se ne bi mogao spriječiti.

Oborine u vidu jake i dugotrajne kiše tijekom zimskih mjeseci u priobalnom području Republike Hrvatske (S. J., K., D.) jesu prirodna i ne tako rijetka pojava, koja je dakle predvidiva, baš kao i mogućnost stvaranja vodenih bujica koje su često posljedica jakih oborina. U takvim okolnostima ne može se prihvatiti ocjena nižestupanjnskih sudova da bi jaka i duga kiša i njome prouzročena vodena bujica se mogli smatrati višom silom ili slučajem, a što da bi bio razlog za ekskulpaciju tužene od odgovornosti za navodno nastalu štetu tužitelju, a u smislu odredbe čl. 154. ZOO-a [...]"³⁵

³⁵ VSRH, Rev-556/2008-2 od 20. svibnja 2009. godine. (dostupno na www.osiguranje.hr, stranica posjećena 25.04.2019.)

7. Viša sila – prema odredbama ZOO

Djelovanje više sile u građanskom pravu ogleda se u tome što može utjecati na nastanak, promjenu ili prestanak raznih građanskopravnih odnosa, ali se njeno djelovanje praktično najčešće ispoljava u obveznim odnosima. U obveznim odnosima, viša sila se razmatra, s jedne strane, kod ugovornih odnosa, unutar pravila o nemogućnosti ispunjenja obveze dužnika, odnosno oslobođenja od odgovornosti dužnika za (ugovornu, *op.a*) štetu, dok se s druge strane, kod izvanugovornih odnosa, viša sila razmatra unutar pravila o oslobođenju od odgovornosti za štetu vlasnika opasne stvari ili opasne djelatnosti.

Tu podjelu ćemo nastavno i mi slijediti, s time da ćemo se nešto više zadržati na izvanugovornim odnosima.

Ugovorne obveze

Temeljno pravilo prestanka (svih) obveza, a u pitanju je objektivna naknadna nemogućnost ispunjenja obveza je: „Obveza prestaje kad njezino ispunjenje postane nemoguće zbog okolnosti zbog kojih dužnik ne odgovara“.³⁶

U slučaju ugovornih obveza i trajne nemogućnosti ispunjenja ugovora primjenjuje se pravilo: „Kad je ispunjenje obveze jedne strane u dvostrano obveznom ugovoru postalo nemoguće zbog izvanrednih vanjskih događaja nastalih nakon sklapanja ugovora a prije dospelosti obveze, koji se u vrijeme sklapanja ugovora nisu mogli predvidjeti, niti ih je ugovorna strana mogla spriječiti, izbjeći ili otkloniti te za koje nije odgovorna ni jedna ni druga strana, gasi se i obveza druge strane, [...]“.³⁷

Kako su u pitanju obilježja pojma više sile, moglo bi se konstatirati da ni jedna ni druga strana ne odgovara za nemogućnost ispunjenja nastalu zbog više sile.³⁸ U takvim slučajevima ugovor prestaje *eo ipso*: Izmjena drugih okolnosti, za koje nije odgovorna ni jedna strana, a zbog kojih je nagodba postala neizvršiva budući da stjecanje stanarskog prava više nije moguće, ne čini navedenu nagodbu ništavom, već se zbog nemogućnosti ispunjenja nagodbe, obveza gasi na obje strane.³⁹

Kod ugovorne odgovornosti za štetu i oslobođenja od odgovornosti dužnika: „Dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obvezu, odnosno da je zakasnio s ispunjenjem obveze zbog vanjskih, izvanrednih i nepredvidivih okolnosti nastalih poslije sklapanja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći“.⁴⁰ Tako je u sudskoj praksi navedeno: „[...] Vozač se oslobađa odgovornosti za štetu nastalu na vozilu prilikom vožnje kad je uzrok prometne nezgode mana motornog vozila za koju odgovara njezin vlasnik.

³⁶ Čl. 208. st. 1. ZOO

³⁷ Čl. 373. st.1. ZOO

³⁸ V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb 2005, 568.

³⁹ VSRH, Rev 690/2007-2 od 10.listopada 2007, Izbor Odluka, Vrhovni sud Republike Hrvatske (nastavno IO VSRH), Zagreb, 2008., br. 1/2008.

⁴⁰ Čl. 343 ZOO, *Narodne novine*.

Nije sporno da je u prometnoj nezgodi, koja se dogodila dana 29. XII. 1988. oko 1,20 sati, oštećen automobil tužitelja u trenutku kada je njime upravljao tuženik po odobrenju tužitelja, koji je do tada vozio i koji mu je ustupio svoj automobil nakon što je osjetio umor. Sud je uz pomoć sudskog vještaka, utvrdio da je šteta na automobilu, koji je vlasništvo tužitelja, uzrokovana zbog naglog gubitka zraka iz pneumatike koji uzrokuje destabilizaciju automobila.

Prema stajalištu ovoga revizijskog suda pitanje odgovornosti za štetu, a budući da je do štete došlo temeljem ugovornog odnosa između stranaka, odgovornost za štetu tuženika u konkretnom slučaju valjalo je raspraviti temeljem odredbi koje reguliraju povredu ugovorne obveze (čl. 262 – 269 ZOO) a ne temeljem izvanugovorne odgovornosti za štetu (čl. 154 i čl. 163 ZOO), kako to čine nižestupanjski sudovi.

U smislu odredbe iz čl. 263 ZOO dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obvezu, odnosno da je zakasnio s ispunjenjem obveze zbog okolnosti nastalih poslije sklapanja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.

Dakle ZOO je prihvatio subjektivni kriterij oslobađajućih okolnosti u tom smislu da su to okolnosti koje dužnik nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći te da su nastale nakon, u konkretnom slučaju, trenutka kada je tužitelj ustupio tuženiku svoj automobil da njime upravlja. Okolnost što je u kritičnom momentu došlo do stradavanja pneumatike, a moguće i do pucanja gume, pa s tim u vezi i do slijetanja vozila tužitelja i nastanak štete, nastanak ove nezgode ne može se pripisati tuženiku, već manama i svojstvima motornog vozila, za koje odgovara vlasnik, dakle, u konkretnom slučaju to je sam tužitelj. Stoga na strani tuženika ne postoji odgovornost za nastalu štetu⁴¹.

Izvanugovorne obveze – objektivna odgovornost za štetu

Izvanugovorne obveze karakterizira okolnost što za njihov postanak nije mjerodavno suglasno očitovanje volje stranaka, već nastaju na temelju određenih činjenica uz koje sam zakon veže postanak izvanugovorne obveze.

U jednu od izvanugovornih obveza ubraja se i prouzročenje štete, odnosno odgovornost za štetu. Do odgovornosti za štetu dolazi kad se ispune određene opće pretpostavke⁴² koje moraju u svim slučajevima odgovornosti za štetu postojati, te ovisno o vrsti odgovornosti, i određene posebne pretpostavke. Ovisno o tim posebnim pretpostavkama, razlikuju se pojedine vrste odgovornosti za štetu. Tako, ako se uz opće pretpostavke traži i krivnja štetnika kao pretpostavka odgovornosti, govorimo o subjektivnoj odgovornosti – tzv. odgovornost po načelu *culpe*, ili, ako se krivnja štetnika ne traži kao pretpostavka odgovornosti, govorimo o objektivnoj odgovornosti – tzv. odgovornost po načelu *cause*.⁴³ Pravila o objektivnoj odgovornosti primjenjuju se i na štete od stvari i djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost po okolinu: Za štetu od stvari ili djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost štete za okolinu

⁴¹ VSRH, Rev 131/1991.- 2 od 23. prosinca 1992., IO VSRH br. 1/1994

⁴² Subjektivni odgovornosti: štetnik (odgovorna osoba) i oštećenik, šteta, štetna radnja, protupravnost i uzročna veza

⁴³ Za detaljnije vid. P. Klarić, M. Vedriš, 609 – 614.

odgovara se bez obzira na krivnju.⁴⁴ Pri tome se, u slučaju odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti, uzročnost između štetne radnje i štete (po zakonu) pretpostavlja, što znači da oštećenik nije dužan dokazivati da mu prouzročena šteta potječe od opasne stvari ili djelatnosti, već je dovoljno da dokaže da su te stvari odnosno djelatnosti sudjelovale u nastanku štete.⁴⁵ Međutim, treba napomenuti da u konkretnom slučaju nije u pitanju apsolutna već relativna uzročnost.⁴⁶ Šteta nastala u vezi s opasnom stvari, odnosno opasnom djelatnošću smatra se da potječe od te stvari, odnosno djelatnosti, osim ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete.⁴⁷ Što znači da se štetnik (odgovorna osoba) može osloboditi svoje odgovornosti uz dokazivanje da opasna stvar ili opasna djelatnost nisu bile uzrok štete, još jedino⁴⁸ i dokazivanjem posebnih okolnosti (opet propisanih zakonom) koje ga oslobađaju odgovornosti. U jednu od tih posebnih okolnosti spada i: „Vlasnik se oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potječe od nekog nepredvidivog uzroka koji se nalazio izvan stvari, a koji se nije mogao spriječiti, izbjeći ili otkloniti“.⁴⁹

Nema dvojbe da zakon u ovom slučaju ima u vidu djelovanje više sile.⁵⁰

Prema spomenutoj odredbi, obilježja više sile, kao pravno relevantnog događaja, bila bi:

- u odnosu na stranke događaj mora biti vanjskog podrijetla (*uzroka koji se nalazio izvan stvari odnosno djelatnosti*), što znači da uzrok događaja ne smije proizlaziti iz opasne stvari ili opasne djelatnosti, odnosno nastala šteta ne smije biti posljedica stvorene povećane opasnosti za okolinu, koja proizlazi iz uporabe opasne stvari odnosno obavljanja opasne djelatnosti;⁵¹
- događaj mora biti nepredvidiv - neočekivani (*potjecati od nepredvidivog uzroka*), gdje se nepredvidivost odnosi na konkretnu i relativnu mogućnost predviđanja mogućnosti njegova nastupanja prema svim okolnostima svakog konkretnog slučaja, a osobito u odnosu na vrijeme u kojem je događaj postao predvidljiv (da li je od trenutka nepredvidivosti događaja do trenutka njegove predvidljivosti, osobi koja se na višu silu poziva, objektivno bilo moguće poduzeti odgovarajuće mjere radi sprječavanja, izbjegavanja, odnosno otklanjanja mogućnosti njegova nastupa;⁵²
- događaj mora biti atipičan - izvanredan, koje se obilježje odnosi, kako na odstupanje od onoga što se smatra uobičajenim (tipičnim) – redovitim događajem, tako i na odstupanje od onoga što se smatra uobičajenim (tip-

⁴⁴ Čl. 1045, st. 3 ZOO.

⁴⁵ I. Crnić, *Naknada štete*, Organizator, Zagreb 1995, 40.

⁴⁶ B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, Zagreb 1978, 776.

⁴⁷ Čl. 1063 ZOO.

⁴⁸ Ako izuzmemo dokazivanje nepostojanja općih pretpostavaka odgovornosti za štetu.

⁴⁹ Čl. 1067, st. 1 ZOO.

⁵⁰ B. Vizner, 777.

⁵¹ Usp sa toč. 5. rada.

⁵² Usp. T. Ačanski, 736.

- ičnim) – redovitim intenzitetom (snagom) njegova djelovanja;⁵³
- događaj mora biti nespriječiv, neizbježiv ili neuklonjiv, koje se obilježje odnosi na mogućnost njegova sprječavanja, izbjegavanja ili otklanjanja načinima i sredstvima koja se razumno mogu očekivati od određene osobe u konkretnom slučaju;⁵⁴
 - događaj mora biti uzrokom nastanka određenih štetnih posljedica.⁵⁵

Iako se tvrdi da pretpostavke u kojima može doći do oslobođenja od objektivne odgovornosti sukladno čl. 1067 ZOO, odgovaraju⁵⁶ odredbi ranijeg čl. 177 ZOO/91, pažljivijim iščitavanjem i usporedbom ovih odredbi mogu se uočiti određene razlike, pa se postavlja pitanje, radi li se o čisto jezičnoj prilagodbi ili terminološkom usklađenju (o čemu nema spomena), radi li se o pukoj slučajnosti (čega ne bi smjelo biti) ili je u pitanju nešto treće.⁵⁷

Prema čl. 1067, st. 1 ZOO: *Vlasnik se oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potječe od nekog nepredvidivog uzroka koji se nalazio izvan stvari, a koji se nije mogao spriječiti, izbjeći ili otkloniti.* Prema čl. 177, st. 1 ZOO/91: *Imalac (sada vlasnik, op.a.) se oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potječe od nekog uzroka koji se nalazio izvan stvari, a čije se djelovanje nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti.*

U svakom slučaju „neki uzrok“ (ZOO/91) je postao „neki nepredvidivi uzrok“ (ZOO), pa se postavlja pitanje da li je ovo naglašavanje nepredvidivosti usmjereno na mogućnost predviđanja nastupa određenog događaja, što u vrijeme tehničkih dostignuća sa kojima smo u tijeku (kada gotovo ne postoji događaj koji nije moguće predvidjeti), predstavlja jedno još „oštrije“ suženje slučajeva više sile, ili je usmjereno na nepredvidivost događaja u smislu raspoloživog vremena između njegove nepredvidivosti i njene predvidljivosti.⁵⁸ Dakle, i nadalje ostaje otvoreno (staro) pitanje, da li se

⁵³ Npr. vjetar kao meteorološka pojava, može se smatrati uobičajenim (tipičnim) - redovnim događajem na određenom geografskom području, ali isto tako pojava primjerice orkansko vjetra, može se na istom tom geografskom području, smatrati neuobičajenim (atipičnim) – izvanrednim događajem.

⁵⁴ Usp. V. Gorenc *et al.*, 1654.

⁵⁵ Npr. potres se kao događaj vrlo često uzima kao primjer više sile, ali ukoliko se radi o potresu manjeg intenziteta, a koji nije prouzročio nikakve štetne posljedice, ne može biti govora o višoj sili, neovisno o tome što se radi o događaju koji je (relativno) nepredvidiv i čije je sprječavanje, izbjegavanje ili otklanjanje njegova nastanka gotovo pa nemoguće.

⁵⁶ V. Gorenc *et al.*, 1653.

⁵⁷ U Obrazloženju konačnog prijedloga Zakona o obveznim odnosima (Sabor RH, PZE 226) na str. 10. navodi se: Odredbom članka 263. važećeg ZOO-a, isto kao i člankom 343. predloženoga Zakona, uređena je viša sila kao razlog isključenja ili ograničenja odgovornosti dužnika. Tom je odredbom važećeg ZOO-a viša sila definirana kao okolnost koja se nije mogla spriječiti, otkloniti ili izbjeći. Odredbom članka 343. predloženoga Zakona upotpunjena je ta definicija više sile, i to u skladu s tradicionalnim shvaćanjem tog instituta u kontinentalno-europskim pravnim porecima. U tom smislu odredbom članka 343. predviđeno je da se za višu silu moraju ispuniti sljedeće pretpostavke: 1. vanjski događaj, 2. nepredvidivi događaj, 3. izvanredni događaj, 4. događaj koji se nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći. Budući da se viša sila u predloženom Zakonu spominje na nekoliko mjesta, ali sa različitim sadržajem, izvršeno je usklađivanje pojma više sile, tako da je formulacija tog instituta iz članka 343. predviđena i u člancima 373., 902. i 1067.

⁵⁸ V. prethodno u radu navedeno pod nepredvidivost kao obilježje više sile.

nepredvidivost odnosi: samo na događaje koji su nepredvidivi (npr. iznenadni nastup elementarne nepogode) pa ih zbog toga nije bilo moguće ni spriječiti, ni izbjeći ili otkloniti, ili i na događaje koji se nisu mogli spriječiti, izbjeći ili otkloniti, iako se njihovo djelovanje moglo predvidjeti (npr. javnost bude kroz sredstva javnog informiranja upoznata sa mogućnošću nastupa elementarne nepogode, ali se zbog kratkoće vremena štetno djelovanje elementarne nepogode više se ne može spriječiti, izbjeći ili otkloniti)?⁵⁹

8. Sudska praksa – nekoliko karakterističnih primjera⁶⁰

a) „[...] Olujna bura na području Š. je učestala pojava koja je izvjesna i predvidiva, pa se ne može smatrati višom silom [...]“ (VSRH, Rev 1738/1997-2 od 8. ožujka 2000.);

b) „[...] „Pijavica“ kao prirodni događaj ima značaj više sile. U postupku pred nižestupanjskim sudovima je utvrđeno: - da je do povrede tužitelja došlo prevrtanjem kontejnera (u koji se bio sklonio) uslijed djelovanja rušilačke pijavice, - da je kontejner predviđen za smještaj radnika bio postavljen prema pravilima struke, - da je zbog djelovanja iste te pijavice na istom području uništeno 50 kuća, počupano stabala, električnih vodova i sl., - da je pijavica vrtlog vjetera, u kojem na rubnim dijelovima brzina vjetera doseže i 250 km/h, velike razorne moći, malih prostornih dimenzija i kratkog trajanja, - da se nastanak pijavice kao prirodnog fenomena i rezultata specifičnih uvjeta i atmosferskih procesa ne može izravno predvidjeti, a ne postoje metode kojima bi bilo moguće spriječiti nastanak i njezin razvoj, - da se pijavica pojavljuje razmjerno rijeko u našem podneblju [...]“ (VSRH, Revr 625/2003-2 od 11. svibnja 2004.);

c) „[...] *Pad stupa električnog dalekovoda i kabela koji je izazvan nevremenom - udarom groma ne može se smatrati da je izazvan višom silom, jer je nevrijeme s udarom groma prirodni fenomen koji se povremeno javlja na svakom području i pritom izaziva razne štetne posljedice [...]*“ (VSRH, Rev x 487/2009-2 od 5. studenog 2009.);

d) „[...] Ovaj sud ocjenjuje zračnu elektro mrežu opasnom stvari. Na temelju vještačenja sud je utvrdio da je do štete u štali tužiteljice došlo tijekom nevremena zbog loše i nesigurne zračne mreže tuženika, zbog čega je došlo do kratkih spojeva na zračnoj mreži tuženika, izgaranja osigurača u trafostanici i dolaska napona do štale. Postojanje zračne elektro mreže predstavlja stoga povećanu opasnost prouzročenja štete za okoliš. Vlasnik opasne stvari se dakle oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potječe od nekog nepredvidivog uzroka koji se nalazio izvan stvari a koji se nije mogao spriječiti, izbjeći ili otkloniti, a što se u pravnoj teoriji i sudskoj praksi naziva višom silom. To su događaji koji su nepredvidivi i neotklonjivi te djeluju izvana i sa svojim načinom i snagom prekidaju uzročnu vezu između učinjene štete i onog uzroka za koji određena osoba odgovara, a koja se sva obilježja trebaju steći u isto vrijeme da bi se događaj smatrao višom

⁵⁹ O navedenom pitanju opširnije vidjeti u B. Vizner, 785, 786.

⁶⁰ Izvori sudske prakse: www.vsrh.hr, www.iusinfo.hr, www.osiguranje.hr, te razni brojevi i godišta IO VSRH.

silom. U konkretnom slučaju nije za zaključiti da je riječ o višoj sili budući da su svjedoci u postupku nevrijeme na dan štetnog događaja opisali kao nevrijeme s jakim vjetrom, a koje ovaj sud smatra prirodnom i ne tako rijetkom pojavom koja je dakle predvidiva. Stoga, slijedom tog razloga, nije moguće isključiti odgovornost tuženika [...]“ (VSRH, Rev 2211/10-2 od 9. travnja 2014.);

e) „[...] Pravno pitanje zbog kojeg revidentica podnosi reviziju u suštini se svodi na sljedeće: oslobađa li se imatelj opasne stvari (pa stoga i njegov osiguratelj od autoodgovornosti) od odgovornosti za štetu u smislu odredbe čl. 177, st. 1. ZOO u situaciji kad putnik u automobilu strada jer je vozač uslijed pretrpljenog srčanog udara tijekom vožnje izgubio nadzor nad vozilom i sletio s ceste? Revidentica je pritom izložila razloge zbog kojih se navedeno pitanje ima smatrati važnim osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana (čl. 382, st. 3 ZPP), navodeći da je revizijski sud o tom pitanju već zauzeo shvaćanje, ali da je odluka drugostupanjskog suda utemeljena na shvaćanju koji nije podudarno s tim shvaćanjem (razlog iz čl. 382, st. 2, toč. 3 ZPP), te se u tom pogledu pozvala na nekoliko odluka revizijskog suda. Time su ispunjene procesne pretpostavke za dopuštenost predmetne (tzv. izvanredne) revizije, odnosno za meritorno odlučivanje o istoj. U reviziji se prigovara da je pogrešno primijenjeno materijalno pravo (odredba čl. 177, st. 1 ZOO) kada je ocijenjeno da su ispunjeni uvjeti za oslobođenje tuženika od objektivne odgovornosti jer je do štetnog događaja došlo uslijed više sile. Prema odredbi čl. 177, st. 1 ZOO imalac se oslobađa od odgovornosti ako dokaže da šteta potječe od nekog uzroka koji se nalazio izvan stvari, a čije se djelovanje nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti. Nižestupanjski sudovi, kao što je već naprijed rečeno, temelje odluku na stajalištu da srčani udar kojeg je vozač automobila pretrpio tijekom vožnje predstavlja takav objektivno nepredvidiv i neuklonjiv događaj (viša sila) koji predstavlja razlog za eskulpaciju tuženika. Stajalište nižestupanjskih sudova nije pravilno. U odgovoru na postavljeno pravno pitanje prvenstveno treba poći od pojma više sile. U pravnoj teoriji, kao viša sila (*vis maior*) razumijeva se onaj vanjski događaj ili pojava koja je po snazi svog djelovanja u toj mjeri jača od samog čovjeka da njezino djelovanje nastupa nezavisno od čovjekove volje, jer se ono ni objektivno nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti. Višu silu je (zbog sličnosti) potrebno razlikovati od slučaja. Naime, kao slučaj (*casus*) smatra se, kako neki vanjski događaj ili pojava, tako i događaj koji se zbio unutar čovjekove djelatnosti, koji po snazi svog djelovanja može biti i slabiji od snage čovjeka, ali njegovu djelovanje nastupa nezavisno od čovjekove volje, iako se ono, redovno, može objektivno predvidjeti, izbjeći ili otkloniti. Slijedom rečenog, viša sila objektivno je nepredvidiva i neuklonjiva, dok se kod slučaja nepredvidivost i neuklonjivost ne zahtijevaju. Dakle, slučaj je događaj, koji da se predvidio mogao spriječiti, dok je viša sila događaj koji i da se mogao predvidjeti se ne bi mogao spriječiti. Imajući na umu naprijed navedeno, prema stajalištu revizijskog suda, pretrpljeni srčani udar (infarkt) vozača tijekom vožnje ne tretira se kao oslobađajuća viša sila - već kao slučaj za koji se odgovara. Stoga se ne može prihvatiti ocjena nižestupanjskih sudova da je u konkretnom slučaju riječ o višoj sili, a što bi bio razlog za eskulpaciju tuženika [...]“ (VSRH, Rev 930/09-2 od 31. siječnja 2012.).

9. Zaključak

Da bi uopće nastao određeni građanskopravni odnos neophodno je da se prethodno ostvare određene pravno relevantne činjenice, tj. one činjenice kojima pravo priznaje svojstvo da dovode do nastanka, promjene ili prestanka građanskopravnog odnosa. U jednu od takvih činjenica možemo ubrojiti i tzv. višu silu. Viša sila je izraz koji se gotovo uopće (izravno) ne koristi kao takav u zakonskim tekstovima, već se radi čisto o teorijskom nazivu kojim se sažeto označavaju okolnosti ili događaji, koje/i u slučaju ugovornih odnosa, dovode do (neskrivljene) trajne nemogućnosti ispunjenja ugovora te i oslobođenja od ugovorne odgovornosti za štetu dužnika, odnosno koje/i u slučaju izvanugovornih odnosa – objektivne odgovornosti za štetu, predstavljaju (jedan od) razlog oslobođenja od odgovornosti štetnika (odgovorne osobe).

Viša sila je tvorevina koje svoje porijeklo vuče još iz rimskog prava, a možemo konstatirati i da se većina njezinih obilježja zadržala i do današnjih dana. U osnovna obilježja više sile kao pravnog relevantnog događaju, ubrajaju se: vanjski uzrok događaja, nepredvidivost događaja, atipičnost događaja i neotklonjivost događaja.

Od ovih obilježja, zaključno, istaknuli bi obilježje nepredvidivosti događaja, za koje držimo da bi u skladu sa sve razvijenijim (tehničkim i inim) mogućnostima predviđanja budućih događaja (kada sve manje događaja ostaje nepredvidivo), trebalo teorijski i praktično „redefinirati“, odnosno odustati od njegova prenamaglašavanja⁶¹ u praksi, te više „težište“ obilježja više sile prebacivati na atipičnost (intenzitet – jačinu manifestiranja događaja) i neotklonjivost događaja⁶² (tj. na nemogućnost njegova sprječavanja, izbjegavanja ili otklanjanja), dok bi samo obilježje nepredvidivosti događaja, trebalo razmatrat u kontekstu raspoloživog vremena od trenutka njegove predvidljivosti do trenutka manifestacije njegovih štetnih posljedica.

*Preblagi zakoni rijetko se poštuju, prestrogi zakoni rijetko se primjenjuju.*⁶³

* * *

FORCE MAJEURE IN THE LAW OF OBLIGATIONS

Summary

In order for a particular civil law obligation to arise, it is necessary previously to be achieved certain legally relevant facts. I.e. facts that law admit an attribute that brings to originate, change or terminate some civil law obligation. In one of these legally relevant facts, we can count the so-called force majeure.

⁶¹ V. bilj. br. 27. rada.

⁶² Usp. B. Vizner, 787.

⁶³ Engleska izreka.

Force majeure is an expression that is almost never (directly) used as such in legal texts, but purely for a theoretical term that summarizes the circumstances or events which. In the case of contractual obligations, force majeure lead to (involuntary) permanent impossibility of fulfilling the contract and respectively to the exemption of debtor contract liability. And which, in the case of non-contract liability – strict liability, represent (one of) the reason that release the injurer (or responsible person) of responsibility

Force majeure is a term that originates from Roman law, and we can conclude that most of its features remained the same up to day. The basic features of the force majeure as a legally relevant event include the external cause of event, the unpredictability of event, the atypicality of events and the non-deflection of event.

Of these features, by the end, we would highlight a feature - unpredictability of event, for which we consider that, in accordance with the today's development (technical and others) of possibility of prediction the future events (when less and less events remain unpredictable), it is necessary to “redefine” it, theoretically and practically. I.e. leaving the over-emphasizing of this feature in practice, and switch more the “focal points” of vis majeure to the atypically (intensity – the force of manifestation t) and the unpredictability (impossibility of its prevention, avoidance or elimination) of event. While only a feature - unpredictability of event it should considered in the context of the available time from the moment of its predictability until the moment of its adverse consequences.

Too mild laws are rarely respected; too strong laws are rarely applied.

Key words: civil private law, force majeure, liability exemption, accidental event.

Prof. dr Slobodan Stanišić¹

PРАВНА ПРИРОДА ГРАЂАНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ УПРАВЛЈАЧА ПУТЕВА

Apstrakt

U ovom radu će biti riječi o građanskoj odgovornosti javnih preduzeća za puteve za štetu koja nastane korisnicima puteva zbog propusta u preduzimanju mjera zaštite i održavanja javnih puteva, te konkurencijskom odnosu pravila o subjektivnoj i objektivnoj odgovornosti za štetu. U radu se pokušavaju dati odgovori na pitanja da li se i kada javni putevi, kao dobra u opštoj upotrebi, mogu smatrati opasnim stvarima, a javna preduzeća za puteve njihovim imaoocima i koja pravila o građanskoj odgovornosti za štetu primjeniti u takvom slučaju, posebno ako se ima u vidu da se propusti u preduzimanju mjera zaštite i održavanja javnih puteva tretiraju kao skrivljena postupanja, a krivica za takve omisivne postupke - pretpostavlja. Kada su u pitanju propusti preduzeća za održavanje javnih puteva, krivica se odnosi i ograničava samo na stvaranje situacije koja je pogodna da dovede do štete, a ne i na štetnu posljedicu koja nastaje iz sasvim drugog, od postupka preduzeća za puteve, prirodno nezavisnog uzroka. Po kojem osnovu onda cijeniti odgovornost preduzeća za puteve?

Кljučне riječi: javni put, opasna stvar, zaštita, upravljanje, održavanje, odgovornost, mješoviti slučaj, šteta

1. Uvod

Puteve, kao dobra u opštoj upotrebi, a naročito javne puteve rezervisane za saobraćaj motornih vozila, svakodnevno koristi sve veći broj lica upravljajući vozilima svih vrsta i dimenzija, što predstavlja realan ambijent za prouzrokovanje štete.

2. Pojam puta

*Put (cesta, drum) je svaki javni put i nekategorisani put na kojima se vrši saobraćaj.*²

¹ Dr. Slobodan Stanišić, advokat iz Banja Luke i profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog Univerziteta "Apeiron" Banja Luka. mail:advokat@blic.net

² Cl. 2 st. 1 tač.p. Zakona o javnim putevima (ZJP), *Sl.glasnik RS* br. 89/13 i čl. 9 st. 1 tač. 10 Zakona o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini (ZO OBS BiH), *Sl.glasnik BiH* br.6/06, 75/06,44/07,84/09 i 48/10, 18/13, 08/17 i 09/18.

Javni put je površina od opšteg značaja za saobraćaj koju svako može slobodno da koristi pod uslovima određenim zakonom i koju je nadležni organ proglasio za javni put, kao i ulice u naselju.³

*Nekategorisani put*⁴ je površina koja se koristi za saobraćaj po ma kom osnovu i koja je dostupna većem broju raznih korisnika.

U nekategorisane pute spadaju kako seoski, poljski, šumski i industrijski putevi; putevi na nasipima za odbranu od poplava; prilazi na put; i biciklističke staze, tako i prostori oko: benzinskih stanica, auto-servisa, putnih baza, autobaza Službe "Pomoć-informacije", kao i uređene saobraćajne površine namijenjene za kretanje pješaka, te zaustavljanje i parkiranje vozila radi odmora i rekreacije.

3. Pojam puta kao opasne stvari

Opasna stvar je svaka pokretna ili nepokretna stvar od koje potiče povećana opasnost štete za okolinu. Opasnost nastupanja štete postoji i pored preduzetih mjera sigurnosti jer se stvar ne nalazi u potpunoj kontroli njenog imaoaca.

Povećana opasnost štete za okolinu može da potiče od **položaju stvari u prostoru**, (na primjer, automobil parkiran na ulici sa velikim nagibom; snijeg ili led na krovu; saksija sa cvijećem na balkonu i slično), **upotrebe stvari** (na primjer, vožnja automobila, rad na nekoj mašini i slično), **osobina stvari** (na primjer, domaće ili divlje životinje) i **samog postojanja stvari** (na primjer, otrovi, zapaljive i rasprskavajuće materije, posude pod pritiskom, plinske boce i druge posude koje služe za akumulaciju ogromnih količina vode i drugih tečnosti itd.).

U našoj pravnoj teoriji i praksi primjetna je tendencija sve većeg proširivanja kruga stvari i djelatnosti koje se mogu podvesti pod pojam opasnih stvari ili opasnih djelatnosti, pa time i praksa da se sve veći broj slučajeva prouzrokovanja štete koje potiču od takvih stvari odnosno aktivnosti prosuđuje po pravilima o objektivnoj odgovornosti.⁵

Kao i mnoge druge stvari i **put** može imati karakter opasne stvari, ali samo dok se na njemu odvija javni saobraćaj, jer se samo u uslovima korištenja odnosno upotrebe puteva od strane njegovih imalaca može stvoriti takav ambijent u kojem može nastupiti šteta koja potiče od puta kao opasne stvari.

Kada je u pitanju **put kao opasna stvar**, povećana opasnost nastanka štete za okolinu, kao bitan kvalifikativ za pojam svake opasne stvari manifestuje se u **narочito i neuobičajeno opasnim svojstvima konkretnog puta** (*nagibi, duge i nepregledne krivine, dionice puta ili pojedina mjesta na kojima se često događaju saobraćajne nesreće (tzv. "crne tačke"), oštećenja na kolovozu, odsustvo saobraćajne signalizacije, iznenadne i neočekivane prepreke na cesti, odroni, iznenadna i neočekivana poledica (na primjer u ljetnim mjesecima), te visoko-frekventni putevi čija propusna moć dozoljava samo određenu gustinu saobraćaja i sl.*), koja se u svakom konkretnom slučaju moraju utvrditi.

³ Čl. 2 st. 1 tač.g ZJP i čl. 9 tač. 13 ZOOBS BiH.

⁴ Čl. 2 st. 3 ZJP.

⁵ Više o tome vidi kod S. Stanišić, „Objektivna odgovornost za štetu“, *Panevropski univerzitet „Apeiron“*, Banja Luka 2012, 177-198.

Zbog izloženog se u našoj pravnoj teoriji i praksi sve češće pominju i putevi kao opasne stvari od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu.⁶

4. Objektivna odgovornost imaoca puta

Upravo iz razloga što i putevi na kojima se odvija saobraćaj, pod određenim uslovima, mogu predstavljati opasnu stvar, sasvim je realna i prihvatljiva teza da se za štete koje nastanu zbog puta kao opasne stvari odgovara po objektivnom kriterijumu, bez obzira na krivicu (čl.154 st.2 ZOO).⁷ Imajući u vidu navedenu tezu, koja se suprostavlja rješenju našeg zakonodavstva po kojem se odgovornost preduzeća za puteve prosuđuje po pravilima o subjektivnoj odgovornosti za štetu⁸, u daljem izlaganju ćemo iznijeti pretpostavke na kojima se može zasnovati i objektivna odgovornost preduzeća za puteve i drugih upravljača puteva za štete pričinjene korisnicima puteva.

U slučaju teze da se za štetu od puteva kao opasnih stvari odgovora bez obzira na krivicu (objektivna odgovornost), uzročna veza se pretpostavlja, slijedom čega se smatra da svaka šteta koja nastane u vezi putem kao opasnom stvari potiče od te stvari, osim u slučaju kada se dokaže da put kao opasna stvar nije uzrok štete (čl.173 ZOO).

Za ovakve štete, zbog navedene zakonske prezumcije, odgovorno lice će odgovarati uvijek, izuzev ako se dokaže da konkretna šteta nije bila prouzrokovana od puta kao opasne stvari.

5. Odgovorna lica

Mada su javni putevi kao dobra u opštoj upotrebi u svojini Republike Srpske⁹, upravljanje putevima i povjeravanje poslova građenja, rekonstrukcije, rehabilitacije, održavanja i zaštite autoputeva i brzih puteva, kao i mreže magistralnih i regionalnih puteva je u nadležnosti posebnih javnih preduzeća (JP "Autoputevi Republike Srpske"¹⁰ i JP "Putevi Republike Srpske").¹¹

Poslove koji se odnose na "upravljanje i povjeravanje poslova građenja, rekonstrukcije, rehabilitacije, održavanja i zaštite lokalnih puteva i ulica u naselju i putnih objekata na njima vrši nadležni organ jedinice lokalne samouprave".¹²

U hipotezi prema kojoj se put smatra opasnom stvari, odgovornim licem se smatra "upravljač puta" kao njegov imalac. Zakonska sintagma "upravljač puta"

⁶ B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, knjiga 2, Zagreb 1978, 800-802; S. Mihajlović, *Pojam opasne stvari*, Glasnik AKV, 1971, II 1,2; B. Kale, "Cesta kao opasna stvar i odgovornost organizacije koja njome upravlja", *Osiguranje i privreda* br.1-2, Zagreb 1970, 64-80; S. Stanišić, *Ogledi iz građanskog prava*, I izdanje, "Put kao opasna stvar", izdanje Udruženja pravnika Republike Srpske, Banja Luka 2005, 157; S. Stanišić, 2012, 183-184.

⁷ Čl. 154 st. 2 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

⁸ Čl. 35 st. 2 ZJP u vezi sa čl. 154 i čl. 158 ZOO.

⁹ Čl. 3 st. 1 ZJP.

¹⁰ Čl. 16 st. 3 ZJP.

¹¹ Čl. 16 st. 4 ZJP.

¹² Čl. 16 st. 5 ZJP.

obuhvata više lica-upravljača puta kao imalaca, a to su prema zakonu: “javno preduzeće, koncesionar, drugo pravno lice ili nadležni organ lokalne samouprave koji je u skladu sa posebnim zakonom nadležan za upravljanje javnim putem.”¹³ Svaki od njih se smatra imaocem puta kao opasne stvari, a time i odgovornim licem za štetu koja nastane korisnicima puteva.

U tom smislu će gore navedena lica-imaoci puta kao opasne stvari, odgovarati po pravilima o objektivnoj odgovornosti za štetu, bez obzira da li su se pridržavali propisa o održavanju puteva ili propisa o bezbjednosti saobraćaja kao zaštitnih normi bezbjednosti.

6. Oslobođenje od odgovornosti

Odgovorna lica mogu se “osloboditi odgovornosti ako dokažu da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazio van puta kao opasne stvari čije se dejstvo nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti, kao i u slučaju ako dokažu da je šteta nastala isključivo radnjom oštećenika ili trećeg lica koju oni nisu mogli predvidjeti i čije posljedice nisu mogli izbjeći ili otkloniti”.¹⁴

Kada u st.1 čl.177 ZOO pominje “uzrok koji je van stvari”, “čije se dejstvo nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti”, zakonodavac očigledno ima u vidu štetu koja nije potekla od opasne stvari (u našem slučaju - od puta kao opasne stvari), već od nekog drugog uzroka (*na primjer: od automobila čiji je vozač iz nekog skrivljenog ili neskrivljenog razloga izgubio kontrolu nad vozilom, tako da šteta potiče od automobila kao opasne stvari, a ne od puta kao opasne stvari*).

Međutim, da bi se oslobodila od odgovornosti odgovorna lica moraju dokazati da štetno djelovanje vanjskog uzroka nisu mogla predvidjeti, izbjeći ili otkloniti, a što u stvari znači da će morati dokazati da je do štete došlo uprkos preduzetim svim propisanim mjerama zaštite i održavanja puta, te da je konkretni štetni događaj imao karakter objektivno nepredvidivog, neizbježnog i neotklonjivog događaja koji predstavlja višu silu.

Ako ne mogu dokazati da šteta potiče od uzroka koji je van puta kao opasne stvari čiji su oni imaoci, ova lica se mogu osloboditi od odgovornosti ako, saglasno odredbi čl.177 st.2 ZOO, prvenstveno dokažu da je šteta nastala isključivo radnjom oštećenog ili trećeg lica (*na primjer vozača automobila ili drugog učesnika u saobraćaju na putu*), koju oni kao imaoci puta kao opasne stvari nisu mogli predvidjeti i čije posljedice nisu mogli izbjeći ili otkloniti.

U ovom slučaju odgovorne osobe će dakle, morati dokazati da su radnje oštećenog lica ili treće osobe bile u uzročnoj vezi sa predmetnim štetnim događajem, bez obzira da li su oni za svoje radnje krivi ili nisu.

Ovdje zakonodavac misli na radnje oštećenog koje su do te mjere neočekivane i na posljedice koje su do te mjere neizbježne odnosno neotklonjive, da su po svom značenju izjednačene sa višom silom.

Da bi udovoljio ovim zahtjevima, a posebno onima koji se tiču mogućnosti predviđanja, izbjegavanja i otklanjanja štetnog djelovanja uzroka, odnosno pred-

¹³ Čl. 16 st. 1 ZJP.

¹⁴ Čl. 177 st. 1 i 2 ZOO.

viđanja, izbjegavanja ili otklanjanja štetne radnje oštećenog ili trećeg lica, odgovorno lice će morati (*pored postojanja uzroka štete koji je van puta kao opasne stvari čiji je on imalac , te pored postojanja uročne veze između radnje oštećenog ili trećeg lica i same štete odnosno isključive krivice ovih lica*) dokazati da do njega, u vezi mogućnosti predviđanja, izbjegavanja ili otklanjanja djelovanja štetnog uzroka, odnosno predviđanja štetne radnje i izbjegavanja ili otklanjanja štetne posledice radnje oštećenog ili trećeg lica, nije bilo nikakvih propusta.

7. Stvari u putnom pojasu ulaze u pojam puta kao opasne stvari

U svjetlu gore iznesenih razmatranja o objektivnoj (kauzalnoj) odgovornosti imalaca puta kao opasne stvari potrebno je analizirati jednu zanimljivu odluku Vrhovnog suda Hrvatske¹⁵ čiji apstrakt glasi :

“Organizacija za održavanje ceste odgovara za štetu koja nastane rušenjem stabla koje raste unutar cestovnog pojasa. Odgovornost je objektivna ako stablo zbog starosti i dotrajalosti predstavlja opasnu stvar. Ako je stablo posebno zaštićeni objekt prirode, oslobođenje od odgovornosti ocjenjuje se polazeći od odredaba Zakona o zaštiti prirode (Narodne novine br.54/76)”

Prema činjeničnom stanju utvrđenom u parnici iz koje potiče navedena odluka, šteta je prouzrokovana obrurušavajem na put stabla jablana koji je rastao unutar putnog pojasa na kojem tužena organizacija za puteve ima pravo raspolaganja, uz napomenu da je jablan koji je pao na put pripadao drvoredu jablanova koji predstavljaju posebno zaštićen objekat prirode o kojem se stara Republički zavod za zaštitu prirode, a za čije uklanjanje je u smislu čl.39 st.1 gore pomenutog Zakona potrebno odobrenje Opštine.

Nadalje, navedeno stablo kao posebno zaštićeni spomenik hortikulture tuženik nije mogao ukloniti jer za to nije dobio od nadležnog organa odobrenje, iako je isti zbog starosti predstavljao izvor opasnosti od kojega prijeti nastupanje štete.

Upravo iz razloga što stablo jablana tužena organizacija za puteve nije mogla ukloniti zbog pomenutog zakonskog ograničenja odnosno nepostojanja odobrenja za tu radnju, u navedenoj sudskoj odluci je građanska odgovornost organizacije za puteve raspravljena i prosuđena po pravilima o objektivnoj odgovornosti za štetu.¹⁶

Naime, da se u konkretnom slučaju radilo o stablu drveta u putnom pojasu koje nije pod posebnom zaštitom ili za koje je dato odobrenje za uklanjanje, za štetu nastalu zbog njegovog pada na put bi odgovarao upravljač puta po pravilima o subjektivnoj odgovornosti zbog neodržavanja puta u smislu ZOO i posebnih zaštitinih normi o putevima.¹⁷

¹⁵ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske br.Rev-23/85 od 09.04.1985 g. Pregled sudske prakse br.29/86 , str.52 , sent.br.33.

¹⁶ Čl. 154 st. 2, čl. 173, čl. 174 i čl. 177 ZOO.

¹⁷ Čl. 154 st. 1 ZOO u vezi sa čl. 35 st. 2 ZJP.

Mislimo da stanovište suda izraženo u navedenoj sudskoj odluci, koje polazi od utvrđenja da se u konkretnom slučaju radi o stablu jablana kao opasnoj stvari, te organizaciji za puteve kao imaocu toga stabla kao opasne stvari, mora trpiti kritiku iz razloga što, u konkretnom slučaju, stablo jablana nije samo za sebe opasna stvar, niti iz toga razloga predstavlja povećanu opasnost nastanka štete za okolinu, već iz razloga što se, prema utvrđenom činjeničnom stanju, po svom položaju, nalazi u zaštitnom zemljišnom putnom pojasu kojim upravlja organizacija za puteve i ulazi u pojam puta u smislu posebnih zakonskih propisa o putevima.¹⁸

Sljedstveno tome, u konkretnom slučaju, put, sam za sebe, a bez navedenog stabla u putnom pojasu koje je zbog starosti i dotrajalosti sklono padu, nije opasna stvar, već ove dvije stvari, tek zajedno, u gore označenim okolnostima predstavljaju **put kao opasnu stvar** od kojega postoji povećana opasnost od nastupanja štete.

Iz navedenog razloga se ne može prihvatiti ni stav da je u konkretnom slučaju organizacija za puteve imalac stabla kao opasne stvari, već je ona imalac puta kao opasne stvari, te da je slijedom prednjeg objektivno odgovorna za štetu koja nastane od takvoga puta kao opasne stvari.

8. Konkurencija subjektivne i objektivne odgovornosti

U zakonodavstvu Republike Srpske predviđena je *subjektivna odgovornost upravljača puta* koja se ogleda u *propuštanju* (*ommissio*) blagovremenog izvršenja pojedinih radnji i preduzimanja odgovarajućih mera na održavanju puteva koje su predviđene posebnim zakonskim propisima.¹⁹ Krivica upravljača puta se pretpostavlja i odnosi se na štetu koju je svojom aktivnom radnjom i neposredno prouzrokovalo jedno lice (*na primjer: vozač automobila - štetnik koji je vozilom naletio na rupu, odron ili poledicu na putu i tako prouzrokovao štetu sebi ili trećem licu.*), a za koju je odgovorno drugo lice zbog svoje pasivne radnje ili propuštanja (*na primjer: pravno lice kome je posebnim propisima ili ugovorom povjereno upravljanje i održavanje pomenutog puta*), koju odgovornost oštećeni, kao pravnu pretpostavku, ne mora dokazivati, jer se krivica toga pravnog lica pretpostavlja.

U tom slučaju, a saglasno zakonskom tekstu st.1 čl.154 ZOO, teret dokazivanja, u cilju oslobađanja od odgovornosti, je sada na prezumptivno odgovorno lice tj. na upravljaču puta. On mora da dokaže da do njega nema krivice i da slijedom toga nije stvorio pogodan položaj za nastanak štete.

Za izneseni princip subjektivne odgovornosti pomenutih pravnih lica se izjasnila i ranija sudska praksa.²⁰

Nije teško uočiti da se zakonska odredba koja reguliše odgovornost sub-

¹⁸ Čl. 6 ZJP.

¹⁹ "Upravljač puta odgovara za štetu koja nastane korisnicima puteva koji poštuju saobraćajne propise, saobraćajnu signalizaciju, vremenske uslove, stanje puta i okoline ako je šteta nastala zbog propuštanja blagovremenog izvršenja pojedinih potrebnih radova i preduzimanja odgovarajućih mjera na održavanju javnih puteva, propisanih članom 31. Ovog zakona.", Čl. 35 st. 2 ZJP.

²⁰ Vidi odluke V.S.Hravske br.Rev-792/86 od 28.10.86 ; Rev-2475/86 od 11.02.87 ; Rev-1862/87 od 07.01.87 (PSP br.34/87).

jekata koji upravljaju putevima, pojavljuje kao "*lex specialis*" u odnosu na odredbe ZOO kojima se uređuje odgovornost za štetu, pa bi se, poštujući maksimu "*Lex specialis derogat legi generali*", trebali opredjeliti, za princip subjektivne odgovornosti upravlja puteva usvojen u Zakonu o javnim putevima.

9. Odgovornost za mješoviti slučaj

Međutim, bez obzira na činjenicu što se navedena zakonska odredba pojavljuje kao specijalni propis u odnosu na opšte odredbe ZOO o odgovornosti za štetu, mislimo da se pravilo o subjektivnoj odgovornosti lica koja upravljaju putevima izraženo u pomenutoj zakonskoj odredbi ne može uvijek i bez ograničenja primjeniti u praksi.

Razlog za ovakvo razmišljanje je u tome što osnov odgovornosti pravnih lica koje upravljaju putevima za štete koje nastanu u korištenju tih puteva (propusti u održavanju puteva), predstavlja poseban osnov odgovornosti za štetu, poznat u pravnoj teoriji kao **odgovornost za mješoviti slučaj** (*casus mixtus*).

Odgovornost za mješoviti slučaj postoji kada neko lice skrivi neku nepravilnost (**na primjer**: upravljač puta ne preduzme mjere za održavanje puta), ali iz te nepravilnosti još ne nastane šteta, već nastane **položaj (situacija) podoban za nastanak štete** (na primjer: rupa na kolovozu, poledica i slično).

Ako šteta nakon toga nastane, ali iz nekog drugog, od lica koje je skrivilo nepravilnost nezavisnog uzroka (**na primjer**: automobil naleti na udarnu rupu na kolovozu što dovede do destabilizacije vozila i štete na licima i stvarima), postojaće *odgovornost za mješoviti slučaj*, jer šteta ne bi ni nastala da ne postoji skrivljeni položaj podoban za nastanak štete koji je svojim propuštanjem prouzrokovalo lice koje je dužno da održava put.

Prema tome, radi se o slučajevima koji se ne mogu smatrati skrivljenima, jer je veza između radnje upravljača puta kao lica koje je skrivilo položaj podoban za nastanak štete i štete, kao njene posljedice, prekinuta sa aspekta prirodne uzročnosti²¹. Uzročna veza između radnje i posljedice, u ovakvim slučajevima, postoji samo sa aspekta tzv. pravne uzročnosti.²²

²¹ Teorija o prirodnoj uzročnosti ili teorija „sine qua non“ smatra da se kao uzrok mogu uzeti u obzir samo one okonosti bez kojih posljedica nebi mogla nastati. Više o tome vidi kod H. Honore, *Causation in the law*, Oxford, 1959, 395; J. Smith, „Legal cause in Actions of Tort“, *Harvard Law Review*, 1911, 312; Odluka Vrhovnog suda Hrvatske br.Gž.1437/74, od 05.02.1975, objavljenu u časopisu „Odvjetnik“, 1977 god. str.21 u kojoj se izražava stav da kretanje pješaka nepropisnom stranom puta može dovesti do saodgovornosti pješaka za štetu (učesća u šteti) samo ako je kretanje u vezi sa nastankom štetnog događaja.

²² Teorija pravne uzročnosti ili teorija "ratio legis uzročnosti" koja polazi od postavki teorije o pravno relevantnoj uzročnosti, prema kojoj se uzimaju u obzir samo oni uzroci koji u isto vrijeme predstavljaju povredu pravne norme, pa ih pravna norma, s obzirom na svoj cilj, smatra uzrocima. Na primjer, ako neko obori stablo koje zbog toga povredi prolaznika, činjenica obaranja stabla je pravno relevantna samo ako se utvrdi da je povrijeđena pravna norma. Nakon što se utvrdi povreda pravne norme, utvrđuje se "...da li je posljedica povrede neka od onih posljedica koja je pravnom normom imala biti sprečena. Ako takve posljedice nema, onda se činjenica kojom je norma povređena ne smatra uzrokom štetne posljedice." Tako, na primjer, "...ako kola pogrešno skrenu ulevo, pa pri tome na njih nalete druga kola koja dolaze iz suprotnog smera, krećući se pravilno svojom desnom stranom, onda je stvarni uzročnik događaja onaj koji je naleteo, dakle kola koja su nailazila iz suprot-

Ovakvi slučajevi, dakle, ne mogu se smatrati niti sasvim skrivljenim, niti slučajevima potpune objektivne odgovornosti, već mješovitim slučajevima u kojima do izražaja dolazi konkurentsko djelovanje pravila o subjektivnoj i objektivnoj odgovornosti.

U slučaju odgovornosti za štetu koji ima u vidu odredba čl.35 st.2 Zakona o javnim putevima radi se o odgovornosti subjekata kojima je zakonom povjereno upravljanje putevima.

Odgovornost ovih lica, kao što smo već i naveli se sastoji u njihovom **propuštanju** da izvrše radnje koje su zakonom propisane (*tzv. "zaštitne norme"*)²³ kao mjere bezbjednosti da ne bi nastala šteta.

Odgovornost pravnih lica koje upravljaju putevima je takođe odgovornost za mješoviti slučaj, u kojoj vrsti odgovornosti konkurišu kako pravila subjektivne, tako i pravila objektivne odgovornosti, pa se stoga, s razlogom postavlja pitanje, kako prosuđivati u praksi ovakve slučajeve odgovornosti.

Pravila o skrivljenoj odgovornosti se na ove slučajeve štete, prema pretežnom mišljenju naše pravne teorije i prakse, primjenjuju samo ukoliko je u pitanju stvaranje položaja (situacije) u kome može nastati štetni događaj, dok se za posljedice štete ova pravila ne primjenjuju.

Pri tome se istovremeno primjenjuju pravila o pravnoj uzročnosti odnosno *teorija ratio legis uzročnosti* i utvrđuje da li je posledica povrede određene pravne norme neka od onih posljedica koja je istom trebala biti spriječena, (*na primjer da li šteta koja je nastupila zbog povrede propisa o održavanja puta spada u krug onih posljedica koje je zakonodavaac, propisivanjem te pravne norme, želio da spriječi*), pa ukoliko se utvrdi da jeste, onda bi se takav mješoviti slučaj mogao prosuditi po pravilima o subjektivnoj odgovornosti, jer postoji posredna uzročna veza između skrivljene radnje i nastale posljedice, što znači da bi upravljač puta odgovarao za štetu po pravilima o subjektivnoj odgovornosti.

Pravila o pravnoj uzročnosti se kombinuju i primjenjuju zajedno sa pravilima o adekvatnoj uzročnosti.

Ukoliko se iz zaštitne pravne norme ne može razabrati uzročnost, navedena pravila o pravnoj uzročnosti se ne mogu primjeniti, pa time ni prosuditi odgovornost navedenih lica po subjektivnom principu.

Kada govorimo o međusobnom odnosu subjektivne odgovornosti po principu pretpostavljene krivice i objektivne odgovornosti po principu pretpostavljene uzročnosti, treba naglasiti da se u prvom slučaju postojanje krivice pretpostavlja pa se slijedom toga krivica ne dokazuje, već odgovorno lice dokazuje obrnuto - da do njega krivice nema tj. da ista ne postoji. Oštećeno lice ne mora dokazati da je štetnik kriv za štetu, tj. da je šteta nastupila od njegovog aktivnog djelanja ili propuštanja. Međutim mora se dokazati uzročna veza između štetne radnje i posljedice.

nog smera, ali pravna norma označava kao uzročnika onoga koji je pogrešno skrenuo ulevo. Ratio legis norme bezbednosti određuje da jeuzročnik onaj koji je tu normu povredio!.- navedeno prema S.Cigoj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, redaktori Prof. dr Borislav Blagojević i Prof. dr Vrleta Krulj, Savremena Administracija, Beograd 1983, 492-493.

²³ S.Cigoj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, redaktori Prof. dr Borislav Blagojević i Prof. dr Vrleta Krulj, Savremena Administracija, Beograd 1980, 405-406.

Za razliku od principa pretpostavljene krivice, kod principa pretpostavljene uzročnosti nema krivice, pa se ista ne pretpostavlja, niti dokazuje .

Ne dokazuje se ni postojanje uzročne veze između opasne stvari i štete, jer se postojanje te veze pretpostavlja , tj. da šteta potiče od opasne stvari.

Da bi se dao odgovor u pogledu odnosa principa pretpostavljene krivice i principa pretpostavljene uzročnosti, pa time i odnosa subjektivne i objektivne odgovornosti za štete koje nastanu u vezi korištenja puteva, potrebno je prije svega, u svakom konkretnom slučaju utvrditi da li se put, odnosno njegov dio sam za sebe ili zajedno sa drugim stvarima koje se na njemu nalaze, može smatrati kao stvar od koje postoji povećana opasnost od nastupanja štete , odnosno da li bi šteta od takvog puta nastupila i u slučaju kada se opasna svojstva puta ne mogu pripisati u krivicu pravnog lica koje upravlja putevima. *(Na primjer: iznenadni nanos snijega, poledica ili stvari na putu koje odgovorno lice nije moglo u tako kratkom vremenu ukloniti ili nije moglo preduzeti zakonom propisane mjere zbog nedostatka odobrenja nadležnog organa.)*

Ako bi šteta nastupila i u odsustvu krivice subjekata koji upravljaju putem, takav put bi se, po našem mišljenju, trebao smatrati opasnom stvari koja nije u potpunoj vlasti imao, a odgovornost njegovih imalaca, u interesu oštećenih lica, prosuditi po pravilima o objektivnoj odgovornosti.

10. Zaključak

Slijedeći tendenciju modernih pravnih sistema, objektivnu odgovornost za štetu bi trebalo prihvatiti kao dominantnu u svim onim slučajevima kada neko prouzrokuje štetu, makar i bez krivice, ako postoji više razloga za snošenje tereta na strani štetnika, nego na strani žrtve.

U takvim slučajevima je odgovornost pravnih lica kojima je povjereno upravljanje putevima, **u interesu oštećenih lica**, potrebno prosuđivati po pravilima o objektivnoj odgovornosti za štetu propisanim u odredbama čl.154 st.2 , te 173 i 174 ZOO , odnosno u ovom pravcu izmjeniti i dopuniti postojeće zakonske odredbe o odgovornosti pravnih lica kojima je povjereno upravljanje putevima.

Na taj način bi se, obezbjedila efikasnija zaštita ličnih i imovinskih prava oštećenih lica i pravna sigurnost građana u najširem smislu.

* * *

THE LEGAL NATURE OF CIVIL LIABILITY OF ROAR COMPANY

Summary

This paper will deal with the civil liability of public utility companies for the damage caused to road users due to failures in undertaking measures for the protection and maintenance of public roads, and the competitive relationship

between the rules on subjective and objective liability for damage. In the paper, attempts are made to answer questions as to whether and when public roads, as good in general use, can be considered dangerous things, and public companies for roads to their owners and which rules on civil liability for damage apply in such a case, especially if they are Bearing in mind that failures in taking measures for the protection and maintenance of public roads are treated as hidden actions, and the guilty for such omission procedures - presumably. When it comes to the failures of the public road maintenance company, the guilt applies and restricts only the creation of a situation that is suited to cause damage, and not the harmful consequence that arises from a completely different one, from the procedure of a road company, a naturally independent cause. On what basis then do you value the responsibility of the road company?

Key words: public road, dangerous thing, protection, management, maintenance, responsibility, mixed case, damage

Dr Zoran Ilkić¹

STEČAJNO PRAVO POBIJANJA DUŽNIKOVIH IMOVINSKIH RASPOLAGANJA

Apstrakt

Otvaranje stečajnog postupka nad nekim subjektom označava pravnu kulminaciju njegove insolventnosti i nemogućnosti da izvršava svoje imovinske obaveze. Kako ta finansijska kriza, najčešće, ne nastaje iznenada, u izvesnom periodu pre pokretanja stečaja dužnik je u mogućnosti da svojim postupcima ili propuštanjima utiče na smanjenje svoje imovine i tako ošteti pojedine poverioce, ili druge dovede u povoljniji položaj. Zbog toga sva nacionalna zakonodavstva predviđaju institut pobijanja stečajnih radnji i određuju uslove pod kojima se pobijanje može vršiti.

Stoga u ovom radu autor analizira uslove, predmete, osnove i rokove pobijanja. Posebna pažnja posvećena je tzv. povezanim licima. Takođe, razmatra se i pitanje procesne legitimacije učesnika u postupku, te utvrđuje kakvo je dejstvo uspešnog pobijanja. Na kraju, daje se mišljenje u kom smeru bi trebalo da se dalje razvija pravo pobijanja imovinskih raspolaganje stečajnih dužnika.

Ključne reči: stečaj, pobijanje pravnih radnji dužnika, *actio Pauliana*, šteta, procesna legitimacija, dejstvo pobijanja.

1. Uvod

Poznato je da svako poslovno sposobno lice ima puno pravo da slobodno raspolaze svojom imovinom i u tom cilju, zaključuje pravne poslove i preduzima druge radnje kojima će je nesmetano otudjivati. Zbog toga treća lica imaju prava da sa nečijim dužnikom zaključuju pravne poslove i od njega, na različite načine, stiču imovinu, uzdajući se u pravnu sigurnost i bez obaveze da moraju da znaju kakva je solventnost njihovog saugovarača. Ne postoje zakonska ograničenja koja bi onemogućavala neko lice da, u skladu sa svojom poslovnom sposobnošću i načelom slobode ugovaranja, raspolaze svojom imovinom. Zbog toga se u praksi često dešava da dužnik otudji u celosti ili delimično svoju imovinu ili joj pravnim radnjama i propuštanjima umanji vrednost i time dovede sebe u stanje prezaduženosti ili insolventnosti, što ima za posledicu da se njegov poverilac ili više

¹ Naučni saradnik, pravni zastupnik u štetama, „DDOR NOVI SAD“ a.d.o. Novi Sad; mail: zoran.ilkić@ddor.co.rs

njih iz preostale vrednosti ne mogu adekvatno namiriti, te trpe određenu štetu.

Nesporno je da, s druge strane, i poverilac ima puno pravo na zakonsku zaštitu od nesavesnog dužnika, koji je umanjio svoju imovinu u cilju da osujeti nečije obeštećenje. U ovom osetljivom trouglu različitih interesa balansira pobijanje pravnih radnji dužnika, kao mahanizma obligacionog prava, kojim poverioci, pod određenim uslovima, mogu otkloniti prema sebi efekte pojedinih, čak i punovažnih imovinskih raspolaganja svog dužnika, kako bi se naplatili i iz imovine koja pripada dužnikovim pravnim sledbenicima.² Institut pobijanja mora uspostaviti ravnotežu ne samo između različitih interesa ovih aktera, već i između tih interesa i relevantnih društvenih, političkih i drugih pitanja koja imaju uticaja na ekonomske i pravne ciljeve stečajnog postupka.³

Kako mu nije svejedno kakva je imovinska situacija dužnika, poveriocu se daje mogućnost da Paulijanskom tužbom (*actio Pauliana*) pravno napada radnje nesavesnog dužnika i izdejstvuje da se iste proglase bez dejstva, a otudjene vrednosti vrate u imovinu dužnika, radi namirenja poverilaca.⁴ To pravo sadrži moralni obzir prema poveriocima, a zasniva se na principu pravičnosti.⁵

Pravno lice, kome predstoji pokretanje stečajnog postupka, može svojim pravno neprihvatljivim aktima umanjiti svoju, za namirenje poverilaca ionako nedovoljnu imovinu, te time narušiti ravnopravnost stečajnih poverilaca, kao jedan od osnovnih postulata na kojima se zasnivaju stečajni postupci. Zbog toga je zakonom propisana mogućnost pobijanja takvih pravnih poslova, radnji ili propuštanja, uz prilagodjavanje normativnih rešenja specifičnostima i ambijentu stečajnog postupka.⁶ Što se tiče radnji i propuštanja, predmet pobijanja nisu pravosnažne sudske presude, tj. izvršne isprave, već konkretne radnje i propuštanja, koji su doveli do ishodovanja sudske presude nepovoljne po dužnika, a po osnovu koje je on izgubio deo imovine ili neko pravo, koje mu sledstveno pripada. Ako pobijanje radnje ili propuštanja bude uspešno, prestaje i učinak izvršnog naslova prema poveriocima.⁷

² Z. Ilkić, „Pravne pretpostavke za uspešno pobijanje radnji kojima se prouzrokuje šteta poveriocima“, Zbornik radova *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje* (ur. Petrović Zdravko, Čolović Vladimir), Udruženje za odštetno pravo, Intermex, Zrenjanin 2017, 77-78; I. Pretelli, „Cross-border credit protection against fraudulent transfers of assets - *Actio Pauliana* in the conflict of laws“, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, 600.

³ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations, New York, 2005, 9, www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf, 09.01.2019.

⁴ D. Brzezińska, *Actio Pauliana of the bankruptcy receiver within or outside the bankruptcy proceedings?*, 2013, 2, <https://www.insol.org/files/Turton%20Award/Richard%20Turton%20Award%202013%20-%20Paper%20-%20Web.pdf>, 10.02.2019.

⁵ D. Medić, „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“, *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Fakultet pravnih nauka Panevropski univerzitet Apeiron, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka 2007, 203.

⁶ U pravnoj doktrini ukazuje se da postoje dva sistema zaštite poverilaca od štetnih radnji stečajnog dužnika. Prvi je sistem ništavosti, prihvaćen u francuskom pravu, koji ima evidentne nedostatke, ali nudi i jednostavniju i efikasniju zaštitu stečajnih poverilaca. Drugi, koji se razvio iz sistema ništavosti, je sistem poboynosti, koji je zastupljeniji, između ostalih, prihvaćen je i u našem pravu, prema: M. Mićović, „Stečajno pravo pobijanja“, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2006, 215-217. i 224.

⁷ D. Medić, 200.

Procesna radnja kojom se vrši pobijanje u praksi je najčešće tužba, koja se može podneti od otvaranja stečajnog postupka, do dana održavanja ročišta za glavnu deobu. Pored stečajne pobojne tužbe, sredstvo pobijanja može biti i protivtužba, kao i prigovor u parnici, u kom slučaju se ne primenjuje navedeni vremenski rok, već se oni mogu preduzeti do zaključenja glavne rasprave. Prigovorom se može pobijati pravni posao ili radnja od strane stečajnog poverioca, ukoliko je u pobojoj parnici utužen od strane stečajnog dužnika.

2. Uslovi i predmet pobijanja

Ako je otvoren stečajni postupak, što, po definiciji, podrazumeva da dužnik nema dovoljno sredstava da u punom iznosu namiri sve poverioce, pobijati se mogu aktivne i pasivne radnje stečajnog dužnika, tj. pravni poslovi i druge pravne radnje zaključene ili preduzete pre otvaranja stečajnog postupka i sa njima izjednačena propuštanja zaključenja pravnog posla ili propuštanja preduzimanja radnje. Opšti preduslov je da se: 1) njima narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca; 2) poverioci oštećuju; ili 3) pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj. Pod navedenim uslovom mogu se pobijati i pravni poslovi i pravne i procesne radnje na osnovu kojih je doneta izvršna isprava ili su preduzete po osnovu izvršne isprave ili u postupku prinudnog izvršenja.⁸

Najčešće, predmet pobijanja su aktivne pravne i faktičke radnje kojima je dužnik umanjio svoju imovinu. To su, npr., raspolaganje svojinom putem ugovora, konstituisanje različitih stvarnih, najčešće založnih prava, zaključivanje prividnih pravnih poslova, preuzimanje obaveza koje ne može da ispuni (npr. prijem duga), odricanje od pripadajućih prava, prikriivanje imovine. Ali, pobijati se mogu i priznanja, poravnanja i izjave kojima se dužnik dovodi u teži procesni položaj, kao i propuštanja da se naplati potraživanje, naknada štete, ugovorna kazna, kapara, jemstvo, istakne prigovor održaja ili zastarelosti potraživanja ili njen prekid, ili prijavi potraživanje u stečajnom postupku. Predmet pobijanja može biti i radnja kojom je dužnik odbio da se obogati (*nolle acquirere*) tako, što je odbio prijem poklona ili legata.⁹ Tužbenim zahtevom mora se precizno opredeliti na kakvu se imovinsku korist odnosi pobojna tužba. Ako se traži vraćanje neke stvari u stečajnu masu, mora se odrediti koja je to stvar, a ako se traži njena protivvrednost, mora se opredeliti iznos njene novčane vrednosti.

Ništavi pravni poslovi se na ovaj način ne mogu pobijati, jer isti nikada ni nemaju pravno dejstvo,¹⁰ niti se mogu pobijati propuštene mogućnosti da se zaključi povoljan ugovor.

Takodje se ovako ne mogu pobijati ni protivpravne radnje kojima se fizički uništava određena imovina, ako se time ne stvara i korist za neko treće lice. Takav akt ima obeležje civilnog delikta, po kome se može tražiti naknada štete prouzrokovane imovini dužnika.

⁸ Čl. 119. st. 1-3 Zakona o stečaju - ZS, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

⁹ Z. Ilkić, 78-79.

¹⁰ J. Čuveljak, „Rokovi za podizanje tužbe za pobijanje pravnih radnji u stečajnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2/2006, 122.

Prema slovu Zakona, predmet pobijanja ne mogu biti ni prigodni ili nagradni darovi, darovi učinjeni iz zahvalnosti, niti izdvajanja u humanitarne svrhe, ukoliko su u vreme kada su bili učinjeni bili srazmerni finansijskim mogućnostima stečajnog dužnika i uobičajeni za privrednu granu u kojoj je on poslovao (ZS, čl. 119. st. 4).

Takodje, ne može se pobijati ni radnja propuštanja obogaćenja, jer se njom ne povećava pasiva u imovini dužnika.

3. Osnovi pobijanja

Pravni poslovi i druge pravne radnje stečajnog dužnika, pod uslovima predviđenim zakonom, mogu se pobijati kao radnje uobičajenog namirenja, neuobičajenog namirenja, neposrednog oštećenja poverilaca, namernog oštećenja poverilaca i kao radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu (ZS, čl. 120-124).

1) Pod uobičajenim (kongruentnim) namirenjem podrazumeva se pravni posao ili druga pravna radnja preduzeti u poslednjih 6 meseci pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka,¹¹ kojima se nekom od poverilaca pruža obezbeđenje ili daje namirenje na način i u vreme koji su u skladu sa sadržinom njegovog prava. Uslov za pobijanje ovih akata je: 1). da je u vreme njihovog preduzimanja stečajni dužnik bio nesposoban za plaćanje,¹² a poverilac je za to znao ili morao znati;¹³ ili 2). da su preduzeti posle podnošenja predloga za pokretanje stečaja, ako je poverilac znao ili morao znati za njegovu insolventnost ili je znao da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka. Dakle, i ovde je od velikog značaja subjektivni element, znanje tj. savestnost lica u čiju je korist sporna radnja preduzeta.¹⁴ Zakonska je presumpcija da će se smatrati da je znao ili morao znati za insolventnost dužnika ili predloga za pokretanje stečaja, ako je znao za okolnosti iz kojih se nesumnjivo može zaključiti za postojanje ove dve okolnosti, pogotovo ako je poslovni račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana. Transakcija je uvek sporna, ako je ono na dan njenog sprovođenja znalo da dužniku neminovno pretil nelikvidnost.¹⁵ Neoboriva je i pretpostavka da je lice, koje se sa stečajnim dužnikom smatra povezanim, znalo ili moralo znati za ove dve činjenice. Ono se smatra tzv. „insajderom“, jer, zbog svog posebnog položaja u društvu, raspolaze privilegovanim informacijama.

2) Neuobičajeno (inkongruentno) namirenje pretpostavlja pravni postupak,

¹¹ Ranije važeći Zakon o stečajnom postupku - ZSP), *Sl. glasnik RS* br. 84/2004 i 85/2005, predviđao je rok od 3 meseca koji su prethodili podnošenju predloga za pokretanje stečajnog postupka (čl. 99. st. 1).

¹² Pod nesposobnošću za plaćanje, tj. insolventnošću podrazumeva se stanje dužnikove imovine, gde je fer procena zbira dužnikovih dugova veća od ukupne vrednosti dužnikove imovine, prema: *Uniform Voidable Transactions Act* (ranije *Uniform Fraudulent Transfer Act*), model zakon donet u SAD, 14-16.

¹³ Vrhovni kasacioni sud, Prevl 19/2018 od 17.05.2018.god.

¹⁴ W. Marcel A.L.M, K. Van der Laan, *Investigation in the Netherlands, in and outside bankruptcy*, Amsterdam, 13, <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A-74FA145-DAA9-4CCD-AED8-FBBD6479414C>, 22.02.2019.

¹⁵ C. Kuehn, „Germal Law to Contest Debtors' Transactions in Insolvency Proceedings under Critical Review“, *Insolvency and Restructuring International*, Vol 9, No 1/2015, 17.

posao ili radnju, kojima se poveriocu pruža obezbedjenje ili daje namirenje na koje on uopšte nije imao pravo ili je imao pravo da traži, ali ne na način i u vreme kada je preduzeto. Reč je o pravnim radnjama koje ne uživaju sudsku zaštitu, ili je uživaju, ali način i vreme kada su izvršene, u kontekstu konkretne situacije, nisu adekvatne, primerene i odgovarajuće sadržini poveriočevog prava. Takve radnje, da bi se mogle pobijati, treba da su preduzete u poslednjih 12 meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.¹⁶

Krivično delo pogodovanja poverilaca može se izvršiti i kongruentnim i inkongruentnim namirenjem.¹⁷ Medjutim, da bi se pobijanje moglo uspešno sprovesti, nije neophodno da su učinjenim radnjama ispunjeni i elementi bića krivičnog dela.

Pravne radnje uobičajenog, kao i neuobičajenog namirenja, ne mogu se pobijati, ako je stečajni dužnik istovremeno ili u kratkom periodu pre ili posle izvršenog pravnog posla ili radnje primio jednaku vrednost u vidu protivnagnade od poverioca ili drugog lica, u čiju je korist preduzet predmetni pravni akt. Kao i u slučajevima van stečajnog postupka, propuštanja preduzimanja pravnih radnji iz zaborava ili nemarnosti ne mogu se pobijati, što smatramo za neadekvatno zakonsko rešenje. Zakonom su taksativno navedene i neke druge situacije, odnosno radnje koje takodje ne mogu biti predmet pobijanja. Tako, u pojedinim Zakonom predviđenim slučajevima, ne mogu se pobijati pravni poslovi, tj. radnje preduzete preduzete radi uzimanja kredita ili zajma i davanja obezbedjenja po tim pravnim poslovima, ako je došlo do novog otvaranja stečajnog postupka nad istim stečajnim dužnikom. Van mogućnosti pobijanja su i radnje koje predstavljaju nastavljajanje poslova preduzetih posle otvaranja stečajnog postupka, te isplate po menicama ili čekovima, ako je druga strana morala primiti isplatu da ne bi izgubila pravo na regres protiv ostalih meničnih, odnosno čekovnih obveznika. Takodje, ne može se pobijati ni radnja ili posao koji je zaključen pre podnošenja predloga za pokretanje stečaja, na osnovu ugovora čiji je predmet finansijska obaveza čije je izvršenje obezbedjeno ugovorom o finansijskom obezbedjenju (u vezi sa namirenjem potraživanja netiranjem),¹⁸ ako

¹⁶ Prema ZSP-u, navedeni rok iznosio je 6 meseci (čl. 100); prema Stečajnom zakonu (*Narodne novine RH* br. 71/2015 i 104/2017, u daljem tekstu: SZ), inkongruentno namirenje je pravna radnja koja je preduzeta u poslednjem mesecu pre podnošenja predloga za otvaranje stečaja ili nakon toga, kao i radnja preduzeta tokom trećeg ili drugog meseca pre podnošenja predloga, a alternativno, dužnik je u to vreme bio nesposoban za plaćanje ili je poverilac u vreme njenog preduzimanja znao da se njome oštećuju stečajni poverioci (čl. 200. st. 1).

¹⁷ D. Majstorović, „Stečajna kaznena djela“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, br. 2/2007, 660.

¹⁸ U svojoj osnovnoj verziji iz 2009. godine, ZS je nešto drugačije regulisao ovu nemogućnost pobijanja. Naime, bilo je normirano da, izuzetno, u slučaju prava i obaveza iz jednog ili više finansijskih ugovora u kojima je jedna od strana stečajni dužnik, a koji su zaključeni na osnovu okvirnog ugovora između istih stranaka i to u periodu pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, pravo na prebijanje (netiranje) će postojati isključivo u pogledu takvih međusobnih prava i obaveza, ako je poverilac u skladu sa takvim okvirnim ugovorom pravo na prebijanje (netiranje) stekao posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, ali najkasnije u trenutku otvaranja stečajnog postupka. Poverilac je ovo pravo mogao realizovati automatski ili putem obaveštenja dostavljenog o tome stečajnom dužniku, koje je moralo biti uručeno stečajnom dužniku najkasnije u roku od 3 dana od dana otvaranja stečajnog postupka, i to po osnovu postojanja stečajnog razloga, podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili otvaranja stečajnog postupka (čl. 126. st. 3. tač. 2. i čl. 82. st. 3).

je isti u skladu sa uobičajenom poslovnom praksom za izvršavanje ugovora takve vrste (ZS, čl. 126).

3) Neposredno oštećenje poverilaca postoji ako su pobijani posao ili radnja preduzeti u periodu od 6 meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajna, a u vreme zaključenja posla stečajni dužnik je bio nesposoban za plaćanje, što je njegov saugovarač znao, kao i kada je posao zaključen posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, a dužnikov saugovarač je znao ili morao znati za njegovu insolventnost ili za stavljanje predloga za pokretanjem stečajnog postupka. Sa ovim situacijama je izjednačeno i preduzimanje ili propuštanje preduzimanja pravne radnje stečajnog dužnika, zbog koje je on izgubio neko pravo ili ga više ne može ostvariti, s tim, da radnja mora da je preduzeta ili propuštena u poslednjih 6 meseci pre podnošenja predloga za otvaranje stečajna.¹⁹

Proizilazi, da je, za uspeh pobojne tužbe, neophodno da se kumulativno ispuni i objektivni i subjektivni uslov. Objektivnu pretpostavku čini okolnost da je predmetno postupanje izvršeno za vreme insolventnosti dužnika. Subjektivni zahtev čini (ne)savesnost saugovarača stečajnog tužnika, odnosno da je on znao ili morao znati za faktičke i procesne okolnosti i položaj svog saugovarača. Međutim, ako je znao za okolnosti iz kojih se to moglo zaključiti na nesumnjiv način, zakonska je pretpostavka da je ispunjen ovaj procesni uslov.²⁰ Takođe ni lice koje se smatralo povezanim sa stečajnim dužnikom ne može uspešno isticati da nije imalo saznanja o navedenim okolnostima.

4) Namerno oštećenje predstavlja preduzimanje raspolaganja imovinom u poslednjih 5 godina pre podnošenje predloga za pokretanje stečaja ili posle toga,²¹ uz nameru da se time ošteti jedan ili više poverilaca. Pored objektivnog, i ovde se postavlja i subjektivni zahtev, tj. da je saugovarač stečajnog dužnika znao za takvu njegovu nameru. Teret dokazivanja ovih činjenica leži na zainteresovanom poveriocu, podnosiocu pobojne tužbe. Kako su objektivna stanja tesno povezana sa subjektivnim odnosom učesnika koji su preduzeli pobijanu radnju, realno je u praksi teško dokazati da su ispunjeni zakonski zahtevi za pobijanje, što se označava i nazivom „djavolsko dokazivanje“ (*probatio diabolica*).²² Samo u jednom slučaju njegov procesni položaj je olakšan. Naime, po slovu Zakona, znanje se pretpostavlja, ako je saugovarač znao za preteću insolventnost i da se tom radnjom oštećuju poverioci.

5) Ako je dužnik u poslednjih 5 godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka²³ preduzeo pravni posao ili radnju, i oni se mogu uspešno pobijati ukoliko se radi o otudjenju bez naknade ili uz neznatnu naknadu. Izuzetno, ne mogu se pravno napadati manja imovinska raspolaganja, srazmerna finansijskim mogućnostima dužnika i uobičajena za privrednu granu u kojoj dužnik obavlja svoju delatnost. Uobičajeno, i u stečaju se odricanje od nasledstva smatra radnjom bez naknade. Takođe, sa besplatnim raspolaganjem

¹⁹ I ovde je ZSP predviđjao kraći rok, od 3 meseca, ali za radnje preduzimanja ili propuštanja koje se odnose na ostvarenje nekog prava nije bilo vremenskog ograničenja (čl. 101).

²⁰ Vrhovni kasacioni sud, Prev 326/2017 od 12.04.2018.god.

²¹ SZ ovde predviđa duži rok, od 10 godina (čl. 202. st. 1).

²² M. Velimirović, „Ostvarenje prava pobijanja u stečaju“, *Pravni informator*, br. 7-8/2011, 19.

²³ U ZSP je ovde bio normiran rok od 2 godine (čl. 103).

izjednačeno je i ono koje se vrši uz prividnu naknadu, ako što je npr. kupovina stvarno nenaplative tražbine.²⁴

Činjenica je da su mnogi privredni subjekti, iz različitih razloga koji i ne moraju sadržavati nameru oštećenja poverilaca, prinudjeni da otudjuju svoju imovinu po neadekvatnim, neznatnim cenama ili uz simbolične protivusluge. Svakim takvim preduzimanjem, a pogotovo otudjenjem bez naknade, evidentno se smanjuje imovina dužnika, što će u budućem stečajnom postupku imati za posledicu sniženje procenta namirenja njegovih poverilaca. Zbog toga ovde nema subjektivnog uslova, a oštećenje poverilaca se pretpostavlja, potpuno je objektivizirano, pa se ne mora ni dokazivati. Sud će biti dužan u svakom konkretnom slučaju da utvrđuje adekvatnost raspolaganja, da li je dužnik u slučaju otudjenja uz neznatnu naknadu ostvario pravičnu protivprestaciju, te da li je bez osnovanog razloga povredjeno načelo jednakosti uzajamnih davanja. Kako je objektivno teško utvrditi osnovanost ovakvih pravnih poslova, od sudske prakse, ali i doktrinarnih rešenja²⁵ zavisice koliko će se sud, i u kojoj meri, udubljavati u ovu problematiku. Ovo stoga, što većina kontinentalno-evropskih država ova pitanja razmatra kroz opšta pravila o Paulijanskoj tužbi, pa pojedine države razvijaju institut prevarnog oštećenja poverilaca gde se namera oštećenja pretpostavlja, dok pojedine primenjuju institut pravnih radnji ispod vrednosti (*undervalued transactions*).²⁶

4. Povezana lica

U stečajnom pravu pobijanja pravnih radnji dužnika posebna pažnja posvećuje se povezanim licima (*connested persons*), tzv. „insajderima“ ili „bliskim licima“. Radi se o subjektima, koji zbog svojih ličnih, porodičnih, poslovnih, radnih, svojinskih i sličnih veza sa stečajnim dužnikom imaju značajnije veće mogućnosti da pre otvaranja stečaja nad dužnikom, u svoju korist, zaključie neki pravni posao ili utiču na njega da izvrši neku pravnu radnju, zbog čega će poverioci kasnije, kada saznaju za to, smatrati da su oštećeni. Ta lica su u mogućnosti da saznaju pojedine informacije o dužniku pre ostalih poverilaca (npr. o pretećoj nelikvidnosti) i da utiču na njegovo poslovanje, te tako mogu ishoditi određene koristi za sebe, a na štetu ostalih poverilaca. Odnos povezanosti sa stečajnim dužnikom, osim u slučaju kada je zakonom drugačije propisano, mora da je postojao u trenutku sticanja punovažnosti spornog pravnog posla.²⁷

Krug insajdera nacionalna prava mogu odrediti tako, što će ih taksativno nabrojati. Takva je situacija u nemačkom²⁸ i austrijskom pravu,²⁹ ali takodje i u našem

²⁴ M. Velimirović (2011), 21.

²⁵ U engleskom pravu su iz pobjanja izuzete radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu ako je društvo preduzelo radnju *bona fide*, u svrhe obavljanja delatnosti i ako je u vreme raspolaganja postojalo uverenje da će mu to koristiti, prema: V. Radović, „Pobijanje pravnih radnji bez naknade ili uz neznatnu naknadu u stečajnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2013, 93.

²⁶ *Ibid.*, 74.

²⁷ F. Zimmermann, J. Obućina, I. Milovanović, *Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika*, Agencija za licenciranje stečajnih upravnika, Beograd 2015, 138.

²⁸ *Insolvenzordnung (InsO) (Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 /BGBl. I S. 2866/, die zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 /BGBl. I S. 1693/ geändert worden ist)*, § 138.

²⁹ *Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren*, 2015, § 32.

pravnom sistemu. Ovakvo normativno rešenje doprinosi pravnoj sigurnosti, jer nema sumnje ko se smatra povezanim licem, ali uvek postoji mogućnost da, pored nabrojanih, i druga lica ostvare bliske veze sa stečajnim dužnikom. Druga mogućnost, koju koriste anglosaksonske zemlje, je da se inasjerdima, u konkretnim slučajevima, mogu smatrati i druga lica, osim onih navedenim u zakonu. Nedostatak ovakvog sistema je da ne doprinosi pravnoj sigurnosti,³⁰ već se u pojedinačnim situacijama utvrđuje intenzitet povezanosti stečajnog dužnika sa određenim pravnim subjektom.

Prema zakonodavstvu Republike Srbije, pod povezanim licima, podrazumevaju se: 1) direktor, član organa upravljanja ili organa nadzora stečajnog dužnika; 2) član stečajnog dužnika koji za njegove obaveze odgovara celokupnom svojom imovinom; 3) član ili akcionar sa značajnim učešćem u kapitalu stečajnog dužnika; 4) pravno lice koje stečajni dužnik kontroliše u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva; 5) lica koja zbog svog posebnog položaja u društvu imaju pristup poverljivim informacijama ili imaju mogućnost da se upoznaju sa finansijskim stanjem stečajnog dužnika; 6) lice koje je faktički u poziciji da vrši značajniji uticaj na poslovanje stečajnog dužnika; i 7) lice koje je u određenim srodničkim ili tazbinskim vezama sa već navedenim povezanim licima ili njegov bračni drug (ZS, čl. 125).

Povećano podozrenje prema povezanim licima utiče na to, da se pobijanje prema njima može vršiti pod olakšanim okolnostima. Posledica posebnog tretmana ovih lica je, da se najčešće pretpostavlja njihova nesavesnost ili da su duži rokovi unutar kojih treba da je bila preduzeta radnja u njihovu korist. Tako, ako je stečajni dužnik u poslednjoj godini pre otvaranja stečaja vratio kredit ili zajam licu povezanom sa stečajnim dužnikom, osim licu koje se u okviru svoje redovne delatnosti bavi davanjem kredita, smatraće se da je izvršio radnju namernog oštećenja poverilaca, koja je podobna za pobijanje (ZS, čl. 123. st. 3).

5. Rokovi pobijanja

Da bi se pravne radnje ili propuštanja stečajnog dužnika mogle pobijati, moraju se preduzeti u zakonskim rokovima pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, koji su različito normirani, u zavisnosti od razloga zbog koga se vrši pobijanje. Specifičnost ovih postupaka je i da se rokovi računaju unazad, do dana u mesecu koji po broju odgovara danu podnošenja predloga za pokretanje stečaja. Kada dan sa tim brojem ne postoji u poslednjem mesecu, rok se računa do poslednjeg dana tog meseca (ZS, čl. 127. st. 1).

Ako je stečajni dužnik banka, društvo za osiguranje ili davalac finansijskog lizinga, pravni poslovi i radnje mogu se pobijati ako su izvršeni u roku od 6 meseci pre dana nastupanja pravnih posledica pokretanja postupka stečaja, odnosno u roku od 12 meseci ako su ti poslovi izvršeni sa povezanim licem. U slučaju da se postupak stečaja sprovodi na predlog likvidacionog upravnika, navedeni rokovi teku od dana nastupanja pravnih posledica pokretanja postupka likvidacije. Pobjona tužba se, u slučajevima stečaja ovih dužnika, može podneti najkasnije u roku od 12 meseci od dana nastupanja

³⁰ V. Radović, *Stečajno pravo – knjiga druga*, Univerzitet u Beogradu - Pravni fakultet, Beograd 2017, 29-30.

pravnih posledica pokretanja stečajnog postupka.³¹

Navedeni rokovi kogentne su prirode, pa ih strane u postupku ne mogu menjati svojom voljom. Kao i u vanstečajnom pravu pobijanja, prekluzivni su, jer po njihovom proteku poverilac gubi pravo na pobijanje pravnog posla ili propuštanja. Gubi se pravo na podnošenje tužbe, o čemu sud mora da vodi računa *ex officio*, budući da treba da odbaci tužbu kao nedopuštenu. Za razliku od rokova zastarelosti, ne gubi se pravo u materijalnom smislu, pa ne može doći ni do zastoja ili prekida zastarelosti.³²

6. Stranke u postupku i dejstvo pobijanja u stečaju

Aktivnu procesnu legitimaciju za pobijanje imaju: 1). poverioci;³³ 2). stečajni upravnik, u ime i za račun stečajnog dužnika ili stečajne mase; i 3). u slučaju stečaja finansijskih organizacija, pored poverilaca pravo ima i Agencija za osiguranje depozita, s tim, što poverioci ne mogu pobijati postupanja koja u vezi sa restrukturiranjem banke preduzimaju Narodna banka Srbije i navedena Agencija.³⁴

Stečajni upravnik ima posebnu ulogu i položaj službenog lica u samom stečajnom postupku, iz čega proizilazi da je obavezan da pobija sumnjiva i sporna delovanja uvek kada su ispunjeni uslovi za podnošenje tužbe, bez traženja saglasnosti stečajnog sudije ili odbora poverilaca. Dužnost mu je da podnese pobojnu tužbu uvek kada utvrdi da za to postoje pravni osnovi, a neizvršenje ove obaveze ima za posledicu njegovu, čak i krivičnu, odgovornost. On pobijanje vrši u ime i za račun stečajnog dužnika, a ukoliko je isti prodat kao pravno lice, a stečaj se obustavlja u odnosu na stečajnog dužnika, pobijanje nastavlja u korist stečajne mase. U praksi su česta raspolaganja koja škode interesima ne samo poverilaca, već i samog dužnika, pa je za utvrđenje svih nepravilnosti neophodno detaljno analizirati poslovanje nesolventnog društva, što zahteva veliko angažovanje i visoku stručnost samog stečajnog upravnika, kao i njegovih saradnika.³⁵ Kao predlagača pobijanja treba označiti stečajnog dužnika ili masu, a ne stečajnog upravnika, koji je samo zakonski zastupnik.

Pasivnu legitimaciju ima protivnik pobijanja, tj. lice sa kojim je pravni posao zaključen ili prema kome je pravna radnja preduzeta, i stečajni dužnik, osim ako nije upravo on, putem stečajnog upravnika, pokrenuo postupak pobi-

³¹ Čl. 14. st. 2., 3. i 5. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje - ZSLBDO, *Sl. glasnik RS*, br. 14/2015.

³² J. Čuveljak, 119.

³³ Pokretanje stečajnog postupka ne mora uvek označavati isključenje mogućnosti da se neki pravni posao ili radnja pobijaju i van stečaja. Kako otvaranje stečaja ne utiče na prava razlučnih i izlučnih poverilaca, oni mogu klasičnom Paulijanskom tužbom pobijati postupke stečajnog dužnika i tokom trajanja samog postupka.

³⁴ Čl. 14, st. 1 ZSLBDO; prema odredbama ranije važećeg Zakona o insolventnosti privrednih društava (*Službeni list RCG* br. 06/2002, 01/2006 i 02/2007, u daljem tekstu: ZIPD), ovlašćenik na pobijanje bio je i odbor poverilaca (čl. 60. st. 3). Međutim, sada važeći crnogorski Zakon o stečaju (*Sl. list Crne Gore*, br. 001/2011 i 053/2016) kao tužioce u postupku pobijanja ponovo označava samo poverioce i stečajnog upravnika (čl. 131. st. 1).

³⁵ S. Jokić, „Šteta uzrokovana radom stečajnog upravnika i njena realizacija u sudskoj praksi“, Zbornik radova *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja* (ur. Petrović Zdravko), Udruženje za odštetno pravo, Budva 2004, 160.

janja.³⁶ Kada je pravni posao zaključen sa više lica ili je radnja preduzeta u korist više lica, svi oni moraju biti utuženi jednom tužbom, jer imaju položaj jedinstvenih suparničara. Tužba se može podneti i protiv nasljednika ili drugih univerzalnih pravnih sledbenika protivnika pobijanja, što je moguće u slučaju statusnih promena pravnih lica. Takođe se pobijanje može sprovesti i protiv ostalih pravnih sledbenika protivnika pobijanja, pod uslovom da je isti znao za činjenice na kojima se može zasnivati pobijanje pravnih akata njegovog prethodnika, ili ako se radi o imovini stečenoj bez naknade ili uz neznatnu naknadu. Protivnik pobijanja i stečajni dužnik imaju procesni položaj nužnih suparničara, te moraju biti istovremeno utuženi, na šta sud pazi *ex officio*.³⁷ Ako neko od ovih lica nije obuhvaćeno tužbom, sud je dužan da odbije tužbeni zahtev kao neosnovan.

Ukoliko pobijanje bude osnovano i uspešno, sud će presudom odlučiti da predmetni pravni posao ili radnja nemaju dejstvo prema stečajnoj masi, samim tim ni prema svim poveriocima.³⁸ Uspešno pobijeni pravni posao ili radnja nisu ništavi, niti su zaključeni sa manom volje, pa da mogu podlegati rušljivosti. Njihova pravna validnost ne dovodi se u pitanje. Ali, s obzirom na činjenicu da su zaključeni sa pravnim licem nad kojim je otvoren stečajni postupak, i s obzirom na posebne okolnosti pod kojima je posao zaključen ili radnja izvršena, isti povredjuju princip ravnomernog namirenja poverilaca u stečaju. To za posledicu ima uklanjanje njihovih pravnih dejstava u odnosu na stečajnu masu. Preduzeti posao ili radnja ostaju punovažni, ali im se oduzima pravno dejstvo *ex nunc*,³⁹ pa će protivnik pobijanja biti obavezan da u stečajnu masu vrati svu imovinsku korist (stvar će vratiti naturalnom restitucijom ili će platiti adekvatnu novčanu protivvrednost) koju je stekao na osnovu predmetnog pobijenog sticanja,⁴⁰ te će se, u cilju ravnomernog namirenja (*par conditio creditorum est*), iz nje moći namirivati svi poverioci čije je potraživanje utvrđeno. Time pravo pobijanja daje stečajnom postupku povratno dejstvo, odnosno dejstvo u prošlosti.⁴¹

³⁶ ZIPD kao pobjojne obveznike, tj. dužnike pobijanja označavao je pojmovima „upućena lica (insajderi)“ i „treća lica“ (čl. 60. st. 3), pod kojima je podrazumevao sve poverioce stečajnog dužnika koji su znali ili su morali znati za razloge koji mogu biti osnov pobijanja tzv. „raspolaganja“.

³⁷ U vanstečajnom pravu pobijanja, pasivno legitimisan nije dužnik, već samo treće lice sa kojim je ili u čiju je korist preduzeta pravna radnja koja se pobija, odnosno njegovi univerzalni pravni sledbenici (Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i *Sl. list SRJ* br. 31/93, 22/99 i 44/99, čl. 283. st. 2); isto rešenje predviđa i Komisija za izradu Gradjanskog zakonika Vlade Republike Srbije (Gradjanski zakonik Republike Srbije - Radni tekst, Druga knjiga - Obligacioni odnosi /Obligacije), Beograd 2015, čl. 474. st. 2, str. 179.

³⁸ D. Brzezińska, 8.

³⁹ U pravnoj doktrini Republike Crne Gore ukazano je na to, da je zakonodavac u ZIPD pogrešno koristio termin „poništenje“, jer se nije radilo o poništaju punovažnosti preuzetih pravnih radnji, već o proglašenju da one nemaju dejstvo prema poveriocima i stečajnoj masi, prema: D. Rakočević, „Pravo pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika po Zakonu o insolventnosti privrednih društava“, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2009, 395.

⁴⁰ Prema odredbama čl. 60, st. 6 ZIPD-a, u slučaju osnovanosti pobijanja, sud je mogao doneti odluku kojom se 1) raspolaganje preinačava; 2) prvobitnom sticaoocu, korisniku raspolaganja ili naknadnom sticaoocu se nalaže da vrati predmetni novčani iznos ili prenese imovinu; ili 3) ukoliko to nije moguće, nalogalo mu se da u stečajnu masu uplati novčani iznos u vrednosti prenesene imovine, uvećan za iznos naknade štete koji je potreban da bi se dužnik vratio u stanje u kojem je bio pre raspolaganja.

⁴¹ M. Velimirović, „Predmet i uzroci prava pobijanja u stečaju“, *Pravni život*, br. 11/2006, 55.

Pretpostavlja se da je protivnik pobijanja bio nesavestan (*presumptio et de iure*), pa će odgovarati i za prouzrokovanu stvarnu štetu i izgubljenu dobit, kao i za slučajnu propast stvari. Obavezu na vraćanje svih koristi u stečajnu masu ne može kompenzovati sa potraživanjem koje po nekom pravnom osnovu ima prema stečajnom dužniku.⁴² Ipak, kako bi se zaštitio i njegov imovinski interes, nakon što vrati u stečajnu masu pribavljenu imovinu, ima pravo da ostvaruje svoje protivpotraživanje kao i svi ostali stečajni poverioci podnošenjem naknadne prijave potraživanja, čak i kada istekne formalni rok za njihovo podnošenje sudu (ZS, čl. 130. st. 2).⁴³

7. Zaključci

1) Princip ravnomernog namirenja svih poverilaca jedan je od osnovnih postulata stečajnog prava. Zbog toga sva zakonodavstva sadrže odredbe koje omogućavaju da se pobijaju pravni poslovi ili radnje koje je dužnik preduzeo sa trećim licima u određenom vremenskom periodu, koji je prethodio otvaranju stečajnog postupka nad njim. Ovo stoga, što pojedinim postupcima učinjenim od strane stečajnog dužnika pojedini poverioci mogu biti oštećeni ili dovedeni u teži položaj, a drugi privilegovani. Institut pobijanja pravnih radnji u stečaju omogućava poveriocima i stečajnom upravniku da otklone efekat ovakvih radnji, te da iste nemaju dejstva prema stečajnoj masi. Uspešno pobijen pravni posao ili radnja za posledicu imaju obavezu protivnika pobijanja da u stečajnu masu vrati sve imovinske koristi stečene predmetnim pobijenim aktom.

2) Iako imaju zajednički koren u prvobitnoj *actio Pauliana* i istu svrhu i pravnu prirodu, vanstečajno i stečajno pravo pobijanja iskazuju značajne normativne i principijelne razlike, saglasno specifičnostima uslova u kojima se primenjuju. Regulisani su različitim zakonima, a može se zaključiti da je stečajno pobijanje potpunije i sadržajnije normirano. Prva značajna razlika između njih ogleda se u pravnom položaju dužnika. U slučaju pokretanja stečajnog postupka, on nije u stanju prolazne platežne nesposobnosti i nije u nemogućnosti da izmiri obavezu prema samo jednom poveriocu, već je u takvom pravnom i finansijskom statusu, da ne može izmiriti obaveze prema svim svojim poveriocima. Stoga nije potrebno dokazivati da poverilac ima dospelu tražbinu prema dužniku, budući da otvaranjem stečaja sva potraživanja po slovu zakona odmah dospevaju. Različita je i aktivna i pasivna legitimacija, a pogotovo je značajna činjenica da je i stečajni dužnik obavezno procesno pasivno legitimisan. Drugačije su i pretpostavke za uspešno pobijanje radnji dužnika. Rokovi su, u stečajnom pravu, saglasno pojedinim slučajevima drugačiji i ne računaju se od dana kada je preduzeta radnja koja se pobija, već retroaktivno, unazad, od dana u mesecu koji po broju odgovara danu pokretanja stečajnog postupka. Stečajno pobijanje ima i šire dejstvo od vanstečajnog, jer se dužnik ne može osloboditi obaveze time što će isplatiti dugovanu obavezu ili predati određenu stvar. Pobijanje ima kolektivni karakter, i bez obzira ko ga je sproveo, dejstvo je opšte, prema svim poveriocima. Ostvarena

⁴² I. Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd 1999, 227.

⁴³ Vrhovni kasacioni sud, Prev 85/2017 od 30.03.2017.god.

korist unosi se u stečajnu masu i služi namirenju svih priznatih potraživanja. Veći značaj imaju objektivne pretpostavke pobijanja, pa je stečajno pravo strože, a uslovi pobijanja nepovoljniji za dužnika.

3) Rokovi za pobijanje propisani Zakonom o stečaju uglavnom su duži nego rokovi predviđeni zakonom koji je prethodno regulisao ovu materiju, što ukazuje na nameru zakonodavca da veći broj nepravičnih radnji potencijalno bude obuhvaćeno pobijanjem, a broj osujećenih poverilaca bude sveden na najmanju moguću meru.

4) Činjenica je da poverioci teško, u praksi, uspevaju da realizuju ovo svoje pravo. Ni oni, a ni stečajni upravnik, najčešće nemaju dovoljno informacija ni podobne dokumentacije o poslovanju dužnika koji je dugo vremena u teškoj finansijskoj situaciji. Po pravilu, poslovne knjige takvih dužnika vodjene su veoma loše, pa se sumnjivim transakcijama teško može ući u trag. Na ovo se nadovezuje i pitanje finansijske isplativosti postupaka koje bi poverioci trebali da pokrenu, tj. troškova postupaka koje bi trebali da snose u situaciji kada nemaju dovoljno dokaza da ih je stečajni dužnik oštetio. Zbog toga smatramo da bi stečajno pravo pobijanja dužnikovih imovinskih raspolaganja trebalo da se dalje razvija u pravcu poboljšanja položaja poverilaca, kako u smislu rasterećenja poverioca u postupku dokazivanja određenih činjenica, tako i u mogućnosti da se troškovi postupaka pokrenutih Paulijanskom tužbom svedu na najmanju moguću meru.

* * *

BANKRUPTCY RIGHTS OF CONTESTING THE DEBTOR'S LIABLE ASSETS

Summary

Opening a bankruptcy procedure means the legal culmination of its insolvency and the inability to execute its property obligations. As this financial crisis, usually, does not arise suddenly, in a certain period before the initiation of bankruptcy, the debtor is able to influence the reduction of his assets by his actions or omissions. His actions can cause damages to individual creditors, or leading others to a more favorable position. Therefore, all national legislations have set up the rules of contesting the debtor's legal actions and determined the conditions under which it can be carried out.

Therefore, in this paper, the author analyzes the conditions, subjects, bases and deadlines for the bankruptcy proceedings. Special attention is paid to the so-called connected persons. Also, the issue of the procedural legitimacy of the participants in the procedure is being considered as well as the effect of contesting. In the end, an opinion is given in which direction contesting the debtor's legal actions should be further developed.

Key words: bankruptcy, contesting the debtor's legal actions, actio Pauliana, damage, procedural legitimacy, the effect of contesting.

Dragan Obradović¹

PODELJENA ODGOVORNOST KOD SAOBRAĆAJNIH NEZGODA NA UKRŠTANJU PUTA I PRUGE U NIVOU

Apstrakt

Saobraćajne nezgode na ukrštanju puta i pruge u nivou su naizgled jednostavna situacija u saobraćaju, gde je uvek odgovoran učesnik u saobraćaju koji se pre saobraćajne nezgode kretao putem, a da po pravilu nema odgovornosti na strani Železnica Srbije, koje su upravljači u železničkom saobraćaju za saobraćajne nezgode u kojima je drugi učesnik voz. U poslednje vreme na ukrštanju puta i pruge u nivou bio je veći broj saobraćajnih nezgoda sa najtežim posledicama. Pokušali smo u radu da razmotrimo različite situacije pod kojima može da dođe do saobraćajne nezgode na ukrštanju puta i pruge u nivou, a da u zavisnosti od tih situacija ukažemo da li osim odgovornosti vozača koji je upravljao jedinim vozilom utvrdimo da li postoji i podeljena odgovornost na strani Železnica Srbije odnosno nadležnog upravljača puteva.

Ključne reči: saobraćajne nezgode, ukrštanje puta i pruge u nivou, podeljena odgovornost, naknada štete, učesnici u saobraćaju

1. Uvod

Saobraćajne nezgode sa smrtnom posledicom u toku 1990. godine na svetskoj rang listi uzročnika smrtnosti bile su na devetom mestu sa procenom da će se do 2020. godine popeti na treće mesto² iza kliničke depresije i bolesti srca. Međutim, posledice saobraćajnih nezgoda su i povređena lica u različitom stepenu, odnosno materijalna šteta različitog obima. Iako razvijene zemlje čine mnogo u pravcu unapređenja bezbednosti u saobraćaju i smanjenju broja saobraćajnih nezgoda, još uvek ne postoji ni jedna država na svetu u kojoj se svi učesnici u saobraćaju pridržavaju saobraćajnih propisa. Takođe, nema ni jedne države bez saobraćajnih nezgoda. Ista je situacija sa našom državom.

Najveći broj saobraćajnih nezgoda u Srbiji događa se na putevima. Značajno manji broj saobraćajnih nezgoda događa se na ukrštanjima puteva i pruga. U takvim situacijama vrlo često nastupaju teške – smrtne posledice, ali se preko tih

¹ Dr Dragan Obradović, sudija, Viši sud u Valjevu, ul. Karadžorđeva 48, Valjevo, Republika Srbija, naučni saradnik, e-mail: dr.gaga.obrad@gmail.com

² International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies: World disasters Report 1998, Oxford University Press Inc., New York, 1998.

događaja po pravilu, olako prelazi. Ti događaji brzo se zaboravljaju. I skoro po pravilu, kao posledica takvih saobraćajnih nezgoda uzročnik saobraćajne nezgode je onaj drugi učesnik, nastradali. Tako kažu zvanični podaci. Skoro nikada nema odgovornosti na strani vozača koji upravlja kompozicijom voza odnosno drugom kompozicijom ili prevoznim sredstvom koje se kreće po šinama. A nema ni odgovornosti upravljača puta u delu koji se odnosi na saobraćajnu signalizaciju koja pripada u nadležnost upravljača puta, bez obzira ko to bio. Da li je baš tako?

Prelaz puta preko železničke pruge je ozbiljan problem. Ovaj problem ljudi koji prave zakone sa jedne strane ali ni učesnici u saobraćaju sa druge strane, nisu u stanju da shvate. Nerazumeju šta znači masa vozila, jer današnji kamioni sa svojih 60 tona uspevaju da stanu za kratko vreme. Za razliku od drumskog saobraćaja u šinskom saobraćaju je skoro sve isto kao kada je prva lokomotiva krenula. Vozovi su veće snage ali i veće težine. Postoje kompozicije različitih dužina, pa i one sa sto i više vagona. To su mase od nekoliko hiljada tona. To ne može da stane, to može da uđe u proces zaustavljanja, a kada će da se zaustavi - stane za to nepostoje formule. Sve se računa - atezija šina, točkova kompozicije, stanje kočnica, nagib terena, težina kompozicije, brzina kretanja,.... Ta kompozicija ne može blagovremeno da stane.

Kultura učesnika u saobraćaju više nije na nivou kako su nas ranije roditelji učili. Ljudi – različite kategorije učesnika u saobraćaju (pešaci, vozači dvotočkaša, vozači - putničkih vozila, autobusa, teretnih vozila) više se ne zaustavljaju ispred pružnih prelaza, ne otvaraju prozore, ne plaše se ničega, samouvereno - bez zaustavljanja, najčešće nastavljaju da voze svoj automobil. Vrlo često uhvatimo sebe da od svih saobraćajnih znakova neke nismo videli. Vozimo a gledamo put ispred nas i informativno vidimo znak. A šta reći za one koji vozeći kucaju poruke na telefonu da li oni vide znak? Ne vide ni gde voze, a kamoli da vide znak. U tom ludilu, većina dolazi na putni prelaz i jedino što vide jeste šina na sred puta. Da ne bi oštetili auto malo prikoče, i idu dalje.

Najveći problem kada su pitanju ukrštanja puteva i pruga su neobezbeđeni prelazi, odnosno neadekvatno obezbeđeni prelazi. Na neobezbeđenim putno - pružnim prelazima uvek će biti problema jer ljudi ne funkcionišu onako kako zakonodavac od njih to očekuje. Jedini način da se ljudi trgnu dolazeći na putno - pružni prelaz uopšte, a posebno na neobezbeđen – neodgovarajuće obezbeđen putno - pružni prelaz jeste jak zvučni signal i svetlosni signal koji aktivno deluje na oko vozača. Generalno na neobezbeđenim putno - pružnim prelazima bilo kakva informacija vozaču da je voz prisutan puno znači.

U periodu od 21.12. do 28.12.2018. godine na ukrštanjima puteva i pruge u nivou u različitim delovima Srbije dogodile su se tri saobraćajne nezgode sa različitim posledicama. Najteži događaj se dogodio u selu Donje Međurovo kod Niša gde je na ukrštanju puta i pruge došlo do saobraćajne nezgode u kojoj su učestvovali voz i autobus, u kom događaju je poginulo ukupno 7 lica a preko 20 je zadobilo teške odnosno lake telesne povrede. U tom periodu dogodile su se još dve nezgode u kojima je jedan od učesnika bio voz kada nije bilo smrtno nastradalih lica. Jedna je bila na području Šapca a druga na području Vrnjačke Banje

u vreme guste magle³. Krajnja posledica saobraćajne nezgode u Donjem Međurovu je u međuvremenu postala još teža jer je nedavno preminula i osma osoba iz autobusa koji je učestvovao u ovoj saobraćajnoj nezgodi. Prethodno, građani su godinama upozoravali na taj putno – pružni prelaz kao neadekvatno obezbeđen. Posle te saobraćajne nezgode u narednih 15 dana taj putno pružni prelaz je regulisan odgovarajućom signazacijom. Povodom tog događaja pokrenut je krivični postupak protiv vozača autobusa. Da li u tom događaju postoji još nečija krivična odgovornost nije predmet ovog rada.

Kako treba da postupaju učesnici u saobraćaju na tim prelazima u situacijama magle, nekih drugih vanrednih okolnosti – gust sneg koji pada, npr. vatra koja smanjuje vidljivost sa obližnje njive – situacija kod saobraćajne nezgode na auto putu kod Jagodine 2018godine, gde je došlo do lančanog sudara više vozila i u kojim saobraćajnim nezgodama je više lica poginulo – samo neke od situacija kada je vidljivost na putno – pružnom prelazu objektivno smanjena?

To su bila pitanja koja su nam bila izazov u pisanju ovog rada. Naime, saobraćaj uvek nosi velike rizike, ali nosi i nove probleme sa kojima se suočavaju ne samo učesnici u saobraćaju, nego i nadležni organi koji rešavaju pitanja uzročnika saobraćajne nezgode u kaznenom (krivičnom – prekršajnom) postupku odnosno u postupku naknade štete. Posebno, to se odnosi na situacije kada je jedan od učesnika prevozno sredstvo iz oblasti železničkog saobraćaja, što je velika nepoznanica za skoro sva službena lica koja učestvuju u postupcima povodom takvih saobraćajnih nezgoda koje se dešavaju na ukrštanju puta i pruge u nivou odnosno uopšte na prugama. U pojedinim radovima prethodno, ukazali smo na značaj uviđaja saobraćajne nezgode u parnicama za naknadu štete⁴.

Da li u pogledu odgovornosti za naknadu štete osim vozača – firme u kojoj je on zaposlen – osiguravajućeg društva koje će u tom konkretnom slučaju najverovatnije biti tuženo za naknadu štete postoji još nečija odgovornost i čija? Da li postoji odgovornost na strani Železnice Srbije (dalje: ŽS), odnosno upravljača puta – JP Putevi Srbije, lokalne samouprave ili nekog drugog JP, to je ključno pitanje.

Cilj nam je da u radu ograničenog obima ukažemo, prvo na najvažnije propise i statistiku stradanja na ukrštanjima puteva i pruge u nivou u Srbiji. Potom, akcenat smo stavili na odredbe koje su od značaja za pitanje naknade štete, koje nezaobilazno prati posledice saobraćajnih nezgoda. Namera nam je da pokušamo da ukažemo da kod jednog broja saobraćajnih nezgoda koje su se dogodile na ukrštanju puta i pruge u nivou postoji i odgovornost ne samo na strani učesnika u saobraćaju koji prelazi na bilo koji način odnosno bilo kojim prevoznim sredstvom preko pruge nego da damo odgovor na pitanje da li postoji i odgovornost na strani Železnica Srbije ili upravljača puta, odnosno da li postoji tzv.podeljena odgovornost za nastanak saobraćajne nezgode.

³ Jedna osoba povređena u sudaru voza i automobila na prelazu kod Vrnjačke Banje, Vesti 12:20 24.12.2018, <https://rs.sputniknews.com/vesti/201812241118275506-voz-vrnjacka-banja-vozac/>, 15.1.2019.

⁴ D.Obradović, Značaj uviđaja saobraćajne nezgode u parnicama za naknadu štete, Udruženje za odštetno pravo, XIV međunarodni naučni skup: Obavezno osiguranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci, Internex, Beograd, 2011, 216-243.

2. Propisi

Za predmet ovog rada značajni su propisi koji se odnose kako na bezbednost drumskog saobraćaja tako i na bezbednost železničkog saobraćaja – ne samo zakoni nego i određeni podzakonski propisi, koje ćemo pomenuti. Poznavanje tih propisa je preduslov za donošenje pravilne odluke od strane sudija prvostepenih sudova koji postupaju u predmetima naknade štete.

- 1.1. Najvažniji propisi iz oblasti drumskog saobraćaja od značaja za predmet ovog rada su: Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima (dalje: ZBS)⁵ i Zakon o putevima⁶. Od podzakonskih propisa to je Pravilnik o saobraćajnoj signalizaciji (dalje: PSS)⁷.

U odredbama ZBS na više mesta pominju se odredbe koje se odnose na saobraćaj na prelazu puta preko železničke pruge. Pre svega, u osnovnim načelima bezbednosti saobraćaja na putevima – u pojedinim izrazima, pa se u članu 7., stav 1., tačka 28. definiše da je prelaz puta preko pruge mesto na kojem se u istom nivou ukrštaju put i železnička ili tramvajska pruga.

Zatim u odredbama koje se odnose na pravila saobraćaja – preticanje i obilaženje, zaustavljanje i parkiranje, saobraćaj na prelazu puta preko železničke pruge (ZBS, članovi 55, 66, 100 i 101).

Članom 55.ZBS zabranjuje se vozačima preticanje ili obilaženje na prelazu puta preko železničke pruge. Članom 66.ZBS se zabranjuje vozačima zaustavljanje i parkiranje vozila na prelazu puta preko železničke pruge, odnosno na odstojanju manjem od pet metara od prelaza, kao i u blizini železničke pruge, odnosno tramvajskih šina, ako se time sprečava saobraćaj vozila koja se kreću po šinama.

Članovima 100. i 101. se propisuju obaveze učesnika u saobraćaju na prelazu puta preko železničke pruge.

Odredbom čl.100 ZBS regulisano je pravo prvenstva prolaska između šinskog vozila i drugih vozila u korist šinskih vozila. A takođe, regulisano je postupanje vozača koji se sa vozilom približava prelazu puta preko železničke pruge i njegove dužnosti u pogledu načina kretanja vozila. **U ovoj odredbi nije predviđena situacija kako treba da postupaju vozači koji se vozilom približavaju prelazu puta preko železničke pruge kada taj prelaz nije regulisan uređajem za zatvaranje saobraćaja odnosno svetlosnim ili zvučnim znacima koji upozoravaju da će taj uređaj početi da se spušta odnosno svetlosnim saobraćajnim znakom kojim se najavljuje približavanje voza prelazu puta preko železničke pruge u istom nivou bez branika, da bi mogao da blagovremeno zaustavi vozilo.**

Odredbom čl. 101 ZBS regulisane su situacije kada su učesnici u saobraćaju dužni da se zaustave pred prelazom puta preko železničke pruge odnosno

⁵ Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima („Sl.glasnik RS“ br.41/09 od 2.6.2009. godine, stupio na snagu 10.6.2009., počeo sa primenom 11.12.2009., 53/10, 101/11,32/13,55/14, 96/15, 9/16, 24/18, 41/18).

⁶ Zakon o putevima, („Sl.glasnik RS“ br. 41/18, 95/18).

⁷ Pravilnik o saobraćajnoj signalizaciji („Sl.glasnik RS“ br.85/17).

kada im je zabranjen prolaz. U ovoj odredbi nije predviđena situacija kada su učesnici u saobraćaju dužni da se zaustave pred prelazom puta preko železničke pruge u nivou kada taj prelaz nije regulisan uređajem za zatvaranje saobraćaja odnosno svetlosnim ili zvučnim znacima koji upozoravaju da će taj uređaj početi da se spušta odnosno svetlosnim saobraćajnim znakom kojim se najavljuje približavanje voza prelazu puta preko železničke pruge u istom nivou bez branika.

Odredbe koje su u vezi sa saobraćajem na prelazu puta preko železničke pruge pominju se i u delu ZBS koji se odnosi na saobraćajnu signalizaciju – u odredbama koje se odnose na način rada semafora - svetlima crvene boje (ZBS, čl.137) i obeležavanje prelaza puta preko železničke pruge (ZBS, čl.153). Pomenutom odredbom propisano je da **prelaz puta preko železničke pruge mora biti obeležen propisanom saobraćajnom signalizacijom**, s tim da se navode različita rešenja u pogledu vrste signalizacije koja mora biti postavljena u zavisnosti od vrste podloge puta. U ovoj odredbi navedene su i obaveze ministra nadležnog za poslove saobraćaja da donese odgovarajući podzakonski propis u pogledu vrste, izgleda, tehničkih karakteristika i načina postavljanja i mestima na kojima se moraju postaviti branici ili polubranici, uređaja za davanje svetlosnih, zvučnih znakova i načinu njihove upotrebe.

Zakon o putevima (**dalje: ZP**) kao i Zakon o javnim putevima (dalje: ZJP)⁸ koji je do skora važio, pored ostalog pominje upravljača puta, njegove obaveze i odgovornosti u pojedinim situacijama, pa je značaj ovih propisa ne samo za krivičnu odgovornost već i u postupcima naknade štete, ukazuje na obaveze upravljača puta da upravlja saobraćajem na javnom putu. Ta obaveza se pored ostalog obezbeđuje i saobraćajnom signalizacijom (čl.14.st.2.tač.5) kao i obavezom upravljača da vodi računa o redovnom održavanju javnog puta. U te radove pored ostalog spadaju i popravka, zamena, dopuna i obnavljanje saobraćajne signalizacije i opreme odnosno redovno čišćenje i održavanje saobraćajne signalizacije i opreme (čl.62.st.2.tač.9 i 10).

Novi ZP, na sličan način kao i prethodni ZJP, u svojim odredbama definiše, pored ostalog, upravljača javnog puta - javno preduzeće, privredno društvo i drugi oblici organizovanja koji u skladu sa zakonom kojim se uređuje položaj javnih preduzeća mogu da obavljaju delatnost od opšteg interesa (čl.2 st.1 tač. 54 ZP). U odredbama ZP definisano je šta je javni put – odnosno šta sve obuhvata javni put (čl.4 ZP), šta sve obuhvata upravljanje javnim putem (čl.9. – 18.ZP), a precizno je definisano i ko je upravljač javnog puta u zavisnosti od kategorizacije javnih puteva odnosno ko može da obavlja upravljanje državnim putem (čl.10 u vezi sa čl.5 ZP).

Odredbom čl.13 ZP propisano je: „Upravljač javnog puta dužan je da obezbedi trajno, neprekidno i kvalitetno održavanje i zaštitu puta, u cilju nesmetanog i bezbednog odvijanja saobraćaja uključujući i organizaciju naplate putarine. Pri obavljanju delatnosti upravljanja putem, upravljač javnog puta dužan je da održavanje i zaštitu puta sprovodi u skladu sa propisima donetim na osnovu ovog zakona, kao i da se

⁸ Zakon o javnim putevima („Sl.glasnik RS“ br. 101/2005, 123/2007, 101/2011, 93/2012, 104/2013).

stara o zaštiti životne sredine. Upravljač javnog puta odgovara za štetu koja nastane korisnicima puta zbog propuštanja blagovremenog obavljanja radova na održavanju puta propisanih ovim zakonom, odnosno zbog izvođenja tih radova suprotno propisanim tehničkim uslovima i načinu njihovog izvođenja“. Odredbom čl.68 ZP definisano je šta sve obuhvataju: **Radovi na redovnom održavanju javnog puta. U toj kategoriji radova se nalazi pored ostalog i saobraćajna signalizacija i to: popravka, zamena, dopuna i obnavljanje saobraćajne signalizacije i opreme. Odredbom čl. 2 tač. 12 ZP definisano je šta je to saobraćajna signalizacija i oprema** (šira definicija nego u prethodnom ZJP –čl.2.tač.40) **na sledeći način:** „saobraćajna signalizacija i oprema jesu sredstva i uređaji za regulisanje saobraćaja, saobraćajni znakovi, oznake na putu, uređaji za davanje svetlosnih saobraćajnih znakova, **branici ili polubranici na prelazu puta preko železničke pruge**, privremena saobraćajna signalizacija, svetlosne oznake na putu i druge oznake na putu (oprema puta) u skladu sa propisima kojim se uređuje saobraćajna signalizacija“.

Važeći PSS propisuje pored ostalog pravila postavljanja saobraćajne signalizacije na putevima (PSS, čl.1), šta se sve smatra saobraćajnom signalizacijom (PSS, čl.3). Za potrebe ovog rada neophodno je ukazati da se pod tim podrazumevaju semafori i branici, odnosno polubranici na prelazu puta preko železničke pruge. Od saobraćajnih znakova izdvajamo u okviru znakova opasnosti četiri koja se odnose na problematiku ovog rada. To su: **“ukrštanje puta sa železničkom prugom sa branica ili polubranicama”** (I-32), **“ukrštanje puta sa železničkom prugom bez branika ili polubranika”**(I-33), **“Andrejin krst”**(I-34) i (I-34.1) i **“približavanje mestu ukrštanja puta i železničke pruge”**(I-35). Takođe, ovim odredbama propisano je mesto gde se postavljaju pojedini znakovi opasnosti - na udaljenosti od 150 m do 250 m ispred opasnog mesta na putu sa omogućim odstupanjima van naselja odnosno u naselju (PSS, čl.22), što se odnosi i na prethodno pomenuta tri od četiri znaka značajna za ovu problematiku, osim za **“Andrejin krst”**(I-34) i (I-34.1) koji se postavlja u neposrednoj blizini ukrštanja puta i železničke pruge (PSS, čl.23). **To rešenje predstavlja odstupanje od opšte odredbe koja se odnosi na postavljanje znakova opasnosti.**

Osim pomenutih znakova opasnosti, PSS propisuje i odgovarajuću ulogu semafora, kao i branika odnosno polubranika na prelazu puta preko železničke pruge u pogledu materije koja je predmet ovog rada. Tako, propisano je pored ostalog da se semafori koriste i za regulisanje **prelaza puta preko železničke pruge u nivou**, njihov izgled, postavljanje - dva crvena trepćuća svetla u obliku kruga koja se nalaze jedno pored drugog na horizontalnoj osi (**PSS, čl.81**) **odnosno kako moraju biti označeni branici – polubranici** kojima se na prelazima puta preko železničke pruge u nivou obustavlja saobraćaj čitavom širinom puta odnosno samo do polovine širine puta (PSS, čl.84).

Skoro identična rešenja bila su predviđena i Pravilnikom o saobraćajnoj signalizaciji iz 2014⁹.

⁹ Pravilnik o saobraćajnoj signalizaciji („Sl.glasnik RS“ br 134/14).

1.2. Najvažniji propisi iz oblasti železničkog saobraćaja koji uređuju oblast prelaza preko pruge a od značaja za predmet ovog rada - su: Zakon o železnici (dalje: ZZ)¹⁰ i Zakon o bezbednosti u železničkom saobraćaju (dalje: ZBŽS)¹¹. Osnovni podzakonski propisi iz ove oblasti su Pravilnik o načinu ukrštanja železničke pruge i puta, pešačke ili biciklističke staze, mestu na kojem se može izvesti ukrštanje i merama za osiguranje bezbednog saobraćaja (dalje: Pravilnik)¹². i Pravilnik o tehničkim uslovima za signalnosigurnosne uređaje (dalje: Pravilnik za uređaje)¹³.

U odredbama **Zakona o železnici** definisan je pored ostalog i putni prelaz - predstavlja sastavni deo železničke infrastrukture u smislu odredaba ovog zakona (ZZ, čl.2 tač.54). Takođe, ZZ definiše i održavanje javne železničke infrastrukture - obuhvata redovno i vanredno održavanje i šta spada u svaku od tih grupa poslova. U odredbama ZZ propisano je ko upravlja železničkom odnosno putnom infrastrukturom na ovim prelazima i ko snosi troškove održavanja ovih prelaza - železničkom infrastrukturom i železničkim saobraćajem upravlja upravljач železničke infrastrukture a putnom, uličnom i pešačkom infrastrukturom i saobraćajem upravlja upravljач putne infrastrukture, tako što je svaki upravljач dužan da stvori uslove za bezbedan prelazak mesta ukrštanja na infrastrukturi kojom upravlja. Osim toga, propisno je i ko snosi troškove održavanja putnog prelaza i troškove osiguranja bezbednog i nesmetanog saobraćaja na putnom prelazu (ZZ, čl.68.st.2.).

U odredbama **Zakona o bezbednosti u železničkom saobraćaju** propisani su uslovi pod kojima dolazi do ukrštanja železničkih pruga i puteva (ZBŽS, čl.96 i 97). Tim odredbama propisano je pored ostalog da je saobraćaj na putnim prelazima obezbeđen saobraćajnim znacima za učesnike u drumskom saobraćaju a na železničkoj pruzi, ispred putnog prelaza, moraju biti postavljeni propisani signalni znakovi za obaveštenje voznog osoblja o približavanju voza putnom prelazu.

A te odredbe detaljno razrađuje pomenuti **Pravilnik**. Ovaj podzakonski propis bliže uređuju način ukrštanja železničke pruge i puta, pešačke ili biciklističke staze, mesto na kojem se može izvesti ukrštanje železničke pruge i puta, pešačke ili biciklističke staze, mere za osiguranje bezbednog saobraćaja na putnim prelazima i izuzetne slučajeve u kojima razmak između dva ukrštanja železničke infrastrukture i puta može da bude manji od 2.000m kao i signalisanje putnih prelaza.

Takođe, ovim Pravilnikom propisani su i mogući načini obezbeđenja saobraćaja na ukrštanje železničke pruge i puta. Propisano je da mere za osiguranje bezbednog saobraćaja na putnim prelazima zavise od gustine saobraćaja, preglednosti železničke pruge, brzine vožnje na pruzi i putu i od mesnih uslova u skladu sa zakonom kojim se uređuje bezbednost i interoperabilnost železnice zbog čega se saobraćaj obezbeđuje:

¹⁰ Zakon o železnici („Sl.glasnik RS“ br. 41/18).

¹¹ Zakon o bezbednosti u železničkom saobraćaju („Sl.glasnik RS“ br. 41/18).

¹² Pravilnik o načinu ukrštanja železničke pruge i puta, pešačke ili biciklističke staze, mestu na kojem se može izvesti ukrštanje i merama za osiguranje bezbednog saobraćaja („Sl.glasnik RS“ br.89/16).

¹³ Pravilnik o tehničkim uslovima za signalnosigurnosne uređaje („Sl.glasnik RS“ br.18/16).

- 1) saobraćajnim znacima na putu i zonom potrebne preglednosti;
- 2) svetlosnim saobraćajnim znacima i saobraćajnim znacima na putu;
- 3) automatskim polubranicama sa svetlosnim saobraćajnim znacima i saobraćajnim znacima na putu;
- 4) branicima i saobraćajnim znacima na putu;
- 5) neposrednim regulisanjem saobraćaja na putnom prelazu i posebnim merama, i
- 6) zaštitnim ogradama i saobraćajnim znacima ili mimoilaznicama i saobraćajnim znacima na putnim prelazima za pešake i bicikliste.

Takođe, ovim Pravilnikom izričito su propisani koji su saobraćajni znaci na putu ispred putnih prelaza i to su znak:

- 1) koji označava mesto na kome put prelazi preko železničke pruge u nivou koloseka, i
- 2) za ograničenje brzine.

Na putnim prelazima opremljenim signalnim-sigurnosnim uređajima mogu se instalirati video kamere za vizuelni nadzor zone putnog prelaza, železničke imovine, zauzetosti kolovoza i izvršenja bezbednosti saobraćaja, kao i nadzor svih učesnika saobraćaja na putnom prelazu (**Pravilnik, čl.10**).

3.Stradanja na ukrštanju puta i pruge u Srbiji

U svetu postoji oko 600 hiljada putnih prelaza, od čega ih je oko 113 hiljada u Evropi. Svaka deseta nesreća u drumskom saobraćaju i svaka treća nesreća u železničkom saobraćaju u Evropi dogodi se na putnim prelazima. Prosečno, godišnje se dogodi oko 600 udesa na putnim prelazima u Evropi. U Srbiji od ukupno 2.138 putnih prelaza, 502 putna prelaza obezbeđeni su signalno-sigurnosnom opremom, kao što su automatski branici, polubranici, svetlosnom i zvučna saobraćajna signalizacija. Od 502 putna prelaza, svetlosnom saobraćajnom signalizacijom obezbeđeno ih je 25, automatskim polubranicama sa svetlosnom signalizacijom obezbeđeno ih je 281, a mehaničkim branicima kojima rukuje železničar na licu mesta osigurano je 196 putnih prelaza. Preostalih 1.636 putnih prelaza obezbeđeni su znacima drumske signalizacije (Andrejin krst, znak Stop)¹⁴.

Sve pruge se na teritoriji Srbije kategorišu u četiri kategorije i to: magistralne, regionalne, lokalne i manipulativne (Uredba o kategorizaciji železničkih pruga, čl.2)¹⁵. Na teritoriji Republike Srbije u saobraćajnim nezgodama koje se događaju na putnim prelazima pored učesnika u saobraćaju koji se nalaze u vozilima različite vrste (putnička vozila, autobusu, teretna vozila) stradaju i pešaci i različite druge kategorije učesnika u saobraćaju. Prema podacima „Infrastruk-

¹⁴ Category Archives: Sve o putnim prelazima u Srbiji, objavljeno 4. maja 2018., <http://infrasz.rs/category/sve-o-putnim-prelazima-u-srbiji/>?, 10.1.2019.

¹⁵ Uredba o kategorizaciji železničkih pruga („Sl.glasnik RS“ br. 115/13).

ture železnice Srbije“ ukupno u prvih šest meseci 2018 godine dogodile su se 94 železničke nesreće u kojima je poginulo 19, a povređeno 8 osoba, dok su se 2017. godine dogodile se 253 železničke nesreće u kojima je poginulo 30, a povređeno 55 osoba. A prema podacima iz **godišnjeg izveštaja Direkcije za železnice za 2016. godinu tokom 2016.** - dogodilo se 208 ozbiljnih nesreća u kojima su poginule i teško povređene 73 osobe, dok se tokom 2015. godine dogodilo 114 ozbiljnih nesreća u kojima je poginulo i teško povređeno 112 osoba¹⁶.

Kada su pak u pitanju samo saobraćajne nezgode u kojima su učestvovala različita vozila na teritoriji „Infrastrukture železnice Srbije“ u 2017. godini u 57 nesreća na putnim prelazima nastradalo je osam osoba, dok je na istoj teritoriji u 2016. godini u 55 nesreća na putnim prelazima nastradalo deset osoba¹⁷. Ovi podaci se razlikuju od prethodnih podataka imajući u vidu definiciju saobraćajne nezgode koja se dogodila na putevima (ZBS, čl.7.st.1.tač.82). Saobraćajnu nezgodu u nešto drugačijem – širem obimu definišu podaci koji se odnose na železnicu za godišnje izveštaje o bezbednosti zemalja članica EU¹⁸. Navedeni podaci su ipak značajno manji od podataka o ukupnom broju saobraćajnih nezgoda u odnosu na period od 2007. do 2015. godine prema podacima Agencije za bezbednost saobraćaja (dalje: ABS) iz Istraživanja stanja bezbednosti saobraćaja u zonama pružnih prelaza (dalje: Istraživanje). Sa druge strane broj smrtno nasradalih odnosno teško povređenih učesnika u tim saobraćajnim nezgodama nije značajno manji u odnosu na najveći broj godina iz posmatranog perioda¹⁹.

Kroz teritoriju Grada Valjeva prolazi magistralna pruga E 79 Beograd – Resnik – Požega – državna granica (Bijelo Polje). Na ovom području postoji 8 ukrštanja puta i magistralne pruge E 79 u nivou, na kojima dolazi takođe, do saobraćajnih nezgoda. Na osnovu podataka o broju i vrsti saobraćajnih nezgoda i njihovim posledicama na svim prugama u Srbiji izvršeno je rangiranje prelaza preko pruge. U okviru analize izdvojeno je 15 najugroženijih prelaza preko pruge u periodu od 2007.do 2016.godine i utvrđeno je da se petom mestu te neslavne liste nalazi prelaz Mladevo koji se nalazi na području Grada Valjeva, na pomenutoj pruzi poznatijoj kao pruga Beograd – Bar.²⁰ U pomenutom Istraživanju navedeno je da pomenuti prelaz nije usklađen u pogledu procene usklađenosti vrste osiguranja sa važećim podzakonskim propisom koji to reguliše²¹. Propis koji reguliše procene usklađenosti vrste osiguranja za bezbedno odvijanje saobraćaja na

¹⁶ Na prugama Srbije godišnje više od 200 nesreća, Katarina Stevanović BBC novinarka, 24. jula 2018. <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-44921744>, 5.1.2019.

¹⁷ Category Archives: Sve o putnim prelazima u Srbiji, objavljeno 4. maja 2018., <http://infrazs.rs/category/sve-o-putnim-prelazima-u-srbiji/>?, 10.1.2019.

¹⁸ Agencija za bezbednost saobraćaja, Istraživanje stanja bezbednosti saobraćaja u zonama pružnih prelaza, april 2018, 35: Za godišnje izveštaje o bezbednosti zemalja članica EU, neophodno je navesti da je saobraćajna nezgoda neželjeni ili neadekvatni događaj ili lanac takvih događaja koji uključuje najmanje jedno vozilo u kretanju na železnici ili putu, u kojem postoji barem jedna poginula ili ozbiljno povređena osoba, kao i značajnom materijalnom štetom na voznom parku, infrastrukturi ili okolini, kao i bilo koja druga slična nezgoda sa očiglednim uticajem na bezbednost na železnici.

¹⁹ ABS, Ibid, 56-58.

²⁰ ABS, ibid, 109-111.

²¹ ABS, ibid, 117.

ukrštanju puteva i pruge u nivou je već pomenuti Pravilnik. U tom Istraživanju nije obuhvaćena još jedna teška saobraćajna nezgoda koja se na pruzi Beograd – Bar dogodila posle perioda obuhvaćenog istraživanjem 22. januara 2018. godine selu Popučke na prelazu puta preko pruge, u kojoj nezgodi su poginula dva lica u putničkom vozilu kada je putnički voz naleteo na vozilo.

4.Odgovornost za štetu

Zakon o obligacionim odnosima (dalje:ZOO)²² je u čl.154. propisao osnove odgovornosti i kao osnovno pravilo u pogledu osnova odgovornosti propisao da je onaj ko drugome prouzrokuje štetu dužan naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice. Takođe, istim članom propisano je da se za štetu od opasne stvari ili delatnosti odgovara bez obzira na krivicu odnosno da se za štetu bez obzira na krivicu odgovara i u drugim slučajevima predviđenim zakonom.

Imajući u vidu saobraćaj ZOO definiše posebno i odgovornost u slučaju udesa izazvanog motornim vozilima u pokretu (čl.178.). Pri tome, ovom odredbom ukazuje se na nekoliko mogućih varijanti u pogledu toga ko snosi odgovornost – u slučaju da je udes izazvan motornim vozilom u pokretu prouzrokovan isključivom krivicom jednog imaoaca, primenjuju se pravila o odgovornosti po osnovu krivice; ako postoji obostrana krivica, svaki imalac odgovara za ukupnu štetu koju su oni pretrpeli srazmerno stepenu svoje krivice; ako nema krivice ni jednog, imaoći odgovaraju na ravne delove, ako razlozi pravičnosti ne zahtevaju što drugo.; a za štetu koju pretrpe treća lica imaoći motornih vozila odgovaraju solidarno.

Kod saobraćajnih nezgoda u kojima učestvuju motorna vozila retke su situacije da postoji isključiva odgovornost samo jednog učesnika u nezgodi. U slučaju da je tokom trajanja krivičnog postupka podneta i tužba za naknadu štete protiv osiguravajućeg društva kod kojeg je bilo osigurano vozilo okrivljenog, retke su situacije da se tuženi ne poziva na to da kao prethodno pitanje treba rešiti pitanje krivične odgovornosti okrivljenog u konkretnom slučaju shodno odredbama Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP)²³, posle čega po pravilu dolazi do prekida parničnog postupka do pravnosnažnih okončanja krivičnog postupka. Ukoliko parnični sud odluči da sam reši prethodno pitanje, što je izuzetno retko u sudskoj praksi, odluka suda u tom slučaju ima pravno dejstvo samo u parnici u kojoj je to pitanje rešeno shodno čl.12 st.2 ZPP .

Prema čl.13 ZPP sud je u pogledu postojanja krivičnog dela i krivične odgovornosti učinioca vezan za pravnosnažnu presudu krivičnog suda kojom se optuženi oglašava krivim. Međutim, i kada postoji pravnosnažna presuda jednog lica – okrivljenog u krivičnom postupku, to lice kao tuženi se poziva odnosno može pozivati na podeljenu odgovornost odnosno da postoji doprinos i drugog učesnika za nastanak saobraćajne nezgode. Zbog toga, tokom parničnog postupka dolazi do utvrđivanja da li postoji podeljena odgovornost za nastalu saobraćajnu nezgodu.

²² Zakon o obligacionim odnosima “Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, “Službeni list SRJ”, br. 31/93, (Uredba - za vreme ratnog stanja: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99)

²³ Zakon o parničnom postupku “Službeni glasnik RS”, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, 87/2018

5. Ukratko o podeljenoj odgovornosti

Zakon o obligacionim odnosima (dalje:ZOO)²⁴ je u čl. 192 kao jedan od izuzetaka, kada oštećenom pripada pravo na naknadu štete prihvatio PODELJENU ODGOVORNOST - rešenje da oštećeni koji doprinese nastanku ili da šteta bude veća nego što bi inače bila ima pravo samo na srazmerno smanjenu naknadu, što se odnosi i na naknadu materijalne i nematerijalne štete. Ovakvo rešenje dobilo je potvrdu i u NAČELNOM STAVU ZAJEDNIČKE SEDNICE SAVEZNOG SUDA, REPULIČKIH VRHOVNIH SUDOVA, POKRAJINSKIH VRHOVNIH SUDOVA I VRHOVNOG VOJNOG SUDA od 25.i 26.3.1980.god²⁵ prema kome se navodi: „U slučaju kada je nastanku štete doprineo i oštećeni, lice odgovorno za naknadu štete dužno je nadoknaditi štetu oštećenom u srazmeri sa podeljenom odgovornošću“.

Ukazujemo i na još jedan od tih načelnih stavova koji je usvojen na zajedničkoj sednici Saveznog suda, Vrhovnog suda i Vrhovnog vojnog suda od 26. i 27.10.1988.godine a koji se odnosi na dejstvo pravnosnažno određenog stepena podeljene odgovornosti iz čl.192. ZOO: „Pravnosnažna presuda kojom je odlučeno o naknadi štete nesprečava sud da u novoj parnici između istih stranaka po zahtevu za naknadu štete iz istog štetnog događaja raspravlja i o podeljenoj odgovornosti za štetu, nezavisno od toga da li je u prethodnoj parnici podeljena odgovornost utvrđivana ili utvrđena“²⁶.

U okviru podeljene odgovornosti autor je pažnju usmerio na saobraćaj kao oblast u kojoj se najčešće i događaju slučajevi podeljene odgovornosti.

U praksi, pošto je kroz osuđujuću krivičnu presudu koja predstavlja osnov za naknadu štete prvostepeni sud samo površno konstatovao da je pored ostalih olakšavajućih okolnosti na strani optuženog cenio i: „...doprinos oštećenog za nastanak saobraćajne nezgode“, sledi teži deo posla a to je utvrđivanje visine štete koju je tužilac pretrpeo što se najčešće vrši putem veštačenja od strane veštaka odgovarajuće struke, saobraćajne odnosno mašinske. U saobraćajno tehničkom smislu se mogu precizno navesti propusti koji utiču na visinu štete kao i uticaj propusta tužioca na stepen oštećenja vozila, objekata ili lica - učesnika takve nezgode.

Sve je to manje – više poznato kod saobraćajnih nezgoda koje se događaju odnosno koje su se dogodile na putevima. A kada su u pitanju saobraćajne nezgode na ukrštanju puta i pruge u nivou u kojima učestvuju neko od prevoznih sredstava koje se kreće po šinama i drugo prevozno sredstvo koje prelazi preko pružnog prelaza u nivou, odgovor na pitanje da li postoji eventualno podeljena odgovornost na strani železnice izgleda još lakši i jednostavniji. A posebno je pitanje da li postoji odgovornost upravljača puta za saobraćajnu signalizaciju je dodatno pitanje.

²⁴ Zakon o obligacionim odnosima “Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, “Službeni list SRJ”, br. 31/93, (Uredba - za vreme ratnog stanja: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99)

²⁵ Načelni stav 2/80, nav.u: Zbirka sudskih odluka, 1980.g., knj.5,sv.1,13.

²⁶ Naknada nematerijalne štete, Zbornik radova sa IV savetovanja o naknadi štete, Budva, 2001.g., 347-348.

6. Događaji na ukrštanju puta i pruge u nivou i postupanje suda

Na ukrštanjima puteva i pruga u nivou događaju se različite situacije sa različitim učesnicima i sa različitim posledicama. Jedan od učesnika u tim događajima, bez obzira na nastale posledice uvek je voz.

Predmet našeg interesovanja u ovom radu su saobraćajne nezgode koje se događaju na putno pružnim prelazima u nivou i moguće postupanje nadležnog suda odnosno sudije povodom zahteva za naknadu štetu koja je nastala kao posledica takve saobraćajne nezgode i utvrđivanje da li su osnovani prigovori podeljene odgovornosti na strani Železnica Srbije odnosno upravljača puta.

Za bolje razumevanje neophodno je ukazati i na definicije saobraćajne nezgode u propisima koji odnose na bezbednost saobraćaja na putevima odnosno bezbednost železničkog saobraćaja.

Odredbom čl.7.tač.82 ZBS saobraćajna nezgoda je definisana kao nezgoda koja se dogodila na putu ili je započeta na putu, u kojoj je učestvovalo najmanje jedno vozilo u pokretu i u kojoj je najmanje jedno lice poginulo ili povređeno ili je nastala materijalna šteta.

Odredbom čl. 2 ZBŽS definisano je nekoliko pojmova kao što su nezgoda (st.1 tač.40), nesreća (st.1 tač.41), ozbiljna nesreća (st.1 tač.43), ostale nesreće (st.1 tač.46). Za nas su značajni pojmovi :

Nesreća - neželjen ili neplaniran iznenadan događaj ili specifičan niz takvih događaja koji ima štetne posledice (sudari, iskliznuća, nesreće na putnom prelazu u istom nivou, nesreće sa učešćem lica izazvane železničkim vozilima u pokretu, požari i sl.);

Ozbiljna nesreća - sudar vozova ili iskliznuće voza koji ima za posledicu smrt najmanje jednog lica ili teške povrede pet ili više lica ili nanošenje velike štete železničkim vozilima, železničkoj infrastrukturi ili životnoj sredini, kao i druga slična nesreća koja ima očigledan uticaj na bezbednost na železnici ili na upravljanje bezbednošću.

U daljem tekstu sve navedene pojmove - saobraćajna nezgoda, nesreća i ozbiljna nesreća označićemo na jedinstven način (dalje: SN).

U postupku naknade štete, sudije moraju imati u vidu različite situacije u kojima je došlo do SN na ukrštanja puta i železničke pruge u nivou. Osnovna podela SN bila bi :

- a) SN koje su se dogodile na obezbeđenom putno – pružnom prelazu
 - b) SN koje su se dogodile na neobezbeđenom putno – pružnom prelazu
U okviru ovih grupa potrebno je takođe, uočiti različite vrste SN.
 - a) SN koje su se dogodile na obezbeđenom putno – pružnom prelazu u zavisnosti od vrste obezbeđenosti prelaza:
- 1) Prelazi obezbeđeni automatskim polubranicama sa svetlosnim saobraćajnim znacima i saobraćajnim znacima na putu odnosno branicima i saobraćajnim znacima na putu:

Ukoliko se na takvom prelazu dogodila SN, a signalizacija je propisno funkcionisala odnosno saobraćajni znaci su bili propisno postavljeni, pa je do SN došlo kao posledica propusta od strane vozača koji je sa vozilom učestvovao u SN u toj situaciji smatramo da nema odgovornosti na strani ŽS.

- 1) Prelazi obezbeđeni svetlosnim saobraćajnim znacima i saobraćajnim znacima na putu:

Ukoliko se na takvom prelazu dogodila SN, a signalizacija je propisno funkcionisala odnosno saobraćajni znaci su bili propisno postavljeni, pa je do SN došlo kao posledica propusta od strane vozača koji je sa vozilom učestvovao u SN u toj situaciji smatramo da nema odgovornosti na strani ŽS.

Zašto kažemo u navedena dva slučaja ako signalizacija funkcioniše, pri čemu mislimo u ova slučaja na svu postavljenu signalizaciju odnosno saobraćajni znaci su bili propisno postavljeni.

Naime, brojne su situacija u praksi na prugama Srbije, o kojima godinama pišu mediji – štampani a informacije objavljuju i elektronski mediji. To su situacije da je došlo do kvara na signalizaciji – branici/polubranici su podignuti, ne radi svetlosno-zvučna signalizacija, pa iako su saobraćajni znaci propisno postavljeni vozač se ne očekujući na takvim prelazima nailazak voza sa vozilom nađe neposredno ispred prelaza u momentu kada na taj prelaz nailazi voz.

Ukazujemo kroz podatke iz medija na više takvih situacija u kojima je samo pukom srećom izbegnut nastanak SN^{27, 28, 29}. Takvi tekstovi i fotografije u štampanim i elektronskim medijima pojavljuju se iz svih delova Srbije.

U tom slučaju ukoliko bi došlo do SN smatramo da bi postojala pre svega odgovornost za nastanak SN na strani ŽS, a samo eventualno bi se moglo govoriti i o odgovornosti drugog učesnika u SN u smislu podeljene odgovornosti, s obzirom na načelo poverenja u saobraćaju koje važi kako za bezbednost saobraćaja na putevima tako i za bezbednost železničkog saobraćaja.

- 1) Prelazi obezbeđeni saobraćajnim znacima na putu i zonom potrebne preglednosti

Ova vrsta prelaza predstavlja u slučaju SN, po našem mišljenju, najveći problem koji se ogleda u tumačenju važnosti pojedinih saobraćajnih znakova koji se odnose na saobraćajnu signalizaciju na putevima odnosno na železnici.

Osnovni problem je tumačenje saobraćajnog znaka “obavezno zaustavljan-

²⁷ I u Zemun polju vozovi prolaze, a RAMPA PODIGNUTA <https://www.blic.rs/vesti/beograd/i-u-zemun-polju-vozovi-prolaze-a-rampa-podignuta/13lmjwn>, 3.7.2019.

²⁸ <https://www.svet.rs/vesti/srpski-rulet-na-beogradskim-prugama-vozovi-prolaze-rampa-ostaje-dignuta> 19/06/2014 16:00, 3.7.2019.

²⁹ STRAŠNO! NA JOŠ JEDNOM PRUŽNOM PRELAZU PODIGNUTA RAMPa: Meštani Resnika strahuju da ne dođe do veće tragedije (KURIR TV) **Beograd**, 25.06.2019. 12:25h, <https://www.kurir.rs/vesti/beograd/3274211/strasno-na-jos-jednom-pruznom-prelazu-podignuta-rampa-mestani-resnika-strahuju-da-ne-dodje-do-vece-tragedije-kurir-tv>, 3.7.2019.

je” (II-2) iz PSS koji se postavlja u neposrednoj blizini ukrštanja puta sa železničkom prugom s obzirom da najveći broj službenih lica u toj situaciji, smatra da se taj saobraćajni znak odnosi i na železnički, a ne samo na saobraćaj na putevima.

Odredbom čl.10. st.3 ZBŽS definisano je koja se dva saobraćajna znaka postavljaju ispred putnih prelaza. To su znak: koji označava mesto na kome put prelazi preko železničke pruge u nivou koloseka, i za ograničenje brzine.

Koji je to saobraćajni znak koji označava mesto na kome put prelazi preko železničke pruge u nivou nije nam poznato, s obzirom da važeći PSS ne propisuje taj znak, niti bilo koji drugi zakon odnosno podzakonski propis iz oblasti bezbednosti saobraćaja na putevima odnosno bezbednosti železničkog saobraćaja propisuje taj znak.

Važeći PSS u okviru saobraćajnih znakova izričitih naredbi kojima je propisano prvenstvo prolaza propisuje znak **“obavezno zaustavljanje” (II-2), označava naredbu vozaču da mora da zaustavi vozilo i ustupi prvenstvo prolaza vozilima koja se kreću putem na koji nailazi.**

Za razliku od naše države **Pravilnik o saobraćajnim znakovima i signalizaciji BiH** je tu situaciju regulisao izričito, tako da ne postoji mogućnost bilo kakve dileme. Naime ovaj Pravilnik je u čl.29 (vrste znakova izričitih naredbi). st.1 tačka 2 precizno definisano znak: **„obavezno zaustavljanje“ (II -2) „obilježava mjesto pred ulazom u ukrštanje, odnosno spajanje na kojem je vozač dužan zaustaviti vozilo i dati prednost svim vozilima koja se kreću cestom na koju on nailazi ili obilježava mjesto ispred prijelaza ceste preko železničke pruge u istom nivou na kojoj je vozač dužan zaustaviti vozilo i dati prednost prolaska svim vozilima koja se kreću željezničkom prugom na koju on nailazina cestama, načinu obilježavanja radova i prepreka na cesti i znakovima koje učesnicima u saobraćaju daje ovlašćena osoba“.**

Na isti način tu situaciju reguliše **Pravilnik 322 Republike Srpske u čl.7. - Putni prelaz sa saobraćajnim znakovima na putu i trouglovima preglednosti u kome se u st.1 navodi:** „Svako ukrštanje puta i željezničke pruge u nivou (putni prelaz) koje nije osigurano uređajima za zatvaranje drumskog saobraćaja (branicu ili polubranicu) ili uređajima za davanje svjetlosnih i zvučnih znakova, mora imati dovoljnu preglednost i saobraćajne znakove i signalne oznake predviđene propisima o bezbjednosti drumskog i željezničkog saobraćaja“³⁰.

U st.2 istog člana navodi se: „Na putnom prelazu koji je osiguran saobraćajnim znakovima na putu mora biti obezbjeđena preglednost (trougao preglednosti) kojom se učesnicima u drumskom saobraćaju pod normalnim uslovima omogućava nesmetan vidik na željezničku prugu s obje strane puta, radi pravovremenog uočavanja voza, odnosno njegovih čeonih signala noću, a i danju u uslovima smanjene vidljivosti, **tako da se mogu bezbjedno zaustaviti ispred saobraćajnog znaka “Andrejin krst”.**

Navedeni propis BiH je potpuno jasan i precizno definiše značenje saobraćajnog znaka **„obavezno zaustavljanje“** i ne ostavlja nikakvu dilemu da se taj znak odnosi i na mesto ispred prelaza puta preko železničke pruge u istom nivou

³⁰ Pravilnik 322 o načinu ukrštanja željezničke pruge i puta („Sl.glasnik Republike Srpske“ br.76/10).

na kojoj je vozač dužan zaustaviti vozilo i dati prednost prolaska svim vozilima koja se kreću železničkom prugom na koju on nailazi na putevima. A naveni propis Republike Srpske izričito kao saobraćajni znak jedino pominje **“Andrejin krst”**.

Imajući u vidu i navedene propise iz države u našem najbližem okruženju koji istu ovu situaciju u saobraćaju definišu na potpuno jasan način i ne ostavljaju bilo kakvu dilemu u pogledu značenja saobraćajnog znaka **„obavezno zaustavljanje“**, kod činjenice da se u toj definiciji ovog saobraćajnog znaka u PSS ne spominje na bilo koji način železnička pruga, **smatramo da se u konkretnom slučaju važenje pomenutog saobraćajnog znaka u Srbiji ne odnosi na saobraćaj koji se odvija železničkom prugom, već isključivo na saobraćaj na putevima.**

Takođe, kada imamo u vidu odredbu Pravilnika: „Na putu ispred putnog prelaza postavlja se saobraćajni znak za ograničenje brzine, koji ujedno predstavlja i početak zone potrebne preglednosti putnog prelaza“ (**Pravilnik, čl.15. st.1.**) i da se u Pravilniku nigde ne pominje saobraćajni znak „obavezno zaustavljanje“, to je **dodatni razlog zbog koga smatramo da se u konkretnom slučaju važenje pomenutog saobraćajnog znaka u Srbiji ne odnosi na saobraćaj koji se odvija železničkom prugom, već isključivo na saobraćaj na putevima.**

I još jedan dodatni razlog zbog koga smatramo da se važenje saobraćajnog znaka „obavezno zaustavljanje“ u Srbiji ne odnosi na saobraćaj koji se odvija železničkom prugom, već isključivo na saobraćaj na putevima je odredba PSS koja se odnosi na postavljanje ovog saobraćajnog znaka : znak II-2 postavlja se u neposrednoj blizini raskrsnice, po mogućstvu na mestu preglednosti, na kome se vozilo obavezno zaustavlja da bi ustupilo prolaz drugim vozilima koja se kreću putem na koji nailazi (**PSS, čl.33.st.2**). **Ni ovde se ne pominje voz, niti železnička pruga.**

Kada je u pitanju zona potrebne preglednosti kao jedan od elemenata ovog načina obezbeđenja prelaza puta preko pruge, taj pojam je definisan u Pravilniku (**Pravilnik, čl.2 st.1 tač.2**), a odredbe koje se odnose na zonu potrebne preglednosti, kako se meri i kako ta zona obezbeđuje bezbednost saobraćaja regulisane su takođe, u Pravilniku, (**Pravilnik, čl.13,14,12**).

U tom slučaju ukoliko bi došlo do SN smatramo da bi postojala pre svega odgovornost za nastanak SN na strani vozača, ali ne zbog toga što nije poštovao saobraćajni znak „obavezno zaustavljanje“ već zbog nepoštovanja saobraćajnog znaka ograničenje brzine (II 30) koji saobraćajni znaci spadaju u znakove izričitih naredbi. A takođe, i zbog nepoštovanja situacije koju mu daje zona potrebne preglednosti.

U toj situaciji propust bi postojao i na strani upravljača puta ukoliko nisu propisno postavljeni saobraćajni znaci „Andrejin krst“ i „ograničenje brzine“, shodno odredbama PSS (**PSS, čl.22 i 22**), pa bi to bio osnov za pozivanje tuženog da postoji podeljena odgovornost na strani upravljača puta, koja je doprinela nastanku saobraćajne nezgode.

Odgovornost ŽS bi eventualno postojala u konkretnom slučaju ako se na putnom prelazu koji je opremljen saobraćajnim znacima na putu i zonom potrebne preglednosti, ne mogu ostvariti ili održavati propisana vidljivost zone po-

trebne preglednosti, pa ukoliko nije postupljeno shodno odredbama Pravilnika u smislu smanjenja odnosno ograničenja najveće dopuštene brzine, odnosno ako ni to nije bilo moguće nije takav prelaz obezbeđen u zavisnosti od vrste pruge na ostale načine koji su propisni ovim Pravilnikom, a koji su prethodno pomenuti u radu (**Pravilnik, čl. 18**). To bi bio odnosno mogao biti osnov za pozivanje tuženog da postoji podeljena odgovornost na strani ŽS, koja je doprinela nastanku saobraćajne nezgode.

- b) SN koje su se dogodile na neobezbeđenom putno – pružnom prelazu se takođe mogu podeliti u određene podrupe:
- (1) Prelazi neobezbeđeni od strane železnice ŽS odnosno upravljača puta bilo kojom vrstom signalizacije odnosno saobraćajnih znakova

U tim situacijama ukoliko bi došlo do SN smatramo, bez obzira na moguće nepropisno ponašanje drugog učesnika u saobraćaju, da postoje mogući propusti na strani ŽS odnosno upravljača puta, pa bi se u tim situacijama vožnji pojedinih vozila mogli pozivati na podeljenu odgovornost.

Ko bi u tim situacijama bio odgovoran od strane upravljača puta regulisano je Zakonom o putevima³¹ - da li JP „Putevi Srbije“ ili JP“Putevi Vojvodine“ odnosno nadležni upravljači puteva u pojedinim gradovima odnosno opštinama, a detaljan spisak koji putevi na teritoriji Republike Srbije pripadaju kojoj kategoriji regulisano je odgovarajućim podzakonskim propisom³².

Odgovornost na strani ŽS u tom slučaju bila bi zbog nepostupanja po odredbama pomenutog Pravilnika.

- (2) Tzv. „divlji“ neobezbeđeni prelazi – napravljeni od strane meštana u pojedinim selima.

Takvih situacija bilo je u praksi da su sa makadamskih – nekategorisanih puteva u pojedinim selima, koji su se pružali pored pruge, meštani pravili samoinicijativno prelaze preko pruge da bi na taj način brže i lakše došli do svojih parcela sa druge strane pruge. Posledice su bile i SN kojima su putnici i vozila smrtno nastradali.

U takvim situacijama smatramo da nema odgovornosti na strani ŽS.

7.Zaključak

Po pravilu, za saobraćajne nezgode koje se dogode na ukrštanju puta i pruge u nivou koji prelaz je obezbeđen, odgovoran je drugi učesnik koji je upravljao nekim vozilom na putu.

U radu smo analizirali situacije koje se odnose na obezbeđene odnosno neo-

³¹ Zakon o putevima, čl.3. st.4. i5.

³² Uredba o kategorizaciji državnih puteva („Sl.glasnik RS“ br. 105/2013, 119/2013, 93/2015).

bezbedene prelaze na kojima dolazi do ukrštanja puta i pruge i smatramo da u pojedinim slučajevima može da postoji i podeljena odgovornost za nastanak saobraćajne nezgode na strani Železnica Srbije i/ili nadležnog upravljača puteva.

Smatramo da će ovaj rad biti od koristi pre svega sudijama kada odlučuju povodom podnetih tužbi za naknadu štete u ovim relativno retkim postupcima, ali i osiguravajućim društvima kada odlučuju da li će i kako će izvršiti isplatu povodom podnetog zahteva za naknadu štete.

* * *

SHARED RESPONSIBILITY FOR TRAFFIC ACCIDENTS ROAD CROSSING AND RAILROAD LEVEL

Summary

Traffic accidents at the crossroads of the road and railway line are a seemingly simple traffic situation, where a traffic participant is always responsible for a traffic accident before the road, and, as a rule, does not have responsibility on the side of the Serbian Railways, which are managers in the railway traffic for traffic accidents in which the other participant is a train. Lately, the number of traffic accidents with the most severe consequences was at the crossroads of the road and railroad level. We have tried to consider the various situations under which a traffic accident may occur at the crossroads of the road and railroad level, depending on these situations, whether, apart from the responsibility of the driver who is driving the vehicle and the vehicle, we determine whether there is a shared responsibility on the side of the Railways Serbia or the competent manager of the roads.

Keywords: traffic accidents, road crossing and railroad level, shared responsibility, damage compensation of damages, traffic participants

Jovana Rajić Ćalić¹
Bogdana Stjepanović²

ODSUSTVO SAGLASNOSTI ZAKONSKOG ZASTUPNIKA ZA ZASNIVANJE RADNOG ODNOSA SA MALOLETNIKOM KAO MOGUĆI IZVOR NEMATERIJALNE ŠTETE

Apstrakt

Maloletnici, kao posebno osetljiva grupa zaposlenih moraju uživati posebnu zaštitu države i društva. Kako radni odnos predstavlja ulaznicu za tržište rada, važno je da budu jasno definisani uslovi pod kojima se radni odnos zasniva. Pitanje još više dobija na značaju kada radni odnos zasniva lice koje još uvek nije navršilo godine punoletstva, kao što to danas omogućuju odredbe radnog zakonodavstva. Uz opšte uslove koje treba da ispuni svaki potencijalni zaposleni, u našem pravu je uveden i poseban uslov koji se odnosi na saglasnost roditelja, odnosno zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa maloletnika. Uvođenje ovog uslova je uzrokovao oprečne stavove u našoj teoriji te je ovo pitanje potrebno posebno analizirati iz aspekta radnog i porodičnog zakonodavstva.

*Raniji Zakon o braku i porodičnim odnosima predviđao je da maloletnik može zasnovati radni odnos bez saglasnosti roditelja. Reformom porodičnog zakonodavstva 2005. godine ova odredba je izostavljena, te Zakon o radu predstavlja *lex specialis* u ovoj oblasti jer uređuje uslove pod kojima maloletnik može zasnovati radni odnos i kao jedan od njih predviđa obaveznu saglasnost roditelja (zakonskog zastupnika). Kako je tendencija pozitivnog prava da ovaj pristanak izostavi iz zakona, navedena tema zahteva dublje istraživanje i odgovore na postavljena pitanja.*

U ovom radu mi smo pokušale da aktuelnom problemu pridemo iz jednog drugog ugla i na taj način pojasnimo afirmativan stav prema pozitivno-pravnom rešenju našeg zakonodavca. Istraživale smo posledice koje bi izvesno mogle nastupiti za roditelja maloletnika koji nije bio pitan da se saglasi sa zasnivanjem radnog odnosa svog deteta, tj. ispiptivale smo mogućnost nastanka štete (posebno nematerijalne), mogućnost njene naknade, kao i pitanje subjekta koji bi bio dužan da nastalu štetu nadoknadi roditelju koji nije bio pitan da da saglasnost za zasnivanje radnog odnosa svog deteta.

Ključne reči: *maloletnici, radni odnos, zakonski zastupnici, saglasnost, naknada štete.*

¹ Istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu; e-mail: jovana.rajic@live.com.

² Istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: bogdanastjepanovic@gmail.com.

1. Uvod

Maloletnici predstavljaju posebnu kategoriju zaposlenih u radnom pravu. Jedinstvena zakonska definicija malolenika ne postoji. Ustav, kao opšti i najviši pravni akt u zemlji razlikuje decu, čiji rad zabranjuje, a to su lica koja nisu navršila 15 godina života.³ Druga kategorija koju najviši akt poznaje su lica koja su navršila 15 godina, ali još uvek nisu stekla godine punoletstva. Za ovu kategoriju lica priznaje se pravo na rad uz ograničenje koje se tiče poslova koji su štetni po njihovo zdravlje i moral.

Porodični zakon poznaje dve kategorije maloletnika, mlađe i starije, a za razdelni momenat uzima 14 godinu života. Tako lica do 14 godine predstavljaju mlađe maloletnike i oni mogu preduzimati pravne poslove kojima stiču isključivo prava, pravne poslove kojima ne stiču ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja. Kada dete navršiti 14 godina ono može preduzimati sve ostale poslove, ali uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja ili u određenim slučajevima, organa starateljstva. Takođe Porodični zakon predviđa da lica nakon navršene 15 godine života mogu preduzimati poslove kojima upravljaju svojom zaradom ili imovinom koju su stekli radom.⁴

Radno zakonodavstvo koristi termin "omladina", kada ima na umu lica mlađa od 18 godina,⁵ dok poseban član posvećuje zaštiti lica koja su punoletna a nisu navršila 21. godinu života. Ipak, pojam maloletnika mora se razlikovati od pojma mladih. Shodno Zakonu o mladima, u tu grupu spadaju lica sa navršениh 15 godina do navršениh 30 godina,⁶ shodno tome, čine širu grupu od maloletnika.

Lica koja predstavljaju maloletnike spadaju u takozvanu vulnerabilnu grupu, jer se radi o licima koja prvi put zasnivaju radni odnos. Kako im radnopravni propis omogućuje da zaradu stiču pre godina punoletstva, radno pravo se javlja kao zaštitnik prava maloletnika. Smatra se da su maloletnici još uvek nedovoljno zreli kada započinju sa obavljanjem radnih zadataka koji su im povereni i da im je zaštita potrebna. To su lica koja tek započinju svoje radno iskustvo. Kako pravo zauzima stav da se zrelost stiče sa sticanjem poslovne sposobnosti odnosno punoletstvom, to je briga za maloletnike na višem nivou. Smatrajući da neće proceniti na adekvatan način poslove koje treba da obavljaju, propisuje se obavezan pristanak zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa.

Zakonom o radu u naš pravni sistem uveden je poseban uslov, ne tako čest u uporednom pravu, za zasnivanje radnog odnosa sa malolenikom, saglasnost roditelja (zakonskog zastupnika). Uvođenje ovog uslova uzrokovao je oprečne stavove u teoriji. Opšta evropska tendencija ide ka ukidanju saglasnosti roditelja za zasnivanje radnog odnosa maloletnika te se ovakvo rešenje našeg zakonodavca mnogostruko preispituje.

³ Ustav RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, član 66.

⁴ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011- dr. zakon i 6/2015, član 64.

⁵ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, član 84, u daljem tekstu ZOR.

⁶ Zakon o mladima, *Službeni glasnik RS*, br.50/2011, član 3.

U cilju približavanja pozitivnopravnog rešenja i njegovog osnaživanja mi smo u ovom radu prišle problemu iz drugog ugla. Tako smo u okviru postavke tj. zakonskog rešenja koje ne bi predviđalo obaveznom saglasnost roditelja za zasnivanje radnog odnosa, razmatrale sasvim izvesnu mogućnost nastanka štete za dete (kako materijalne tako i nematerijalne) i naknade te štete roditelju koji do detetovog punoletstva odgovara za njegovu dobrobit, tj. za njegov najbolji interes. Tako se postavlja pitanje da li bi bilo pravično da roditelj koji nije bio u poziciji da odlučuje o zaposlenju svog deteta snosi posledice tog zaposlenja odnosno svaki vid štete koji iz te pozicije proistekne, kao i pitanje lica koja bi bila dužna da vrše naknadu štete roditelju odnosno zakonskom zastupniku.

2. Posebna zaštita maloletnika u radnom pravu

Postulat posebne zaštite maloletnika ima svoje korene u zabrani dečijeg rada, odakle kreće i misao da je pojedinim kategorijama zaposlenih potrebna posebna zaštita. U tom smislu slobodno možemo reći da posebna zaštita u radnom odnosu koja se pruža ženama, osobama sa invaliditetom i maloletnicima ustvari počinje sa zahtevom da se ograniči radno vreme, a potom i zabrani rada dece početkom 18. veka.⁷ Razlog tome bili su nehumani uslovi rada za sve radnike u predionicama i tkačnicama pamuka, gde su deca bila pomoćnici pri izradi, a koji su često podrazumevali i dvadesetčetvoročasovni rad. Ograničenje radnog vremena za decu i zabrana noćnog rada u Engleskoj proširila se Evropom da bi normativnom delatnošću međunarodnih organizacija, najviše Međunarodne organizacije rada, dečiji rad bio zabranjen. Zato i ne čudi što je prva konvencija ove organizacije početkom dvadesetog veka bila posvećena upravo radnom vremenu.

Posebna zaštita maloletnika bila je tema regulisanja i međunarodnih dokumenata. Najznačajnija je u tom domenu aktivnost Međunarodne organizacije rada. Jedna od prvih konvencija u kojoj se pominje posebna zaštita zaposlenih bila je Konvencija br. 5 o minimalnim godinama starosti za rad u industriji. Na to su se nadovezivale konvencije u svakoj od oblasti rada sa istim ciljem: ograničiti rad mladih. Smatrajući da je pod svoje okrilje potrebno doneti konvencija koja će uspostaviti jedinstven standard za rad, Međunarodna organizacija rada donela je jednu od svojih najvažnijih konvencija, svakako najbitnija u oblasti posebne zaštite, Konvenciju br. 138 o minimalnim godinama starosti za zapošljavanje. Kako će sadržina rešenja ove konvencije biti pomenuta u poglavlju o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa, na ovom mestu smatramo bitnim ukazati na Konvenciju br. 182 o najgorim oblicima dečijeg rada. Navedeni dokument imao je za cilj da proklamuje najgore oblike dečijeg rada i zatraži hitnu intervenciju država potpisnica. Zanimljivo je da se konvencijom određuje pojam deteta, kao lica koje nije navršilo 18 godina života⁸, što predstavlja dosta širu definiciju od one koje je domaće pravo propisalo. Lista najgorih oblika dečijeg rada koju država potpisnica

⁷ P. Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 2012, 224.

⁸ Konvencija MOR-a br. 182 o najgorim oblicima dečijeg rada, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/03, član 1.

definiše u udruženju sa organizacijom poslodavaca i radnika nije konačna, već postoji obaveza države da je s vremena na vreme ispita i revidira. Od države se traži stalna aktivnost kroz propisivanje mehanizama i programa da bi se ovi oblici rada dece eliminisali uz stalno praćenje. Na ovaj način, proklamovan je cilj zaštite dece i zabrane eksploatacije njihovog rada koji, čini se, daje rezultate u praksi.

Domaće pravo posebno štiti maloletnike kao lica koja još nisu navršila 18 godina. Određeni vid zaštite predviđa se i za lica koja su navršile godine maloletstva do 21. godine života. Maloletnici najpre uživaju posebnu zaštitu kada je fond radnog vremena u pitanju. Umesto standardnih 40 časova nedeljno, maloletnici mogu raditi najviše 35 časova. Prekovremeni rad i preraspodela radnog vremena kao specifične forme organizacije rada za maloletnika su zabranjene. Noćni rad je u načelu zabranjen ali zakon dopušta odstupanje ukoliko su u pitanju poslovi u oblasti kulture, sporta, umetnosti i reklamne delatnosti koji je prekinut usled više sile, ali samo ako traje određeno vreme, mora se završiti bez odlaganja, a poslodavac nema na raspolaganju za rad druge punoletne zaposlene. Postavlja se pitanje da li zaista postoje poslovi u navedenim delatnostima koji se moraju završiti bez odlaganja a da ih ne izvršavaju punoletna lica već se poslodavac mora oslanjati na maloletnike. Ovakvo odstupanje u pogledu noćnog rada ne smatramo opravdanim i zaslužuje detaljniju regulativu. Premda zakon propisuje obavezan nadzor od strane punoletnog zaposlenog lica, smatramo da bi u ovom slučaju potrebno uključiti inspekciju rada za nadzor ili bar izveštaj o noćnom radu maloletnika, kako ne bi došlo do iscrpljivanja radnika jer zakon postavlja pravni standard "određeno vreme", koji poslodavci mogu različito tumačiti.

Kako određeni uslovi na poslu mogu štetno uticati na zaposlenog maloletnika, kao osobu koja je još uvek u razvoju, zakon zabranjuje rad na poslovima koji iziskuju težak fizički rad, rad pod zemljom, pod vodom, na visini, rad na hladnoći, toploti, kao i rad na poslovima koji uključuju izlaganje maloletnika štetnom zračenju, vibracijama, sredstvima za rad koja su otrovna, kancerogena.⁹ Zakon potom daje jednu uopštenu formulaciju kojom zabranjuje rad maloletnika na svim onim poslovima koji mogu delovati štetno na njegov život i zdravlje, po nalazu nadležnog zdravstvenog organa. Primetna je intencija zakonodavca da na ovaj način proširi zaštitu maloletnika na sve one poslove koje nije mogao da predvidi prilikom regulisanja zakonskih normi.

Vrlo koncizno, zakon govori o zaštiti zaposlenih tzv. "mlađih punoletnih lica", predviđajući zaštitu na poslovima koji mogu da štete njihovom zdravlju na osnovu procene nadležnog zdravstvenog organa. Smatramo da ova kategorija zaposlenih zaslužuje koji član više u zakonu, jer se vrlo često u praksi dešava da prvi radni odnos lica zasnuju upravo sa navršениh 18. godina, odnosno nakon završene srednje škole, te bi zaštitu ovih lica trebalo produbiti.

3. Minimalni uzrast maloletnika za zasnivanje radnog odnosa

Radno pravo predviđa opšte i posebne uslove za zasnivanje radnog odnosa. Izmenama zakona, domaći propisi predviđaju opšti uslov za zasnivanje rad-

⁹ ZOR, član 84.

nog odnosa koji se tiče godina života. Opšta zdravstvena sposobnost više nije preduslov da bi lice zasnovalo radni odnos,¹⁰ jer bi na taj način bila uskraćena šansa za zaposlenje osobama sa invaliditetom koja nemaju potpunu zdravstvenu sposobnost.

Godine života bile su često tema akata međunarodnih organizacija. Jedan od osnovnih zahteva radničke klase u 18. veku bilo je skraćivanje radnog vremena za decu i podizanje starosne granice za rad, kako bi se iskorenilo eksploataisanje dece. I danas važeća, konvencija Međunarodne organizacije rada br. 138 o minimalnim godinama za zapošljavanje imala je za predmet regulisanja upravo pitanje godine života za rad u određenim oblastima. Kao sveobuhvatni dokument koji je zamenio Konvenciju br. 5 i druge postojeće pravne instrumente, sa ciljem da se dečiji rad iskoreni, uspostavljen je standard. U članu 2. navedene konvencije, propisana je obaveza za sve države koje su konvenciju ratifikovale da minimalni opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa ne treba da budu ispod godina starosti kada se završava osnovno obrazovanje i granica ne sme biti niža od 15 godina.¹¹ Odstupanja su minimalna. Ista konvencija propisuje zabranu rada mladih od 18 godina na poslovima koji mogu ugroziti zdravlje, sigurnost ili moral i navedena odredba se može naći u domaćem Zakonu o radu.¹²

Primereno je da je starosna granica za zasnivanje radnog odnosa niža u odnosu na godine života koje predviđa građansko pravo za sticanje punoletstva. U teoriji, autori objašnjavaju da na ovaj način radno pravo postavlja standard kojim pretpostavlja da je lice sa navršениh 15 godina života psihički i fizički sposobno da obavlja radne zadatke, da izdrži stres i sve ono što radni odnos sa sobom nosi.¹³ Kako porodično zakonodavstvo nije zauzelo stav po tom pitanju, radnopravni propisi propisuju nižu granicu za zasnivanje radnog odnosa od one koje građanska pravila zahtevaju da bi lice moglo da zaključi ugovor i postane poslovno sposobno. U tom smislu, radno pravo omogućava licu da stekne određenu poslovnu sposobnost, koja je ograničenog karaktera.¹⁴ Ograničena je dvostruko: vezana je za radni odnos, za potpisivanje ugovora o radu, kao specifične vrste ugovora i nju lice poseduje samo dok taj radni odnos traje, te bi lice ostalo bez ove posebne radne sposobnosti ukoliko raskine ugovor o radu, dobio otkaz ili ako bi na drugi način bio raskinut radni odnos u skladu sa zakonom. Drugo ograničenje predstavlja tematiku ovog rada, a to je saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa.

Zanimljivo je da se navedene godine za zasnivanje radnog odnosa podudaraju sa godinama života kada lice završava osnovno obrazovanje. Zasnovan radni odnos ne sme da remeti obrazovanje maloletnika. Ustav Republike Srbije propisuje obavezno osnovno obrazovanje.¹⁵ Razlog za to jeste usvojen standard međunarodnih propisa da osnovno obrazovanje treba da bude obavezno. Međutim, radi

¹⁰ P. Jovanović, 187.

¹¹ Konvencija MOR-a br. 138 o minimalnim godinama za zasnivanje radnog odnosa, *Službeni list SRJ*, br. 14/82, čl. 2.

¹² ZOR, čl. 24.

¹³ N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Zagreb, 1969, 6.

¹⁴ P. Jovanović, 188.

¹⁵ Ustav RS, čl. 71.

se o standardu koji ne precizira u čemu se konkretno sastoji osnovno obrazovanje i koliko ono traje¹⁶ te bi pozitivni propisi morali da zauzmu stav po tom pitanju. S druge strane, ima autora koji poistovećuju ova dva zahteva i zauzimaju stav da lice završetkom osnovnog obrazovanja koje traje osam godina i sticanjem godina života može ostvariti pravo na rad.¹⁷

Postavlja se pitanje prava i obaveza lica koje je poslodavac zaposlio a koje još uvek nije navršilo 15 godina. Kako su godine života uslov za zasnivanje radnog odnosa, uslov *sine qua non* bez kog radni odnos ne postoji, to posredi neće ni postojati radnopravni odnos već faktički rad.¹⁸

4. Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa

Porodični zakon Srbije ne sadrži odredbe o zapošljavanju maloletnika. Odgovore na pitanja o mogućnosti i uslovima zasnivanja radnog odnosa maloletnika daje nam Zakon o radu koji je *lex specialis* u ovoj oblasti. Zakon o radu, koji izričito zahteva postojanje saglasnosti roditelja ili drugih zakonskih zastupnika deteta za zasnivanje ugovora o radu. Raniji Zakon o braku i porodičnim odnosima predviđao je mogućnost zasnivanja radnog odnosa maloletnika bez saglasnosti roditelja.¹⁹

U našem porodičnom pravu, maloletnici se dele na starije i mlađe maloletnike. Maloletnik do 14 godina može samostalno zaključiti poslove malog značaja, poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze i pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava. Dete koje je navršilo 14. godina (stariji maloletnik), pored poslova koje može zaključiti i mlađi maloletnik, može obavljati i sve ostale poslove, ali uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja. Prethodna ili naknadna saglasnost organa starateljstva je potrebna ukoliko roditelji raspolažu nepokretnom imovinom ili pokretnom imovinom velike vrednosti deteta.

Ugovor o radu predstavlja posebnu vrstu ugovora. Da bi se na pravi način shvatio ovaj ugovor potrebno je proučiti opšta pravila o ugovornoj sposobnosti osoba koje nemaju potpunu poslovnu sposobnost. Jedan od osnovnih uslova punovažnosti ugovora jeste da onaj ko zaključuje ugovor ima poslovnu sposobnost potrebnu za zaključenje tog ugovora. Kako je dete ograničeno poslovno sposobno ono može, bez odobrenja svog zakonskog zastupnika, zaključiti samo one ugovore čije mu je zaključivanje zakonom izričito dozvoljeno. U slučaju da zakonski zastupnik ne da odobrenje za zaključenje ugovora, takav ugovor je rušljiv, ali može biti osnažen naknadnim pristankom zakonskog zastupnika.²⁰

¹⁶ Lj.Kovačević, U.Novaković, Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom, *Pravo i privreda*, 2017, 5.

¹⁷ P. Jovanović, 188.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Zakon o braku i porodičnim odnosima, *Službeni glasnik SRS*, br. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01, član 122.

²⁰ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. List SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. List SRJ*, br. 31/93 i *Sl. List SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, član 56.

Za razliku od Porodičnog zakona koji ne propisuje bliže uslove vezane za zaključenje ugovora o radu sa maloletnikom, Zakon o radu o čini. Tako Zakon o radu propisuje da nije moguće zaključivanje ugovora o radu sa detetom bez saglasnosti zakonskog zastupnika deteta. Upravo ova odredba, odnosno pitanje saglasnosti zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom, izazvala je dosta suprotstavljenih stavova u pravnoj teoriji. Iz ovog uslova predviđenog ugovorom o radu proizilazi pitanje o punovažnosti ugovora o radu zaključenog sa maloletnikom za čije zaključenje nije data saglasnost roditelja.

Zakon o radu propisuje da je za punovažno zasnivanje radnog odnosa sa detetom potrebno je da se ispune sledeći uslovi: navršenih 15 godina života; zaštita zdravlja, obrazovanja i morala deteta; da se radni odnos ne zasniva za obavljanje posla na kojem je zakonom zabranjeno zapošljavanje maloletnika, i saglasnost zakonskog zastupnika deteta.²¹

Navedena odredba Zakona o radu ne govori o tome da li je potrebno da roditelj da saglasnost kao prethodnu ili je moguće da se saglasnost da naknadno, posle potpisivanja ugovora o radu.²² Ali Zakon o radu govori o obaveznoj pismenoj saglasnosti roditelja, te nas na taj način ipak u određenoj meri usmerava u pogledu opredeljivanja o momentu do kog je potrebno da se da saglasnost roditelja .

Kako u Srbiji lica sa 15 godina, u vreme dok još imaju ograničenu poslovnu sposobnost, mogu zaključiti radni odnos, u razmatranju pitanja saglasnosti roditelja treba poći od Zakona o obligacionim odnosima. Govoreći o ugovorima koje zaključuju ograničeno poslovno sposobna lica Zakon o obligacionim odnosima razlikuje dve grupe ugovora: one za koje je potrebno odobrenje zakonskog zastupnika i one ugovori za koje se ne traži odobrenje zakonskog zastupnika. U slučajevima kada je potrebno odobrenje, onda je moguće da nedostatak odobrenja prouzrokuje nepunovažnost ugovora, ali ne i nemogućnost njegovog nastanka. Ako bismo prihvatili tumačenje da je potrebno odobrenje zakonskog zastupnika za zaključenje ugovora o radu sa maloletnikom, onda bi u slučaju izostanka saglasnosti bili rušljivi. Međutim, nedostatak odgovarajućih pravila u Porodičnom zakonu i izričita odredba o saglasnosti roditelja u Zakonu o radu navode na zaključak da je za zasnivanje radnog odnosa potrebna i saglasnost roditelja deteta. Zakon o obligacionim odnosima govori samo o odobrenju, što je termin kojim se obuhvata i prethodna saglasnost (dozvola) i naknadna saglasnost (odobrenje).²³

Organ starateljstva ima veliku ulogu u raznim pitanjima vezanim za dete, i posebno nastoji da zaštiti najbolji interes deteta. Vezano za pitanje o kom se u ovom radu bavimo on daje i saglasnost umesto roditelja odnosno zakonskih zastupnika. Tako on daje saglasnost u dva slučaja: usled nepostojanja saglasnosti roditelja i usled odbijanja saglasnosti roditelja.²⁴

S obzirom da roditeljska saglasnost predstavlja uslov za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom, postavlja se pitanje posledica neopravdanog

²¹ ZOR, član 24.

²² Vid. O Stanković, V. Vodinečić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2007, 180.

²³ M. Đurđević, Ugovor ograničeno poslovno sposobnog maloletnika, *Pravni život*, br, 10/1996, 484.

²⁴ Organ starateljstva daje saglasnost maloletniku za zasnivanje radnog odnosa, ako roditelji nisu živi, nepoznati su, lišeni su roditeljskog prava ili neopravdano odbijaju da daju saglasnost.

uskraćivanja saglasnosti roditelja. Pravila porodičnog prava nam daju odgovor na ovo pitanje. U svim slučajevima kada postoji suprotstavljenost najboljeg interesa deteta i njegovih zakonskih zastupnika, detetu se postavlja kolizijski staratelj. Kolizijski staratelj zastupata interese deteta u spornom odnosu.²⁵

5. Izostanak saglasnosti zakonskog zastupnika i naknada štete

U teoriji se mogu čuti stavovi da je rešenje Zakona o radu kojim se za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom zahteva izričita pismena saglasnost roditelja (zakonskog zastupnika) neodgovarajuće. Argumenti za ovakav stav se crpe iz uporednopravne legislative²⁶ i međunarodnih propisa²⁷ koji u najvećem broju ne predviđaju roditeljsku saglasnost kao uslov za zasnivanje radnog odnosa, kao i iz činjenice da se današnje rešenje razlikuje u odnosu na ranija zakonska rešenja, u pogledu zahteva za postojanjem saglasnosti roditelja za zasnivanje radnog odnosa.²⁸

Da bismo približile pozitivnopravno rešenje i da bismo pojasnile naš stav o korisnosti ovog dodatnog uslova, postavile smo drugačije situaciju. U okviru postavke tj. zakonskog rešenja koje ne bi predviđalo obaveznom saglasnost roditelja za zasnivanje radnog odnosa, razmatrale sasvim izvesnu mogućnost nastanka štete za zakonskog zastupnika deteta. Pitanje nastanka štete roditelju deteta koje je na ovaj način zasnovalo rani odnos je sasvim izvesno i važno jer do detetovog punoletstva, odnosno sticanja potpune poslovne sposobnosti roditelj odgovara za njegovu dobrobit, tj. za njegov najbolji interes, a sve u cilju kako lične dobrobiti, tako i zaštite javnog interesa.

Pravni sistemi razlikuju dva sistema odgovornosti za poruzrokovanu štetu: subjektivni i objektivni. Ova podela je izvršena u zavisnosti od toga da li krivica predstavlja pravni osnov sticanja prava odnosno obaveze naknade štete. Subjektivna (deliktna, skrivljena, na osnovu krivice) odgovornost za štetu jeste odgovornost onoga ko je kriv i zato što je kriv, a objektivna (nedeliktna, neskrivljena, bez krivice) odgovornost za štetu- odgovornost iz kog drugog razloga, nezavisna od krivice. Zakon o obligacionim odnosima karakteriše subjektivni koncept odgov-

²⁵ Porodični zakon, član 265.

²⁶ O podeli i načinima na koje strana prava uređuju pitanje saglasnosti za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom više vidi u : Lj. Kovačević, U. Novaković, *Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom*, *Pravo i privreda*, 2017.

²⁷ Ni jedno od merodavnih izvora evropskog prava ne zahteva postojanje saglasnosti roditelja za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom. Izuzetak predstavljaju izvori prava Evropske unije koji se odnose na zapošljavanje dece u kulturi, umetnosti, sportu i reklamnoj delatnosti i koje je uslovljeno prethodnim ovlašćenjem nadležnog državnog organa ili tela. Nadležni subjekt izdaje ovlašćenje u svakom konkretnom slučaju. Vidi: Lj. Kovačević, U. Novaković, *Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom*, *Pravo i privreda*, 2017.

²⁸ Osnovnim zakonom o odnosima roditelja i dece (1947) bilo je predviđeno da dete koje je navršilo 14 godina može zaključiti ugovor o radu i samostalno raspolagati svojom zaradom (čl. 11). Zakon o udruženom radu (1976) predviđao je da radni odnos može da zasnuje lice koje je navršilo petnaest godina života i ima opštu zdravstvenu sposobnost (čl. 168, st. 2). Više vidi u: O. Stanković, *Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6/1982, 1224. i dalje.

ornosti i pravilo o pretpostavljenoj krivici za prouzrokovanu štetu.²⁹ Danas, obligacionopravni model odgovornosti za štetu karakteriše udaljavanje od kaznene uloge normi o odgovornosti.³⁰

Naše pozitivnopravno rešenje sadržano u Zakonu o obligacionim odnosima zasniva se na pretpostavljenoj krivici. Odgovornost štetnika se zasniva na uzročnoj vezi i prouzrokovanoj šteti, pri čemu se eventualna šteta pretpostavlja. Posledica ovakve zakonske postavke jeste da u pranicima oštećeni, kao tužilac, treba da dokaže da je štetu pretrpeo i da je lice koje tuži tu štetu prouzrokovalo.³¹ Tužilac nije dužan da dokazuje da je štetnik kriv za prouzrokovanu štetu i njemu ovakva formulacija zakonodavca pogoduje. Ovakvom formulacijom teret dokazivanja je prebačen sa tužioca na tuženog. Suprotno pravilo bilo je predviđeno u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima, profesora Mihaila Konstantinovića.³² U ovoj definiciji, odgovornost štetnika je zasnovana, neposredno na krivici.³³ Kako su svi elementi odgovornosti: šteta, uzročna veza i krivica pomenuti u istoj ravni, logično proizilazi da ih oštećeni, kao tužilac u sporu mora dokazati.^{34,35} Definicija profesora Konstantinovića: „Ko drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom dužan je naknaditi je.“ bila je napredna za vreme u kojoj je nastala. Tada je uticaj krivičnog prava i u njemu definisane krivice odlučno uticalo i na definisanje krivice u građanskom pravu i dovelo do njihovog poistovećivanja, što se na žalost čini i do danas. Uz definiciju profesor Konstantinović je izložio novi pristup određivanju pojma krivice. U članu 127. Skice prof. Konstantinović navodi: „Pri prosuđivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo ili ne, to jest da li se ponašalo kako je trebalo, sud vodi računa o redovnom toku stvari, i o tome šta se od razumnog i pažljivog čoveka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima. „Iz ove definicije je vidno da se takvom postavkom u središte pojma krivice stvareno ponašanje učinioca štete, a ne njegov psihički odnos prema ponašanju i nastaloj šteti.

Komisija za izradu Građanskog zakonika Srbije je u članu 295 stav 1 predvidela zamenu i novo definisanje štete, čime se odstupa od pozitivnopravnog koncepta pretpostavljene krivice i vraća se rešenju predviđenom u Skici profesora Konstantinovića, uz redefinisavanje i prilagođavanje pojma krivice u građanskom pravu.

Kako još uvek Građanski zakonik Srbije nije donet, u cilju zadate teme analiziraćemo odredbe i uslove za odgovornost predviđene Zakonom o obligacionim odnosima, uz poseban osvrt na nematerijalnu štetu, kao onu koja je najizvesnija u hipotetičkoj situaciji koju smo postavili da bi se dokazalo.

²⁹ Zakon o obligacionim odnosima, član 154. st. 1.

³⁰ V. Vodinelić, *Građansko pravo- Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2014, 499.

³¹ M. Orlić, Sistem pretpostavljene krivice ili krivica kao pogrešno ponašanje?, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2019, 8.

³² Ibid, 8.

³³ „Ko drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom dužan je naknaditi je“, Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori*, Skica za Zakon o obligacijama i ugovorima, čl. 123. st.1.

³⁴ M. Orlić, Sistem pretpostavljene krivice ili krivica kao pogrešno ponašanje?, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2019, 8.

³⁵ Pravilo predviđeno Skicom proisteklo je iz Srpskog građanskog zakonika.

Opšti uslovi za odgovornost jesu: šteta, štetna radnja i uzročna veza, dok se krivica pretpostavlja.

Šteta je apstraktan pravni pojam koji se u propisima retko definiše, a u teoriji je određen kao povreda pravno priznatog i zaštićenog imovinskog ili neimovinskog interesa nekog lica.³⁶ Šteta je pojam koji podrazumeva subjekta kome se ona nadoknađuje (oštećeni subjekt). U slučaju koji mi postavljamo upitno je kome se nadoknađuje šteta i ko su sve oštećeni subjekti.

U situaciji kada bi bila naneta šteta detetu koje je samostalno stupilo na rad i zasnivalo odnos sa poslodavcem bez saglasnosti zakonskog zastupnika, po našem mišljenju, oštećeni subjekti bili bi kako dete tako i roditelj koji nije bio pitan za zaključenje radnog odnosa iz kog je proistekla neka vrsta štete za dete. Različiti su štetnici za roditelja i za dete, ali je činjenica štete prisutna kod oba subjekta. Ako zakonskim rešenjem ne bi bila predviđena obavezna saglasnost roditelja onda bismo došli u situaciju da roditelj nema mogućnost učestvovanja u donošenju odluke koje za dete može biti izuzetno štetna, iako se prema nekim pokazateljima (npr. kriterijum štetnosti po zdravlje) ne mora pokazati u prvom momentu kao potencijalno štetno, a što roditelj može takvim proceniti, ipak bolje poznajući realne mogućnosti, kao i neke posebne osobine njegovog deteta.

U slučaju nekog nemilog događaja i nastanke štete za dete, istovremeno nastaje šteta i za roditelja. Stavljajući po strani materijalnu štetu, jer se računa sa tim da će ona biti nadoknađena detetu u svakom slučaju, kao i nematerijalnu štetu nanetu detetu za koju ćemo takođe pretpostaviti da će redovno biti nadoknađena detetu, potrebno je posebno osvetliti nematerijalnu štetu koja bi prema našem mišljenju morala biti nadoknađena roditelju kome je, bez njegove krivice i uopšte pitanja, nastala.³⁷ Šteta se redovno dokazuje i to od strane oštećenog. Mišljenja smo da bi u ovom slučaju šteta trebala biti nadoknađena roditelju po osnovu sličnom onom po osnovu naknade štete licu čije blisko lice je umrlo ili pretrpelo povredu, šteta trebala biti pretpostavljena i po tom osnovu nadoknađena.

6. Neimovinska šteta roditelja (zakonskog zastupnika)

Neimovinska šteta može nastati u situacijama subjektivne i objektivne odgovornosti, kao i u situacijama ugovorne, predugovorne i vanugovorne odgovornosti.³⁸

Zakona o obligacionim odnosima u članu 200 navodi mogućnost dosuđivanja pravične naknade u slučaju pretrpljenih fizičkih bolova, pretrpljenih duševnih bolova zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica kao i za strah. Sud posebno ceni intenzitet i obim pretrpljenih fizičkih i/ili psihičkih bolova.

³⁶ V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2014, 508.

³⁷ Apstraktni pojam štete se približava vrstama štete a to su materijalna (imovinska) i nematerijalna (neimovinska) šteta.

³⁸ M. Bećirović Alić, A. Ahmatović Ljajić, *Naknada nematerijalne štete u teoriji i sudskoj praksi Republike Srbije, Ekonomski izazovi*, god. 7, br. 13, 2018, 140-152.

Glavni cilj naknade štete sastoji se u otklanjanju štetnih posledica, i to se može postići i kod nekih nematerijalnih šteta. Ipak, najveći broj nematerijalnih šteta ne može se popraviti putem naturalne restitucije. Stoga, dolazi u obzir jedino novčano davanje radi zadovoljenja (satisfakcija) oštećenog, a ne kao cena prikraćenog dobra.³⁹ Prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i njenoj naknadi, sud mora voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi naknada.

Zakon o obligacionim odnosima poznaje novčanu i nenovčanu naknadu nematerijalne štete. Suštinska razlika između novčane i nenovčane naknade nematerijalne štete jeste u načinu dokazivanja. Oštećeni je, u slučaju kada traži nenovčanu naknadu štete dužan dokazati samo povredu nekog od prava ličnosti, a u slučaju kada traži novčani oblik naknade štete oštećeni je dužan da dokaže povredu ličnog dobra kao i posledicu koja je proistekla iz te povrede.

Zakon o obligacionim odnosima je *numerus clausu* predvideo oblike nematerijalne štete za koje se može dosuditi novčana naknada. Fizički bol i strah su regulisani na uopšten način.⁴⁰ Duševni bolovi nisu samostalan oblik nematerijalne štete. Duševni bolovi⁴¹ predstavljaju kriterijum na osnovu kog sud ceni da li njihova jačina i trajanje predstavljaju osnovu za naknadu nematerijalne štete. Nematerijalna šteta je povreda nekog od prava ličnosti (prava na fizički integritete, psihički integritet, zaštitu zdravlja, dostojanstvo, slobodu).⁴² Nematerijalna šteta za pretrpljene duševne bolove može se dosuditi zbog: umanjena životnih aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode, smrt bliskog lica, zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica i zbog krivičnih dela protiv dostojanstva ličnosti i morala.

Nematerijalna šteta se definiše kao nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha. Osnova razlikovanja materijalne i nematerijalne štete nalazi se u pojmu imovinskog i neimovinskog dobra. Imovinska dobra su smatraju sva dobra čija se vrednost može izraziti u novcu, tj. dobra koja imaju opštu vrednost.⁴³ Vrednost neimovinskih dobara se ne može izraziti u novcu, njihova vrednost je vezana za lice kojemu dobro pripada, dok za ostala lica ono nema nikakvu vrednost.

Upravo u našem hipotetički razmatranom slučaju ima prostora za zahtevanje naknade nematerijalne štete roditelja koji nije bio pitan za davanje saglasnosti za zasnivanje radnog odnosa svog deteta, ali trpi štetu izazvanu povredom deteta. Duševni bol, strah, neizvesnost, muči roditelja koji nije bio pitan da odlučuje o pitanju koje je bitno za pravilan razvoj svog deteta, a neminovno snosi deo štete koja je nastala detetu.

³⁹ G. Obradović, S. Kovačević Perić, Novčana naknada nematerijalne štete zbog nezakonitog otkaza, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Nišu*, br. 67, 2014.

⁴⁰ U članu 200. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima nisu regulisani pojedinačni slučajevi koje izazivaju fizički bol i strah. Za razliku od ovog slučaja, pravična novčana naknada nematerijalne štete za duševne bolove može se dosuditi za taksativno navedene slučajeve.

⁴¹ Zakon o obligacionim odnosima, član 155.

⁴² M. Bećirović Alić, A. Ahmatović Ljajić, Naknada nematerijalne štete u teoriji i sudskoj praksi Republike Srbije, *Ekonomski izazovi*, god. 7, br. 13, 2018, 140- 152.

⁴³ Ibid.

Konstatujući izvesnost nastanka štete za roditelja odnosno zakonskog zastupnika, postavlja se pitanje ko je štetnik, odnosno lica koje će snositi nakanadu štete roditelju. Kako je dete u odnosu sa poslodavcem ili licem koje mu je na radnom odnosu ili u vezi sa radom nanelo štetu, nas ovaj odnos ne sme primarno interesovati. Ne bi bilo pravično teretiti poslodavca ili drugo lice koje je nanelo štetu detetu da nadoknadi i nematerijalnu štetu posredno izazvanu i roditelju. Kako bi ovakva šteta proizilazila iz zakonskog rešenja koje onemogućuje roditelja da odlučuje o pitanju koje je od suštinskog značaja za razvoj njegovog deteta, država, kao zakonodavac bi bila obavezna tu štetu i nadoknaditi.

7. Zaključak

Prema rešenju našeg zakonodavca maloletno lice može zaključiti radni odnos uz jedan dodatni uslov a to je saglasnost roditelja odnosno zakonsko zastupnika. Ovakvo rešenje predstavlja izuzetak i u modernom evropskom pravu se načelno ne primenjuje. U poslednje vreme sve više se preispituje nužnost ovakvog našeg rešenja.

Kako bismo obrazložile pozitivni stav prema našem aktuelnom rešenju, mi smo u ovom radu postavile situaciju drugačije i zamislile šta bi bilo kada bismo ovaj zakonski uslov izostavili. Tako smo došli do sasvim izvesne situacije nastanka nematerijalne štete za roditelja koji nije bio pitan za davanje saglasnosti za zasnivanje radnog odnosa svog deteta. Roditelj, kao lice koje do sticanja potpune poslovne sposobnosti deteta ima brojna prava ali i dužnosti prema njemu, u ovoj situaciji snosi posledice i trpi štetu za situaciju koja je nastala, a da mu zakonodavac nije ni ostavi mogućnost da se usprotivi zasnivanju odnosa iz kog je nastala šteta. Oštećeni u ovom slučaju bili bi kako dete tako i roditelj, dok bi štetnik u odnosu na dete bio poslodavac, a u odnosu na roditelja država, odnosno zakonodavac koji je zakonskim rešenjem onemogućio roditelju da zaštiti najbolji interes svoga deteta.

Ratio legis ograničenja, predviđenog u našem zakonodavstvu, sposobnosti maloletnika da samostalno zasnjuje radni odnos je u dodatnoj zaštiti maloletnika od izrabljivanja u savremenim uslovima surove tržišne utakmice. Kako su maloletnici još uvek nedovoljno zreli i bez iskustva, smatramo da je saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa brana ishitrenim odlukama lica koja zasnivaju prvi put radni odnos a nisu navršili 18 godina. Obaveza roditelja je da se stara o svom detetu do godina punoletstva, što svakako podrazumeva i njegovo radno angažovanje i izbor zanimanja i poslodavca.

U sistemu gde je ogroman procenat zlostavljanja, zloupotreba dece, upitnog radnog angažovanja (i sa saglasnošću roditelja, a strašnoj je zamisliti kako bi bilo bez nje) mišljenja smo da je pozitivnopravno rešenje odgovarajući trenutnim okolnostima razvoja u našoj zemlji. Još uvek prisutan, prinudni rad dece može biti sprečen upravo intervencijom roditelja, koji će biti upoznat sa uslovima rada.

Sve dok su okolnosti sa zaštitom radnika, a naročito dece, poprilično diskutabilne, smatramo da je svako dodatno ograničenje i mera zaštite od eventualne zloupotrebe, koja u ovom slučaju može imati posebno poguban ishod, dobrodošla.

* * *

***ABSENCE OF CONSENT OF LAW REPRESENTATIVE FOR
EMPLOYMENT OF MINOR AS A POSSIBLE SOURCE
OF A IMMATERIAL DAMAGE***

Summary

Minors, as a particularly sensitive group of employees must enjoy special protection of the state and society. Since employment is a ticket to the labor market, it is important to clearly define the conditions under which the employment relationship is based. The question is even more important when the employment relationship is based on a person who has not yet completed the year of adulthood, as is currently provided by the provisions of labor legislation. In addition to the general conditions that every potential employee needs to fulfill, a special condition has been introduced in our law regarding the consent of the parents. The introduction of this condition has caused debates in our theory and this issue needs to be analyzed separately from the aspect of labor and family legislation.

The earlier Marriage and Family Relations Act stipulated that a juvenile can establish a working relationship without the consent of the parent. By the reform of family legislation in 2005, this provision is omitted, and the Labor Law represents *lex specialis* in this area because it regulates the conditions under which a juvenile can establish a labor relation and as one of them provides for the obligatory consent of the parent (legal representative). As the tendency of a positive legislation to disadvantage this consent from the law, the above topic requires deeper research and answers to the questions asked.

In this paper we have come to the current problem from another angle and in this way explained the affirmative attitude towards the positive legal solution of our legislator. We investigated the consequences that could certainly occur for the parents of a minor who was not asked to agree with the establishment of his child's employment, that is, we have investigated the possibility of immaterial damage, the possibility of its compensation, as well as the question of the subject who would be obliged to compensate the parent who was not asked to give consent for the establishment of his child's employment.

Key words: minors, employment, legal representatives, consent, compensation of damages.

II - NAKNADA ŠTETE
DAMAGE COMPENSATION

Borivoje Živković¹

TERET DOKAZIVANJA UZROKOVANJA I NAKNADE ŠTETE

Apstrakt

U parničnom postupku institut dokazivanja obuhvata niz parničnih radnji u cilju utvrđivanja pravno važnih činjenica. Predlaganje dokaza i iznošenje činjenica zasnovano je na načelu dispozicije stranaka, osim ex lege izuzetka. Predmet dokazivanja su sporne pravne činjenice mero-davne za odluku u konkretnoj parničnoj stvari. Sadržaj donjeg sudskog si-logizma određuje pravnu kvalifikaciju. Kada se radi o sporu radi naknade štete, teret dokazivanja podeljen je među strankama. Nužno je razlikovati procesni i materijalni vid dokazivanja uzrokovanja štete. Sa stanovišta procesnih pravila, teret dokazivanja uvek pada na oštećenom kao tužiocu. Suprotna pravila na ovu temu važe kada se problem rešava sa materijalno pravnog stanovišta. Kod instituta subjektivne odgovornosti postojanje činjenica koje se odnose na uzrokovanje štete dokazuje oštećeni. To su činjenice koje se odnose na uzrok štete, lice koje je stvorilo taj uzrok i štetnu posledicu. Kada su one utvrđene kod ovog vida odgovornosti, stvorena je oboriva zakonska pretpostavka o postojanju krivice lica koje je označeno kao štetnik. Tada se prevalljuje teret dokazivanja na to lice koji mora da obori činjenice koje obrazuju njenu presumptivnu bazu. On to čini tako što iznosi činjenice iz kojih sledi da je šteta nastala bez njegove krivice. Suprotno, kod objektivne odgovornosti i njenih modaliteta kada je dokazana činjenična baza (da šteta potiče od opasne stvari odnosno opasne delatnosti), deluje pretpostavka uzročnosti koja zamenjuje pretpostavljenu krivicu. Tada lice na koga deluje ta pretpostavka treba da obara tu vezu, što na njega prevalljuje teret dokazivanja.

Kod utvrđivanja uzroka štete, odnosno elemenata za određivanje njene naknade, nisu uvek u upotrebi sva dokazna sredstva. U određenim slučajevima u odsustvu predlaganja odgovarajućeg dokaza čijim se izvođenjem utvrđuju pravno važne činjenice od značaja za razjašnjenje odgovarajućih okolnosti, oštećeni kao tužilac može biti izložen posledici iskazanoj u vidu negativne odluke u in concreto parnici. Neizvedeni dokazi koji su predloženi u tužbi radi naknade štete, odnosno odsustvo dokaznih predloga u njenom sadržaju, samo po sebi nije smetnja za donošenje kon-

¹ Sudija Apelacionog suda u Beogradu u penziji; mail:bora.zivkovic50@gmail.com

tumacionih presuda. Visina štete se može utvrđivati pod *ex lege* propisanim uslovima i na osnovu slobodne ocene.

Ključne reči: dokazivanje, predmet dokazivanja, dokazno sredstvo, pravne činjenice, dispozicija, predlaganje dokaza uzrokovanje štete, pretpostavke građanskopravne odgovornosti, obim štete, predmet dokazivanja, pretpostavljena krivica, pretpostavka uzročnosti, odgovarajuće dokazno sredstvo, teret dokazivanja, slobodna ocena, presuda na osnovu propuštanja, teret činjenične tvrdnje i dokaza.

1. Uvod

Zakon o parničnom postupku zasnovan je na formalnoj (procesnoj), a ne na materijalnoj istini. Za odluku u konkretnoj parničnoj stvari dovoljno je da se obrazuje činjenična građa po pravilima ovoga zakona, a ne i da se utvrde sve pravno važne činjenice koje bi *in toto* odgovarale stvarnom stanju. Neka tome posluže dva razloga:

- Dispozicija je merodavno načelo u obrazovanju činjenične građe, osim *ex lege* izuzetka. Ona se materijalizuje kroz dužnost stranaka da iznesu činjenice (teret tvrđenja) i predlože dokazna sredstava (teret dokazivanja). U parničnom postupku stranke moraju da navedu činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. To je zakonska naredba.² Utvrđuju se pravno važne činjenice koje obrazuju sadržaj donjeg sudskog silogizma. Njihova pravna važnost određena je sadržajem pretpostavke dispozicije odgovarajuće pravne norme. Nebitno je da li se radi o neposrednim dokazima koji predstavljaju neposredno postojanje određenih činjenica, ili posrednim dokaza gde se postojanje određenih činjenica utvrđuje na osnovu njihove veze sa drugim činjenicama.

To podrazumeva i dužnost svake od stranaka da izloži činjenice koje su potrebne za primenu prava i da u istom cilju predloži odgovarajuće dokaze. Sa stanovišta poštovanja ove procesne dužnosti nije bitna stranačka uloga, jer svaka od stranaka mora da pokaže napor pošto od uspeha u dokazivanju pravno važnih činjenica zavisi rezultat iskazan u sadržaju izreke sudske odluke kojom se pravnosnažno okončava parnični postupak. Dokazni rezultat treba da potvrdi da postoje pravno važne činjenice koje doprinose uspehu određene stranke/a u *in concreto* parnici.

- Redukcija istražne maksime kao pomoćnog načela u pogledu uloge suda koja se osim izuzetka iz odredbe člana 3. ZPP svodi na podsticaj stranaka da aktiviraju svoja ovlašćenja koja se odnose na iznošenje činjenica i predlaganje

² Prema odredbi člana 7. Zakona o parničnom postupku, stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice.

Sud će da razmotri i utvrdi samo činjenice koje su stranke iznele i da izvede samo dokaze koje su stranke predložile, ako zakonom nije drugačije propisano.

Sud je ovlašćen da utvrdi i činjenice koje stranke nisu iznele i izvede dokaze koje stranke nisu predložile, ako iz rezultata raspravljanja i dokazivanja proizlazi da stranke raspolazu zahtevima kojima ne mogu da raspolagati. Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, 87/2018.

dokaza. Na to podseća odredba člana 313 ZPP, čiji sadržaj pokazuje dužnost suda da se stara da u toku rasprave postavljanjem pitanja i da traži od stranaka da pruže potrebna objašnjenja, da bi se utvrdile činjenice od kojih zavisi odluka o osnovanosti zahteva (član 7, stav 2), pošto sud ne može umesto stranaka da iznosi činjenice i predlaže dokaze.

2. Dokazivanje

Na taj način je izložen procesni vid tereta dokazivanja koji uvek pada na tužioca, pa i onda kada je on oštećeni po tužbi za naknadu sopstvene štete. Kada se radi o naknadi štete sa procesnopravnog aspekta, teret dokazivanja uzročne veze je uvek na oštećenom kao tužiocu jer on u tužbi mora navesti činjenice koje svojim sadržajem potvrđuju uzrokovanje štete i njenu visinu. Tome u prilog to što se po slovu zakona od stranaka u *in concreto* parnici zahteva da ispoštuju dužnost dokazivanja, pošto je to u njihovom interesu. Na to podseća odredba člana 228. ZPP: Stranka je dužna da iznese činjenice i predloži dokaze na kojima zasniva svoj zahtev, a protivna stranka činjenice kojim osporava navode i dokaze protivnika u skladu sa ovim zakonom. Njihova dužnost da iznesu činjenice i predlože dokaze važi ne samo u odnosu na tužbu odnosno odgovor na tužbu, već i u toku celog prvostepenog postupka i postupka po žalbi, ali tada uz zakonsko ograničenje njihove upotrebe. Stranake su limitirane u pogledu iznošenja novota zbog prekluzije za slučaj da na vreme ne izlože svoje činjenične tvrdnje i predlože dokaze, osim ako ne učine verovatnim postojanje razloga koji opravdavaju njihovu zadocnelu intervenciju na tu temu.³

Povreda ove dužnosti može imati za posledicu da se sve pravno važne činjenice ne izlože i dokazno utvrde i s tim u vezi gubitku prava na iznošenje novota stranke koja je iskazala pasivizam na tu temu

U funkciji utvrđivanja činjenica i s tim u vezi potvrde navoda stranaka je dokazivanje koje predstavlja parnične radnje procesnih subjekata u postupku koje su preuzete u cilju utvrđivanja činjenica važnih za ishod spora. U teoriji se ovaj pojam koristi i u značenju izvođenja zaključka o istinitosti činjenične tvrdnje.⁴ U ovom značenju pojam dokazivanje je obuhvaćen prethodno naznačenim istoimenim pojmom rodnog značenja. Ovde je reč o odnosu opšteg i pojedinačnog pojma.

U sadržaju odredbi člana 234-283 ZPP su imenovana dokazna sredstva u značenju lica i stvari koje mogu da posluže kao dokazno sredstvo za utvrđivanje činjeničnog materijala.⁵

³ Čl. 314. ZPP. To isto vredi i za upotrebu novota u žalbi - argumenat iz odredbe čl. 372 u vezi sa čl. 375, st. 2 ZPP.

⁴ „Dokazivanje (*argumentario, demonstratio*) predstavlja izvođenje zaključka o istinitosti jednog suda, tvrdnje ili teze stranaka o postojanju i o nepostojanju određenih činjenica - iz drugih sudova (argumenata) čija istinitost također mora biti ili očigledna ili dokazana.“ S. Triva, *Rječnik Građanskog procesnog prava*, Novinsko izdavački štamparski i birotehnički zavod, Zagreb 1968, 54.

⁵ To su isprave, svedoci veštaci uviđaj, saslušanje stranaka

3. Predmet dokazivanja

Pravne činjenice koje treba utvrditi su se dogodile u prošlosti i/ili postoje u sadašnjosti. One čine predmet dokazivanja. To nisu sve činjenice već samo one koje su relevantne za donošenje sudske odluke o predmetu spora. To je vremensko i pravno ograničenje premeta dokazivanja. Nije i jedino. Dokazuju se samo one činjenice koje nose atribut sporne. U njihov sadržaj ne ulaze :

- a) Činjenice koje je stranka priznala. Podrazumeva se da priznata može biti samo ona činjenica koja je nepovoljna za stranku koja je dala takvu izjavu. Od slučaja priznanja treba razlikovati anticipativno priznanje. O takvoj vrsti priznanja se radi kada stranka u svom izlaganju navodi da postoji jedna činjenica koja ide u prilog protivnoj stranci a koju ona još nije iznela kada se u teoriji zauzima stav da takvo priznanje nema efekta sve do momenta do kada protivnik ne iznese tu činjenicu.⁶

Priznate činjenice prati još jedna osobina koja se odnosi na način njihovog nastanka. S obzirom da je činjenično priznanje rezultat slobodno izražene volje stranke/a u konkretnoj parnici njen autor je slobodan i da opozove svoje priznanje. To se može učiniti u dva alternativna vida:

- činjeničnom tvrdnjom da te činjenice ne postoje;
- ili iznošenjem činjenica koje ograničavaju učinak prethodno priznate činjenice. To se u odredbi člana 230 stav 3. ZPP definiše iskazom: ograničila (stranka podvukao B.Ž.) priznanje dodavanjem drugih činjenica - kvalifikovano priznanje. Ograničenje može biti učinjeno iznošenjem činjenica koje eliminišu učinak priznate činjenice ne negirajući njeno postojanje. Tako na primer po tužbi kupca za predaju prodate stvari prodavac kao tuženi priznaje činjenicu da je stvar prodana i da kupcu nije predana ali ograničava njen efekat ističući prigovor da cena nije isplaćena i s tim u vezi ukazuje na ugovorenu klauzulu o predaji stvari po isplati cene.

- b) Činjenice koje nisu osporene. To je prećutno priznanje činjenica. U njihov pojmovni sadržaj se ne svrstavaju činjenice koje je stranka iznela na ročištu na kojem nije bila prisutna protivna stranka. Zakonski razlog za to je što ona s obzirom na svoje odsustvo o njihovom postojanju nema saznanje pa time ni mogućnost da ih ospori.
- c) Opšte poznate činjenice-koje su svima poznate -argumenat iz odredbe člana 230.ZPP. U odnosu nate činjenice stranke su oslobođene od dokazivanja. Isto vredi i u pogledu činjenica čije je postojanje utvrđeno u pravnosnažnoj presudi donetoj između istih stranaka s obzirom na intervencijsko dejstvo takve presude-argumenat iz odredbe člana 218/9 ZPP.

⁶ Vid. B. Poznić, V. Rakić Vodinečić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1999, 237.

Od toga postoje dva izuzetka:

-kada sud odluči da se dokazuju i priznate činjenice, ako smatra da stranka njihovim priznanjem ide za tim da raspolaže zahtevom kojim ne može raspolagati (član 3. stav 3)

-priznate pa osporene činjenice kada se aktivira dejstvo pravila o sudskoj oceni dokaza od koje zavisi kako će se kvalifikovati sporna činjenica koju je stranka prvo priznala, a posle potpuno ili delimično osporila ili ograničila priznanje dodavanjem drugih činjenica.

U činjeničnu građu bez potrebe za dokazivanjem ulaze još dve grupe činjenica. To su:

a) činjenice koje se odnose na postojanja krivičnog dela i krivične odgovornosti učinioca vezane za pravnosnažnu presudu krivičnog suda kojom se optuženi oglašava krivim (čl. 13.);

b) činjenice kod kojih je isključena mogućnost osporavanja. To su:

- činjenice utvrđene u parnici vođenoj između stranaka i umešača koji se pridružio nekoj od njih ili imao mogućnost da to učini. Tada ta lica kao procesni subjekti u novoj parnici sa drugim predmetom tužbenog zahteva ne mogu da osporavaju utvrđeno činjenično stanje, kao i pravne kvalifikacije sadržane u obrazloženju ranije donete pravnosnažne presude (intervencijsko dejstvo presude), osim izuzetka propisanih odredbom čl. 218, stav 2 Zakona.

Mutatis mutandis isto važi sa stanovišta pravnih posledica utvrđenog činjeničnog stanja iz pravnosnažne sudske odluke u odnosu:

- na imenovanog prethodnika koji je odbio da stupi u parnicu kada se shodno primenjuje odredba člana 218. ovog zakona-argumenat iz odredbe stava 4 čl. 220. Zakona;

- na treće lice koje je stranka posredstvom suda obavestila o parnici kada ona ima pravo da se u naknadnoj parnici o kojoj je obavешteno lice poziva na intervencijsko dejstvo presude;

-na iste stranke u drugoj parnici kada su lišene mogućnosti sa stanovišta primene prava da osporavaju činjeničnopravne kvalifikacije utvrđene u parnici iz koje potiče pravnosnažna presuda kojom je rešen neki drugi njihov spor a koji ima dodirnih tačaka sa *in concreto* parnicom

Osporene činjenice su predmet dokazivanja. Pravilo o dužnosti dokazivanja određuje sadržaj materijalno pravnog odnosa povodom koga je spor nastao. Sporna činjenica za koju ne postoji razumna verovatnost dokazanosti smatraće se nedokazanom, jer se nepriznato od protivne stranke mora dokazati.

Od činjenica koje se dokazuju treba razlikovati dokazno utvrđene činjenice. To su one činjenice koje su razumno izvesne. Za odluku suda merodavne su one činjenice za koje postoji uverenje suda u *in concreto* postupku da su pouzdano utvrđene.

Od tereta činjenične tvrdnje i dokaza slovo procesnog zakona razlikuje pravila o teretu dokazivanja. Rezultat dokazivanja može biti :

-da je određena činjenica dokazana;

-da određena činjenica nije dokazana, a merodavna je za primenu pravne norme pošto ulazi u sadržaj njene pretpostavke dispozicije kada će primeniti se pravilo o teretu dokazivanja. Na njega podseća odredba člana 231. ZPP koja propisuje: „Ako sud na osnovu izvedenih dokaza (član 8) ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu, o postojanju činjenice primeniti pravila o teretu dokazivanja.“

Stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, ako zakonom nije drugačije propisano.

Stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji, ako zakonom nije drugačije propisano.

Primena pravila o teretu dokazivanja u upotrebi je ako ocenom dokaza sud nije u stanju da obrazuje svoje uverenje o postojanju odnosno nepostojanju pravno važne činjenice koja je bila predmet dokazivanja. Ne može se sud uspešno pozvati na pravilo o teretu dokazivanja kada je odbio da izvede od stranaka predložene dokaze.⁷

4. Materijalno pravne norme i pravno važne činjenice

Dokazuju se pravno važne činjenice. To su one činjenice za koje se vezuje pravilna primena materijalnog prava i s tim u vezi pravilna i na zakonu zasnovana sudska odluka u određenoj parničnoj stvari. Te činjenice čine sadržaj pretpostavke dispozicije određene građanskopravne norme merodavne za odluku. To je ono što određuje činjenično stanje koje je *conditio sine qua non* primene odgovarajuće pravne norme.⁸ S obzirom na sadržaj činjeničnog utvrđenja prepoznaje se norma materijalnog prava koja se ima primeniti zavisno od sadržaja njene pretpostavke dispozicije. Prepoznavanje se vrši na osnovu u bitnom njihovog poklapanja (činjeničnog utvrđenja i odgovarajućeg normativnog sadržaja). Potpuno poklapanje u opisu činjenica uvek nije moguće.

Tome u prilog i to što sudsko tumačenje prava sa stanovišta njegove primene podrazumeva i poznavanje donjeg sudskog silogizma koji s obzirom na svoj sadržaj određuje koju pravnu/e normu/e treba primeniti. To je od značaja za pravilnu pravnu kvalifikaciju.

Pogrešna pravna kvalifikacija može imati za posledicu i ukidni razlog po žalbi kojom se pobija presuda. Na to podseća odredba člana 392 stav 2 ZPP: „Drugostepeni sud će rešenjem da ukine prvostepenu presudu i vrati predmet prvostepenom sudu na ponovno suđenje i ako je zbog pogrešne primene materijalnog prava činjenično stanje bilo nepotpuno utvrđeno, kao i ako je to zakonom propisano.“

Na taj način se ostvaruje pravno priznat dodir materijalne pravne norme i procesnih pravila koja se odnose na dokazivanje. Da bi se utvrdile pravno važne činjenice, mora se iz činjeničnog materijala prepoznati materijalno pravna norma koju treba primeniti na konkretnu situaciju.

⁷ O tome i u teoriji: „Tek ako parnični sud na osnovu sprovedenog dokazivanja, ni u pozitivnom ni u negativnom smislu, nije u stanju da s sigurnošću utvrdi činjenicu koja je bila predmet dokazivanja odluku može zasnovati pozivanjem na odredbe o teretu dokazivanja.“ R. Kreča, „O teretu dokazivanja u parničnom postupku“, Zbornik radova Pravnog Fakulteta u Novom sadu, br.3/2013, 79.

⁸ Vid. R. Lukić, *Uvod u pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1972.

Slovo materijalnog zakona sadržajem odgovarajućih normi neposredno ili posredno upućuje na stranku na koju pada teret dokazivanja u materijalnom smislu. Pravno tehnički to se čini i uvođenjem oborivih zakonski pretpostavki. To je pravilo da se određena činjenica ima smatrati tačnom bez posebnog dokazivanja. Ova pretpostavka nosi atribut zakonska pošto se po slovu zakona uzima kao istinita određena činjenica. Sud o činjenici koja se pretpostavlja ne mora biti definitivna kada je reč o oborivoj pretpostavci. To je slučaj kada odgovarajuća norma propisuje da stranka koja u toj situaciji tvrdi suprotno treba to i da dokaže – na nju pada i teret dokazivanja. Tako se ostvaruje prevladavanje tereta činjenične tvrdnje i dokaza na protivnu stranku u odnosu na stranku u čiju je korist propisana određena oboriva zakonska pretpostavka.

5. Urokovanje štete, odgovornost po osnovu krivice i dokazivanje

Takvu zakonsku pretpostavku kada je reč o odgovornosti po osnovu krivice – slučaj kada je štetnik prouzrokovao štetu namerno ili nepažnjom sadrži odredba člana 154. ZOO.⁹ Ovom pravnom normom prihvaćen je kriterijum pretpostavljene subjektivne odgovornosti (*presumption iuris tantum*) lica koje je štetu prouzrokovalo. U teoriji je prisutno određenje krivice kao pogrešnog ponašanja ;,„Za nekoga ćemo reći da je kriv ako nije postupao onako kako je trebalo, a to znači kada njegovo ponašanje odstupa od ponašanja, koje se moglo osnovano očekivati od razumnog i pažljivog čoveka.”¹⁰ To je oboriva zakonska pretpostavka pošto je dozvoljeno njeno obaranje dokazivnjem da šteta nije nastalakovicom lica koje je označeno kao štetnik.¹¹ To se čini obaranjem njene presumpktivne osnove. Prezimirani način dokazivanjaovde podrazumeva da se dokazuje tačnost presumpktivne osnove čije je postojanje uslov bez čijeg postojanja nema ni ove zakonske pretpostavke. Tu osnovu, kada je reč o zakonskoj pretpostavci iz odredbe stave 1 člana 154. ZOO, čine određene pravno važne činjenice koje se odnose na uzrokovanje štete. To su sa stanovišta tereta dokazivanja oštećenog činjenice koje se odnose :

- na postojanje uzroka štete;
- da šteta potiče od lica koje je označeno kao štetnik.
- da je zbog toga nastala nedopuštena šteta u značenju umanjenja imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla dobit).¹² Na to podseća sadržaj ove norme koja za primenu naznačene pretpostavke uvodi kao utvrđenu činjenicu da je lice koje je označeno kao štetnik prouzrokovalo štetu. U tom značen-

⁹ Prema odredbi čl. 154, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima –ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 „Ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.“

¹⁰ M. Orlić, *Subjektivna deliktna odgovornost u Prednactu Građanskog zakonika*, Beograd 2017, 13.

¹¹ Vid. B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 343.

¹² U tom značenju se u teoriji navodi da se „pod tim pojmom (uzrokovanje štete, podvukao BŽ) podrazumeva faktično uzrokovanje štete odnosno uzrokovanje štete uzeto kao faktičku činjenicu umanjenja društvenih sredstava ili nečije imovine odnosno sprječavanje njenog povećanja (izmakla korist) kao i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha nematerijalna šteta.” *Ibid.*, 619.

ju i iskaz iz sadržaja početnog fragmenta stava 1 člana 154. ZOO koji glasi: „Ko drugome prouzrokuje štetu...” To znači da kada je utvrđeno da postoji uzrokovanje štete tada važi naznačena pretpostavka o građansko pravnoj odgovornosti lica koje je označeno kao štetnik. Oštećeni treba da dokaže činjenice koje se odnose na uzrokovanje štete a koje obrazuju prezumtivnu bazu naznačene zakonske pretpostavke. Postojanje ovih činjenica se ne podrazumeva. One se ni posredno ne mogu dokazati. To moraju biti činjenice podobne da se odrede kao uzrokovanje štete. Za slučaj da se ova pretpostavka ne obori lice koje je prouzrokovalo štetu kao štetnik je dužan da istu nadoknadi.

Na primer, činjenica da je pacijent hospitalno lečen kod određenog lekara u određenoj zdravstvenoj ustanovi sama po sebi nije dovoljna za zaključak da je to lečenje imalo za posledicu smrtni ishod odnosno njegovo pogoršanje zdravlja. Potrebno je da je u njihovom postojanju sadržan adekvatan odgovarajući uzrok (u primeru: lekarska greška) i da je zbog njega nastala štetna posledica (smrt, pogoršanje zdravlja i slično). Druge u primeru navedene činjenice same po sebi nisu dovoljne za postojanje kauzalnog nekusa. Te druge činjenice su uslovi koji po prirodi stvari same po sebi nemaju kapacitet za nastanak naznačene posledice pa zato iz njihovog postojanja se nemože dobiti odgovor na pitanje zašto je nastupila u naznačenom primeru neka od mogućih štetnih posledica u odnosu na pacijenta. One nisu odgovarajući uslov. Ove činjenice mogu ali ne moraju biti u vezi sa uzrokom u vidu smrtne posledice pacijenta (na primer, nesprovođenje higijenskih mera zaštite na određenom bolničkom odeljenju gde je oštećeni lečen i pod uslovom da je to uzrok njegove štete).

Kada se radi o dokazivanju naknade štete u teoriji se u tom smislu zastupa shvatanje da u pravnim sistemima gde se primenjuje pravilo o subjektivnoj odgovornosti za štetu teret dokazivanja uzročne veze je na oštećenom ali da se mora voditi računa da li se primenjuje princip pretpostavljene ili princip dokazane krivice.¹³

Na taj način se dolazi do razlike između činjenica koje nose atribut pravne i merodavne za primenu odgovarajuće pravne norme (ovde odredbe člana 154, stav 1. ZOO) od onih koje u konkretnom slučaju ne figuriraju sa tim atributom. Tome u prilog i to što u naznačenom primeru lekar prilikom medicinske intervencije odgovara ako učini lekarsku grešku s tim što se od njega ne traži da odgovara za neuspeh intervencije već da u lečenju ili medicinskoj intervenciji postupi sa brižljivošću koju nalažu pravila struke.

Takođe nije dovoljno dokazati samo uzrok štete već i da je zbog toga za oštećenog nastala odgovarajuća štetna posledica. Suprotno tvrditi znači zanemariti i slučaj kada je štetnik sam sebe prouzrokovao štetu odnosno kada je uzrok štete nastao ali ne i njegova posledica. To znači da oštećeni mora dokazati ne samo da uzrok štete potiče od lica koje smatra štetnikom (tuženi u materijal-

¹³ „Ako se na odgovornost zdravstvenih radnika (zdravstvenih ustanova) primenjuju pravila subjektivne odgovornosti za štetu, teret dokazivanja uzročne veze je na pacijentu. Međutim, ovde se mora voditi računa o tome da li se u okviru određenog pravnog sistema primenjuje princip pretpostavljene ili princip dokazane krivice.” S. Manić, *Odgovornost zbog štete izazvane upotrebom nadisinskih sredstava*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Niš, 2015, 94.

no pravnom smislu), već i da postoji štetna posledica koja je u vezi sa uzrokom (kauzalni neksus). To, na primer, znači da ako oštećeni tvrdi da je zbog povrede na radu pretrpeo naruženje, strah, odnosno umanjenoje životne aktivnosti, on mora to i dokazati sa stanovišta postojanja činjenica koji obrazuju činjenični osnov za svaki od ovih vidova nematerijalne štete u smislu odredbe člana 200. ZOO. Za slučaj da oštećeni u parnici nije predložio na tu temu odgovarajući dokaz rizikuje neuspeh u parnici u odnosu na tužbu po ovim tužbenim zahtevima. Nastaka uzroka štete, sam po sebi ne znači u da je nastala štetna posledica koja se takođe mora dokazati kao i njihova uzročna veza. O tome kada se radi o posledicama povrede moralnih autorskih pravavodi računai ova sudska odluka a isto vredi i kod drugih vidova ispoljavanja štetnih posledica. O tome se izjašnjava i sudska praksa: „Činjenica da je tuženi povredio moralno autorsko pravo tužioca, sama po sebi ne znači da je tužilac pretrpeo nematerijalnu štetu u ovom slučaju. Tužilac kao oštećeni mora da dokaže da je pretrpeo štetnu posledicu u vidu duševnih bolova i uzročnu vezu između povrede njegovih moralnih autorskih prava i povrede prava ličnosti kao jednom od priznatih oblika nematerijalne štete. Zbog pogrešne primene člana 200 stav 1 i člana 155 Zakona o obligacionim odnosima nije utvrđeno da li šteta u vidu pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede moralnih autorskih prava postoji i ukoliko postoji da li okolnosti slučaja i trajanje i intenzitet trpljenja opravdavaju njeno dosuđenje, a bez utvrđenja tih okolnosti zaključak o osnovanosti zahteva za naknadu neimovinske štete tužioca je preuranjen. Kod takvog stanja, nejasan je i bez utemeljenja u činjeničnom stanju utvrđenom u prvostepenom postupku zaključak prvostepenog suda da je odlučujući o visini naknade nematerijalne štete vodio računa o značaju povređenog dobra i cilju kome ta naknada služi, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.”¹⁴ Isto je i u teoriji.¹⁵

Shvatanje izloženo u ovoj sudskoj odluci potvrđuje da na terenu subjektivne odgovornosti oštećeni uzročnu vezu mora dokazati. Uzročnost se ne pretpostavlja.

Kada činjenice koje se odnose na uzrokovanje štete nisu kumulativno dokazane kao postojeće, nema ni presumptivne baze koja je *constitution sine qua non* zaključka o postojanju subjektivne odgovornosti lica označenog kao *štetnik*, pa time i njegove obaveze da štetu nadoknadi oštećenom.¹⁶

Mutatis mutandis isto vredi i kada je za uzrokovanje štete potrebno stručno znanje veštaka odgovarajuće struke. U navedenom primeru za odgovor na pitanje da li je *in concreto* lekar postupao protivno dužnosti u izvršavanju obaveza iz

¹⁴ Iz Presude Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 227/2013 od 16.4.2014. godine.

¹⁵ Tako B. Blagojević, V. Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, prva knjiga, Savremena administracija Beograd 1980, 416. „Teret dokazivanja uzročne veze i kada i kada je teret dokazivanja odgovornosti okrenut prouzrokovanje mora uvek dokazatio žrtva. Teret dokazivanja je okrenut samo u pogledu odgovornosti.”

¹⁶ U tekstu se koristi iskaz: lice koje je označeno kao štetnik pošto zakonska pretpostavka treba da se održi da bi ono bilo označeno kao štetnik. To će se desiti ako to lice ne obori neku od alternativno određenih naznačenih zakonskih pretpostavki zavisno od togada li se radi o subjektivnoj ili objektivnoj odgovornosti.

svoje profesionalne delatnosti u smislu člana 18. ZOO i da li je to uzrok nastatanka neke od naznačenih posledica ili ne, potrebno je i stručno znanje veštaka odgovarajuće struke.

Dokazano uzrokovanje štete ima za posledicu personalnu promenu nosioca obaveze dokazivanja. Kada je oštećeni dokazao uzrokovanje štete aktivira se naznačena zakonska pretpostavka o postojanju osnova odgovornosti štetnika i s tim u vezi po prirodi stvari njegova obaveza da obara ovu pretpostavku ako hoće da izbegne građansko pravnu odgovornost da štetu nadoknadi. U tom smislu se tada može govoriti da teret dokazivanja pada na lice u odnosu na koje deluje ova pretpostavka, jer je štetu dužan nadoknaditi onaj koji ju je prouzrokovao (načelo *res ipsa loquitur*). Lice na koga je pao teret dokazivanja da bi u obaranju uspeo mora dokazati naprimer činjenice koje isključuju njegovu protivpravnost (vršenje službene dužnosti, pristanak oštećenog, nužna odbrana, krajnja nužda, dozvoljena samopomoć i krišćenje svoga prava). To mogu biti i činjenice koje se odnose na krivicu oštećenog koja pretpostavlja njegov nedopušten postupak (za koju je nebitna njegova sposobnost za rasuđivanje i ne dodiruje je njegova protivpravna radnja).¹⁷ Ova krivica oštećenog ako nije odlučujuća nastanku uzroka štete utiče na podeljenu odgovornost i s tim u veziobim štete - argumenat iz odredbe člana 192. ZOO.

Ovde bi oponent mogao da prigovori, ali pogrešno da kada se radi o odgovornosti štetnika zbog greške stručnog lica da je opravdano teret dokazivanja uzrokovanja štete prevaliti na to lice kao stranku. Pogrešno *lege lata*, jer je odredba člana 154. stav 1 ZOO s obzirom na svoj sadržaj napravila jasnu i preciznu razliku na tu temu tako što tek kada su utvrđene činjenice koje predstavljaju uzrokovanje štete menja se titular obaveze dokazivanja (u značenju predlaganja dokaza), pošto on tada treba da obori sud o postojanju činjenica na osnovu kojih je utvrđeno postojanje činjenice o njegovoj odgovornosti.

6. Odgovarajući dokazno sredstvo za utvrđivanje uzroka štete

U cilju dokazivanja uzroka štete kada je za utvrđivanje te činjenice potrebno stručno znanje veštaka mora se koristiti odgovarajuće dokazno sredstvo. To podrazumeva dužnost stranke na koju pada teret dokazivanja te činjenice da predloži izvođenje dokaza veštačenjem. To je u našem slučaju oštećeni kao tužilac. O tome je reč i kada treba dokazati postojanje lekarske stručne greške ili druge stručne greške. O tome se izjašnjava sudska praksa pravilno, insistirajući da se njeno postojanje odnosno nepostojanje može utvrditi isključivo odgovarajućim dokaznim sredstvom: veštačenjem od strane veštaka odgovarajuće struke.¹⁸

¹⁷ U teoriji se od ove krivice razlikuje prava krivica štetnika koju prate protivpravnost i sposobnost za rasuđivanje. Vid. J. Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo*, Nomos, Beograd 2016, 234.

¹⁸ „Neosnovani su navodi žalbe tužioca da iz izvedenih dokaza i medicinske dokumentacije proizilazi da su tuženi odgovorni za štetu koju je tužilac pretrpeo nakon operacije koju je obavila tužena. Ovo iz razloga što bi eventualno učinjena stručna lekarska greška mogla biti utvrđena samo na osnovu sudsko-medicinskog veštačenja, a posebno imajući u vidu da iz izvedenih dokaza nije utvrđeno da je drugotužena učinila stručnu grešku... Ono što proizilazi iz izvedenih dokaza je da je tužena kao doktor prvotuženog... pri operaciji katarakte tužioca učinila laku povredu profesionalne dužnosti i

Na taj način nije izvršeno rangiranje dokaza, već isključivo određen odgovarajući dokaz potreban za naznačenu namenu bez koga se ne mogu utvrditi pravno važne činjenice za šta sud nema potrebna znanja. To po prirodi stvari ne isključuje upotrebu drugih dokaznih sredstava, ali za zaključak o razjašnjenju i utvrđivanju neke činjenice za koje je potrebno stručno znanje veštaka mora se koristiti ovo dokazno sredstvo. Tako, na primer, iskazima svedoka mogu se utvrditi određene činjenice koje su i veštaku potrebne za njegov nalaz i mišljenje. Međutim one same po sebi nisu dovoljne u ovom slučaju jer im nedostaju stručne činjenice i s tim u vezi potrebna razjašnjenja. Za to je potrebno stručno znanje veštaka odgovarajuće struke. Radi toga, osnovan je zaključak da i ako ZPP nije odredio vrednosni rang dokaza sama priroda sporne okolnosti koju treba utvrditi u određenom slučaju vrši njihovu selekciju i određuje samo za tu namenu odgovarajući dokaz eliminišući istovremeno podobnost drugih *ex lege* propisanih dokaznih sredstava za tu namenu. Tome u prilog i to što je naprimer za odgovor na pitanje da li postoji lekarska odnosno druga odgovarajuća stručna greška potrebno odgovarajuće stručno znanje isključivo veštaka odgovarajuće struke. Druga dokazna sredstva su tada neodgovarajuća. Na to podseća odredba člana 259. ZPP: „Sud će da izvede dokaz veštačenjem ako je radi utvrđivanja ili razjašnjenja neke činjenice potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaze.”

7. Objektivna odgovornost i teret dokazivanja

Pravilo o raspodeli tereta dokazivanja izmenjeno je kod instituta odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti što je naslov korpusa normi sadržanih u odredbama člana 174-179, Odseka 5 ZOO. Tada umesto pretpostavljene krivice važi pravilo o pretpostavci uzročnosti u značenju veze uzroka i posledice – uzročno posledične veze propisano odredbom člana 173 ZOO.¹⁹ Takvu pretpostavku sadrži, na primer, i:

- odredba člana 165, stav 4 ovog zakona kada propisuje da roditelji odgovaraju za štetu koju prouzrokuje drugom njihovo maloletno dete koje je navršilo sedam godina, osim ako dokažu da je šteta nastala bez njihove krivice. Isto značajno rešenje postoji i u odredbama ZOO i to:

- član 167, stav 1 koji propisuje da za štetu koju drugom prouzrokuje maloletnik dok je pod nadzorom staratelja, škole ili druge ustanove, odgovara staratelj, škola, odnosno druga ustanova, osim ako dokažu da su nadzor vršili na način na koji su obavezni, ili da bi šteta nastala i pri brižljivom vršenju nadzora;

ugleda člana komore zbog čega joj je izrečena disciplinska mera opomene odlukom suda časti od 28.10.2010. godine, iz koje odluke proizilazi da se povreda profesionalne dužnosti ogleđa u tome što je ovde tužena... specijalista oftalmologije, nakon operacije katarakte na oku tužioca popunila medicinsku dokumentaciju u otpusnoj listi “bez komplikacija” iako je po kasnijim nalazima utvrđeno da je u toku operacije došlo do komplikacije, da je operacija izvedena drugom metodom, a ne metodom opisanom u spisima, pa zato ni rezultati operacije nisu bili očekivani, o čemu nije obavestila pacijenta niti sa njim saradivala posle operacije radi otklanjanja neželjenog postoperativnog stanja. Dakle, osim činjenice da tužena nije u lekarskim spisima unela činjenicu da je došlo do komplikacije prilikom.” Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 8848/2010 od 22.5.2013. godine.

¹⁹ „Šteta nastala u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću smatra se da potiče od te stvari, odnosno delatnosti, izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete.”

-član 170, stav 1: „Za štetu koju zaposleni u radu ili u vezi sa radom prouzrokuje trećem licu odgovara preduzeće u kome je zaposleni radio u trenutku prouzrokovanja štete, osim ako dokaže da je zaposleni u datim okolnostima postupao onako kako je trebalo.“

Ključni iskazi u odredbi člana 173. ZOO su: šteta nastala u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću, smatra se da potiče od te stvari, odnosno delatnosti, izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete. Prva dva označavaju činjenice koje obrazuju bazu ove po karakteru, takođe, zakonske pretpostavke, treći ono što se presumira, dok četvrti iskaz pokazuje posredno na koga je teret obaranja ove zakonske pretpostavke. U ovom slučaju oštećeni treba da dokaže samo činjenice: da je uzrok štete u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnosti. U tom smislu se u teoriji navodi: Tako, naš pravni sistem primenjuje, već više od trideset godina, pravilo da šteta nastala u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću potiče od te stvari, odnosno delatnosti, izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete. Oštećeni u slučaju spora tu vezu mora dokazati. Kada je to utvrđeno tada se smatra da šteta potiče od te stvari ili delatnosti. Ovde se odgovornost ne zasniva na krivici odgovornog lica ili drugom subjektivnom elementu već na odgovarajućoj vezi opasne stvari odnosno opasne delatnosti od koje potiče šteta sa određenim licem i ili drugim predhodno naznačenim slučajevima. Objektivna odgovornost u realitetu ne isključuje krivicu ali je ona „sa stanovišta odgovornosti i dokazivanja irelevantna”.²⁰ Ovde je težina dokazivanja oštećenog ublažena, jer se pretpostavlja postojanje uzročne veze kada šteta potiče od opasne stvari odnosno opasne delatnosti izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete. Dokazano postojanje naznačene veze u realitetu koje je u skladu sa sadržajem završnog fragmenta odredbe člana 173. ZOO tada prevaljuje teret dokazivanja na štetnika jer mu dozvoljava da obara naznačenu pretpostavku.

U teoriji se smatra da opasnost mora biti „normalna” i da predstavlja „posebnu opasnost” u značenju da se stvar odnosno delatnost „ne može držati pod kontrolom.”²¹

Na taj način posredno je određen i pretpostavljeni štetnik koga personalno određuje odredba člana 174. ZOO. To čini na taj način što propisuje da za štetu od opasne stvari odgovara njen imalac, a za štetu od opasne delatnosti odgovara lice koje se njom bavi (štetnik). Sve to važi uz modifikaciju činjenica iz baze ove zakonske pretpostavke i kada se radi o dokazivanju u slučajevima iz člana 165 stav 1, 167 stav 1 i 170 stav 1. ZOO (kada je štetu prouzrokovalo maloletno dete, maloletnik pod nadzorom ex lege imenovanih lica, za štetu koju prouzrokuje zaposleni trećem licu).²²

²⁰ J. Salma, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1988, 499.

²¹ B. Blagojević, V. Krulj, 480.

²² „Odgovornost za štetu u ovakvim slučajevima sastoji se u obavljanju „opasne delatnosti”. Prema opštim pravilima obligacionog prava sadržanim u odredbama čl. 173 i 174 Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO), odgovornost za štetu po ovom pravnom osnovu postoji bez obzira na krivicu štetnika, pod uslovom da između povrede oštećenog i njegove delatnosti u službi u okolnostima sa povećanom opasnošću (u ovom slučaju u vojsci u navedenim okolnostima) postoji uzročna veza tj. da su oštećenja nastala kao rezultat povećanih rizika u vršenju delatnosti - vojne službe. Zakon o obligacionim odnosima, a ni drugi zakoni i podzakonski akti nisu isključili primenu navedenih odredbi za vreme ratnog stanja. Određene aktivnosti u obavljanju vojne službe mogu predstavljati opasnu delatnost i u miru, ali proglašenjem ratnog stanja i preduzimanjem ratnih dejstava, vršenje vojne službe odvija se pod posebnim okolnostima izuzetno opasnim po život i zdravlje svih građana,

Kada je oštećeni dokazao presumptivnu osnovu pretpostavke uzročnosti: da postoji šteta koja potiče od opasne stvari ili opasne delatnosti odnosno da je ostvaren drugi uzrok na kome se zasniva ova vrsta odgovornosti. tada se menja nosilac obaveze dokazivanja To je sada štetnik koji tu pretpostavku mora da obori a to će uspešno učini ako obori činjenice koje su baza ove pretpostavke. To će učiniti tako što treba da dokaže:

- da šteta ne potiče od opasne stvari odnosno delatnosti
- da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvideti, ni izbeći ili otkloniti
- da mu je stvar protivpravo oduzeta
- da je šteta nastala isključivo radnjom oštećenika ili trećeg lica, koju on nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti. To su zakonski razlozi potpunog oslobođenja od odgovornosti. On se delimično oslobađa od odgovornosti ako dokaže da je oštećenik delimično doprineo nastanku štete.²³

Zakonski razlog ovih rešenja je potpunija zaštita oštećenog, jer on ne treba da dokazuje protivpravnost štetnikove radnje, pošto je reč o uzroku štete koji sam po sebi nosi povećanu opasnost za njen nastanak pošto potiče od stvari odnosno delatnosti koje nose taj atribut. *Mutatis mutandis* ovo pravilo važi i u slučajevima iz odredbe člana 165, 179, 180 i 181. ZOO.²⁴

Doprinos oštećenog ispod mere isključivog delimično oslobađa odgovornosti oštećenog u meri u kojoj je on doprineo nastanku štete - član 192. ZOO, što ne vredi u slučaju delimičnog doprinosa trećeg lica kada ono odgovara oštećeniku solidarno sa imaoцем stvari, a dužno je snositi naknadu srazmerno težini svoje krivice - argument iz stava 3 i 4 člana 177 ovog zakona.

a posebno pripadnika oružanih snaga. Država, kao organizator odbrambenih aktivnosti i vršilac vojne službe, odgovorna je za štete koje su tim povodom nastale po principu objektivne odgovornosti za opasnu delatnost." Pravno shvatanje zauzeto na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 10. decembra 2001. godine, a verifikovano unavedenom tekstu 25. februara 2002. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 1/2002, 75.

²³ Vid. čl. 175 i 177 ZOO.

²⁴ O tome govori i ova sudska odluka: „Pravilno je prvostepeni sud primenom odredbi čl. 940. st. 1. ZOO odbio tužbeni zahtev tužioca protiv tuženika drugog reda Preduzeća za prevoz lica i stvari zbog nedostatka pasivne legitimacije. Naime, u konkretnoj pravnoj stvari tužilja je kao putnik u autobusu povređena u saobraćajnoj nezgodi na taj način što je vozač autobusa, iako se kretao brzinom propisanom za taj deo puta, preduzeo radnju naglog kočenja zbog nailaska stoke na put, zbog čega je tužilja izletela sa mesta gde je sedela i udarila glavnom u metalnu pregradu koja odvaja putnike od vozača, pala licem na pod autobusa, usled čega je zadobila teške telesne povrede. Dakle, iako je autobus u pokretu opasna stvar i da je samim tim ostvarena pretpostavka da šteta potiče od te stvari, u konkretnom slučaju ta pretpostavka je oborena, jer je na osnovu nalaza veštaka nesumnjivo utvrđeno da je šteta potekla od uzroka koji se nalazi van autobusa u pokretu, odnosno ista je nastala nailaskom autobusa na prepreku – stoku koja se nije mogla predvideti ni osnovano očekivati, te se naglim kočenjem šteta nije mogla izbeći ili otkloniti, iako je vozač autobusa vozio dozvoljenom brzinom prilagođenom uslovima i stanju puta.”

Presuda Osnovnog suda u Novom Pazaru P. br. 879/12 od 25.08.2014 god. i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. br. 3526/14 od 11.12.2014 - Iz Biltena Višeg suda u Novom Pazaru, broj 1/2015, Intermex, Beograd.

8. Obim štete i dokazivanje

Na oštećenom je kao tužiocu teret dokazivanja postojanja štete, njene vrednosti odnosno postojanje činjenica potrebnih za njeno određivanje nezavisno od vrste naknade štete. U toj nameni on takođe mora upotrebiti odgovarajući dokaz u značenju dokaznog sredstva. Tako, na primer, pravična naknada određenog vida nematerijalne štete propisanog odredbom člana 200. ZOO podrazumeva utvrđivanje: vrste trajanja i inteziteta fizičkog bola, vrste i stepena naruženja, postojanje primarnog i sekundarnog straha njegovog inteziteta, umanjenja životne aktivnosti njegove oblike ispoljavanja i s tim u vezi uticaja na oštećenog da nemože da obavlja određene svakodnevne aktivnosti odnosno da to čini otežano sa određenim stepenom inteziteta što kod njega uzrokuje odgovarajući duševni bol. *Mutatis mutandis* isto vredi i kod povrede časti i ugleda odnosno drugih prava ličnosti, a i kod utvrđivanja naknade materijalne štete treba dokazati naprimer stepen oštećenja stvari i s tim u vezi novčanu vrednost štete koja je zbog toga nastala. Od toga treba razlikovati slučajeve kada se određena činjenica može utvrditi bez potrebe za odgovarajućim stručnim znanjem.

Postoji izuzetak kada se radi o o apstraktnoj naknadi štete kao posledici raskinutog ugovora o prodaji za šta je odgovorna jedna od ugovornih strana. Ovaj pojam znači vrednost pozitivne razlike između ugovorene i tržišne cene. Ona se utvrđuje nezavisno od štete koju je pretrpeo ugovarač koji se je ponašao u skladu sa ugovorom. Oštećeni u ovom slučaju mora dokazati razliku u ceni.²⁵ Šteta ugovoru vernoj strani može biti manja ili veća ali je ona pravno nevažna. Ugovorena cena se određuje prema ceni pogođene robe dok tržišna cena predstavlja tekuću cenu na dan raskida ugovora na tržištu mesta u kome je posao obavljen, a ako u tom mestu nema ove cene za izračunavanje visine naknade uzima se tekuća cena tržišta koja bi ga mogla zameniti u datom slučaju, kojoj se dodaje i razlika u troškovima prevoza. Ovaj način određivanja naknade štete propisan je odredbom člana 524. ZOO. Materijalna pretpostavka za postojanje prava na naknadu apstraktno štete je da je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača što je početni fragmenat odredbe člana 523. ZOO.

9. Dokazivanje štete i presuda zbog propuštanja

U pravnoj praksi se polazeći od ovih premisa izvodi pogrešan zaključak: da se zbog potrebe da se obavi, na primer, medicinsko veštačenje, ne može doneti presuda zbog propuštanja, kada se tužbom traži naknada nematerijalne štete po nekom od osnova propisanih odredbom člana 200 ZOO.²⁶ Ovom shvatanju može

²⁵ B. Blagojević, V. Krulj, 1022.

²⁶ Evo kako se to obrazlaže u ovoj sudskoj odluci: „S obzirom na stanje u spisima i okolnosti utvrđene u postupku izvidaja (koji je prvostepeni sud preduzeo shodno rešenju nadležnog Okružnog suda od 12.11.2009. godine), stav je Apelacionog suda da nije bilo mesta donošenju pobijane presude. Naime, tuženi je blagovremeno (u roku od 30 dana od prijema tužbe i upozorenja na posledice nedostavljanja odgovora na tužbu) tj. dana 02.06.2009. godine dostavio odgovor na tužbu. Takođe, nije bilo mesta ni donošenju presude zbog propuštanja, jer osnovanost tužbenog zahteva ne proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi, imajući u vidu da se radi o tužbenom zahtevu kojim se traži naknada štete zbog duševnih bolova i naruženosti, pretrpljenih fizičkih bolova i pretrpljenog straha, što se ne može utvrditi bez veštačenja zdravstvenog stanja tužilje.” Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 10882/10 od 31.03.2010. godine.

se osnovano prigovoriti iz razloga:

1. U odredbi člana 350 stav 1 i 2 ZPP propisani su i ovi uslovi za donošenje presude zbog propuštanja:

- činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate;
- osnovanost tužbenog zahteva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi (stav 1, tačka 2 I 3).²⁷

Kada su u referatu tužbe navedene činjenice koje su dovoljne za zaključak na temu uzrokovanja ove vrste štete, obim naknade u odnosu na svaki od njenih vidova i opredeljenenovčane vrednosti po svakom od osnova tada postoji činjenično stanje merodavno i dovoljno za odluku Pošto to činjenično stanje nije osporeno, a o tome se radi u procesnoj situaciji iz naznačenog judikata (tuženi kome je tužba uredno dostavljena u zakonom propisanom roku nije podneo odgovor na tužbu), tada se ono mora uzeti kao merodavno za odluku.²⁸ Podrazumeva se da ono nije u suprotnosti sa priloženim dokazima uz tužbu. Tada sud nema ovlašćenje da se upušta u njegovu proveru. Tome u prilog i to što je ovde reč o kontumnacinoj presudi pa se činjenično stanje iz referata tužbe mora prihvatiti kao pravno vredno i na okolnost visine štete po svakom od traženih osnova potraživanja.

2. Razlog da tužilac uz tužbu nije dostavio nijedan dokaz zanemaruje da se u ovoj situaciji činjenično stanje ne dokazuje. Ne dokazuje, jer je prećutno neosporeno propuštanjem podnošenja odgovora na tužbu u zakonom propisanom roku

To što nije izveden dokaz koji je predložen u tužbi nema za posledicu protivrečnost između predloženih dokaza sa činjeničnim navodima tužbei s tim u vezi zaključak: da zato nema uslova za donošenje presude zbog propuštanja.²⁹ To je pogrešno, jer kada je činjenično stanje navedeno u referatu tužbe dovoljno iskazano sa stanovišta pravilne primene materijalnog prava i nije osporeno tada nema potrebe za izvođenjem dokaza koji su predloženi u tužbi. Nema ni suprotnosti između činjeničnog

²⁷ Ostali uslovi iz ove norme nisu relevantni za ovu temu - oni se pretpostavljaju kao ispunjeni.

²⁸ U situaciji iz judikata čiji je stav predmet analize se navodi i da je tuženi dostavio u roku odgovor na tužbu, ali se u članku polazi od ispunjenosti ostalih uslova s obzirom da se naznačeni razlog kojristi samostalno u njenom sadržaju.

²⁹ Evo kako se taj stav obrazlaže u ovoj odluci: "Pravilnim tumačenjem odredbe čl. 338. ZPP proizilazi da sud može doneti presudu zbog propuštanja ako su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi: Da je tuženom uredno dostavljena tužba sa poukom o posledicama propuštanja, ako činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opšte poznate, ako osnovanost tužbenog zahteva proizilazi iz činjenica navedenih u tužbi i ako ne postoje opštepoznate okolnosti iz kojih bi proizilazilo da su tuženog sprečili opravdani razlozi da odgovori na tužbu.

U konkretnoj pravnoj stvari tužilac uz tužbu nije dostavio bilo kakav dokaz koji bi potkrepio tužbene navode, već je naprotiv u samoj tužbi predložio da sud izvrši uvidaj na licu mesta i da obavi veštačenje preko veštaka geometra tako da osnovanost tužbenog zahteva nije proizilazila iz činjenica navedenih u tužbi. Na osnovu dostavnice u spisima, takođe proizilazi da ni tužba sa poukom za podnošenje odgovora na tužbu, nije lično dostavljena tuženom već drugom licu, za koje nije navedeno u kakvom je odnosu sa tuženim, a kako je to propisano odredbom čl. 136. st. 1. ZPP. Sa napred navedenih razloga, pobijana presuda morala je biti ukinuta i zbog učinjene bitne povrede postupka iz čl. 361. st. 2. tač. 7. ZPP." Presuda zbog propuštanja Opštinskog suda u Trsteniku, P.581/09 od 10.11.2009. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž.1647/10 od 16.06.2010. godine.

stanja navedenog u tužbi i u njoj predloženih dokaza jer je u vreme donošenja ove vrste presude nepoznat njihov sadržaj pošto ta dokazna sredstva još nisu izvedena. Njihovo izvođenje sprečio je sam tuženi svojim pasivizmom u vidu nepodnošenja odgovora na tužbu i na taj način potvrđivanjem činjeničnih navoda tužbe.

3. Tada se istovremeno zanemaruje stadijum postupka u kome se može doneti ova vrsta presude-pripremanje rasprave kada stranka nije prekludirana u predlaganju dokaza i kada se dokazivanje ne izvodi. Pored toga neosporavanje činjeničnog stanja navedenog u tužbi pa i pogledu obima štete po svakom od osnova i s tim u vezi tražene vrednosti u ovom slučaju kao satisfakcije oštećenom za zahtevane vidove nematerijalne štete isključuje potrebu za dokazivanjem. Tada su predloženi dokazi u referatu tužbe suvišni, jer za njihovo izvođenje nema potrebe pošto je s obzirom na pasivno ponašanje protivne stranke izloženo činjenično stanje u referatu tužbe, ako je ono dovoljno za sudsku odluku, mora se uzeti kao pravilno jer je ostalo neosporeno.

Suprotno tvrditi znači u istoj procesnoj situaciji isključiti mogućnost donošenja i presude na osnovu priznanja kojom usvaja tužbeni zahtev kada se po zakonskoj naredbi ona mora doneti bez daljeg raspravljanja: ako tuženi do zaključenja glavne rasprave prizna tužbeni zahtev-argumenat iz odredbe člana 348 stav 1. ZPP. Primenom stava koji je predmet analize i u toj situaciji predloženi dokazi sprečavali bi sud da donese ovu presudu. Sud zato neće uzeti u obzir to što nisu izvedeni predloženi dokazi, odnosno što u tužbi nisu predloženi dokazi jer je zbog pasivizma tuženog nema osnova za raspravljanje.

4. U slučajevima kada su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate postoji smetnja za donošenje ove vrste presude, ali se u primeru iz judikata koji je predmet analize o tome očigledno ne radi.

5. Zahtev za naknadu štete je dispozitivne prirode, a kod presude zbog propuštanja prvostepeni sud se i ne upušta u proveru i ocenjivanje činjeničnog stanja osim u odnosu na uslove iz tačke 2 i 3 stava 1 člana 350.ZPP. To znači da sud ne proverava činjenično stanje već utvrđuje da li iz njegovog sadržaja kako je izloženo u tužbi prozilazi osnovanost tužbenog zahteva. U tom značenju i iskaz iz tačke 3 stava 1 ove norme: „osnovanost tužbenog zahteva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi.“ U ovom slučaju činjenično utvrđenje izloženo u tužbi važi kao neosporno utvrđeno.

Sud vodi računa i o tome da li činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podneo ili sa činjenicama koje su opštepoznate. Međutim, ova ograničenja pokazuju o čemu sud odluke treba isključivo da vodi računa *ex ofo* i da izvan toga ne može da proverava utvrđeno činjenično stanje izloženo u navodima tužbe povodom koje se u datoj situaciji donosi presuda zbog propuštanja. Sud može samo uzimajući u vidu činjenične navode tužbe da primeni materijalno pravo ne upuštajući se u pitanje da li su te činjenice dokazane ili ne. To je i razlog zašto se presuda zbog propuštanja ne može pobijati po žalbi zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.³⁰ Sve to isključuje ovlašćenje suda da samo zbog toga što predloženi dokazi nisu izvedeni ili što uopšte nisu predloženi izvede zaključak da osnovanost tužbenog zahteva ne proizilazi iz činjeničnih navoda tužbe.

³⁰ Prema čl. 373, st. 2 ZPP: „Presuda zbog propuštanja i presuda zbog izostanka ne može da se pobija zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.“

Za činjenično utvrđenje iz tužbe to je nebitno.

6. Stav koji se predmet analize nepoštuje zakonsku naredbu iz člana 373 stav 2 ZPP, jer nevešto prikriva kontrolu pobijanog judikata sa stanovišta pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja upotrebom razloga iz tačke 6 stava 2 člana 374 u vezi člana 350 stav 1 tačka 3 ZPP. Na to podseća i sadržaj ukidnog razloga koji se koristi u obrazloženju stava iz sudske odluke koji je predmet analize. Prema njegovom sadržaju: „jer osnovanost tužbenog zahteva ne proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi, imajući u vidu da se radi o tužbenom zahtevu kojim se traži naknada štete zbog duševnih bolova i naruženosti, pretrpljenih fizičkih bolova i pretrpljenog straha, što se ne može utvrditi bez veštačenja zdravstvenog stanja tužilje.“

Tome u prilog i to što kada iz činjeničnog stanja navedenog u tužbi proizilazi osnovanost tužbenog zahteva što je uslov za donošenje presude zbog propuštanja nema ni potrebe za dokazivanjem činjenica pa time i za veštačenjem.

7. Na opisani način naznačeno tumačenje prava je kontra legem i zato što ne poštuje odredbu člana 7. ZPP. Ne poštuje, jer preporučuje dokazna sredstva tvrdeći da u njihovom u odsustvu nema sudske odluke.

8. Odredbom člana 350. ZPP, a ni drugom njegovom normom, nije isključena mogućnost donošenja presude zbog propuštanja u parnici zasnovanom tužbom radi naknade nematerijalne štete odnosno po tužbi radi naknade materijalne štete gde je za utvrđivanje činjenice koja se odnosi na novčanu vrednost ove naknade potrebno izvesti dokaz veštačenjem od strane veštaka odgovarajuće struke.

9. U ovoj fazi parničnog postupka kada je tek zasnovana parnica počela teći (dostavljena je tužba na odgovor tuženom), procesno je isključena mogućnost dokazivanja sa stanovišta izvođenja odgovarajućih dokaza. To je tek faza pripremanja glavne rasprave gde je samo izvršeno predhodno ispitivanje tužbe (član 292 - 295. ZPP) dostavljena tužba za odgovor tuženom te bezuspešno protekao rok za tu namenu. Na to podseća i sistematika odredba člana 296 ovog zakona koja sadrži govor o dostavljanju tužbe sa priložima tuženom na odgovor u korpusu normi ZPP koje nose naslov: Pripremanje glavne rasprave.³¹

³¹ Suprotno se pravilno zaključuje u ovoj sudskoj odluci: „Pravilno je prvostepeni sud postupio kada je saglasno odredbi člana 338. st. 1. ZPP-a presudom zbog propuštanja usvojio tužbeni zahtev tužioca obzirom da je pravilno zaključio da su u konkretnoj pravnoj stvari ispunjeni svi uslovi propisani odredbom člana 338. st. 1. ZPP-a za donošenje ovakve presude a imajući u vidu da iz spisa predmeta proizilazi da je tuženi propustio da podnese sudu pismeni odgovor na tužbu koja mu je uredno dostavljena sa poukom o posledicama propuštanja u propisanom roku, da osnovanost zahteva tužioca proizilazi iz činjenica navedenih u tužbi i priloženih dokaza uz tužbu te da ne postoje opšte poznate okolnosti koje su tuženog sprečile da odgovori na tužbu.

Stoga neosnovano tuženi u žalbi ističe da sud nije imao uslova za donošenje ovakve presude iz razloga što osnovanost zahteva ne proizilazi iz činjenica navedenih u tužbi i da sud nije mogao slobodno proceniti osnovanost visine naknade nematerijalne štete koju je tužilac zahtevao u iznosu od 400.000,00 dinara.

Naime, kako pitanje visine naknade nematerijalne štete predstavlja primenu materijalnog prava, u konkretnom slučaju člana 201. st. 1. ZOO, koji propisuje da će sud oštećenom dosuditi pravičnu novčanu naknadu za pretrpljene duševne bolove, osnovanost tužbenog zahteva tužioca, kako u pogledu samog prava na naknadu štete (član 201. st. 1. ZOO) tako i u pogledu visine odštetnog zahteva (član 200. st. 2. ZOO), proizilazi iz činjenica navedenih u tužbi i priloženih pismenih dokaza uz tužbu. Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4235/05 od 16.11.2005. godine.

Mutatis mutandis izloženi razlozi vrede i kada je reč o uslovima za donošenje presude zbog izostanka u postupku u sporovima male vrednosti - argumenat iz odredbe člana 473 u vezi sa odredbom člana 351. ZPP.

10. Dokazivanje izmakle dobiti

Oštećeni kao tužilac je dužan i da dokaže sopstvenu štetu nezavisno od toga da li se radi o materijalnoj odnosno nematerijalnoj šteti. Tako naprimer kada se radi o naknadi štete po osnovu izmakle dobiti oštećeni treba da dokaže da bi on prema redovnom toku stvari ostvario dobit koja mu je izmakla zbog uzroka štete. Izgubljena dobit mora se vezati za delatnost koju u redovnom toku stvari tužilac obavlja, odnosno za onu vrstu i obim poslovanja koja se po redovnom toku stvari mogla očekivati. *Mutatis mutandis* to važi i kada je oštećeni fizičko lice jer on mora u ovom slučaju dokazati da je zbog uzroka štete lišen mogućnosti obavljanja radnji koje bi prema redovnom toku stvari vršio i ostvarivao dobitak. Na to upućuje odredba člana 189. tačka 3. ZOO po kojoj je propisano da pri oceni visine izmakle koristi uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovnom toku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje sprečeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem. Visina izgubljene dobiti mora se vezati za delatnost koju u redovnom toku stvari tužilac obavlja, odnosno za onu vrstu i obim poslovanja koja se po redovnom toku stvari mogla očekivati. Naknada štete u vidu izgubljene dobiti ne može se zasnivati na pretpostavljenoj mogućnosti ostvarenja te dobiti, već da je ta dobit izvesna i da postoje elementi na osnovu kojih se može odrediti iznos izmakle dobiti – koristi i ako očekivana izmakla korist ne bi bila suprotna važećim propisima i dobrim poslovnim običajima. Redovan tok stvari znači da bi oštećeni ostvario prihod iz redovnog vršenja delatnosti (na primer: visini zakupnine za prostor koji je angažovan za držanje - čuvanje robe, usled zadocnjenja druge ugovorne strane u ispunjenju svojih obaveza vezanih za tu robu).³² O tome se izjašnjava i ova sudska odluka: „Nadalje, u vezi sa tužiocčevim zahtevom za naknadu materijalne štete zbog propasti posla vezano za uzgoj ribe - šarana, nejasan je zaključak prvostepenog suda, kako u pogledu količine ribe koja se nalazila u bazenu, tako i u pogledu vršenja njene nabavke, te i eventualno izgubljenog roda, jer shodno članu 7 i 228 ZPP, tužilac nijednim fiskalnim računom, narudžbenicom ili otpremnicom nije dokazao da je na bilo koji način, pa ni preko interneta, kako sam tvrdi spornu količinu riblje mladi uopšte nabavio. Ovaj deo tužbenog zahteva prvostepeni sud je posebno morao da ceni kroz uslove koje zakon propisuje u vezi sa uzgojom ribe, a zbog čega je tužilac morao da dokaže da je imao registrovanu delatnost za uzgoj šarana i da je saglasno postojećim propisima formirao ribnjak, koji svakako se ne može smatrati adekvatnim kopanjem navodnog bazena u zemlji. Imajući u vidu napred izneto, ožalbeni presuda je morala biti ukinuta.”³³

Dokazivanje visine štete je na tužiocu. To vredi nezavisno od vrste štete

³² Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 12301/05 od 9. januara 2006. godine.

³³ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 7618/2016 od 23.11.2016. godine.

čiju naknadu traži. Tako kada je reč o nematerijalnoj šteti bez obzira o kojem se od osnova propisanih odredbom člana 200 ZOO radi.

11. Dokazivanje visine štete i njena slobodna ocena

Visina naknade štete se može utvrditi i na osnovu slobodne ocene dokaza kada su zato ispunjeni uslovi iz odredbe člana 232 ZPP. Procesne prepostavke u toj nameni su kumulativno utvrđene. To su:

-da je sud utvrdio da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili na zamenljivu stvar,

-da se visina iznosa, odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi mogla da se utvrdi samo sa nesrazmernim teškoćama

Podrazumeva se dužnost suda koji koristi slobodnu ocenu dokaza da obrazloži činjenice koje potvrđuju kumulativnu ispunjenost *ex lege* propisanih pretpostavki za primenu ovog metoda dokazivanja. Kada su one ostvarene sud će visinu novčanog iznosa, odnosno količinu zamenljivih stvari da odredi po slobodnoj oceni. Pri tome on to uverenje formira na osnovu celokupnog dokaznog materijala i mora uzeti u obzir i navode na koje su stranke ukazale. Međutim, na taj način sud nije oslobođen od pravila zaključivanja. To je ono što se u teoriji označava kao dopuštenost indirektnog dokazivanja.³⁴ U pravnoj praksi se pravilno na to ukazuje. Evo kako se to obrazlaže u ovoj sudskoj odluci: „Na osnovu utvrđenog, Viši sud zaključuje da tužiocu pripada pravo na naknadu štete za koju su tuženi odgovorni. On istu potražuje u novčanom iznosu. U situaciji kada se visina iznosa odn. količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi sa znatnijim teškoćama, sud se koristio ovlašćenjima iz čl. 224 Zakona o parničnom postupku - da visinu novčanog iznosa odredi po slobodnoj oceni, imajući u vidu, pored svih izvedenih dokaza i utvrđenogčinjeničnog stanja, podatke koje su veštaci u svojim nalazima dali kao i mišljenje veštaka poljoprivredne struke o mogućem broju stabala šljiva na tužiočevoj parceli. Zbog toga je prvostepena odluka preinačena i tužiocu je dosuđen iznos materijalne štete u navedenom smislu.“³⁵

* * *

BURDEN OF PROOF REGARDING THE CAUSATION OF DAMAGE AND INDEMNIFICATION

Summary

In litigation procedure, the institute of the proof encompasses a series of proving actions with the aim of determining legally relevant facts. Proposition of proofs and stating facts is based on the principle of the disposition of parties, except *ex lege*

³⁴ Vid. G. Nojman, *Komentar građanskog parničnog postupka*, Beograd 1935, 57.

³⁵ Iz Presude Višeg suda u Nišu, Gž. 2973/2014 od 30.10.2014. godine.

exemptions. Subject of proof are disputed legal facts which are relevant for making of decision in litigation matter at hand. Content of lower judicial syllogism determines legal qualification. When we are talking about the litigation regarding compensation of damage, burden of proof is divided between the parties. It is necessary to differentiate between procedural and material form of proof regarding causation of damage. From the viewpoint of the procedural rules, burden of proof is always on the injured party as claimant. Rules to the contrary are to be applied, when we are dealing with the problem from the material legal point of view. The institute of subjective responsibility means that the existence of the facts that relate to the causing of the damage are to be proved by the injured party. These are facts which relate to the cause of damage, person who effected this cause and damaging consequence. When these have been determined, with this type of responsibility, it constitutes an overthrowable legal presumption on the existence of the guilt of the party causing the damage. Burden of proof is then shifted to this person i.e. party that caused the injury who now has to dispute the facts that form the presumptive base. He can do so by stating facts out of which it follows that the damage has occurred without his guilt. To the contrary, with the objective responsibility and its modalities, when factual basis is proved (that damage come from the dangerous object or activity) a presumption of the causality is in effect, which substitutes presumed guilt. In this case, the person to whom this presumption is relating, must break this connection which turns the burden of proof to him.

With determining the causes of damage, i.e. the elements for the determination of its compensation, not all of the proofs are in use. In certain cases, in absence of proposition of an adequate proof out of which the relevant legal facts would have been determined for which the clarification of the certain circumstances depended, injured party as a claimant can be exposed to a negative decision in his litigation. Proofs that have not been used, and which have been proposed in the lawsuit for the compensation of damage, i.e. absence of proposed proofs in its content, is not, in itself a reason for contumacious judgment. The amount of damage may be determined in accordance to the conditions that were stipulated *ex lege*, and on the basis of free judgment.

Keywords: proving, subject of proof, means of proof, legal facts, disposition, proposing the proof regarding the causation of damage, presumption of guilt, presumption of causality, adequate means of proof, burden of proof, free judgment, verdict based on omission, burden of factual claim and proof.

Dr Katarina Jovičić¹

UTICAJ PONAŠANJA POVERIOCA NA ODMERAVANJE NAKNADE ŠTETE ZBOG POVREDE UGOVORA

Apstrakt

Pravo poverioca da od dužnika, koji je povredio ugovor, potražuje naknadu štete proistekle iz te okolnosti ne dovodi se u pitanje u uporednom pravu. Međutim, ni jedan pravni sistem ne oslobađa poverioca od dužnosti opšte zaštite druge ugovorne strane u toj situaciji i pod pretnjom gubitka prava na naknadu celokupne štete mu nameće obavezu da preduzme određene mere kako bi se ona smanjila ili otklonila. U radu se ovo pitanje analizira sa stanovišta dominantnih shvatanja u uporednom pravu, a predstavljena su i rešenja srpskog prava koja predviđa Zakon o obligacionim odnosima. U zaključku su istaknuti najznačajniji stavovi koji se u radu prezentuju i ukazuje na opšte i posebne kriterijume na osnovu kojih se može oceniti da li su određene mere koje poverilac preduzima, ili bi bio dužan da preduzme u konkretnom slučaju, razumne ili ne.

Ključne reči: *povreda ugovora, naknada štete, obaveza smanjenja štete, razumne mere, anticipatorna povreda ugovora.*

1. Uvod

Strane koje zaključe punovažan ugovor pravo obavezuje da ispune ono što su preuzele kao svoju ugovornu obavezu. U suprotnom slučaju, strana verna ugovoru steći će pravo na određena pravna sredstva protiv druge strane, uključujući i pravo na naknadu štete. To je posebno izraženo kod dvostrano-obavezujućih i teretnih ugovora kod kojih činjenica da je jedna strana povredila ugovor dovodi do povrede načela jednake vrednosti uzajamnih davanja.²

Najznačajnije pitanje koje se postavlja u vezi sa naknadom štete, uključujući i štete koje su proistekle iz povrede ugovora, je kako se ona određuje. U tom smislu može se povući razlika između obima, odnosno, obuhvata naknade štete, s

¹ Naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu; mail: katarina.jovicic@pravnikafakultet.rs

² „Razume se, tu jednakost vrednosti međusobnih prestacija ne treba shvatiti u nekom idealno zamišljenom smislu, već u smislu imovinske ravnoteže koja proizlazi iz zakona tržišta. To znači, da pravila kojima se štiti ovaj princip dejuju samo u slučaju znatnijeg odstupanja, odnosno očigledne nesrazmere u međusobnim davanjima, čime se pravno reguliše jedna životna i ekonomska realnost.” S. Perović, „Komutativna pravda i naknada štete”, *Pravni život* br. 9-10 (osnovni referat), Udruženje pravnika Srbije, Beograd 1992., XLVIII.

jedne strane, i njene visine, s druge. Pod obimom štete se u tom slučaju može posmatrati skup svih šteta koje su se dogodile kao posledica povrede ugovora, a koje se nadoknađuju,³ dok se pod visinom štete može posmatrati vrednost štete koja se nadoknađuje, izražena u novcu.⁴

U skladu sa principom potpune naknade štete, lice koje je povredilo ugovor dužno je da oštećenom nadoknadi celokupnu štetu. Puna zaštita oštećenog, međutim, za dužnika ponekad može biti preveliki teret, pa i nepravična, posebno u situacijama kada je ono što on treba da plati na ime obeštećenja nesrazmerno više u odnosu na ono što je očekivao od zaključenog ugovora. Pored toga, štete koje nastaju nakon povrede ugovora nemaju uvek neposredni uzrok u samoj povredi već ih često opredeljuju i neki drugi činioci,⁵ pa je pitanje za koje štete dužnik treba da odgovara, odnosno, da li njegovu odgovornost za štetu treba ograničiti.

U uporednom pravu, a to važi i za naše ugovorno pravo, već dugo vremena se dužnikova odgovornost za štetu ograničava po više osnova.⁶ Među najčešće zastupljenima su: stepen dužnikove krivice, stepen povezanosti štete sa povredom ugovora, predvidljivost štete, kao i mera u kojoj je poverilac svojim ponašanjem doprineo nastanku štete.⁷

2. Postupanje poverioca kao činilac koji utiče na opredeljenje iznosa obeštećenja

Postupanje poverioca u kontekstu utvrđenja iznosa obeštećenja je veoma važno pitanje za naknadu ugovorne štete jer to može odlučujuće da utiče kako na

³ U kontinentalni pravima suma obeštećenja obuhvata stvarnu štetu i izgublenu dobit, dok se u pravima *common law* obim štete određuje prema tome koji interes poverioca naknada štete treba da zadovolji. U pravnoj praksi i teoriji navode se dva ključna interesa poverioca: interes izvršenja ugovora (*expectation interes*) u kom slučaju se od sume obeštećenja očekuje da se imovina poverioca dovede u stanje u kome bi bila da je ugovor izvršen; interes pouzdanja u ugovor (*reliance interes*) ako je cilj naknade štete da se poverilac dovede u položaj kao da ugovor nije ni bio zaključen. Pored toga, anglosaksonska prava prepoznaju i interes restitucije (*restitution interes*), koji ima za cilj da se imovina štetnika dovede u stanje u kome bi bila kao da ugovor nije ni bio zaključen, što znači da će on poveriocu isplatiti naknadu štete u visini svih koristi koje je steklo neizvršenjem ugovora (na primer, da oštećenom vrati sve koristi koje je usled toga steklo i takva naknada štete ima za cilj da se to lice, dakle štetnik, dovede u poziciju u kojoj bi bilo da ugovor nikada nije ni bio zaključen. Od strane koja je povredila ugovor se traži da vrati sve koristi koje je time stekla i u praksi neizvršenja ili neurednog izvršenja ugovora. Ova situacije je pretežno ograničena na slučajeve delimičnog izvršenja ugovora (na primer, kada kupac traži od prodavca da mu vrati cenu ako je ugovor raskinuo zbog toga što nije izvršena isporuka; J. Gotanda, „Damages in Lieu of Performance”, *Villanova University School of Law Working Paper Series*, Berkeley Electronic Press, Berkeley 2006., 3-4.

⁴ M. Vedriš, *Osnove imovinskog prava – Opći dio imovinskog prava, stvarno, obvezno i nasljedno pravo*, Informator, Zagreb 1977., 313-314. V. i K. Jovičić, „Određivanje naknade štete zbog povrede ugovora o prodaji robe”, *Pravna riječ* 3/2013, 127-131.

⁵ V. M. Draškić, „Granice odgovornosti dužnika za štetu prčinjenu povredom ugovornih obaveza”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3-4/1985, Beograd 1985., 365.

⁶ Strane ugovornice mogu samim ugovorom predvideti ograničenja dužnikove odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora ali je to posebno pitanje koje se u ovom radu ne razmatra.

⁷ Prve dve okolnosti ostvaruju veći uticaj u domenu vanugovorne nego ugovorne odgovornosti za štetu, dok su druge dva ubičajeno zastupljene kod ugovorne odgovornosti.

procenu dužnikove odgovornosti za štetu, tako i na odmeravanje visine naknade štete. S tim u vezi treba analizirati dve situacije: prva, u kojoj poverilac svojim ponašanjem doprinosi, isključivo ili delimično, nastanku štete i druga, u kojoj poverilac propušta da preduzme odgovarajuće mere da bi sprečio nastanak štete, odnosno da bi visinu već nastale štete smanjio.

2.1. Poverilac je doprineo nastanku štete

Poverilac može svojim ponašanjem, koje uključuje kako aktivno tako i pasivno držanje,⁸ da doprinese tome da oštećeni povredi ugovor i tako, samostalno ili zajedno sa dužnikom, doprineti nastanku štete na sopstvenoj imovini. U toj situaciji se postavlja pitanje pravnog značaja pomenute okolnosti na ugovornu odgovornost dužnika, jer ako je poverilac odgovoran za nastupanje štetnog događaja (povredu ugovora), u celini ili delimično, onda je logično da je, u meri u kojoj je poverilac za to odgovoran, dužnik bude oslobođen od ugovorne odgovornosti.

S tim u vezi, prvo se mora ustanoviti protivpravnost (ne)postupanja poverioca, to jest utvrditi da li je on bio dužan da preduzme određene radnje ili da se uzdrži od određenog činjenja pa je tu dužnost povredio. Odgovor na pomenuto pitanje se procenjuje od slučaja do slučaja, pri čemu se mora uvažiti činjenica da između protivpravnosti i uzročnosti ne stoji znak jednakosti, te da nije svako ponašanje poverioca, koje je u uzročnoj vezi sa nastalom štetom, dovoljno za njegovu odgovornost za štetu; za to je nužno da je on nastupao na pravno nedopušten način, odnosno da nije postupao prema obavezi koju mu nameće zakon, običaj, ugovor ili moralna obaveza.⁹

Ako se utvrdi da je ponašanje poverioca bilo protivpravno, onda se kao sledeće postavlja pitanje da li je upravo to uzrok zbog koga dužnik nije ispunio svoju ugovornu obavezu. Na primer, kod ugovora o kreditu banka, suprotno ugovorenoj obavezi, ne obavesti dužnika da se u međuvremenu povećala ugovorena kamata (zbog promene kriterijuma na osnovu kojih se ona utvrđuje). U toj situaciji, korisnik kredita ako i redovno uplaćuje isti iznos anuiteta čini povredu ugovorne obaveze, što ima za posledicu da poverilac trpi štetu najmanje u visini zatezne kamate zbog docnje sa plaćanjem dela obaveze. Protivpravnost nepostupanja poverioca je u opisanom slučaju posledica povrede njegove obaveze predviđene ugovorom, što je dovelo do padanja dužnika u docnju sa plaćanjem dela obaveze. Pod tim okolnostima dužnik bi mogao da se pozove na odgovornost poverioca za povredu ugovorne obaveze i da po tom osnovu traži da se smanji njegova obaveza na nadoknadu zatezne kamate zbog docnje sa plaćanjem.¹⁰ U našoj sudskoj praksi je zabeležen i stav da dužnik može u celini da se oslobodi od odgovornosti za povredu ugovora ako je to postalo nemoguće zbog događaja za koji je odgovoran poverilac.¹¹

⁸ Štetu koja je pravno relevantna prouzrokuju redovno neke pozitivne činjenice, pod čime se podrazumevaju prirodni događaji ili ljudske radnje. Međutim, u pravnom smislu moguće je i da neko lice svojim nečinjenjem ili propuštanjem porozrokuje štetu drugom licu.

⁹ V. J. Radišić, *Obligaciono pravo - opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd 2016., 232-233.

¹⁰ U ovom slučaju zatezna kamata predstavlja minimum odštetnog zahteva poverioca.

¹¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 2255/2016 od 1.novembra 2017. godine, *Paragraf* pravna baza.

2.2. Poverilac nije preduzeo mere za sprečavanje nastanka štete, odnosno za njeno umanjeno

Drugi vid uticaja ponašanja poverioca na odgovornost dužnika za naknadu štete zbog povrede ugovora odnosi se na njegovo propuštanje da preduzme određene radnje nakon što je povreda ugovora izvršena i tako umanj ili čak otkloni nastupanje štete. Ovo pravilo se nalazi u sferi prava koja je pod naročitim uticajem etičkih pravila jer polazi od toga da strana ugovornica, koja od druge ugovorne strane stiče pravo na zahtev za naknadu štete, treba da se ponaša tako da joj se ne može ništa prigovoriti.¹² Drugim rečima, ona je dužna da preduzima radnje koje mogu da dovedu do smanjenja štete nastale zbog povrede ugovora, ali i da se uzdrži od postupaka koje bi inače preduzela da je ugovor uredno izvršen, ako bi se time već nastala šteta uvećala.

Pravilo po kome se konačni iznos naknade štete koriguje prema ponašanju poverioca u osnovi je postavljeno sa ciljem da spreči pasivno držanje poverioca nakon što je dužnik povredio ugovor. Poverilac se na ovaj način motiviše da deluje kako bi sprečio uvećanje tako nastale štete umesto da nezainteresovano čeka da mu dužnik plati naknadu štete.

U vezi sa predmetnom obavezom poverioca postavlja se pitanje koje su to mere koje bi on trebalo da preduzme da bi ispunio svoju dužnost postupanja na odgovarajući način u konkretnoj situaciji. Da li je on obavezan da preduzme sve mere koje su moguće u datom slučaju, ili u tom pogledu postoje izvesna usmerenja? U uporednom pravu o ovom pitanju preovlađuje shvatanje da je poverilac dužan da preduzima samo razumne mere, te da se od njega ne može očekivati da preduzima radnje čiji bi troškovi bili nesrazmerno veliki prema gubitku koji bi trebalo da izbegne, na primer, da se upušta u parnice sa trećim licima, čak ni onda kada bi to moglo dovesti do smanjenja štete koja je posledica povrede ugovora.¹³ Pored toga, poverilac ne može biti dužan ni da preduzima mere koje su suprotne poslovnom moralu, koje bi mogle da utiču na to da njegov poslovni ugled bude doveden u pitanje.¹⁴ Međutim, kao razumne mere koju poverilac treba da preduzme se, u praksi pojedinih međunarodnih trgovinskih arbitraža smatra njegova dužnost da obavesti dužnika o vrsti mera koje će da preduzme da bi umanjio nastalu štetu, kao i da ga upozori da će nastupiti šteta velikih razmera za slučaj povrede ugovora.¹⁵

¹² I. Jankovec, *Ugovorna odgovornost*, Poslovna politika, Beograd 1993., 331-332.

¹³ V. Knapp, „Article 77”, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Convention*, Guiffre, Milan 1987., 560; F. Enderlein, D. Maskow, *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Commentary*, Oceana, New York – London – Rome, 1992., 308.

¹⁴ V. G. Treitel, 183.

¹⁵ Tako su Okružni sud u Zijangu (Kina) odlukom od 18. jula 2001. godine kao i odluka Asocijacije za kafu u Nemačkoj od 18. jula 2001. godine odbili da poveriocu priznaju naknadu celokupnih troškova za preduzimanje mera za umanjeno šteta nastalih povredom ugovora od strane dužnika zato što o tome nije prethodno obavestio dužnika. V. M. Đorđević, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, doktorska disertacija, Beograd 2012., 248.

Iznos koji dužnik duguje na ime naknade štete može se umanjiti i zbog toga što je poverilac, koji je pretrpeo štetu usled povrede ugovora, postigao i određene koristi, koje ne bi ostvario da se povreda nije dogodila. Na primer, poverilac je uštedeo troškove koje bi imao da je izvršio svoj deo ugovora, ili je zbog povrede ugovora od strane dužnika zaključio ugovor sa trećim licem i to pod povoljnijim uslovima, pa je time stekao neku dobit, ili neku prednost, koju inače ne bi stekao¹⁶. U ovom slučaju naknada štete se smanjuje zato što su gubici koje je on pretrpeo manji, a manji su jer je stekao određene koristi koje inače ne bi mogao da stekne da se nije dogodila povreda ugovora.¹⁷

3. Pravila Zakona o obligacionim odnosima

Polazno pravilo za ugovornu odgovornost za štetu normirano je u čl. 262. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)¹⁸ po kome je poverilac iz jednog ugovornog odnosa ovlašćen da od dužnika zahteva njegovo ispunjenje, a dužnik je dužan da obavezu ispuni savesno i u svemu kako ona glasi. U st. 2. istog člana propisano je da ako dužnik ne ispuni obavezu ili zakasni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo na naknadu koju je usled toga pretrpeo. Ovim pravilima postavljen je pravni osnov odgovornosti dužnika za štetu zbog povrede ugovora.¹⁹

Poverilac ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi,²⁰ na osnovu istih pravila kao i poverilac koji je pretrpeo vanugovornu štetu,²¹ koja se shodno primenjuju i na naknadu ugovorne štete na osnovu čl. 269. ZOO. Cilj koji treba dostići naknadom štete zbog neispunjenja ili neurednog izvršenja ugovora je da se imovinsko stanje oštećenog poverioca dovede u položaj u kome bi bilo da je ugovor uredno izvršen.²² Zbog toga se naknada ugovorne štete redovno vrši isplatom odgovarajuće sume novca (a ne naturalnom restitucijom) koja treba da

¹⁶ U ovom, drugom slučaju, nije reč o kupovini, odnosno, prodaji radi pokrića, koje oštećeni čini u okviru svoje dužnosti da preduzimanjem razumnih mera smanji gubitke koji su posledica povrede ugovora.

¹⁷ G. Treitel, *Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford 1989., 185 i 188.

¹⁸ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl. list SRJ* br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja

¹⁹ Na osnovu odredbi čl. 262 ZOO mogu se izvući pretpostavke za odgovornost dužnika za štetu zbog neispunjenja ugovora. To su: 1. da postoji punovažno zaključen ugovor; 2. da jedna strana nije ispunila ugovornu obavezu ili je zadocnila sa ispunjenjem; 3. da je poverilac pretrpeo štetu; 4. da između povrede ugovora i štete na strani poverioca postoji uzročna veza; 5. da ne postoje okolnosti na osnovu kojih se dužnik može osloboditi od odgovornosti za štetu

²⁰ Čl. 266. st. 1. ZOO.

²¹ Čl. 189-192. ZOO.

²² U svetlu nacionalnih prava, međunarodnih ugovora, opštih načela međunarodnog prava i u pravnoj doktrini postoji gotovo univerzalna saglasnost o ovom pitanju: J. Gotanda, „Damages in Private International Law” Vol. 326, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Boston 2007, 182-183; G. Treitel, 82; S. Cigoj, „Komentar uz član 155. ZOO”, B. Blagojević, V. Krulj (redaktori) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1983., 517.

nadomesti poveriocu ono što je zbog povrede ugovora izgubio.²³

Pitanje smanjenja iznosa naknade štete zbog ponašanja poverioca uređuju dve odredbe Zakona o obligacionim odnosima, odnosno dva pravila, prema tome da li je u pitanju njegovo ponašanje posle, ili, pre povrede ugovora. Prvu situaciju uređuje čl. 266 st. 4 Zakona, koji glasi: „*Strana koja se poziva na povredu ugovora dužna je preduzeti sve razumne mere da bi se smanjila šteta izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtevati smanjenje naknade*”, dok drugu situaciju uređuje čl. 267. ZOO po kome: „*Kad za nastalu štetu, ili njenu veličinu, ili za otežanje dužnikovog položaja ima krivice do poverioca ili do lica za koje on odgovara, naknade se smanjuje srazmerno.*”

1. Zakon izričito navodi da je poverilac dužan da preduzme mere da bi se smanjila šteta izazvana povredom ugovora.²⁴ Iako je takvo ponašanje poveriočeva zakonska obaveza, naš ZOO, kao ni većina drugih pravnih sistema, ne predviđa posebnu sankciju za njeno nepoštovanje sem umanjenja iznosa naknade štete na koji bi poverilac, inače, imao pravo.²⁵ Do umanjenja sume obeštećenja koju dužnik treba da plati zbog neispunjenja ili neurednog izvršenja ugovora dolazi samo na zahtev dužnika.

ZOO na opšti način određuje da je poverilac dužan da preduzme „razumne mere”, što je pitanje koje se ceni od slučaja do slučaja. U načelu, reč je o merama koje bi u datoj situaciji preduzelo svako razumno lice na mestu poverioca, koje deluje u skladu sa načelom savesnosti i poštenja i primenjuje pažnju dobrog privrednika, dobrog domaćina ili dobrog stručnjaka.²⁶ On nije dužan da preduzima mere koje leže u sferi odgovornosti druge strane, a koje ta strana može preduzeti bez teškoća.²⁷ Šta je razumno u konkretnom slučaju može se proceniti samo pažljivim odmeravanjem okolnosti koje ga okružuju.²⁸ Ovde se, međutim, postavlja i pitanje od kog trenutka za poverioca dospeva ta obaveza i logično je uzeti da je to momenat kada je on saznao za povredu ugovora, bez obzira na činjenicu da li je šteta već nastupila ili ne.

²³ Naknada štete se, u principu, može ostvariti uspostavljanjem stanja kakvo je postojalo pre prouzrokovanja štete i u novčanom obliku. Veliki broj prava, uključujući i naše, naknadu u naturi, odnosno, naturalnu restituciju tretira kao osnovni oblik naknade štete (o uporednopravnom pregledu u rešenju ovog pitanja videti detaljnije kod M. Toroman, „Komentar uz član 185. ZOO”, 1983(a), 693. Međutim, u praksi naknade štete zbog povrede ugovora naturalna restitucija je veoma retka jer i nije cilj da se naknadom štete poverilac dovede u stanje koje bi bilo da ugovor nije ni zaključen, već da bi se njegov imovinski položaj doveo u stanje u kome bi bio da je dužnik ispunio ugovor kako je bilo predviđeno. V. M. Draškić, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1977., 254.

²⁴ Čl. 266. st. 4. ZOO.

²⁵ Podrazumeva se da se umanjenje naknade odnosi kako na stvarnu štetu tako i na izmaklu korist.

²⁶ I. Jankovec, 332.

²⁷ Tako, na primer, kupac kome je prodavac isporučio nesaobraznu robu, može da pokuša sam da otkloni nedostatak kako bi smanjio štetu, pri čemu to ne utiče na njegovo pravo da od prodavca, u slučaju da u tome ne uspe, zahteva naknadno otklanjanje nedostataka; kupac nije dužan da nesaobraznu robu vrati avionom prodavcu da bi uštedeo vreme budući da povraćaj robe nije njegova odgovornost, već on samo ima dužnost da postupa prema instrukcijama prodavca, itd. V. G. Stoll, G. Gruber, G., „Article 77”, Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer (eds.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press 2005., 790-791.

²⁸ D. Mitrović, „Komentar uz član 266. ZOO”, 1983(a), 941.

Zakon ne uređuje pitanje nadoknade troškova koje je imao poverilac u vezi sa preduzimanjem razumnih mera radi smanjenja štete zbog povrede ugovora, ali ne bi trebalo da bude sporno da on na to ima pravo.²⁹ Ipak, u ovom slučaju bi to njegovo pravo trebalo ograničiti samo na naknadu razumnih troškova, prema okolnostima konkretnog slučaja.³⁰

2. Situacije u kojima poverilac doprinosi nastanku štete ili njenoj veličini, odnosno, otežava položaj dužnika posebno uređuje čl. 267. ZOO, koji predviđa da se naknada štete može smanjiti ako se ponašanje, koje je dovelo do navedenih posledica, može pripisati poveriocu u krivicu. Ovo pravilo, koje je u potpunosti usklađeno sa opštim pravilom o podeljenoj odgovornosti za štetu iz člana 192. ZOO,³¹ reguliše pitanje uticaja podeljene odgovornosti poverioca i dužnika na konačni iznos naknade štete koja je posledica povrede ugovora.

Krivica poverioca se u pomenutoj situaciji ne pretpostavlja, već dužnik treba da dokaže da ona postoji, pa ako u tome uspe, onda se i naknada štete koju duguje srazmerno smanjuje.³² Dužnik se ne može na osnovu ove odredbe u potpunosti osloboditi od obaveze da nadoknadi štetu³³, budući da krivica oštećenog u ovom slučaju i nije krivica u pravom smislu reči, zbog čega zakonom nije ni sankcionisana.³⁴ Ovde je bitno da su za štetu odgovorni kako dužnik, tako i poverilac, pri čemu krivica poverioca može biti i veća, čak i pretežna, ali ona ne isključuje i ne anulira krivicu, odnosno odgovornost dužnika.³⁵

Konačni iznos naknade štete za koju je, osim dužnika, odgovoran i poverilac smanjuje se *srazmerno*, odnosno, za onaj deo štete za koji je on odgovoran. Koliki je njegov udeo u šteti je pitanje koje se utvrđuje od slučaja do slučaja, a ako nema dovoljno elemenata i dokaza na osnovu kojih bi se to opredelilo, onda će sud rešiti na osnovu diskrecionog prava a imajući u vidu relevantne okolnos-

²⁹ Naši sudovi već dugo vremena ne dovode u pitanje ovo pravilo. Tako je, na primer, Vrhovni privredni sud u presudi Sl. 507/57 od 24. januara 1957, naveo: „Poverilac koji je preuzeo potrebne radnje u cilju ograničavanja štetnih posledica povrede ugovora ima pravo na naknadu troškova koje je imao u vezi sa preduzimanjem takvih radnji” (navedeno prema I. Jankovec, 340).

³⁰ Ako bi troškovi u vezi sa preduzimanjem razumnih mera bili veći od iznosa koji bi dužnik trebalo da plati na ime naknade štete da poverilac nije preduzimao nikakve mere, onda te troškove ne bi trebalo nadoknaditi budući da se na osnovu toga može zaključiti da mere, koje je poverilac preuzeo, nisu razumne.

³¹ Čl. 192. st. 1. ZOO predviđa da „oštećenik, koji je doprineo da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, ima pravo samo na srazumno smanjenu naknadu”. On se primenjuje i na ugovornu odgovornost za štetu na osnovu člana 269. ZOO:

³² D. Mitrović, „Komentar uz član 267. ZOO”, 1983(b), 942.

³³ Pitanje oslobađanja dužnika od odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora uređuje čl. 263. ZOO, po kome je to moguće „... zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći”. Podrazumeva se da te okolnosti može izazvati i poverilac svojim ponašanjem i ako je to u pitanju, onda dužnik nije odgovoran za štetu, odnosno, nije odgovoran za odgovarajući deo štete.

³⁴ Ova se krivica, naime, sastoji u nemamom odnosu poverioca prema svojim sopstvenim dobrima, koja jesu zakonom zaštićena, ali ne od njihovog titulara, već od trećih lica. „Zato ponašanje oštećenog postaje pravno relevantno tek u trenutku konstituisanja obaveze štetnika da mu naknadi štetu koju mu je na njegovim dobrima prouzrokovao”. V. M. Toroman, „Komentar uz član 192. ZOO”, 1983(b), 711.

³⁵ D. Mitrović, 1983(b), 942.

ti.³⁶ Naši sudovi se u takvim slučajevima često opredeljuju da naknadu štete koju dužnik treba da plati poveriocu smanje za polovinu, što je i stav koji podržavaju domaći autori.³⁷

3. Do korekcije konačnog iznosa naknade štete može doći kada je za poverioca, prilikom povrede obaveze od strane dužnika, pored štete nastao i neki dobitak. Stavom 3. člana 266. ZOO je predviđeno da će se o takvom dobitku voditi računa prilikom određivanja visine naknade, „u razumnoj meri.” Sudu je, dakle, ostavljeno da prilično slobodno odlučuje o umanjenju naknade i on to pitanje rešava s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja. Na primer, kada prodavac ne isporuči robu pa kupac raskine ugovor i učini kupovinu radi pokrića, tada bi on imao pravo da od prodavca traži naknadu za troškove koje je imao u vezi sa zaključenjem tog ugovora. Međutim, ako bi kupac ugovorom sa trećim postigao povoljniju cenu od one koja je bila predviđena raskinutim ugovorom, onda bi prodavac mogao tražiti da se za iznos te koristi umanjiji iznos koji, na ime naknade štete, treba da plati kupcu.

Da bi dužnik mogao da realizuje pravo na umanjenje iznosa naknade štete po ovom osnovu, potrebno je da su dobitak i šteta posledica iste povrede ugovora; u suprotnom slučaju između njih ne bi trebalo vršiti prebijanje.³⁸ Teret dokazivanja da je poverilac zbog povrede ugovora, pored toga što je pretrpeo štetu, stekao i neku dobit, je na dužniku.³⁹

4. Raskid ugovora zbog anticipatorne povrede ugovora od strane dužnika: pravo ili dužnost poverioca

Pitanje neizvršenja ugovora se, po pravilu, ne može postaviti sve dok obaveza nije dospela za izvršenje. Međutim, uprkos tome, većina pravnih sistema reguliše situaciju kada je očigledno da jedna ugovorna strana ispuniti ugovor (na primer, izjavi da to neće učiniti) i ovlašćuje drugu stranu da u tom slučaju upotrebi određena pravna sredstva, pre svih da zahteva raskid ugovora (bez obaveze da dužniku omogući dodatni rok za njegovo ispunjenje). Ovo gledište poznato je kao doktrina o anticipatornoj povredi ugovora i predstavlja izuzetak od pravila da se povreda ugovora ne može dogoditi pre vremena predviđenog za njegovo izvršenje.

³⁶ Čl. 192. st. 2. ZOO je propisano da se, u slučaju kada je nemoguće utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove radnje naknada dosuđuje vodeći računa o okolnostima slučaja.

³⁷ Takvo rešenje predviđaju i Opšte uzanse za promet robom (uzansa br. 232.) i ono se odrazilo i u sudskim odlukama o ovom pitanju. Tako, na primer, Vrhovni privredni sud u obrazloženju presude br. Sl-209/58 od 17. maja 1958. navodi: „Ako se uz odgovornost štetnika šteta ima svesti i na odgovornost oštećenog, tada oštećeni snosi štetu srazumno sa štetnikom, a ako se taj srazmer nemože utvrditi, na jednake delove”. M. Isaković, P. Šurlan, *Opšte uzanse za promet robom s objašnjenjima i sudskom praksom*, Privredni pregled, Beograd 1967, 249. Na istom stanovištu: presuda Vrhovnog suda Srbije Gž br. 4153/66 od 11. maja 1967. godine, Bilten prakse Vrhovnog suda Srbije, 1967, br. 10, odluka br. 29 (navedeno prema M. Toroman, 1983(b)), 712. Isto: D. Mitrović, 1983(b), 942.

³⁸ S. Perović (glavni redaktor), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, Savremena administracija, Beograd 1995., 772.

³⁹ D. Mitrović, 1983(a), 941; I. Jankovec, 341.

Anticipatornu povredu ugovora, u smislu davanja prava poveriocu da taj ugovor raskine i pre dospelosti obaveze dužnika poznaje i naš ZOO.⁴⁰ U tom slučaju njegovo pravo na naknadu štete se ne dovodi u pitanje. Međutim, iz ugla dužnosti poverioca da preduzme razumne mere za sprečavanje nastupanja štete kad je očigledno da dužnik neće ispuniti ugovor, ili za njeno umanjeње, postavlja se pitanje je da li je on dužan da u tom slučaju raskine ugovor kako bi ispunio tu svoju dužnost, ili je to samo njegovo pravo. U ovom kontekstu još je značajnije pitanje da li je poverilac dužan da zaključi ugovor radi pokrića (a da bi na to stekao pravo on mora prethodno raskinuti ugovor).

Tako, na primer, kada je kupac izjavio da neće platiti cenu, tada prodavac (pod uslovom da već nije izvršio predaju stvari) može da bira između zahteva za izvršenje ugovora u dodatnom roku, pa ako kupac ni tada ne plati onda da ugovor raskine pod predviđenim uslovima i traži naknadu štete,⁴¹ ili da ugovor jednostrano raskine i učini prodaju radi pokrića i zahteva naknadu štete u visini razlike između cene određene ugovorom i cene prodaje radi pokrića.⁴² Ako bi se prodavac opredelio za prvo rešenje (da zahteva izvršenje ugovora), onda bi kupac mogao da se poziva na pravilo čl. 266 st. 4. i zahteva sniženje naknade štete zbog propuštanja poverioca da preduzme mere da se šteta smanji, u konkretnom slučaju zbog njegovog propuštanja da ugovor raskine kada je to bilo moguće i da učini prodaju radi pokrića.

Izloženo gledište je opravdano i prihvatljivo sa stanovišta interesa dužnika. Međutim, ne može se zanemariti činjenica da ZOO ni jednom svojom odredbom ne obavezuje poverioca da, u slučaju anticipatorne povrede ugovora, ugovor raskine uvažavajući da to i nije uvek opravdano rešenje sa njegove tačke gledišta.

Većina autora ukazuje da je zaključenje ugovora radi pokrića jedna od tipičnih, razumnih mera koje poverilac može da preduzme da bi se gubitak zbog činjenice da dužnik ne izvršava ugovor, izbegao ili smanjio.⁴³ Takav stav je i u našem pravu potvrđen odlukom Vrhovnog suda Makedonije iz 1984. godine, kojom je umanjen iznos kupčevog zahteva za naknadu štete na osnovu toga što

⁴⁰ Čl. 128. ZOO glasi: „Kad je pre isteka roka za ispunjenje obaveze očigledno da jedna strana neće ispuniti svoju obavezu iz ugovora, druga strana može raskinuti ugovor i zahtevati naknadu štete.”

⁴¹ Čl. 124. ZOO predviđa da u dvostranim ugovorima, kad jedna strana ne ispuni svoju obavezu, druga strana može, ako nije što drugo određeno, zahtevati ispunjenje obaveza ili, pod uslovima predviđenim u idućim članovima, raskinuti ugovor prostom izjavom, ako raskid ugovora ne nastupa po samom zakonu, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete.

⁴² Čl. 525. ZOO reguliše pravo poverioca da, u slučaju raskida ugovora, učini kupovinu / prodaju radi pokrića i da obračuna iznos naknade štete na osnovu razlike između cene određene ugovorom i cene prodaje, odnosno kupovine radi pokrića.

⁴³ V. J. Gotanda, „Article 77”, S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck, Hart, Nomos, München 2011., 1037; I. Schwenzer, „Article 77”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford 2010., 1046-1047; U. Magnus, „Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation, and Preservation”, L. DiMatteo (ed.), *International Sales Law - A Global Challenge*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, 280-281. Ipak, svi autori se slažu da poverilac nema ovu dužnost ako zaključenje ugovora radi pokrića neće smanjiti niti otkloniti štetu zbog povrede ugovora. Na primer, kupac nema sredstava da učini kupovinu radi pokrića ili prodavac ne čini prodaju radi pokrića jer roba koju treba da proda trećem je sezonska (npr. letnja obuća) a ugovor radi pokrića treba zaključiti van sezone za njenu prodaju. V. Milena Đorđević, 2012., 251.

nije pokušao da od drugog lica nabavi cement koji mu prodavac nije isporučio po ugovoru, čime bi značajno umanjio iznos štete. U obrazloženju odluke sud je ukazao da je prodavčev zahtev za smanjenje naknade štete u konkretnom slučaju posebno opravdan činjenicom da je vrednost njegove obaveze u značajnoj nesrazmjeri sa naknadom štete koju potražuje kupac zbog neizvršenja ugovora.⁴⁴

Ipak, pomenuti stavovi nisu sporni u situaciji kada je poverilac punovažno raskinuo ugovor zbog toga što ga dužnik nije izvršio. Međutim, kod anticipatorne povrede ugovora dužnik još uvek nije povredio ugovor, već je postalo jasno da on to neće učiniti kada njegova obaveza dospe na izvršenje. To je bitna razlika koja se mora uvažiti i koja nameće potrebu da se posebno pažljivo procenjuje ponašanje poverioca, konkretno, da li je on bio dužan da raskine ugovor kao preduslov da zaključi ugovor radi pokrića (što bi moglo da umanja ili otkloni nastalu štetu). Međutim, ako bi se od poverioca očekivalo da raskine ugovor samo na osnovu okolnosti da su se stekli uslovi anticipatorne povrede ugovora, onda bi taj stav mogao da se brani jedino izuzetno širokim tumačenjem pojma „razumne mere” (čl. 266. st. 4. ZOO). Takvo postupanje, međutim, moglo bi da ohrabri dužnika da ne izvrši ugovor zbog čega se ne može smatrati opravdanim.⁴⁵ Ipak, u nekim situacijama bi raskid ugovora i zaključenje ugovora radi pokrića bila razumna mera koju je poverilac dužan da preduzme i kod anticipatorne povrede ugovora, na primer, ako je mogao predvideti da dužnik neće izvršiti ugovor i da će usled toga za njega nastupiti šteta.⁴⁶ Pored toga, raskid ugovora i zaključenje ugovora radi pokrića je razumna mera (odnosno dužnost poverioca) i kada se ugovor odnosi na robu čija cena često varira na tržištu.⁴⁷

Napred navedeno odnosi se na pojedinačne situacije, ali je pitanje može li se formulisati opšte pravilo koje bi opredelilo da li je raskid ugovora i zaključenje ugovora radi pokrića u slučaju anticipatorne povrede ugovora razumna mera koju je poverilac dužan da preduzme. Tim pitanjem se bavio Saidov koji predlaže da se pođe od postojećih rešenja nacionalnih prava, pre svih *common law* pravnog kruga koja su u tom pogledu i najrazvijenija. U tim sistemima sudovi su, navodi on, izdvojili dve situacije u kojima bi trebalo smatrati da je poverilac dužan da raskine ugovor ako je dužnik, pre dospelosti, od njega odustao: prva, kada je i poveriocu postalo nemoguće da ispuni svoj deo ugovora zbog toga što dužnik sa njim ne saraduje, na primer, ako kupac ne obezbedi prodavcu informacije neo-

⁴⁴ U ovom predmetu bio je zaključen ugovor o prodaji cementa za potrebe izgradnje kuće, u kome prodavac nije izvršio svoju obavezu isporuke pa je kupac potraživao naknadu štete. Vrednost prodavčeve obaveze, odnosno, vrednost cementa koju je prodavac trebalo da isporuči je bila 7.750 dinara, dok je kupac potraživao štetu u visini od 105.000 dinara, na ime toga što zbog povrede ugovora od strane prodavca nije završio izgradnju kuće. Nesrazmera između visine štete i vrednosti neisporučene robe je u ovom slučaju bila tako velika da je sud smatrao da je kupac bio dužan da preduzme odgovarajuće mere da robu nabavi od drugog prodavca. Rešenje Vrhovnog suda Makedonije, Rev.441/84 od 19. oktobra 1984. godine (navedeno prema I. Jankovec, 334).

⁴⁵ Imajući u vidu da raskid ugovora, iako moguć, nije obaveza oštećenog koji može insistirati na njegovom izvršenju. Knapp, 560.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ I. Schwenzer, 2010, 1047.

phodne da bi se napravila roba koja je predmet ugovora⁴⁸, i druga, kada poverilac iz nekog razloga izgubi interes za izvršenjem ugovora od koga je dužnik unapred odustao⁴⁹. Zaista, ako je zbog anticipatorne povrede ugovora i poverilac izgubio pravno relevantan interes da zahteva izvršenje ugovora, onda bi trebalo prihvatiti da on u tom slučaju gubi i pravo da upotrebi to pravno sredstvo.

5. Zaključak

Nije sporno da poverilac ima pravo da od dužnika, koji je povredio ugovor, potražuje naknadu štete koja je iz toga proistekla. Nije sporno ni da poverilac ne bi trebalo potpuno pasivno da se drži u toj situaciji očekujući da mu dužnik nadoknadi štetu, ako je moguće da preduzme razumne mere koje bi štetu zbog povrede ugovora umanjile ili otklonile. Međutim, on nije dužan da preduzima sve moguće mere u pomenutoj situaciji niti bi bilo etički da mu se nametne obaveza da sprečava štetne posledice kada dužnik povredi ugovor, pod pretnjom gubika prava na nakandu štete. Pravni sistem gotovo bez izuzetka dužnost poverioca ograničavaju na preduzimanje razumnih mera, koje ga neće izložiti troškovima većim od koristi koje očekuje od izvršenja ugovora.

Mera koja ispunjava taj zahtev u najvećem broju slučajeva kada poverilac, zbog povrede ugovora od strane dužnika, raskine ugovor je zaključenje ugovora radi pokrivanja. Međutim, sasvim je specifičan slučaj anticipatorne povrede ugovora, gde se postavlja pitanje da li je poverilac dužan da ugovor raskine (kao preduslov za zaključenje ugovora radi pokrivanja) ili je to samo njegovo pravo. S tim u vezi nema dovoljno osnova za nametanje takve dužnosti poveriocu, osim u izuzetnim situacijama, po pravilu, kada poverilac, zbog činjenice da dužnik nije ispunio ugovor, i sam ispunio interes za njegovim izvršenjem.

⁴⁸ Ako poverilac ne može izvršiti svoju obavezu bez saradnje sa dužnikom, onda se od njega ne može očekivati da insistira na izvršenju ugovora, već je dužan da ugovor raskine, budući da ni sam nije u mogućnosti da ispunji svoju obavezu. U tom slučaju poverilac podleže i obavezi da preduzme mere u cilju smanjenja ili izbegavanja štete zbog povrede ugovora. *Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.M.B.H. (the Puerto Buitrago)*, (C.A.) [1975] 1 Lloyd's Rep. 205 at 256 (navedeno prema Dj. Saidov, „Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International Law Review* 2/2002, 54).

⁴⁹ Gubitak poveriočevog interesa da ugovor bude izvršen može nastati iz različitih uzroka i engleski sudovi su na stanovištu da mu u tom slučaju ne bi trebalo dati pravo da zahteva njegovo izvršenje, već da je on tada dužan da ugovor raskine. *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1961] 2 A.C. 428 (navedeno prema Dj. Saidov, *ibidem*).

* * *

*THE INFLUENCE OF CREDITOR'S ACTIONS TO
DETERMINATION THE COMPENSATION OF DAMAGES FOR
BREACH OF THE CONTRACT*

Summary

Creditor' right to claim compensation from the debtor who breached the contract is not in question in comparative law. However, there is no legal system which relieves a creditor of his general duty to protect the other contracting party in that situation, and under threat of loss of the right for full compensation, impose to him an obligation to take certain measures with aim to reduce or to eliminate the damage thereof. In this article autor analyze that question from the standpoint of dominant views in comparative law. Beside that, the solutions of Serbian Law of Obligations are presented, as well. In the conclusion the most significant attitudes which are exposed in this article are highlighted and the general and particular criteria for estimating whether certain measures, which the creditor has taken or he should have been taken in the concrete case, are reasonable or not.

Key words: breach of contract, compensation for damages, duty to mitigate damages, reasonable measures, anticipatory breach.

dr Ilija Zindović¹

PRAVNO ODREĐENJE NEZAKONITOG I NEPRAVILNOG RADA DRŽAVNIH ORGANA I NOSILACA VRŠENJA JAVNIH OVLAŠĆENJA U FUNKCIJI NAKNADE ŠTETE PROUZROKOVANE GRAĐANIMA

Apstrakt

U radu se analizira pravna priroda odgovornosti države za pričinjenu štetu trećim licima usled nezakonitog i nepravilnog rada njenih organa. Iz kratkog prikaza istorijskog razvoja ovog instituta proizilazi da se isti najpre razvijao kroz građansko-pravnu odgovornost da bi tek u XX veku ta odgovornost dobila i javno-pravni aspekt. No, i pored toga ovaj vid odgovornosti još uvek nije dovoljno adekvatno zaživeo u praksi više iz političkih a ne pravnih razloga.

ključne reči: *Država, šteta, odgovornost, pravno određenje.*

1. Uvod

Vladavina prava podrazumeva zakonit i pravilan rad državnih organa i imaoca javnih ovlašćenja. Cilj svakog demokratskog društva jeste maksimalno ostvarenje ljudskih prava i vladavina prava. Bez vladavine prava nema pravilnog ostvarenja osnovanih aksioma savremenog društva. Savremeno lice vremenom ne sme se ogledati samo u kvantitativnom aspektu već i u kvalitativnom. U oblasti pravnih nauka taj kvalitet bi se mogao posmatrati kroz proces što većeg sjedinjavanja prava i pravičnosti. Nema demokratije bez vladavine prava i pravne sigurnosti i bez stvaranja prava kad logike o dobrom i pravičnom, a bez toga nema ni stabilnosti na svim poljima – kulturnom, ekonomskom, pravnom, naučnom.

Međutim, stabilnost pravnog sistema diktirana je ne samo čistom voljom političke vlasti, već i drugim faktorima – istorijskim, kulturnim, socijalnim, obrazovanim, ekonomskim a ponekad i religijskim.

Nestabilnost našeg prava dosta je uočljiva. Ona se ogleda ne samo u promenljivosti i nestabilnosti od pojedinih zakonskih rešenja, već i u čestoj retroaktivnoj primeni novih zakonskih rešenja, što direktno podriva pravnu sigurnost. Evidentno je da se zemlja nalazi u tranziciji. No i pored pokušaja da se pravo i zakoni oslobode ideoloških stega u izgradnji novih zakonskih tekstova prisutni su elementi revolucionarnih ideja, a te ideje se provlače i u postupku tumačenja pravnih normi,

¹ Sudija Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, e-mail: zindovic.ina@mts.rs.

što ukazuje na činjenicu da formirana revolucionarska svest kao izvor ili ključ u tumačenju prava ostaje i dalje da živi; u nekom drugom delu...rezultat te negativnosti dovodi do situacije da se pravo gazi uvek onda kada to odgovara „interesima odgovarajuće političke prolaznosti“.²

Neobjektivna primena prava može ugroziti ustavnost i zakonitost do te mere da pravna nesigurnost postane notorni društveni faktor. Dalje, nedostaci u kvalitetu prava mogu se ispoljiti i kroz ishitrenost nekvalitetno donetih pravnih normi preterani formalizam, neprecizan jezik zakona, pogrešno tumačenje pravnih normi. Negativna selekcija kadrova kroz političku pripadnost sve više postoje patološka pojava koja se nedolično odražava na nezakonit i pravilan rad državnih organa i nosilaca javnih ovlašćenja. Štete koje nastaju iz takvih uzroka i koje se moraju naknaditi zbog svoje obimnosti postaju ozbiljan i veliki udar na javni budžet. Time se na posredan način udara na stabilnost javnog poretka države.

2. Pravna priroda odgovornosti

Određenje pravne prirode ovoga vida odgovornosti je dihotomno. Razlog toga je što se ovde susreću javno-pravni i građansko-pravni elementi. Zato se ova vrsta odgovornosti za naknadu štete zasniva na različitim pravnim osnovama a što utiče i na vrstu prava, pravno priznatih šteta kao i na obim naknade.

Kada je u pitanju odgovornost zasnovana na javno-pravnom aspektu, uglavnom se radi o imeprativnim normama kada država ustanovi svoju odgovornost bilo direktno ili indirektno odnosno originernu ili akcesornu. Razlikovanje ovih modaliteta odgovornosti nije uvek najjasnije. Međutim, ono što je karakteristično za ovaj aspekt odgovornosti je činjenica da se on razvijao, proširivao i dopunjavao³.

Pored ovog javno-pravnog aspekta odgovornosti za štetu, postoji i građansko-pravni aspekt odgovornosti koji je znatno širi. Za realizaciju tog prava za naknadu štete, pored neophodnosti postojanja obligaciono-pravnog zahteva oštećenog, potrebno je dokazati na čemu se zasniva ta odgovornost, na greški,

² Perović S. (2007), „Budućnost prirodnog prava“, uvodna reč na otvaranju 19 susreta Kopaoničke škole prava 13-17. decembra 2006. godine, časopis Pravni život br. 1-2/2007, Beograd, 70.

³ Primer originarnog vida ove odgovornosti može se sagledati u odredbama Zakona o rehabilitaciji, Sl. glasnik RS br. 92/11, gde je u čl. 21. propisano da pravo na rehabilitaciono obeštećenje u skladu sa članom 26. stav 4. istog zakona. Ovde je država direktno priznala grešku svojih organa a što je posledica i loše ustanovljenih zakonskih propisa ili njihovog lošeg tumačenja u primeni. Obzirom da je u ovakvim slučajevima država dala zakonsku mogućnost da se to ispravi i stavljanjem mogućnosti da se doneti pojedinačni akti oglaše ništavim i tako se uđe u pravo na naknadu štete, moglo bi se zaključiti da je ova odgovornost zasnovana na priznatoj krivici.

Slična situacija je postojala i u Rusiji. Zakonom o rehabilitaciji žrtava političke represije od 18. oktobra 1991. godine rehabilitovani su i izjednačeni sa pravima ostalih građana preko milion lica koja su bila žrtve političkih i ideoloških čistiki počev od 1917. godine. Licima nezakonito lišenih slobode isplaćivana je iz budžeta novčana naknada od 180 rubalja za svaki mesec lišenja slobode, a najviše 25.000 rubalja. Oštećenima su priznate i druge povlastice koje su se odnosile na stambene, životne, medicinske i druge uslove. Na taj način država je priznala svoju odgovornost i u određenoj meri ispunila obavezu naknade prouzrokovane materijalne štete. Više o tome vidi: Маленин, Н.С. (1994), „Современные проблемы юридической ответственности“, *Государство и право* бр. 6/1994, 25.

krivici ili nedopuštenom ponašanju ili je u pitanju mogućnost naknade štete po principu odsustva greške tj. objektivne odgovornosti.

Ovaj drugi vid odgovornosti u praksi se ne javlja često. Da bi se mogao primeniti ovaj vid odgovornosti, šteta treba da bude pričinjena pod naročitim okolnostima. Do te odgovornosti dolazi i kad je služba posve pravilno funkcionirala i kad su se vršioci službe strogo pridržavali pravnih pravila⁴. U suštini ova odgovornost se zasniva na principu postojanja rizika što takvu odgovornost može podvesti pod osnov - objektivne odgovornosti. Takvi slučajevi postoje posebno kada se neka odluka donosi na osnovu diskrecionog ovlašćenja nekog lica. No, ne treba izgubiti iz vida da u takvim slučajevima oštećeno lice pored toga što štetu može potraživati prema državi ili nosiocu javnih ovlašćenja, takvu tužbu može podneti i direktno prema trećem licu koje je donelo odluku pozivajući se na diskreciono ovlašćenje i u slučaju kada prema tom licu nije utvrđena krivična ili disciplinska odgovornost. Njegova krivica se pretpostavlja jer je pravilo da diskrecija u odlučivanju o nečijem pravu u sebe uključuje i veću – strožiju odgovornost onoga ko odlučuje.

3. Uporedno-pravna rešenja

Princip odgovornosti države za štete učinjene njenim građanima nastao je znatno kasnije nego u odnosima između pojedinaca. Iako se formiranje savremenih država vezuje za kraj XVII i XVIII vek, slučajevi dopuštenosti sporova protiv države za naknadu štete javljaju se tek u XIX veku. Logično je verovati da se ovaj vid odgovornosti najpre razvio u državama jakog parlamentarizma i razvijene demokratije. Razvoj uprave i građanskog prava u istima je bio ubrzaniji i u tom kontekstu je i opravdano očekivanje da je jasnije definisan položaj izvršne vlasti u političkom sistemu.

Međutim, iako je demokratska tradicija u pojedinim zapadnim zemljama bila znatno uznapredovala (Engleska, SAD, Francuska, Švajcarska), princip odgovornosti države za štetu prema građanima bio je potpunije razvijen iako je proces formiranja same države sproveden dosta kasnije u odnosu na druge naznačene države.

Uticaj poimanja ustavnosti, značenja pojma države i istorijska tradicija različito su uticali na brzinu trasiranja puta i modaliteta ovog vida odgovornosti. I pored svih ovih specifičnosti nalazimo da se u zemljama savremene demokratije mogu iskristalisati četiri modela odgovornosti države u ovoj sferi i to:

1. Anglo-američki model;
2. Francuski model;
3. Nemački model;
4. Model država bivšeg socijalističkog lagera.

⁴ Krbek I. (1954), *Odgovornost države za štetu*, Jugoslevenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 156.

3.1. Anglo-američki model

U Velikoj Britaniji dug period je preovladavalo mišljenje da je država predstavljena u kruni a kruna (monarh) ne može biti pozvan na odgovornost jer uživa procesni imunitet. S druge strane smatralo se da sudija ili lice koje presuđuje u vršenju svoje nadležnosti može postupati po svojim ovlašćenjima bez ikakve odgovornosti za štetu.

Pravilo o neodgovornosti države bilo je zastupljeno i u SAD-u. Odgovornost za štetu zasnivala se na ličnoj odgovornosti državnog službenika koji je štetu uzrokovao svojom protivpravnom radnjom. "Ta odgovornost je lična i temelji se na subjektivnom osnovu odgovornosti (krivici)⁵. U tom pogledu državni službenik je izjednačen sa drugim fizičkim licima što znači da njegova radnja mora imati obeležje delikta (tort) zbog kog oštećeni ima pravo na podnošenje privatne tužbe⁶. Ovakvo pravno shvatanje primenjivano je sve do nakon II svetskog rata. Nakon toga, to pravno shvatanje je promenjeno kako u SAD-u tako i u Engleskoj. U SAD-u 1946. godine izglasan je Savezni zakon o deliktnoj odgovornosti (Federal, Tort Claims Act) kojim je uveden princip odgovornosti države za štete koje državni službenici učine građanima i drugim pravnim licima.

Engleska je takođe sledila ovaj put pa je 1947. godine donet Procesni zakon Krune (*Crown Proceedings Act*) kojim je omogućeno građanima da podnesu tužbu protiv države ako su oštećeni postupkom državnog službenika⁷.

Kanada je ustanovila sistem odgovornosti države sličan SAD-u, pa bi se mogao zaključiti da je u anglo-saksonskom pravu (sem nekih izuzetaka) uveden princip javno-pravog aspekta odgovornosti države.

Na ovaj način građanima je pružena veća mogućnost da zbog greški državnih organa u primeni zakona, ostvare pravo na naknadu štete. Odgovornost državnih službenika i dalje ostaje ali uz određeno ograničenje odgovornosti. To ograničenje odgovornosti nastupa ako su... službenici ili službena lica koja u ime države nastupaju znala ili mogla znati da vređaju nečija Ustavom zaštićena prava.⁸ Ovaj princip ograničenja odgovornosti možda bi se najbolje mogao izraziti citiranjem stava izraženog u engleskom slučaju *Bredli protiv Fišera* (1871. godine) gde stoji: "Najviši je princip da sudija ili lice koje reaguje šta je zakon o nekoj stvari u vršenju svoje nadležnosti može postupati po svojim uverenjima bez ikakve odgovornosti za štetu. Sudija ne sme biti pod strahom da će lično trpeti posledice naknade štete. To bi razorzilo nezavisnost bez koga nema respektabilnog ni upotrebljivog sudstva."⁹

⁵ Mrvić-Petrović N. *et al.* (2003), *Vanugovorna odgovornost države za štetu pričinjenu njenim građanima*, Vojnoizdavački zavod i Institut za uporedno pravo, Beograd, 91.

⁶ *Ibid.*

⁷ O pojašnjenju delikta u engleskom pravu vid. Popović D. (1983), „Vanugovorna odgovornost za štetu u uporednom pravu”, časopis *Pravni život* br. 6-7/1983, 765.

⁸ Kavran D. (1992), „Odgovornost za štetu nanetu radom uprave u uporednom pravu sa posebnim osvrtom na anglo-saksonsko pravo”, časopis *Pravni život* br. 11-12/1992, 1933.

⁹ *Ibid.*, 1932.

3.2. Francuski model

Odgovornost države za štetu u francuskom pravu imala je specifičan razvoj. U početku je ta odgovornost bila isključivo javnopravne prirode. Odgovornost države je isključivana – za štetu je mogao da odgovara samo pojedinac – državni službenik čijom je krivicom došlo do štete usled propusta u vršenju službe.

Međutim, zahvaljujući sudskoj praksi vrlo brzo se razvilo shvatanje da odgovornost pojedinca nije uvek dovoljna, te da je odgovornost za lične greške državnih službenika (*faute personell*) treba da postoji odgovornost za greške službe (*faute du service*)¹⁰. Ovaj princip bio je obrazlagan shvatanjem da država treba svojom imovinom da garantuje za sve rizike od nastanka štete lošim funkcionisanjem državne službe. Pored toga, uporedo je funkcionisao sistem građansko-pravne odgovornosti koji postupak je mogao biti pokrenut prema pojedincima pred redovnim sudovima pri čemu se morala dokazivati krivica službenika u vidu propusta – lične greške (nesmotrenosti) za nastalu štetu.

Iako je uvođenje principa odgovornosti države za štetu usled lošeg funkcionisanja državnih organa u francuskom pravu predstavljao veliki napredak u toj sferi, realizacija tog prava je i dalje ostala otežana. Razlog toga je što je francuski pravni sistem i dalje sadržao podelu odgovornosti javno-pravne od građansko-pravne odgovornosti. Ako se šteta zasniva na krivici javnog službenika onda je ona građansko-pravne prirode a ako je šteta nastala po osnovu stovorenog rizika onda je odgovornost javno-pravne prirode. O zahtevu za štetu javno-pravne prirode odlučuje Državni savet¹¹ dok o tužbama za štetu po pravilima građanskog prava odlučuju sudovi. Problem nastaje u tome što država deluje preko svojih službenika pa je svaka greška države i lična greška i u takvim situacijama je teško razgraničiti ko je nadležan da odlučuje o zahtevu za štetu. Ipak, kroz stavove sudske prakse, zapaža se da odgovornost države ne postoji za svaku grešku službe kao takvu, nego za tešku grešku službe.¹²

3.3. Nemački model

U nemačkim državama je veoma rano iskristalisan stav o građansko-pravnom režimu odgovornosti države za naknadu štete zbog nezakonitog rada njenih organa. Država je kao i svako drugo pravno lice bila obavezivana na naknadu štete. Na prvi pogled sticao se utisak da se ta odgovornost države približavala javno-pravnom režimu. Ipak, uslov obavezivanja države prethodio je uslov utvrđivanja krivice na strani državnog službenika. Presude nisu donošene po principu odgovornosti za stvoreni rizik, čiji osnov se zasniva na objektivnoj odgovornosti, pa se ova odgovornost države još uvek nije mogla smatrati da je javno-pravnog karaktera.

¹⁰ Mrvić-Petrović N. *et al.* (2003), 95.

¹¹ Državni ili Administrativni savet broji 15 članova od kojih većinu čine sudije. Iako se smatra organom uprave, isti praktično postupa kao sudski organ.

¹² Mrvić-Petrović N. *et al.* (2003), 98.

Bogate teoretske rasprave i široko tumačenje sudova u prihvatanju propusta organa države kod prouzrokovanja štete uticalo je da se odgovornost države primenjivala i kada je upravljala javnim preduzećima. Osnov je nađen u čl. 839 Uvodnog nemačkog građanskog zakonika iz 1896. godine na osnovu koga je tumačeno da ako država postupa kao privatno lice onda je i dužna da garantuje za poslovanje svojih službenika kao i svaki drugi poslodavac.

Izvesni napredak učinjen je u odredbama Vajmarskog ustava od 1919. godine u kome je predviđena načelna neposredna i primarna odgovornost države za štetu pričinjenu aktima javne vlasti, pri čemu država odgovara za protivpravne radnje onih službenih - lica kojima je povereno vršenje javne vlasti.

Nakon II svetskog rata, Nemačka, po ugledu na Francusku, uvodi pored redovnih i upravne sudove. Polje odgovornosti države se proširuje. U osnovnom građanskom zakonu od 1949. godine u čl. 34. preuzeta je načelna odredba o odgovornosti države iz Vajmarskog ustava iz čl. 131. s tim što je izvršena izmena utoliko što se sada govori o vršenju javnih službi a ne o vršenju vlasti¹³. No, i pored ovakve regulative... u sudskoj praksi u Nemačkoj nije se razvila odgovornost po osnovu ugrožavanja vandeliktnih odnosa §836 Građanskog zakonika, i to treba jasno da se naglasi.¹⁴

Pa ipak, i pored početne naprednosti nemačkog prava da se odgovornost države za štetu jasno iskristališe kako sa javno-pravnog tako i sa građansko-pravnog aspekta može se zaključiti da uspostavljanje sistema državne odgovornosti još uvek nije jasno određen jer su mnoga pitanja kako sa zakonskog tako i sa teorijskog okvira ostala precizno nedefinisana.

3.4. Model bivših socijalistički zemalja

U zemljama socijalističkog lagera, pitanje naknade nematerijalne štete učinjene od strane države bilo je nepojmljivo jer se to pravdalo socijalističkom solidarnošću. U pogledu naknade materijalne štete učinjene nepravilnim radom državnih organa postojala je razlika u pravima SSSR-a, Rumunije i Mađarske od pravnih sistema Čekoslovačke, Poljske i DR Nemačke. U SSSR-u, Rumuniji i Mađarskoj to pitanje se nije postavljalo jer je pravljena jasna razlika između javnog i privatnog prava. Javno pravo namenjeno je zaštiti interesa države. Ako bi se dopustila odgovornost države onda bi to dovelo do narušavanja autoriteta vlasti a s druge strane i do rasipanja državnih sredstava. Osim toga, smatralo se da država nije stupila u neposredne odnose sa građanima već su umesto nje istupali državni organi. Za propuste u radu tih organa država nije mogla biti odgovorna već je odgovornost pojedinaca – državnog službenika za učinjeni propust ili nezakonit rad, individualna. Iako norme građanskog prava nisu zabranjivale podnošenje tužbi radi naknade štete, postupaka pred sudovima po tom osnovu praktično nije bilo.

¹³ Krbek I (1954), 175.

¹⁴ Michael Fromont (1967), *Rechtsschutz Gegenüber Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften*, Carl Hlymanns Verlag, Köln – Berlin – Bonn-München, 30, prema Mrvić-Petrović N. et al. (2003), 102.

Nasuprot tome, pravo Čekoslovačke, Poljske i DR Nemačke građansko-pravni aspekt odgovornosti države za štetu je u izvesnom smislu funcionisao, naravno uz dokazivanje lične greške individualno određenog službenika.

Raspadom istočnog bloka situacija se pozitivno menja. Ustavom SSSR-a iz 1981. godine u čl. 58. st. 3. garantovano je pravo građanina na naknadu štete pričinjene nezakonitim službenim radnjama državnih organa i društvenih organizacija ili službenih lica. Međutim, pravo na štetu moglo se ostvariti samo ako se dokaže da je do povrede došlo radnjom konkretnog službenog lica a ne i organa. To je ostavilo mogućnost službenim licima da putem kolegijalnog odlučivanja onemogućie građanima pravo na sudsku zaštitu. S druge strane, sredstva za isplatu na ime naknade nisu bila predviđena u okviru redovnog saveznog budžeta pa nije bilo moguće izvršiti isplatu.¹⁵

Saradnja Rusije sa Organizacijom za bezbednost i saradnju u Evropi doprinela je da ruska strana potpiše Parisku povelju za Novu Evropu. Tim dokumentom je potvrđeno da zakonski garantovana prava i slobode čoveka i građanina uživaju zaštitu nasuprot neizmerenoj vlasti države koja treba da bude ograničena demokratskim institutima kao što su slobodni izbori predstavničkih organa, neograničeno pravo građana na sudsku zaštitu svojih prava i druge situacije u kojima se ustanovljava odgovornost države pred građanima.¹⁶

Nakon ovoga u RSFSR doneti je niz zakona kojima je predviđena mogućnost građana da podnesu sudske zahteve za naknadu materijalne i nematerijalne štete. U te propise spadaju i zakoni koji su predvideli mogućnost naknade štete žrtvama političke represije (donet 1991. godine) počev od 1911. godine i naknadu žrtvama usled Staljinovih čistki i prinudnog preseljenja i dr.¹⁷ Naravno, mogućnost naknade štete po građanskom zakoniku iz 1994. godine (čl. 4) je i dalje zadržana a Novi ustav Ruske federacije iz 1993. godine je u čl. 53 predvideo da svako ima pravo na naknadu štete pretrpljenu usled nezakonitih radnji ili (propuštanja) organa državne vlasti ili službenih lica.

Ustavni sud Ruske federacije je u svojim odlukama dosta široko tumačio odgovornost države za štete koju pričine njeni organi u vršenju službe. Međutim, iako na zakonodavnom planu postoji solidna podloga na kojoj bi se zasnivala odgovornost države u praksi, za sada ne postoji efikasna primena postojećih pravnih pravila.

4. Model Republike Srbije

Jugoslavija a time i Srbija, nakon II svetskog rata je izvesno vreme pratila sudbinu socijalističke doktrine da država ne može odgovarati za štetu učinjenu

¹⁵ Морозова Л.А (2000), „Проблемы правовой ответственности государства, Его органов у служавших” *Государство и право* br. 3/2000, 24.

¹⁶ Mrvić-Petrović N. *et al.* (2003), 108, prema Малейн, Н.С. (1994), 23-32.

¹⁷ U Ruskoj federaciji postoje propisi koji obavezuju državu da po tzv. socijalizaciji rizika preuzme na sebe obavezu otklanjanja štetnih posledica izazvanih dejstvom prirodnih sila ili teških havarija npr. Zakon iz 1991. godine koji se odnosio na otklanjanje posledica radijacije zbog havarije nuklearke u Černobilu.

građanima nepravilnim radom njenih organa posebno kad se radilo o naknadi nematerijalne štete.

Donošenjem ZOO 1978. godine situacija se u tom domenu znatno promenila. Prema članu 172. stav 1. ZOO propisano je da: pravno lice odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija. Ustav Srbije u. Čl.35.st.2 takođe predviđa odgovornost države za nezakonit i nepravilan rad državnih organa ili imaoća javnog ovlašćenja.¹⁸

To ukazuje da je Ustavom i zakonom u građanskom postupku bila omogućena naknada štete od strane države kako materijalne tako i nematerijalne. Ipak, ostvarenje materijalne štete nije bilo jednostavno. Iako čl. 172. ZOO ne propisuje da je za podnošenje tužbe neophodno da je državni službenik štetu pričinio namereno ili iz krajnje nepažnje (to se prema zakonskom tekstu član 172. stav 2. ZOO odnosi na postupak regresera države prema službeniku), iz date formulacije se ne može apriori zaključiti da država odgovara za stovreni rizik što bi podrazumevalo objektivnu odgovornost države. Znači, da se u sudskom postupku mora dokazati da postoji propust državnog službenika da bi se naknada štete realizovala. Ne postoji osnov za naknadu štete ako je ista nastala zbog pogrešnog tumačenja materijalnog ili procesnog prava u vršenju službene dužnosti.

Ovaj princip u izvesnom smislu negira po startu da se u krivičnom pravu odgovara po principu vinosti a u građanskom za posledicu. Država je donela nejasan propis i postavila nestručnog službenika da ga primenjuje. U građanskom pravu važi opšte pravilo da se odgovara za pogrešan izbor lica kome su povereni poslovi pa se sa razlogom postavlja pitanje zašto i kod javno-pravnog aspekta odgovornosti ne bi važio isti princip?

U podnetim sudskih zahtevima za naknadu nematerijalne štete često se pogrešno smatra da kada je usvojen prigovor za povredu prava na suđenje u razumnom roku i dosuđena naknada za nematerijalnu štetu da je država automatski odgovorna i za materijalnu štetu, što je pogrešno. Povreda prava za suđenje u razumnom roku i naknada nematerijalne štete po tom osnovu temelji se na slabosti državnog sistema i posebnom zakonskom propisu koji je ustanovio objektivnu odgovornost države, a ne na nezakonitom i nepravilnom radu državnog službenika. S druge strane, termini "nezakonit" i "nepravilan" rad ipak nisu sadržinski precizno opredeljeni što u praksi prilikom odlučivanja o zahtevima za štetu stvara posebne teškoće.

5. Sadržinsko određenje pojmova nezakonit i nepravilan rad

Univerzalnost prava podrazumeva ne samo oslobađanje od svake diskriminacije već i pretpostavku elemenata pravnih sigurnosti. U tom kontekstu državni organi i nosioci javnih ovlašćenja u vršenju svojih funkcija moraju postupati u skladu sa zakonom i postavljenim standardima. Ipak, ne retko ti organi postupaju nezakonito i nepravilno što za posledicu ima kršenje osnovnih ljudskih prava kako ličnih tako i imovinskih. Uzrok toga je kontinuitet krize državnosti i us-

¹⁸ Ustav RS, *Sl. glasnik RS* br. 98/2006.

tavnosti. U zadnjih 170 godina u Srbiji je doneto preko 15 Ustava, što očigledno govori o krizi našeg identiteta a time i integriteta.

Nemogućnost oslobađanja revolucionarne svesti kao izvora prava, dovodi do neshvatanja prava kao nečega pravičnog i dobrog, već kao sredstvo ostvarenja samovolje vladajuće klase i prolaznih političkih partija u tom smislu, dok se u interesu pojedinca donose i menjaju sistemski zakoni.

5.1. Nezakonit rad

Iako termin „nezakonit rad“ na prvi pogled podrazumeva kršenje zakona, u određenim slučajevima je razgraničiti kada se radi o nezakonitom a kada o nepravilnom postupanju. Pravne posledice u takvim slučajevima su različite. Nezakonit rad apriori vodi ka osnovu za naknadu štete. Ovo iz razloga što nezakonit rad predstavlja kršenje zakona što podrazumeva protivpravnost. S druge strane protivpravnost u svojoj osnovi uključuje prisustvo voljnog elementa (vinosti) pa i u slučaju kada se radi o nehatnom ponašanju (svesnom) učinioa radnje. Pri tome i taj voljni element može biti izražen i kroz pasivno ponašanje – nečinjenje (npr. nadležni organ usvojenu zabranu otuđenja nepokretnosti dužnika ne dostavi Službi za katastar nepokretnosti radi zabeležbe, pa za određenu stranku nastupi šteta –stvar se otuđi trećem savesnom licu, pa poverilac ne može da naplati svoje potraživanje.

U vezi ocene čina nezakonitog rada, postavlja se pitanje da li utvrđivanje postojanja nezakonitog rada treba da utvrdi striktno određeni organ (krivični ili disciplinski sud) da bi se ušlo u pravo na naknadu štete, ili to može učiniti u smislu prethodnog pitanja organ koji odlučuje o naknadi štete? Sudska praksa je već odavno zauzela stav da donošenje prethodne odluke o nezakonitom radu nije uslov za odlučivanje o zahtevu za naknadu štete, već utvrđivanje da li postoji nezakonito postupanje, se ceni i utvrđuje kao uslov postojanja osnova za odlučivanje o šteti. To je uslov uslova za naknadu štete.

Tako je Apelacioni sud u jednom presudi (presuda nije pravnosnažna i anonimizirana pa se ne može označiti u radu) zauzeo stav da nepravilno postupanje prvostepenog suda u postupku licitacije - prodaje nepokretnosti radi namirenja poverioca i propuštanje da se u javnoj knjizi upiše zabrana otuđenja a koju nepokretnost je u kasnijem postupku privatizacije kupilo savesno lice, smatrao da postoji nepravilan rad suda te da tužilac ima pravo na naknadu štete zbog takvog nepravilnog postupanja državnog organa.

Iz napred iznetog slučaja proizilazi da se nezakonitost rada državnog organa u povredi procesnih normi a zbog čega je za tužioca nastupila šteta. Kršenje normi procesnog prava ogleda se u neosnovanoj suspenziji takozvanog postupka licitacije radi prodaje dela imovine izvršnog dužnika u cilju namirenja potraživanja izvršnog poverioca i što rešenje o zabrani otuđenja i opterećenja naznačene nepokretnosti nije dostavljeno nadležnom organu radi njenog sprovođenja usled čega je nastupila situacija da izvršni poverilac nije mogao da naplati svoje potraživanje.

U praksi su više prisutnije situacije, da se naknada štete može realizovati usled povrede procesnih normi nego kada se zahtev zasniva na tvrdnji da su prekršene norme materijalnog prava. Razlog toga je što su norme procesnog prava jasnije i preciznije, a time i njihovo kršenje je uočljivije. Nasuprot tome, norme materijalnog prava su „univerzalnije“. One su dugotrajnije i podležu oceni vremena njihovih kvalitativnih vrednosti koje odlikavaju stanje odnosa i suštine življenja određenog vremena u svim njegovim segmentima – ekonomskom, sociološkom, kulturnom.

6. Zaključak

Iz iznetog proizilazi da je princip odgovornosti države za štetu učinjenu građanima zbog nepravilnog rada njenih organa imao ne baš lak razvojni put. U onim zemljama koje su dozvoljavale mogućnost naknade štete uglavnom se mogla realizovati kroz građansko-pravni režim i kroz dokazivanje krivice ili propusta državnih službenika. Pri tome, u početku za tu štetu nije odgovarala država već su odgovarali službenici dok je tek u kasnijem periodu podnošenje tužbe bilo dopušteno i prema državi. Međutim, dokazivanje krivice i propusta službenika je bilo dosta teško pa su mogućnosti naknade štete u takvim slučajevima ostajale mrtvo slovo na papiru.

Kasnije se u pojedinim zemljama ustanovljava i javno-pravni aspekt državne odgovornosti mada je građansko-pravni aspekt odgovornosti i dalje ostao primaran. U Srbiji, iako i Ustav i ZOO propisuju odgovornost države za nezakonit i nepravilan rad državnih organa u praksi (ukoliko posebnim zakonom to nije određeno) ne prihvata se stav po mogućnosti da država odgovara za stvoreni rizik što predstavljalo objektivnu odgovornost države.

Iako izvršna vlast u Srbiji i dalje kreira kadrovska rešenja državnih službenika po partijskom a ne po stručnom modalitetu, utvrđene štete po osnovu krivice, po pravilu su isplaćivane iz državne kase, čime se ‘neosnovano’ zavlači ruka u džep svih poreskih obveznika. Očekivanja da će se u tom pogledu nešto promeniti su malo verovatne.

* * *

LEGAL DEFINITION OF ILLEGAL AND INACCURATE WORK OF STATE BODIES AND HOLDERS EXERCISING PUBLIC AUTHORITY WORK FOR DAMAGES CAUSED TO CITIZENS

Summary

This paper analyzes the legal nature of State liability for damage caused to third parties due to illegal and irregular work of its bodies. From a brief overview of the historical development of this institute suggests that the same first

developed through civil-legal responsibility to only in the twentieth century this responsibility received a public-legal aspect. But nevertheless sees this responsibility has not enough adequately implemented in practice more political rather than legal reasons.

Key words: Country, Damages, Responsibility, legal definition.

Dr Jelena Čeranić Perišić¹

NAKNADA ŠTETE ZA POVREDU ŽIGA NA SAJTOVIMA ZA AUKCIJSKU PRODAJU ROBE – s posebnim osvrtom na predmet *Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay*

Apstrakt

Zahvaljujući razvoju digitalne tehnologije i pojavi masovnog korišćenja interneta, sredinom devedestih godina 20. veka osnovani su prvi sajtovi za aukcijsku prodaju robe. Na ovim platformama za elektronsku trgovinu prodavci i kupci se direktno povezuju i trguju na internetu, nezavisno od geografskih granica. Novi koncept trgovine otvorio je put novim mogućnostima povrede prava intelektualne svojine. Na sajtovima za aukcijsku prodaju robe najčešće dolazi do povrede prava žiga prodajom krivotvorene robe. Da bi se razmotrilo kompleksno pitanje naknade štete za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, u radu su najpre predstavljeni pojmovi žigom zaštićene oznake i sajtova za aukcijsku prodaju robe. Nakon toga, dat je kratak pregled načina na koji je odgovornost internet posrednika za povredu žiga regulisana u uporednom pravu. Naposletku je analizirano pitanje naknade štete za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, uz poseban na osvrt na predmet *Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay* kao jedan od zanimljivih iz sudske prakse u kontekstu naknade štete za povredu žiga na internetu.

Ključne reči: naknada štete, povreda žiga, sajtovi za aukcijsku prodaju robe, internet, krivotvorena roba.

1. Uvodne napomene

Razvoj digitalne tehnologije krajem 20. i početkom 21. veka, kao i početak masovnog korišćenja interneta, izvršili su uticaj na sve segmente privrede i društva, uključujući i privredni promet. Sredinom devedesetih godina prošlog veka, osnovani su prvi sajtovi za aukcijsku prodaju robe. Na ovim platformama za elektronsku trgovinu prodavci i kupci se direktno povezuju i trguju na internetu, nezavisno od geografskih granica. Zahvaljujući ovakvom modelu poslovanja, sam koncept trgovine je redefinisana. Međutim, novi način trgovine otvorio je vrata novim mogućnostima povrede prava intelektualne svojine. Prilikom trgovine na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, najčešće dolazi do povrede prava žiga

¹ Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd; mail: ceranicj@gmail.com

i to prodajom krivotvorene (falsifikovane) robe.

Internet se, između ostalog, može definisati i kao sredstvo komunikacije. S tim u vezi, u proces komunikacije na internetu uključen je veliki broj subjekata. Za potrebe ovog rada, oni se mogu klasifikovati u tri grupe: korisnici interneta, pružaoci internet usluga i titulari prava žiga.

Internet posrednici (pružaoci internet usluga, internet provajderi) posredovanjem na internetu se bave u okviru svoje delatnosti. Usluga koju oni obezbeđuju je, po pravilu, komercijalna. Iz toga proizilazi da je njihov interes u internet komunikaciji brz i intenzivan protok informacija između klijenata (korisnika). Usluge, pak, mogu da budu različitog sadržaja, a najčešće se diferenciraju u tri grupe: obično posredovanje (*mere conduit*), *caching* usluge i *hosting* usluge.²

Ovakva “gruba” podela uloga učesnika interaktivne komunikacije jasno upućuje na to da internet posrednici nisu nužno neposredno povezani sa povredom prava žiga. Kada to jeste slučaj, oni svakako odgovaraju po opštim pravilima odgovornosti za neovlašćeno korišćenje tuđeg žiga. Problem se, međutim, javlja u onim slučajevima kada je internet posrednik svojom uslugom omogućio povredu žiga na internetu.

Pitanje u vezi sa korišćenjem žigom zaštićenih oznaka na internetu jedno je od složenijih sa kojim se suočava pravo intelektualne svojine danas. I dok su ustanovljene smernice i regulatorni okvir za registraciju žigom zaštićenih oznaka kao imena domena³ i primenu teritorijalnih zakona za korišćenje žigom zaštićenih oznaka na internetu,⁴ pitanje odgovornosti internet posrednika, tj. onlajn platformi za povredu žiga na njihovim sajtovima i dalje je veoma kontroverzno, naročito u svetlu različitih sudskih odluka različitih sudova.⁵

Kompleksnosti ovog pitanja doprinose, između ostalog, i različitosti koje postoje između samih onlajn platformi, kao i različiti načini korišćenja žigom zaštićenih oznaka na internetu. Ukoliko bi onlajn platforme generalno bile odgovorne za problematičan sadržaj koji postavljaju korisnici, to bi uticalo na smanjenje raznovrsnosti onlajn informacionih usluga i na dalji razvoj interneta. Osim toga, titulari žigova bi dobili preširoku zaštitu u digitalnom okruženju koja prevazilazi opseg njihovih isključivih ovlašćenja i zadire u slobodu izražavanja i informisanja i slobodu konkurencije.⁶

S obzirom na složenost pitanja nakanade štete za povredu žiga na internetu, u radu je ova problematika postavljena dosta široko, u smislu da su najpre

² S. Radovanović, “Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt”, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 86.

³ V. D. Popović, *Registracija naziva Internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.

⁴ V. WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 4.07.2019; G.B. Dinwoodie, “Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the National-State”, *Houston Law Review*, 41/2004, 886.

⁵ M. Senfileben, “An Uneasy Case for Notice and Takedown: Context-Specific Trademarks Rights”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025075, 4.07. 2019.

⁶ *Ibid.*

predstavljeni sami pojmovi žigom zaštićene oznake i sajtova za aukcijsku prodaju robe. Nakon toga, ukratko je razmatrana odgovornost internet posrednika za povredu žiga u uporednom pravu. Naposljetku je analizirano pitanje naknade štete za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe. Posebna pažnja u radu posvećena je predmetu *Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay* kao jednom od zanimljivih iz sudske prakse u kontekstu naknade štete za povredu žiga na internetu.

2. Žigom zaštićena oznaka

Prema domaćoj, u zakonu utemeljenoj, pravnoj terminologiji, “žig” je naziv za subjektivno pravo industrijske svojine, koje za predmet zaštite ima oznaku (znak, marku) kojom nosilac žiga obeležava svoj proizvod ili uslugu u privrednom prometu u cilju njihovog razlikovanja od iste ili slične robe ili usluge drugog subjekta.⁷ Pod “pravom žiga” podrazumevamo skup pravnih propisa kojima se uređuje materija pravne zaštite oznake žigom.⁸

U kolokvijalnom jeziku se umesto reči znak često koristi reč marka, a u novije vreme sve se češće nailazi i na reč brend (engl. *brand*), čije je značenje relativno neodređeno i kreće se u rasponu od znaka, preko žiga, do ukupnosti reputacije određenog proizvođača (engl. *good will*).

Žig je isključivo imovinsko pravo koje ovlašćuje svog nosioca da drugome zabrani ili dozvoli korišćenje zaštićene oznake u privrednom prometu.

Pod oznakom se u pravu žiga smatra svako ime ili znak koji je podroban da u prometu služi za razlikovanje određene robe ili usluge jednog privrednog subjekta od iste ili slične vrste robe ili usluge drugog privrednog subjekta. Oznaka može biti verbalna, grafička, trodimenzionalna ili kombinovana. Dopusštena je i zaštita zvučnih oznaka (kombinacija tonova) pod uslovom da se oni mogu zabeležiti notnim zapisom. U pojedinim nacionalnim sistemima mogu se zaštititi i oznake u mirisu.⁹ Osim toga, oznake mogu biti fantastične, tj. sastojati se od imena ili znaka koji, sam po sebi, nema određeno značenje, i koji je stvoren radi označavanja određene robe ili usluge. Isto tako, za oznaku se može uzeti i reč iz svakodnevnog govora, odnosno telo koje ima opštepoznato značenje.

Najvrednija imovina lukzurnih brendova često je upravo njihova žigom zaštićena oznaka. Ona se povezuje sa ugledom, kvalitetom i cenom proizvoda tog brenda. Kako bi zaštitili takvu reputaciju, titulari žigova, ulažu ogromna finansijs-

⁷ Terminologija koju naš zakonodavac tradicionalno koristi nije najsrećnije odabrana, jer je reč žig homonim koji ima i druga značenja koja su bliže razumevanju laičke publike. S druge strane, pravnici često koriste istu reč da označe ne samo subjektivno pravo već i predmet zaštite, odnosno znak. Ova nepreciznost u korišćenju reči žig toliko je raširena da se toleriše čak i u stručnoj literaturi, te upravnim i sudskim odlukama. Nažalost, stručni srpski jezik nije uspeo da iznedri pogodniju reč kojom bi se opisani problem prevazišao. (S. Marković, *Pravo intelektualne svojine informaciono društvo*, Službeni glasnik, Beograd 2014, 179, fn 344).

⁸ S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 139.

⁹ *Ibid.*, 140.

ka sredstva u borbu protiv krivotvorenja.¹⁰

Uprkos tome što falsifikati mogu biti veoma verni, pa čak i izgledati identično kao originali, kvalitet krivotvorene robe je diskutabilan. Korišćeni materijali najčešće su slabijeg kvaliteta, a visok standard izrade, na šta su luksuzni brendovi posebno ponosni, uglavnom izostaje. Dakle, krivotvorenje (falsifikovanje), kao pojava, veoma je štetno za ugled brenda na tržištu. Potrošač nesvestan da je kupio falsifikat, tj. misleći da je u pitanju original, može doći do zaključka da su svi proizvodi tog luksuznog brenda nižeg kvaliteta i ne zavrednjuju visoku cenu.¹¹ Stoga se falsifikatori smatraju ekonomskim parazitima i moraju biti dostupni zakonu.¹²

3. Sajtovi za aukcijsku prodaju robe

Sredinom devedesetih godina prošlog veka, osnovani su prvi sajtovi za aukcijsku prodaju robe, na kojima se prodavci i kupci povezuju i neposredno trguju na internetu. U poslednjih nekoliko godina, zahvaljujući porastu broja ovakvih platformi, celokupan koncept šopinga je redefinisano. Ono što je nekada bila aktivnost koja je zahtevala od potrošača da izađe iz kuće i ode u kupovinu, sada je svedena na par klikova mišem. Širina ponude proizvoda dostupnih za kupovinu na internetu takođe je porasla. Na različitim platformama za elektronsku trgovinu, onlajn kupci mogu kupiti sve (npr. od četkice za zube od dva evra do tašne od dve hiljade evra). Ipak, takva pogodnost ima i svoju negativnu stranu: sa povećanjem broja platformi za elektronsku trgovinu i porastom popularnosti ovakvog vida trgovine, povećao se i broj onih koji se bave krivotvorenjem, kao i krivotvorene robe. Onlajn šoping omogućava korisnicima interneta da kupuju i prodaju krivotvorenu robu iz udobnosti dnevne sobe, izbegavajući mračne hodnike i podrum.¹³

Princip funkcionisanja platformi za elektronsku trgovinu veoma je pogodan za prodavce krivotvorene robe. Pored toga što im omogućava da relativno anonimno prodaju, sami troškovi prodaje su niski, rizik od utuženja je mali, a postoji i mogućnost brzog otvaranja drugog naloga, ukoliko je prvi ugašen zbog prodaje krivotvorene robe.¹⁴

Danas postoji veliki broj sajtova za aukcijsku prodaju robe. Sve do nedavno najveći i najpoznatiji sajt bio je onaj koji je sada već davne 1995. godine osnovala kompanija "eBay".¹⁵ Kada je reč o načina rada ovog sajta, da bi mogli koristiti usluge trgovačke platforme, prodavci moraju da plate na početku određenu naknadu. Osim

¹⁰ E. Zuccaro, "Gucci v. Alibaba: A Balanced Approach to Secondary Liability for E-Commerce Platforms", *North Carolina Journal of Law and Technology*, 144/2016, 145.

¹¹ K. M. Saunders, G. Berger-Walliser, "The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 38.

¹² V. E. Zuccaro, 144-148.

¹³ J. Čeranić Perišić, "Prodaja krivotvorene robe na internetu", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva 2019, 456-457.

¹⁴ E. Zuccaro, 146-147.

¹⁵ Dve decenije kasnije, kompanija ima više od 248 miliona članova koji godišnje trguju dobrima čija vrednost iznosi oko 52 milijarde dolara, što predstavlja više od bruto društvenog proizvoda 125 zemalja u svetu.

toga, nakon svake uspešne transakcije, prodavci plaćaju kompaniji “eBay” proviziju koja iznosi od 5,25 do 10 odsto od krajnje prodajne cene. Iako se značajan procenat trgovine tiče novih proizvoda, sajt “eBay” prevashodno obezbeđuje globalnu infrastrukturu za prodaju polovne robe.¹⁶

Međutim, u poslednjih par godina sajt Alibaba polako preuzima primat od sajta “eBay”. Naime, početkom novog milenijuma kinseka kompanija Alibaba (danas najveća kompanija za elektronsku trgovinu)¹⁷ osnovala je, između ostalog, i sajt za aukcijsku prodaju robe – Alibaba. Inače, sam koncept poslovanja kompanije Alibaba veoma je interesantan jer obuhvata usluge elektronske trgovine, pretraživanja i procesovanja kreditnih kartica. Dakle, ova kompanija pruža usluge koje kompanije “eBay”, Amazon, Gugl i “PayPal” pružaju zajedno.¹⁸ Kompanija Alibaba ima veći obim poslovanja u odnosu na sve slične kompanije u svetu. Štaviše, poslednjih godine njene transakcije su veće nego transakcije Gugla i Amazona zajedno.¹⁹

S obzirom na količinu krivotvorene robe dostupne za prodaju, prodavci na sajtu Alibaba predstavljaju veću pretnju za titulare žigova nego oni na sajtovima kao što je “eBay”. Prodavci na sajtu “eBay” nude ograničeni broj krivotvorenih proizvoda direktno kupcima, dok prodavci na sajtu Alibaba najčešće nude ceo kontigent, obećavajući niske cene po komadu za velike porudžbine.²⁰

4. Odgovornost internet posrednika za povredu žiga

Broj povreda žigom zaštićenih oznaka na internetu prodajom krivotvorene robe porastao je usled sve učestalijeg korišćenja onlajn tržišta, kao što je sajt “eBay”. S tim u vezi, titulari žigom zaštićenih oznaka širom sveta sve češće se odlučuju na podnošenje tužbi zbog povrede žiga na internetu prodajom krivotvorene robe. Čuveni luksuzni brendovi kao što su Tifani (*Tiffany*), Luj Viton (*Louis Vuitton*), Loreal (*L'Oréal*), Erme (*Hermès*), Roleks (*Rolox*) i dr., tvrdili su i tvrde da su “eBay” i slični onlajn operateri, pružaoci internet usluga, odgovorni za to što njihovi korisnici prodaju falsifikovane proizvode. U ovim slučajevima, ključno pitanje na koje su sudovi morali da daju odgovor tiče se stepena znanja koji je potreban kako bi se internet posrednici smatrali odgovornim za to što korisnici njihovih onlajn platformi prodaju falsifikovanu robu i time povređuju žigom zaštićene oznake.

¹⁶ R. Botsman, R. Rogers *What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins Publisher, 2010, 144-145.

¹⁷ Pod okriljem kompanije Alibaba nalaze se tri sajta za elektronsku trgovinu: *Taobao*, *Tmall* i *Alibaba.com*.

¹⁸ A. Zuccaro, 152.

¹⁹ Postoje najmanje dva razloga za ovako veliki obim transakcija kompanije Alibaba. Prvo, u Kini postoji veći broj onlajn kupaca nego u SAD. Drugo, mnogi čak veliki gradovi u Kini nemaju šoping molove, te su Kinezi na neki način prinuđeni da se okrenu onlajn šopingu.

²⁰ J. Ceranić Perišić, „Odgovornost platformi za elektronsku trgovinu zbog povrede žiga u pravu SAD – preispitivanje doktrine posredne odgovornosti u kontekstu elektronske trgovine“, *Pravo i privreda*, 7-9/2019, 73.

Kroz sudsku praksu pojedinih zemalja iskristalisali su se različiti pristupi pitanju odgovornosti internet posrednika za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe. Stoga se ovo pitanje najbolje može sagledati kroz prizmu sudske prakse. Glavna linija podele ide, uslovno rečeno, Atlanskim okeanom, u smislu da se prevashodno može napraviti razlika u pristupu Sjedinjenih Američkih Država i evropskih zemalja pitanju odgovornosti internet posrednika za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe.

Najpoznatiji predmet iz sudske prakse SAD je *Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc.*²¹ Sud je odbacio sve tužbene zahteve kompanije “Tiffany”, smatrajući da je obaveza titular žiga da nadzire svoju žigom zaštićenu oznaku, a kompanija kao što je “eBay” se ne može smatrati odgovornom za povredu žiga samo na osnovu toga što zna ili ima osnova da zna da njenom sajtu generalno može doći do povrede žiga. Apelacioni sud SAD-a potvrdio je ovakvu odluku.²²

Kada je reč o evropskom kontinentu, ishodi u nekoliko sličnih predmeta koje su pokrenuli titulari žigova pred sudovima različitih evropskih država su različiti. Dok je belgijski sud u predmetu *Lancôme v. eBay*²³ doneo odluku u skladu sa presudom američkog suda u predmetu *Tiffany v. eBay*, većina francuskih sudova zauzela je suprotno stanovište, naloživši kompaniji “eBay” da, zajedno sa prodavcima falisifikovanih proizvoda, plati odštetu titularu žiga. Pojedini francuski sudovi su, ipak, izuzeli “eBay” od odgovornosti, zbog njegovog posebnog statusa hosting provajdera u skladu sa Direktivom o elektronskoj trgovini.²⁴ Nemački vrhovni sud naložio je internet posredniku “eBay” da zajedno sa titularima žigova nadzire svoju platformu kako bi se sprečile povrede od strane trećih lica.²⁵ Ipak, nemački sudija odbacio tužbene zahteve za naknadu štete zbog nedostatka krivice.

Inače, pitanje odgovornosti za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe ne bi trebalo posmatrati samo u kontekstu kompanije “eBay”. Ipak, ova kompanija je bila tužena strana u nekoliko najznačajnijih sporova koji su na neki način, trasirala put regulisanju ove materije. Činjenica da su usvojeni pristupi zasnovani prevashodno na kapacitetima kompanije “eBay”, naravno da nije dobra za ostale operatere koji obezbeđuju onlajn platforme za trgovinu, a koji nemaju ni ekonomski potencijal ni sofisticiranost ove kompanije.²⁶

Kako analiza pomenutih presuda prevazilazi granice ovog rada, u kontekstu naknade štete za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, u nastavku rada biće predstavljen samo jedan predmet iz francuske sudske prakse. Reč je o sporu koji je grupacija grupacija Luj Viton Moet Henesi – HVMH (*Louis Vuit-*

²¹ *Tiffany (NJ) Inc v. eBay Inc*, 576F Supp 2d, 463 (SD NY, 2008).

²² *Tiffany (NJ) Inc v. eBay Inc*, 600F 3d 93 (2d Cir NJ, 2010).

²³ Trib. Com., Bruxelles, July 31, 2008, Revue Lamz Droit de l’Immateriél [RLDI], 41 (2008), n° 1359.

²⁴ Direktiva (EZ) br. 2000/31 od 8. juna 2000. o nekim pravnim aspektima usluga informacionog društva, posebno elektronske trgovine u okviru unutrašnjeg tržišta, Službeni list EZ, br. L 178.

²⁵ BGHZ 158, 236 (Internetversteigerung I), BGHZ 172, 119 (Internetversteigerung II), BGH Multimedia und Recht [MMR], 2008, 236 Internetversteigerung III).

²⁶ Vid. J. Čeranić, „Povreda žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 50-65.

ton Moët Hennessy) vodila protiv kompanije “eBay” u Francuskoj. Ovaj predmet ostaće upamćen po dve stvari: prvo, po tome što je jedan od retkih u kome je sud proglasio “eBay” odgovornim za povredu žiga i naložio naknadu štete za povredu žiga, i drugo po tome što je francuski sudija upotrebio vrlo interesantnu i specifičnu argumentaciju kako bi obrazložio odluku da se kompanija “eBay” porogradi odgovornom i da joj se naloži naknada štete.

5. Predmet *Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay*

Portfelj grupacije Luj Viton Moet Henesi sadrži preko 60 luksuznih brendova, među kojima su i robne marke Luj Viton (*Louis Vuitton*), parfem Dior (*Dior*), šampanjac Moet (Moët), Teg Huer (*Tag Heuer*) i dr.

Dve kompanije iz grupacije LVMH, Luj Viton (*Loius Vuitton Malletier*) i Kristijan Dior (*Christian Dior*) podnele su 2008. godine tužbu Privrednom sudu u Parizu protiv internet posrednika, kompanije “eBay”, zbog povrede žiga na internetu.

5.1. Prvostepena presuda

Nakon što je pred Privrednim sudom u Parizu postupak pokrenut,²⁷ kompanija “eBay” uložila je prigovor u smislu da francuski sud nije nadležan da odlučuje u ovom predmetu i da bi ga trebalo proslediti sudu SAD-a, kao sudu mesta gde se štetna radnja dogodila. Alternativno, predmet bi mogao da se procesuirati i pred stranim sudovima gde je šteta pretrpljena – kao što su Australija, Kina, Kanada, SAD i Novi Zeland. Francuski sud bio je mišljenja da je prigovor o nenadležnosti neosnovan i odbacio ga, ističući da ne postoje nikakva ograničenja i da jeste nadležan u predmetu *LVMH v. eBay*.²⁸

Kompanija “eBay” tvrdila je da uživa status običnog posrednika (engl. *mere conduit*), te da bi trebalo da bude izuzeta od odgovornosti, a da su korisnici njenog sajta ti koji su odgovorni za svaku vrstu prevarnog ponašanja. Kompanija je istakla da svakako učestvuje u borbi protiv povreda žigom zaštićenih oznaka na internetu. Ona je, između ostalog, razvila i upravlja Programom za proveru prava vlasnika (engl. *the Verified Rights Owner (VeRO) Program*), tzv. program VeRO. Reč je o sistemu obaveštavanja i uklanjanja (engl. *notice and take down system*) koji omogućava titularima žigova do dostave obaveštenje o povredi (engl. *a Notice of Claimed Infringement (NOCI)*) kompaniji “eBay”, u kome navode oglase na kojima se nude krivotvoreni proizvodi, kako bi kompanija mogla da ih ukloni.²⁹ Svaki put kada kompanija Tifani dostavi kompaniji “eBay” obaveštenje o povredi (*NOCI*), navodeći oglase u kojima se nude na prodaju krivotvoreni proizvodi,

²⁷ *SA Louis Vuitton Malletier v. eBay, Inc*, Tribunal de Commerce de Paris, Première Chambre B (Paris Commercial Court), Case No 200677799 (30 June 2008).

²⁸ M. Rimmer, „Breakfast at Tiffany’s’: eBay Inc, Trade Mark law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information and Science*, 1/2011, 19.

²⁹ J. Čeranić, “Specifičnosti režima odgovornosti za povredu žiga u pravu SAD i EU”, *Inatelektualna svojina i internet* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 42.

“eBay” veoma brzo (u roku od najviše 24h), te oglase ukloni sa svoje trgovačke platforme. Štaviše, nikada se nije dogodilo da je “eBay” odbio da to učini.

Prema mišljenju francuskog suda, “eBay” nije samo običan posrednik, već i broker pošto je uključen u plaćene komercijalne aktivnosti i igra “vrlo aktivnu ulogu” kako bi povećao broj transakcija na osnovu kojih dobija provizije.³⁰ Shodno tome, “eBay” ne može uživati status običnog posrednika, kao ni izuzeća od odgovornosti koja takav status implicira.

Štaviše, Sud je zaključio da je kompanija “eBay” izvršila ozbiljna krivična dela tako što je prekršila obavezu da obezbedi da njeno poslovanje ne izaziva nezakonite radnje na štetu grupacije LVMH. U presudi stoji da je, dopuštajući prodaju krivotvorene robe na svom sajtu na štetu Luj Vitona i Kristijan Diora, kompanija “eBay” kriva za prevarno ponašanje i nanošenje štete pošto svesno nije preduzela neophodne mere da spreči prodaju krivotvorene robe na svom sajtu. Isto tako, dozvoljavajući prodaju parfema marki Kristijan Dior, Žerlan (*Guerlain*), Živanši (*Givenchy*) i Kenzo (*Kenzo*), proizvoda koji se mogu prodavati samo preko mreže distributera koje su odobrili njihovi vlasnici, kompanija “eBay” je odgovorna za nedozvoljenu prodaju.³¹

Što se tiče naknade štete, Sud je naložio kompaniji “eBay” da plati 16,4 miliona evra kompaniji Luj Viton, 19,28 miliona evra Kristijan Dioru, i 3,192 miliona brendovima parfema. Dakle, kompanija “eBay” morala je plati naknadu štete u iznosu od više desetina miliona evra.³²

U saopštenju za štampu, grupacija LVMH izjavila je da ovakva odluka doprinosi očuvanju kulturnog nasleđa i baštine Francuske.³³

Ova presuda predstavlja značajan korak u pogledu zaštite žiga i dizajna od parazitskog ponašanja. Sud daje važan doprinos zaštiti kreativnog rada koji čini značajan deo nacionalnog nasleđa i generiše veliki broj radnih mesta u Francuskoj.³⁴

Inače, ovakva argumentacija Suda veoma je interesantna jer počiva na kombinaciji komercijalnih sa nacionalnim razlozima. Pozivanja na nacionalno nasleđe je, naravno, bilo i u drugim kontekstima u okviru zaštite intelektualne svojine. Zaštita kulturnog nasleđa pominjana je u vezi sa autorskim pravom, oznakama geografskog porekla za vina i prehrambene proizvode i tradicionalnim znanjima. Ipak, ono što je donekle iznendujuće jeste da je pojam nacionalnog nasleđa u ovom slučaju maksimalno proširen kako bi obuhvatio širok dijapazon proizvoda različitih preduzeća u okviru grupacije LVMH – vina i alkoholna pića, garderobu, kožnu galanteriju, parfeme i kozmetiku, satove i nakit i dr.³⁵

³⁰ ASY Cheung, KH Pun, “Comparative study on the liability for trade mark infringement of online auction providers” *European Intellectual Property Review*, 11/2009, 559-567.

³¹ J. Ceranić (2016), 58-59.

³² M. Rimmer, 20.

³³ LVMH, „eBay Found Guilty of Gross Misconduct towards the LVMH Group“, Press Release, 30 Jun 2008, <http://www.lvmh.com/news-documents/press-releases/ebay-found-guilty-of-gross-misconduct-towards-the-lvmh-group/>, 23. jun 2019.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ M. Rimmer, 21.

U odgovoru na tužbu, kompanija “eBay” tvrdila je da će odluka imati negativan uticaj na izbor potrošača i slobodu konkurencije. Ukoliko se krivotvorena roba pojavi na sajtu, internet posrednik je svakako hitno uklanja, tako da presuda u pitanju nema veze sa borbom protiv krivotvorenja, već sa pokušajem grupacije LVMH da zaštiti nekonkurentnu trgovačku praksu. Prema mišljenju grupacije LVMH ovakva praksa loše će uticati ne samo na mogućnost izbora potrošača, već i na egzistenciju onih prodavaca na internetu koji posluju poštujući zakon. Budući da će presuda uticati na smanjenje zajedničke potrošnje, ona predstavlja korak unazad kako za same potrošače, tako i za poslovanje uopšte. Presuda narušava slobodu konkurencije i omogućava titularima žigova da pojačaju kontrolu na tržištu. Takođe presuda utiče na prodaju polovne robe, kao i novih originalnih proizvoda. Osim toga, “eBay” je podvukao da je uložio i ulaže velika novčana sredstva kako bi se lakše otkrivala i uklanjala krivotvorena roba sa njegovog sajta.³⁶

Uzimajući u obzir gore pomenutu argumentaciju, kompanija “eBay” odlučila je da podnese žalbu Apelacionom sudu u Parizu.

5.2. Drugostepena presuda

U septembru 2010. godine, Apelacioni sud u Parizu potvrdio je prvostepenu presudu protiv internet posrednika “eBay”, istakavši da je on odgovoran za prodaju krivotvorenih proizvoda marki Luj Viton i Kristijan Dior na svom sajtu, kao i prodaju parfema Dior, Žerlan, Živanši i Kenzo zbog povrede mreže selektivne distribucije koju su titulari žigom zaštićenih oznaka ustanovili.

Grupacija LVMH je pozdravila uspostavljanje ovakve sudske prakse kao značajnog koraka u smeru zaštite potrošača ubuduće. Štaviše, presuda doprinosi pojašnjenju pravila koja se primenjuju u vezi sa elektronskom trgovinom kako bi se sprečila nezakonita onlajn praksa i osigurala veća pravna sigurnost u korist potrošača.

Međutim, iako je Apelacioni sud potvrdio prvostepenu presudu Privrednog suda u Parizu, ono što je posebno zanimljivo jeste da je značajno smanjio visinu kazni koje je kompanija “eBay” trebalo da plati na osnovu prvostepene presude. Umesto 40 miliona evra kompanija “eBay” morala je da plati 5,6 miliona evra. Dakle, grupacija LVMH morala da vrati 33 miliona evra kompaniji “eBay”.³⁷

Uzimajući u obzir ovakvu odluku Apelacionog suda, nameće se zanimljivo pitanje. Nije li Apelacioni sud, iako je formalno potvrdio prvostepenu presudu, upravo kroz institut naknade štete, tj. drastičnim smanjenjem naknade koju je kompanija “eBay” morala da plati, na neki način preinačio smisao cele presude i uopšte stav francuskog suda po pitanju odgovornosti internet posrednika za povredu žiga. Čini se da, ipak, jeste. A i kasnija sudska praksa najbolje svedoči o tome.³⁸

U prilog ovakvom tumačenju govori i činjenica da je sama kompanija „eBay“, s obzirom na to da je grupacija LVMH morala da joj vrati 33 miliona

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, 22.

³⁸ V. J. Ceranić (2016), 47-73.

evra, ovakvu presudu, tj. smanjenje visine kazni, doživela, na neki način, kao svoju pobjedu.³⁹

Ovakvo izvrđavanje same svrhe naknade štete nije iznenađujuće, uzimajući u obzir opšti trend u uporednom pravu da se internet posrednici, kao što je “eBay” ne smatraju odgovornim za povredu žiga na svojim platformama, osim pod određenim veoma restriktivno postavljenim uslovima. Osim toga, internet posrednici nisu dužni da nadziru svoje sajtove, već je to ostavljeno titularima žigova. Ipak, čini se da ovakav pristup mora biti redefinisano u svetlu razvoja elektronske trgovine i sajtova kao što je Alibaba.⁴⁰

6. Zaključni osvrt

Naknada štete za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe jedno je od kompleksnijih pitanja sa kojima se suočava pravo intelektualne svojine danas. Naime, i samo pitanje povrede žigova na internetu i odgovornosti internet posrednika za to je veoma složeno. Njihovoj složenosti doprinosi i činjenica da ova pitanja nisu na jednoobrazan način uređena u uporednom pravu. S obzrom na to da je internet definisan tehničko-tehnološkim karakteristikama manje-više uravnoteženim na svetskom nivou, neujednačena, a još više neprecizna regulativa, predstavlja ozbiljan problem i izazov za sve subjekte interaktivne komunikacije. U tom kontekstu, pitanje naknade štete za povredu žiga dodatno je komplikovano.

U interesu efikasnosti borbe protiv prodaje krivotvorene robe, trebalo bi da uloga internet posrednika bude aktivnija, u smislu da zajedno sa titularima žigova nadziru svoje sajtove. Uostalom, internet posrednici imaju i znanje i snagu za to. Oni bi trebalo da kontrolišu pristup tržištima, zadržavajući mogućnost da zabrane falsifikatore, uspostave filtere, pregledaju identitete prodavaca i definišu uslove pristupa platformama.⁴¹ U suprotnom trebalo bi da se smatraju odgovornim za povredu žiga, kao i da nadoknade štetu titularu žigom zaštićene oznake.

Na posletku, ali ne najmanje važno, jedna opservacija u vezi sa povredama žiga na internetu uopšte. Interesatno je da se, u svim sporovima koji se tiču povrede žiga na platformama za elektronsku trgovinu, obe strane, i titulari žigova i internet posrednici formalno predstavljaju kao zaštitnici prava potrošača.⁴² Međutim, čini se da je situacija sasvim suprotna. U žestokoj borbi između velikih i moćnih kompanija (luksuznih brendova i internet posrednika) zabrinjavajuće je da su interesi potrošača potpuno zanemareni.⁴³

³⁹ Heather Smith, French Appeals Court Slashes eBay Fines in LVMH Dispute over Counterfeits, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2010-09-03/french-appeals-court-slashes-ebay-fines-in-lvmh-dispute-over-counterfeits>, 23.06.2019.

⁴⁰ V. J. Čeranić Perišić (2019b), 62-76.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² M. Rimmer, 8.

⁴³ J. Čeranić Perišić (2019b), 75-76.

* * *

***COMPENSATION FOR TRADEMARK INFRINGEMENT
ON AUCTION SITES – with a special emphasis on case
Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay***

Summary

Due to development of digital technology and massive use of the internet, in the mid-nineties of the 20th century the first auction sites were founded. On these e-commerce platforms, sellers and buyers connect directly and trade on the internet, independently of geographic borders. New concept of trade opened the way to new possibilities of violation of intellectual property rights. On auction sites, trademarks are usually infringed by selling counterfeit goods. In order to analyze the complex issue of compensation for trademark infringement on auction sites, the present paper primarily presents the notions of trademark and auction sites. Secondly, the paper provides a brief overview of internet intermediary liability for trademark infringement in comparative law. And finally, the question of compensation for trademark infringement on auction sites is examined. The special attention is devoted to the case Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay, as one of the most interesting cases in context of compensation for trademark infringement on internet.

Key words: compensation, trademark infringement, auction sites, internet, counterfeit goods.

dr Dragica Popesku¹

PRAVO SLEĐENJA I NEKA DRUGA IMOVINSKA PRAVA AUTORA

Apstrakt

Autorsko delo nastaje materijalizacijom unutrašnje ideje, na osnovu inspiracije, autora u spoljnu formu, što predstavlja rađanje dela, koje sada ima svog titulara, postoji samostalno i može se videti, čuti, ili osetiti drugim čulima. U imovinska prava autora, pored prava na ekonomsko iskorišćavanje autorskog dela i dela nastalih njegovom preradom, spada i pravo na umnožavanje autorskog dela, pravo na stavljanje primeraka dela u promet, pravo na pristup primerku dela, pravo zabrane izlaganja originalnog primerka dela likovne umetnosti i pravo sleđenja. Autor ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli stavljanje u promet originala ili umnoženih primeraka svog autorskog dela, koje pravo autora se ne odnosi na vlasnika primerka dela pribavljenog u našoj zemlji, legalno, od autora ili od autorovog pravnog sledbenika (iscrpljenje prava). Pod originalima dela likovnih umetnosti smatraju se slike, crteži, kolaži, grafike, fotografije, tapiserije, skulpture, umetnička dela izrađena u keramici, staklu ili drugom materijalu i slična dela koja je stvorio autor svojeručno, ali i umnoženi primerci tog dela – reprodukcije. Autor originalnih primeraka dela likovne umetnosti i industrijskog oblikovanja ima pravo sleđenja, kao pravo na potraživanje dela naknade od preprodaje primeraka svojih dela, čime se unekoliko ograničavaju prava vlasnika da samostalno koristi predmet svojine. Jedan od ekonomskih razloga za regulisanje ovog prava autora i njihovih naslednika je preprodaja dela nekada anonimnih autora, koja su svojevremeno kupovana u bescenje. Naknada po osnovu prava sleđenja plaća se u procentu od prodajne cene originala, bez poreza i ne sme da iznosi više od 1.300.000 dinara. Pravo sleđenja po smrti autora prelazi na naslednike, autor ga se ne može odreći, niti njime raspolagati i ono ne može biti predmet prinudnog izvršenja. Pravo izlaganja likovnog dela pripada vlasniku dela, bez autorovog odobrenja, osim ako izlaganje dela može da škodi moralnim autorskim pravima, časti i ugledu autora, odnosno ako to nije u njegovom interesu, kada vlasniku može da zabrani izlaganje dela. U slučaju povrede autorskih imovinskih prava i nastanka štete, povredilac, kao štetnik (ili odgovorno lice), dužan je da autoru isplati odštetu. Kada dođe do uništenja ili nestanka autorskog dela krivicom nekog lica, autor ima pravo i na naknadu štete zbog povrede moralnog autorskog prava usled povrede integriteta autorskog dela, kao i pravo da traži da štetnik o svom trošku dovede oštećeno delo u prvobitno stanje.

¹ Sudija Apelacionog suda u Beogradu; e-mail: popesku24@gmail.com

Ključne reči: *imovinska prava autora, pravo na umnožavanje autorskog dela, pravo na stavljanje primeraka dela u promet, pravo na pristup primerku dela, pravo sleđenja, pravo zabrane izlaganja originalnog primerka dela likovne umetnosti.*

1. Autorsko delo i imovinska autorska prava

Autorsko delo je predmet autorskopravne zaštite, ali da bi za to bili ispunjeni uslovi, ono mora biti originalna duhovna tvorevina autora, izražena u određenoj formi, bez obzira na njegovu umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja, kao i dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine.² Dakle, tvorac autorskog dela mora biti čovek, nikako mašina, životinja, slučaj, priroda i ono mora predstavljati duhovni odnos čoveka prema nekoj pojavi, događaju, viziji, veri i svakom drugom ličnom impulsu i opredeljenju da stvara. Autor svoje delo obeležava na drugačiji način od ostalih autora, dajući mu lični pečat, po kome se uočava različitost njegovog stvaralaštva od običnog faktografisanja činjenica. Da bi delo bilo autorsko nije uslov da ima karakter umetničkog, već je osnovno da se razlikuje od drugih dela iste ili slične vrste po originalnosti autorove ideje, koja razlika se može uočiti, od strane drugih lica, u određenim slučajevima samo od strane kompetentnih lica, ako je za to prepoznavanje potrebna određena stručnost ili specijalizacija.³

Shodno pozitivnim propisima, autorskim delom se smatraju, između ostalog, pisana, govorna, dramska, dramsko-muzička, koreografska, pantomimska, muzička, filmska, ali i dela likovne umetnosti, u koja spadaju slike, crteži, skice, grafike, skulpture i drugo, te dela likovne umetnosti, primenjene umetnosti i industrijskog oblikovanja,⁴ ali i reprodukcije, kao umnoženi primerci tog dela.⁵

Autorsko delo nastaje materijalizacijom unutrašnje ideje autora, nastale inspiracijom, tj. određenim nadahnućem autora u spoljnu formu, što predstavlja izražavanje dela, koje sada ima svog titulara i nije više sakriveno u dubini njegove ideje, misli, namere, osećanja, već postoji samostalno i može se videti, osetiti i drugim čulima (u određenim slučajevima dodirnuti, omirisati, slušati, pevati, igrati, glumiti) i koje se može i prometovati, s obzirom na imovinski aspekt autorskih prava. Međutim, autorska prava se mogu i povrediti, kako s obzirom na njihov imovinski, tako i na moralni aspekt.⁶ Usled razvoja nauke i tehnike došlo je do brojnih slučajeva povrede autorskih prava, imovinskih i moralnih, usled novih

² Vidi član 2. *Zakona o autorskom i srodnim pravima - ZASP* („Službeni glasnik RS“, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (Odluka Ustavnog suda)).

³ Besarović, Vesna, *Intelektualna prava, industrijska svojina i autorsko pravo, Drugo dopunjeno i izmenjeno izdanje*, TZR Hrast, Beograd, 1993, govori o tome da nastanak autorskog dela ima tri faze: fazu ideje (umna koncepcija autora, inspiracija); fazu unutrašnje forme (konkretizacija ideje čime autor daje unutrašnji oblik onome što mu je bilo stvaralačko nadahnuće, kada se može napraviti i koncept budućeg dela) i fazu spoljne, ili izražajne forme (konkretizacija ideje u spoljnoj formi, materijalizacija dela u vidu rukopisa knjige, arhitektonskog plana- dvodimenzionalnog ili trodimenzionalnog, crteža, slike, notnog zapisa itd., str. 233, 234, 235.

⁴ Vidi član 2. stav 2. ZASP.

⁵ Vidi član 35. st. 2. i 3. ZASP.

⁶ Vidi čl. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32. i 33. ZASP.

tehničkih sredstava za reprodukovanje i umnožavanje autorskih dela (aparati za fotokopiranje, skeneri, štampači itd.).

U imovinska prava autora, pre svega, spada pravo na ekonomsko iskorišćavanje njegovog autorskog dela, kao i dela nastalog njegovom preradom, pravo na umnožavanje autorskog dela⁷, ali i pravo na stavljanje primeraka dela u promet, s tim da autor ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli stavljanje u promet originala ili umnoženih primeraka svog dela, prodajom ili drugim načinom prenosa svojine.⁸

U slučaju povreda autorskog imovinskog prava i nastanka štete, povredilac, kao štetnik (ili odgovorno lice koje odgovara za drugoga zbog pričinjene štete), dužan je da autoru isplati odštetu, s tim da ukoliko dođe do uništenja ili nestanka autorskog dela krivicom tog lica ili lica za koje to lice odgovara za štetu, autor ima pravo i na naknadu štete zbog povrede moralnog autorskog prava na integritet autorskog dela, kao i da štetnik o svom trošku dovede oštećeno delo u prvobitno stanje.⁹

Pravo na stavljanje primeraka dela u promet¹⁰ - Stavljanje primeraka dela u promet¹¹ obuhvata i nuđenje primeraka dela radi stavljanja u promet, skladištenje i uvoz primeraka dela, s tim da se to pravo autora ne odnosi na vlasnika primerka dela pribavljenog u našoj zemlji od autora ili od autorovog pravnog sledbenika (iscrpljenje prava). Vlasnik može da otuđi primerak tako pribavljenog dela, koje je od autora ili njegovog pravnog sledbenika legalno pribavio.

2. Prava autora prema vlasniku primerka autorskog dela

Budući da autor ima pravo na ekonomsko iskorišćavanje svog autorskog dela, kao i dela nastalog njegovom preradom, kao što je pravo na stavljanje primeraka dela u promet, imovinski aspekt autorskog prava autor tada prenosi na druga lica. Međutim, postoje određena prava autora prema vlasniku primerka autorskog

⁷ Vidi: K. Damjanović, V. Marić, *Intelektualna svojina*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta "Union", Službeni glasnik, Beograd 2012, 67. (Beograd: "Glasnik"), dela se mogu iskorišćavati u telesnoj formi (putem primeraka) ili u bestelesnoj formi - npr. u slučaju javnog saopštavanja dela. Nije od značaja način umnožavanja i broj umnoženih primeraka dela, jer se smatra umnoženim i kada je to učinjeno u jednom primerku. Iskorišćavanje dela u telesnoj formi počinje beleženjem dela na materijalnu podlogu grafičkim postupkom, fotokopiranjem i fotografskim postupcima, zvučnim ili video snimanjem, izgradnjom dela arhitekture, kada nastaje jedno ili više neoriginalnih primeraka dela ili smeštanjem dela u elektronskom obliku u memoriju računara, što može biti priprema za puštanje primeraka dela u promet.

⁸ *Ibid*, autor nema mogućnost da kontroliše mogućnosti iskorišćavanje svog autorskog dela zbog velikog broja potencijalnih korisnika, pa mu ZASP priznaje „ekskluzivno pravo” da iskorišćava svoje delo (pozitivno ovlašćenje) i (negativno ovlašćenje), na osnovu kojeg može da uskrati pravo drugima da iskorišćavaju njegovo delo, te ima isključivo da pravo da odlučuje o svakom obliku iskorišćavanja svog dela. Do pojave televizije likovna dela su se iskorišćavala izlaganjem, ali sa pojavom elektronskih medija postoje brojni, složeni načini iskorišćavanja dela, str. 66-67.

⁹ Vidi Arhivu Vrhovnog kasacionog suda u Beogradu, presude Vrhovnog suda Srbije Gž br. 108/96 i 109/96.

¹⁰ Vidi čl. 19, 20. i 21. ZASP.

¹¹ K. Damjanović i V. Marić *op. cit.* (fusnota 6), to je druga radnja iskorišćavanja dela kojim se delo pušta u promet zaključenjem ugovora povodom nuđenja umnoženih primeraka dela, skladištenja primeraka dela radi stavljanja u promet i uvoza primeraka dela radi stavljanja u promet, s tim da autor ima isključivo pravo da drugome to zabrani ili dozvoli, osim vlasniku primerka dela, pod određenim uslovima, strana 67.

dela kojim ga ograničavaju u potpunoj eksploataciji predmeta svojine, koji je istovremeno objekat autorskog prava, tj. autorskopravne zaštite.

2.1. Pravo na pristup primerku dela - Autor ima pravo da od vlasnika primerka svog dela traži da mu omogućí pristup tom primerku, ako je to neophodno radi umnožavanja dela i ako se time bitno ne ugrožavaju opravdani interesi vlasnika, odnosno lica koje drži taj primerak dela, s tim da vlasnik, odnosno lice koje drži primerak autorovog dela nije dužno da ga preda autoru.¹²

2.2. Pravo sleđenja - Pravo sleđenja je ovlašćenje autora originalnih primeraka dela likovne umetnosti na potraživanje dela naknade od preprodaje primeraka njihovih dela¹³ Ovim pravom autor donekle ograničava prava vlasnika primerka svog autorskog dela da ga samostalno ekonomski koristi, jer po pravu sleđenja i pošto otuđi delo on ima pravo na odgovarajuću naknadu za promet predmeta svog stvaralaštva. Jedan od ekonomskih razloga za regulisanje ovog prava autora i njihovih naslednika je i taj što su dela neretko pribavljena za vreme kada je autor bio neafirmisani umetnik, dok se preprodaja dešava u vreme kada je postao priznat, pa se prodaju po daleko većoj ceni, naročito posle njegove smrti, kada im je opus ograničen, pa postaju retkost na tržištu.

2.2.1. Vrste autorskih dela na koje se pravo sleđenja odnosi - Kao autorska dela iz oblasti likovne umetnosti smatraju se slike, grafike, skulpture, crteži, kolaži, grafike, fotografije, tapiserije, skulpture, umetnička dela od keramike, stakla ili drugog materijala i slična dela koja je autor svojeručno stvorio.¹⁴ Njihove reprodukcije se takođe smatraju autorskim delom iz oblasti likovne umetnosti¹⁵, kao umnoženi primerci likovnih autorskih dela, ako su u ograničenom broju izrađene od strane autora ili lica koje je on ovlastio i ako su na uobičajen način numerisane i potpisane

¹² Vidi član 34. ZASP; vidi, D. P. Milić, *Komentar zakona o autorskom i srodnim pravima (sa sudskom praksom)*, Građevinska knjiga, Beograd 2011, primer iz sudske prakse uz član 34. ZASP, gde se navodi da otuđenjem dela i prelaskom vlasništva originalnog dela sa autora na novog vlasnika, vlasnik može tim delom raspolagati u određenim granicama, ali on ne postaje autor, već samo vlasnik dela, on stiče na autorskom delu određena imovinskopravna ovlašćenja, ali ne može steći i moralnopravna ovlašćenja koja pripadaju autoru (izvor: presude Okružnog suda u Beogradu P br. 21/96 i P br. 50/95 i presude Vrhovnog suda Srbije Gž br. 108/96 i 109/96); vidi K. Damjanović i V. Marić *op. sit.* (fusnota 6), strana 71.

¹³ Vidi Z. Miladinović, S. Varga, „Prava autora i subjekata srodnih prava na posebnu naknadu“, Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet u Kragujevcu, TM, G. HHHVI, broj 2, Niš, april-jun 2012, 924-925. , objašnjavaju da se pravo sleđenja sastoji od podovlašćenja autora da bude obavešten o svakom novom kupcu originalnog primerka likovnog autorskog dela (ne odnosi se na autorska dela iz oblasti arhitekture i filma, kao ni na kupoprodaju dela neposredno između fizičkih lica, koja istupaju u ličnom svojstvu, već samo kada se prodaja vrši preko organizacije za prodaju - aukcijske kuće) i podovlašćenja autora da dobije deo kupoprodajne cene.

¹⁴ Vidi član 35. stav 2. ZASP; vidi K. Damjanović i V. Marić *op. sit.* (fusnota 6), vlasnik dela nije dužan da preda delo autoru, već da mu omogućí pristup u svoje prostorije, strana 71.

¹⁵ Vidi član 35. stav 3. ZASP, koji reguliše da se originalom dela likovne umetnosti smatraju i umnoženi primerci tog dela (reprodukcija), ako ih je u ograničenom broju izradio sam autor ili lice koje je on ovlastio, koji primerci moraju da budu na uobičajeni način numerisani i potpisani ili na drugi način obeleženi od strane autora.

od strane autora.¹⁶ Kada kupac tog dela, kao vlasnik, želi da ga otuđi, budući da ima pravo da kupljenim delom raspolaže kao objektom prava svojine, dakle i da ga prometuje, pošto su na njega kupoprodajom prešla određena imovinska autorska prava, time nije suspendovano pravo autora na sleđenje svog dela, odnosno na deo naknade od iznosa novoprodajne cene koju je ostvario prethodni kupac njegovog umetničkog dela, putem organizacija za prodaju likovnih autorskih dela.

U preprodaju moraju kao prodavci, kupci ili posrednici biti uključena lica koja se profesionalno bave trgovinom umetničkim delima (prodajni saloni, galerije, aukcijske kuće), a autor ima pravo da u roku od tri godine od preprodaje originala dela likovne umetnosti, zahteva od prodavca, kupca i posrednika u toj prodaji, kada se ona prodaju putem prodajnih salona, galerija, aukcijskih kuća, potrebne informacije za obezbeđenje naplate naknade koja mu pripada od te preprodaje njegovog autorskog dela.¹⁷

Međutim, to pravo ne prelazi na kupca, kao ni moralna autorska prava, pa se i ovim ovlašćenjem autora sužavaju prava vlasnika primerka autorskog dela, kao što se sužavaju i pravom na pristup primerku dela.

2.2.2. Istorijat – Pravo sleđenja (*droit de suite*) je prvo regulisano u Francuskoj posebnim zakonom 1920. godine¹⁸, kod nas je bilo regulisano Zakonom o autorskom pravu iz 1978. godine,¹⁹ dok ga zakonodavstvo mnogih zemalja poznaje tek posle

¹⁶ Vidi: K. Damjanović i V. Marić *op. cit.* (fusnota 6), 71.

¹⁷ Vidi član 36. stav 3. i član 35. stav 5. ZASP.

¹⁸ Vidi: S. Marković, „Pravo sleđenja“, *Glasnik pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu*, Kragujevac 1981, 192.

¹⁹ Vidi: član 40. *Zakona o autorskom pravu - ZAP* („Službeni list SFRJ“, br. 19/78, 24/86, 21/90), kojim je propisano da autori originalnih dela likovne umetnosti, a autori književnih, naučnih i muzičkih dela u pogledu svojih izvornih rukopisa imaju pravo da od strane sopstvenika ili korisnika tih dela, odnosno rukopisa budu obavesteni o novom sopstveniku, odnosno korisniku (pravo sledstva). Ako je original jednog dela likovne umetnosti, odnosno izvorni rukopis preprodan, prodavac mora omogućiti njihovom autoru procenat od prodajne cene (stav 1). Sopstvenik, odnosno korisnik dela likovne umetnosti, kao i sopstvenik, odnosno korisnik književnih, naučnih i muzičkih rukopisa iz stava 1. tog člana dužni su da autora na njegov zahtev obavestavaju o novom sopstveniku, odnosno o novom korisniku (stav 2). Visinu procenta iz stava 1. tog člana utvrđuju sporazumno odgovarajuće organizacije autora, Privredna komora Jugoslavije, Savez sindikata Jugoslavije i Socijalistički savez radnog naroda Jugoslavije (stav 3). Autor se ne može unapred odreći prava sledstva (stav 4). Pravo sledstva se ne može prenositi pravnim poslovima za života autora, ali se može nasledivati. Posle smrti autora ono prelazi na njegove naslednike, bilo po zakonu ili izjavom poslednje volje (stav 5). Pravo sledstva ne može biti predmet prinudnog izvršenja ni bilo kakvog raspolaganja (stav 6). Odredbe ovog člana ne primenjuju se na dela arhitekture i na dela primenjene umetnosti (stav 7). Članom 41. stav 1. ZAP propisano je da autor dela likovnih umetnosti, fotografskih dela i sličnih dela mogu zabraniti izlaganje pojedinih svojih dela ako za to imaju moralnog interesa, dok je stavom 2. tog člana propisano da autor ne može zabraniti izlaganje dela koja pripadaju muzejima, galerijama i sličnim organizacijama udruženog rada. *Zakonom o autorskom i srodnim pravima - ZASP* (Službeni glasnik RS“, br. 24/98), članom 31. stav 1. propisano je da autor dela likovne umetnosti i autor književnog, naučnog i muzičkog dela u pogledu njegovog izvornog rukopisa ima pravo da od vlasnika originalnog primerka njegovog dela, odnosno rukopisa koji proda drugome taj primerak u roku od 30 dana od dana njegove prodaje, bude obavestjen o imenu i adresi novog vlasnika dela i da potražuje iznos u visini od 3% od prodajne cene; stavom 2. tog člana propisano je da se autor ne može odreći prava iz stava 1, niti može njime raspolagati; stavom 3. je propisano da se pravo iz stava 1 tog člana nasleđuje, a stavom 4. da prava iz stava 1. tog člana ne postoji za dela iz oblasti arhitekture i za film-

Direktive EU o pravu sleđenja²⁰. Njime je postignuto proširenje imovinskopravne zaštite za navedene vrste autorskih dela i to kako za autore, tako i za njihove naslednike, čime se postiže ostvarivanje posebne naknade povodom korišćenja autorskog dela od strane trećih lica, čak i u situaciji kada je autorsko delo u vlasništvu drugih lica (fizičkih i pravnih), pošto su ga autor, odnosno njegovi naslednici otuđili.²¹

Odredbom člana 14. ter stav 1. Bernske konvencije propisano je da autori ili posle njihove smrti, lica, ili ustanove kojima je nacionalnim zakonodavstvom za to dato ovlašćenje, uživaju u pogledu originalnih umetničkih dela ili originalnih rukopisa pisaca ili kompozitora, neotuđivo pravo da budu zainteresovani u svakoj docnijoj prodaji dela posle njegovog prvog ustupanja koje je izvršio autor, s tim da prema toj konvenciji to pravo može da reguliše nacionalno zakonodavstvo neke zemlje, koje određuje način i stopu naplate.²² Zakon o autorskom i srodnim pravima je regulisao pravo sleđenja u skladu sa Direktivom EU o pravu preprodaje originalnog primerka dela likovne umetnosti (Direktiva o pravu sleđenja).²³

Članom 32. stav 1. tog ZASP propisano je da je galerista ili organizator javne prodaje originala likovnih dela, odnosno izvornih rukopisa dužan da u roku iz člana 31. stav 1. tog zakona, obavesti autora, odnosno njegovog naslednika: 1) o izvršenoj prodaji njegovog dela; 2) o ceni po kojoj je delo prodato; 3) o imenu i adresi prodavca dela; 4) o imenu i adresi vlasnika dela. Stavom 2. tog člana je propisano je da se galerista ili organizator javne prodaje originala likovnih dela, odnosno izvornih rukopisa, može osloboditi obaveze davanja autoru imena i adrese prodavca, ako autoru isplati iznos iz člana 31. stav 1. tog zakona. Stavom 3. je propisano da ako postoji osnovana sumnja u ispravnost i potpunost obaveštenja dobijenih od galeriste ili organizatora javne prodaje originala likovnih dela, odnosno izvornih rukopisa, autor ima pravo da traži na uvid odgovarajuću dokumentaciju tog lica. Ako se utvrdi da obaveštenje sadrži netačne ili nepotpune podatke, troškove u vezi sa ostvarenjem uvida u dokumentaciju snosi galerista ili organizator javne prodaje originala..

²⁰ *Directive 2001/84 EC of the European Parliament and of the Council of 27 Septembre 2001. on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, OJL 272, 13.10.2001.*

²¹ Vidi član 36. stav 1. ZASP, prema kojem se autor ne može odreći prava sleđenja, niti može njime raspolagati, a posle smrti autora to pravo prelazi na njegove naslednike.

²² Vidi član 14 ter Bernske konvencije o zaštiti književnih i umetničkih dela od 09. septembra 1886. godine, dopunjena u Parizu 4. maja 1896, izmenjena u Berlinu 13. novembra 1903, dopunjena u Bernu 20. marta 1914, izmenjena u Rimu 2. juna 1928, u Brislu 26. juna 1948, u Stokholmu 14. jula 1967 i u Parizu 24. jula 1971. godine. Prema stavu 2. ovoga člana, zaštita predviđena u stavu 1. tog člana može se zahtevati u celoj zemlji ako nacionalno zakonodavstvo autora prihvata takvu zaštitu i u obimu koji je prihvaćen zakonodavstvom zemlje u kojoj se zaštita traži, dok je stavom 3. propisano da svako nacionalno zakonodavstvo utvrđuje način i stopu isplate.

²³ *Directive 2001/84 EC of the European Parliament and of the Council of 27 Septembre 2001. on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, OJL 272, 13.10.2001.* predviđa da autoru pripada naknada u određenom procentu od neto prodajne cene originalnog dela likovne umetnosti-od 4% do 0,25%, zavisno od ostvarene cene, ali ne preko 12.500 evra za jedno autorsko delo, s tim da članice EU mogu da kod prodaje za 50.000 evra primene stopu od 5% neto prodajne cene, a kod minimalne cene niže od 3.000 evra, mora da se propiše stopa koja ne sme da bude niža od 4% neto prodajne cene, kao i da države članice mogu da propišu domicilnim pravom da nema prava sleđenja za period kraći od tri godine, pre ponovne prodaje, kada je kupac kupio delo od autora za cenu koja ne prelazi 10.000 evra; vidi, D. Milić, P. Dimitrije, *op. cit.* (fusnota 11), navodi da je u uporednom pravu poznato ovo pravo i da u Parizu postoji Međunarodni institut za intelektualnu saradnju, kao i da se Direktiva EU o pravu preprodaje originalnog primerka dela likovne umetnosti (Direktiva o pravu sleđenja), čl. 2, 3. i 4. primenjuje od 2006. godine, za žive autore, a od 2012. godine za preminule, str. 122, 123; vidi: M. Fiskor, „Međunarodni ugovori o autorskom pravu i kolektivni menadžment pravima - ključna pitanja“, u okviru WIPO nacionalni seminar o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava, Beograd, 15. i 16. septembar 2009, kaže u tački 24 rada da Direktiva 2001/84 EC Evropskog

Kod nas je ovo pravo regulisano Zakonom o autorskom i srodnim pravima.

2.2.3 Naknada po pravu sleđenja - Kada autor izvrši prvu prodaju originala svog autorskog dela iz oblasti likovne umetnosti i ako se taj original kasnije ponovo proda, autor ima pravo da bude obavešten o toj prodaji i novom vlasniku svog autorskog dela i ima pravo da potražuje naknadu u zakonom propisanom obimu, za koju obavezu su solidarno odgovorni prodavac, kupac i posrednik.²⁴ To pravo se odnosi na sve radnje preprodaje u koje su kao prodavci, kupci ili posrednici uključena lica koja se profesionalno bave trgovinom umetničkim delima (prodajni saloni, umetničke galerije, aukcijske kuće i slično).²⁵ Ove institucije su dužne da u roku od 30 dana od izvršene prodaje, obaveste autora o prodajnoj ceni, imenu, odnosno nazivu i adresi prodavca, kupca i posrednika.²⁶ Autor ima pravo da u roku od tri godine od preprodaje originala dela likovne umetnosti zahteva od prodavca, kupca i posrednika u prodaji bilo koju informaciju koja mu je potrebna za obezbeđenje naplate pripadajuće naknade.²⁷

Parlamentu i Savetu od 27.09.2001. godine o pravu sleđenja u korist autora originalnog umetničkog dela ne propisuje obaveznu kolektivnu zaštitu (menadžment za sakupljanje i raspodelu honorara koji dospeva po pravu sleđenja, ali da dopušta da to učine države članice, prema članu 6.2. da države članice mogu da predvide kolektivni menadžment za sakupljanje i raspodelu honorara, iz člana 1 te Direktive, naknade po pravu sleđenja, a propisivanje obaveznog kolektivnog menadžmenta je dozvoljeno na osnovu međunarodnih normi o autorskom pravu, na osnovu člana 14 ter Bernske konvencije, pošto odgovara prirodi tog prava.

²⁴ Vidi član 35. st. 1, 5, 6. i 7. ZASP. Naknada na osnovu prava sleđenja plaća se u procentu od prodajne cene originala, bez poreza i iznosi, shodno stavu 7. tog člana: 1) 4% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 100.000 - 5.000.000 dinara; 2) 3% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 5.000.001 - 20.000.000 dinara; 3) 1% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 20.000.001 - 35.000.000 dinara; 4) 0,5% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 35.000.001 - 50.000.000 dinara; 5) 0,25% od prodajne cene ostvarene u iznosu koji prelazi 50.000.001 dinara.

²⁵ Vidi član 35. stav 4. ZASP.

²⁶ Vidi član 35. stav 9. ZASP.

²⁷ Vidi član 36. stav 3. ZASP, prema kojem autor ima pravo da u roku od tri godine od preprodaje originala dela likovne umetnosti, zahteva od lica navedenih u članu 35. stav 5. ovog zakona (prodavac, kupac i posrednik), bilo koju informaciju koja mu je potrebna za obezbeđenje naplate naknade koja mu pripada od te preprodaje; prema Osnovnom tekstu važećeg Zakona o autorskom i srodnim pravima („Sl. glasnik RS, br. 104/2009), do izmene „Sl. glasnik RS, br. 99/2011), ovaj član je glasio: Za obaveze iz člana 35. ovog zakona solidarno odgovaraju prodavac i galerista ili organizator javne prodaje originalnog primerka dela, odnosno rukopisa (stav 1). Obaveza obaveštavanja iz člana 35. stav 1. ovog zakona dospeva u roku od 15 dana po izvršenoj prodaji i obuhvata sledeće informacije: iznos prodajne cene, ime i adresu prodavca i kupca. Obaveza plaćanja naknade dospeva u roku od 30 dana po izvršenoj prodaji, s tim da se iznos naknade izračunava u odnosu na prodajnu cenu bez poreza (stav 2). Ako postoji osnovana sumnja u ispravnost i potpunost obaveštenja iz stava 2. ovog člana autor ima pravo da traži na uvid odgovarajuću dokumentaciju galeriste ili organizatora javne prodaje. Ako se utvrdi da obaveštenje sadrži netačne ili nepotpune podatke, troškovi u vezi sa ostvarenjem uvida u dokumentaciju snosi galerista ili organizator javne prodaje; vidi, Milić, P. Dimitrije, *op. cit.* (fusnota 11), komentar uz *eh* član 36. stav 1. ZASP, gde se navodi da se prodaja likovnih dela i izvornih rukopisa vrši preko galerija, akcionarskih kuća i sličnih organizacija koje ih uobičajeno prodaju, a obavezne su da obaveštavaju autore, što često ne čine, za razliku od zemalja u kojima je ovakva trgovina razvijena, gde postoje registrovane radnje, galerije i aukcijske kuće koje obaveštavaju autore i njihove naslednike o prodaji originala likovnih dela i rukopisa. U komentaru stoji da ako galerista ili organizator javne prodaje isplate iznos od 3% prodajne cene, mogu se osloboditi obaveze davanja autoru imena i adrese prodavca, ali ako postoji osnovana sumnja u tačnost podataka, autor ima pravo da traži na uvid poslovnu dokumentaciju o prometu, a ako se utvrdi da su šosaci bili netačni, troškove uvida snose galerista ili organizator, strana 121.

Naime, kupoprodaja originalnih primeraka autorskih dela, uobičajeno se vrši na aukcijama, u aukcijskim kućama, preko galerija, ali se dešava da se autor ne obaveštava o toj prodaji, pa zato preko galeriste ili organizatora javne prodaje, tj. preko prodavaca, kupaca i posrednika, autor ima pravo da bude obavešten, a oni su solidarno odgovorni za obaveštavanje autora o prodaji dela i o novom vlasniku, kao i o postignutoj ceni, da bi autor mogao da potražuje isplatu zakonom propisane naknade.^{28, 29}

Naknada na osnovu prava sleđenja plaća se u procentu od prodajne cene originala bez poreza.³⁰ Bez obzira na prodajnu cenu originala, naknada na osnovu prava sleđenja ne sme da iznosi više od 1.300.000 dinara, a obaveza plaćanja ove naknade dospeva u roku od 30 dana od dana izvršene prodaje, od kada nastupa docnja za odgovorna lica.³¹

Autor ne može da se odrekne prava sleđenja, niti može njime da raspolaze, s tim da posle njegove smrti ovo pravo prelazi na njegove naslednike. Pravo sleđenja ne može da bude predmet prinudnog izvršenja.³²

2.2.4. Originali i kopije autorskih dela iz oblasti likovnih umetnosti - Rečeno je da se originalima dela likovnih umetnosti smatraju slike, crteži, kolaži, grafike, fotografije, tapiserije, skulpture, umetnička dela izrađena u keramici, staklu ili drugom materijalu i slična dela koja je stvorio autor svojeručno, ali i umnoženi primerci tog dela – reprodukcije³³, koji su u ograničenom broju izrađeni od strane samog autora ili lica koje je on ovlastio, a koji primerci moraju biti na uobičajeni način numerisani i potpisani ili na drugi način obeleženi od strane autora. Stoga su kopije posebna vrsta autorskih dela, jer su izvedena iz originala.³⁴

²⁸ Vidi član 35. st. 1. i 5. ZASP.

²⁹ U "Sl. glasniku RS", br. 104/2009 od 16. decembra 2009. godine objavljen je Osnovni tekst Zakona, pa je član 35. ZASP do izmene u "Sl. glasniku RS", br. 99/2011 glasio: „Ako vlasnik originalnog primerka dela likovne umetnosti ili originalnog naučnog rukopisa književnog, naučnog ili muzičkog dela proda taj primerak, odnosno rukopis drugome, autor dela ima pravo da o tome bude obavešten ili da potražuje naknadu u iznosu od 3% od prodajne cene (stav 1). Autor se ne može odreći prava iz stava 1. ovog člana niti može njime raspolagati (stav 2). Pravo iz stava 1. ovog člana se nasleđuje (stav 3). Pravo iz stava 1. ovog člana ne postoji za dela iz oblasti arhitekture i filmskih dela, kao i za dela čiji je originalni primerak, odnosno rukopis predmet prodaje između fizičkih lica koja istupaju u ličnom svojstvu (stav 4).

³⁰ Vidi član 35. stav 6. ZASP.

³¹ Vidi član 35. st. 8. i 9. ZASP.

³² Vidi član 36. st. 1. i 2. ZASP.

³³ Vidi član 35. stav 3. ZASP; vidi: Besarović, Vesna, *op. cit.* (fusnota 2), navodi da je samo autor ovlašćen da vrši reprodukciju svog dela ili da nekoga ovlasti da to čini, pa otuđenjem autorskog dela iz oblasti likovne umetnosti, autor ne gubi ovo pravo, jer na neko treće lice (fizičko ili pravno), prenosi samo pravo vlasništva na svom delu. Stoga novi vlasnik dela mora da dobije saglasnost autora za reprodukciju dela, osim ako se reprodukuje za ličnu upotrebu, strana 264.

³⁴ Vidi član 35. st. 2. i 3. ZASP; vidi Besarović, Vesna, *op. cit.* (fusnota 2), navodi da u dela likovnih umetnosti spadaju slikarska dela (slike u ulju, akvareli idr.), grafike, vajarska i ostala dela koja se stvaraju dvodimenzionalno ili trodimenzionalno, a u sebi nose elemente likovnog stvaralaštva (bakrorezi, drvorezi), s tim da materijal od kojeg su napravljena nije od značaja za njihov nastanak i autorskopravnu zaštitu, pod uslovom da su to originalne duhovne tvorevine, sa umetičkim kvalifikatom, str. 264, 265.

Ovo pravo se ne odnosi na autorska dela iz oblasti arhitekture i filmska dela., kao i na autorska dela prerade.

Prema V. Besarović, dela iz oblasti likovne umetnosti dele se na izvorna i izvedena. Za izvornost je od značaja originalnost ideje autora koja je materijalizovana u umetničkom delu, s tim da ponavljanje određenih tema, koje delu daje prepoznatljivost, kao pečat autora, nema autorskopravnu zaštitu. Nasuprot izvornom delu, kopije autorskih dela su izvedena dela iz oblasti likovne umetnosti i uživaju autorskopravnu zaštitu, pod uslovom da je prepoznatljiv stil autora kopije (individualizacija), koji mora da bude potpisan kao autor i važno je da takva kopija ne bude obično podražavanje izvornog dela. To znači da i izvedeno delo, da bi se moglo smatrati autorskim, mora biti određene originalnosti, koja potiče od autora kopije, a ne od autora izvornog dela, s tim da kopija mora da ima i umetničku crtu, da bi joj se priznao karakter dela iz domena likovne umetnosti.³⁵ Prema ovom autoru jedino je tvorac likovnog dela ovlašćen da reprodukuje svoje delo ili da za to ovlasti drugo lice, pa se pravo reprodukovanja ne prenosi na kupca dela samim prenosom vlasništva, ali kupac može dobiti saglasnost od autora dela da kupljeno delo delimično ili celovito reprodukuje. Nasuprot tome, dozvoljena je reprodukcija za ličnu upotrebu, bez saglasnosti autora.³⁶ Tako se ova dela mogu reprodukovati od strane autora, ili drugog lica, koje je dužno da autoru u tom slučaju plati naknadu, u koja lica spada i pribavilac, ako mu autor izričito prenese to pravo, uz poštovanje izgleda, oblika i karaktera, tj. integriteta autorovog dela, bez obzira na to da li se radi i o njegovom ulepšavanju.³⁷

2.2.5. Dela iz oblasti likovne umetnosti pored originalnosti i individualnosti moraju da budu ostvarena u prostoru, pa imaju i aspekt prostornosti. Naime, autor vrši njihovu materijalizaciju, pošavši od stvaralačke ideje i vizuelizacije, u određenoj formi i materijalu, na površini neke podloge ili u prostoru, pa su to prostorna dela, koja se mogu opaziti ne samo čulom vida, već i dodirrom, jer su dvodimenzionalna ili trodimenzionalna. Istovremeno, dela iz oblasti likovne umetnosti ne moraju biti dovršena da bi se smatrala autorskim delom, kakvim se smatra i skica za njih, nacrt ili model, pod uslovom da je to originalna duhovna tvorevina autora, dakle njegova lična tvorevina. Da bi se takvo nedovršeno delo ili priprema za delo likovne umetnosti moglo da smatra autorskim umetničkim delom, neophodno je da i ono ispunjava uslov originalnosti, uz umetnički karakter, koji pretpostavlja ostavljanje posebnog utiska na posmatrača, rađanje određenih emocija, duševnih stanja, stvaranje osećanja lepog, posebnog, ali i uzbuđenja, straha i ostalih impresija koje mogu da na različite načine inspirišu posmatrača. Postojanje „umetničkog karaktera“ se posebno procenjuje, te od njega zavisi vrednost dela na tržištu.³⁸ Istovremeno, postojanje umetničke vrednosti dela nije uslov za dobijanje autorskopravne zaštite dela, već je dovoljno da je to nečija originalna duhovna tvorevina, izražena u određenoj formi, bez obzira na njegovu umetničku vrednost, namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja, kao i dopuštenost javnog saopštavanja sadržine.

³⁵ *Ibid*, strana 265.

³⁶ Vidi: Besarović, Vesna, *op. cit.* (fusnota 2), str. 264.

³⁷ *Ibid*, str. 266, 267.

³⁸ *Ibid*, autor govori o „umetničkom karakteru, tj. stepenu umetničke vrednosti dela“, strana 264.

2.2.6. Kao originali dela likovne umetnosti, prema našim propisima smatraju se i dela primenjene umetnosti - tapiserije, umetnička dela izrađena u keramici, staklu ili drugom materijalu i slična dela koja je autor stvorio svojeručno, a koja mogu imati primenu u životu, radi zadovoljenja određenih praktičnih potreba, odnosno radi korišćenja u svakodnevnom životu, radu i slično. To mogu biti i dela industrijskog oblikovanja i zanatski proizvodi, koja se izrađuju i od drugih lica, osim autora, po njegovim nacrtima, kalupima ili pod njegovim nadzorom (npr. izrada odevnih predmeta po dizajnu autora). Ova dela se prometuju kao roba na tržištu i istovremeno predstavljaju ne samo objekat privrednog ili svojinskog prava, već i autorskog prava, kao autorska dela sa umetničkom komponentom. Za ovu vrstu autorskih dela nije od značaja koliko su u upotrebi, već da li su to originalne tvorevine ljudskog duha ili su nastale na osnovu takvih tvorevina i da li stvaraju osećaj lepog, prijatnog, ili nekog drugog uzvišenog osećanja, na koji način oplemenjuju korisnike ili posmatrača svojim izgledom, bojom, načinom delovanja, to jest tehničkom funkcijom proizvoda, u sprezi sa umetnošću.

2.2.7. Industrijski dizajn i autorsko delo iz oblasti primenjene umetnosti i industrijskog oblikovanja - Dela iz oblasti likovne, pa i primenjene umetnosti su često i objekat prava industrijske svojine. Našim Zakonom o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, uređuje se način sticanja i zaštita prava na spoljašnji izgled industrijskog ili zanatskog proizvoda.³⁹ Prema navedenom zakonu industrijski dizajn je trodimenzionalni ili dvodimenzionalni izgled celog proizvoda, ili njegovog dela, određen njegovim vizuelnim karakteristikama, posebno linijama, konturama, bojama, oblikom, teksturom i/ili materijalom od kojih je proizvod sačinjen, ili kojima je ukrašen, kao i njihovom kombinacijom.⁴⁰

Opis industrijskog dizajna sadrži precizan i sažet opis bitnih karakteristika onih elemenata koji ga čine novim i različitim od onih industrijskih dizajna koji su postali dostupni javnosti i mora da bude zasnovan na podnetom prikazu⁴¹, kojim se predstavlja spoljašnji izgled predmeta zaštite, kao i njegovi delovi koji se vide stalno ili prilikom njegove redovne upotrebe i u kome elementi industrijskog dizajna koji ga čine novim i različitim od industrijskih dizajna koji su postali dostupni javnosti, moraju da budu jasno predstavljeni. *Prikaz* je fotografija ili nacrt koji mora da ispunjava propisane uslove za kvalitet i tehničke karakteristike prikaza. Kod prijava za priznanje prava na dvodimenzionalni industrijski dizajn, kao prikaz se može do-

³⁹ Vidi član 1. Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna – ZPZID („Službeni glasnik RS“, br. 104/2009, 45/2015, 44/2018 (drugi zakon), s tim da se pod spoljašnjim izgledom proizvoda podrazumeva ukupan vizuelni utisak koji proizvod ostavlja na informisanog potrošača ili korisnika. Prethodno je važio Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna („Službeni list Srbije i Crne Gore“, br. 61/04; „Službeni glasnik RS“, br. 104/2009), koji je zamenio Zakon o modelima i uzorcima („Službeni list SFRJ“, br. 15/95, 28/96).

⁴⁰ Vidi član 2. st. 1, 2, 3 ZPZID, gde se pored ostalog navodi da je proizvod industrijski ili zanatski predmet, uključujući i delove namenjene za spajanje u složeni proizvod, pakovanje proizvoda, ukupni vizuelni identitet proizvoda, grafičke simbole i tipografske znake, isključujući kompjuterske programe, dok je složeni proizvod sastavljen od više delova koji mogu da budu zamenjeni i koji omogućavaju sastavljanje i rastavljanje proizvoda.

⁴¹ Vidi član 20. ZPZID.

staviti *uzorak* (dvodimenzionalni primerak prijavljenog industrijskog dizajna, ali se kasnije nadležnom organu mora dostaviti prikaz koji je u skladu sa tim zakonom).⁴²

Industrijski dizajn se štiti na osnovu navedenog zakona ako je *nov* i ako ima *individualni karakter*; s tim da je novost industrijskog dizajna u tome da nije postao dostupan javnosti pre dana podnošenja prijave za njegovo priznanje ili pre datuma priznatog prava prvenstva, ukoliko je ono zatraženo ili ako ne postoji ranije podneta prijava za priznanje identičnog industrijskog dizajna koja je postala dostupna javnosti.⁴³

Identičnost industrijskog dizajna postoji i ako se dizajni razlikuju samo u detaljima, koji nisu važni.⁴⁴ Zakon predviđa i da industrijski dizajn ima individualni karakter ako se ukupan utisak koji ostavlja na informisanog korisnika, razlikuje od ukupnog utiska koji na tog korisnika ostavlja bilo koji drugi predmetnog industrijski dizajn koji je postao dostupan javnosti pre dana podnošenja prijave industrijskog dizajna ili datuma priznatog prava prvenstva. Prilikom utvrđivanja individualnog karaktera industrijskog dizajna uzima se u obzir stepen slobode autora prilikom stvaranja industrijskog dizajna određenog proizvoda.⁴⁵

Industrijski dizajn postaje dostupan javnosti ako je objavljen posle svoje registracije ili na drugi način, ako je izlagan, korišćen u prometu ili na drugi način otkriven pre dana podnošenja prijave industrijskog dizajna ili datuma priznatog prava prvenstva, ako je ono zatraženo, pod određenim ograničenjima koje zakon propisuje.⁴⁶

Pravo na industrijski dizajn stiče se upisom u registar industrijskog dizajna i traje pet godina od datuma podnošenja prijave za priznavanje tog prava nadležnom organu i može se produžavati najduže do 25 godina od tada.⁴⁷

2.2.8. Razlika u zaštiti - Industrijski dizajn zaštićen po Zakonu o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, uživa zaštitu i na osnovu Zakona o autorskom i srodnim pravima⁴⁸, kojim je propisano da u autorska dela spadaju i dela arhitekture, primenjene umetnosti i industrijskog oblikovanja. Svako autorsko delo, pa i delo industrijskog oblikovanja, zaštićeno je navedenim zakonom, kao takvo, počev od datuma njegovog nastanka, odnosno materijalizacije, kao načina izražavanja u određenoj formi, za razliku od zaštite prema navedenom Zakonu o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, koja pretpostavlja upis u određene registre, da bi pravo nastalo.⁴⁹

Stoga se ne može, između ostalog, zaštititi industrijski dizajn koji povređuje autorsko pravo ili prava industrijske svojine drugog lica.⁵⁰ Pravo na zaštitu industrijskog dizajna pripada autoru ili njegovom pravnom sledbeniku, odnosno poslodavcu, s tim da strana fizička ili pravna lica imaju ovo pravo zaštite, kao

⁴² Vidi član 21. ZPZID.

⁴³ Vidi član 3. i 4. ZPZID.

⁴⁴ Vidi član 4. ZPZID.

⁴⁵ Vidi član 5. i 6. ZPZID.

⁴⁶ Vidi član 7. ZPZID.

⁴⁷ Vidi član 11. ZPZID.

⁴⁸ Vidi član 2. stav 2. tačka 7. ZASP, kojim je propisano da u autorska dela spadaju i dela arhitekture, primenjene umetnosti i industrijskog oblikovanja.

⁴⁹ Vidi član 11. ZPZID.

⁵⁰ Vidi član 9. tačka 6. ZPZID.

domaća fizička i pravna lica, na osnovu međunarodnih ugovora i ako postoji reciprocitet, koji dokazuje lice koji se na to poziva.⁵¹

Odredbе Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna ne utiču na postojeća prava koja se odnose na žigove ili druge znakove razlikovanja, patente, male patente, tipografske znake, neregistrovane industrijske dizajne, kao i na primenu propisa koji se odnose na građansko-pravnu odgovornost ili neloyalnu konkurenciju.⁵²

2.3. Pravo zabrane izlaganja originalnog primerka dela likovne umetnosti

Zakonom o autorskom i srodnim pravima regulisano je da vlasnik originalnog primerka dela slikarstva, skulpture i fotografije ima pravo da taj primerak izlaže bez obzira na okolnost da li je delo objavljeno, osim ako mu je autor, prilikom otuđenja tog originalnog primerka, izričito, u pisanoj formi, zabranio izlaganje. Međutim, autor ne može da zabrani izlaganje ovih originalnih primeraka ako pripadaju muzeju, galeriji ili nekoj sličnoj javnoj ustanovi.⁵³ Stoga pravo izlaganja likovnog dela pripada vlasniku dela, bez autorovog odobrenja, osim u slučaju da izlaganje dela može da naškodi moralnim autorskim pravima, časti i ugledu autora, odnosno ako to nije u njegovom interesu, kada može da zabrani izlaganje vlasniku dela, koji ne spada u navedene institucije.⁵⁴

3. Zaključak

Autor originalnih primeraka dela likovne umetnosti ima pravo na potraživanje dela naknade koja pripada vlasniku dela od preprodaje primeraka kupljenog autorskog dela, što je pravo sleđenja. Ovim pravom se od strane autora ili njegovih naslednika ograničavaju prava vlasnika dela na samostalno korišćenje predmeta svojine. Autor ima pravo na odgovarajuću naknadu za svoju originalnu umetničku tvorevinu, koji aspekt je ovde važan i posmatra se i pošto delo proda, tj. otuđi. Autori često tokom života stiču afirmaciju koju nisu imali na početku karijere, pa vlasnici njihovih autorskih dela po mnogo višoj ceni od kupovne, prodaju na aukcijama, u prodajnim salonima, galerijama, dela likovne, pa i primenjene umetnosti, kupljena svojevremeno od autora ili njihovih naslednika. Naknada na osnovu prava sleđenja plaća se u procentu od prodajne cene originala, bez poreza. Autor se prava sleđenja ne može odreći, niti njime raspolagati i ono ne može biti predmet prinudnog izvršenja. Autorska dela iz oblasti likovne umetnosti i industrijskog oblikovanja često su i objekat prava industrijske svojine prema Zakonu o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, kojim se uređuje način sticanja i zaštita prava na spoljašnji izgled industrijskog ili zanatskog proizvoda, koji je nastao na osnovu određenog autorskog dela, dovršenog ili nedovršenog ili pripreme za to delo, poput skica, crteža, slike, fotografije i sličnog.

⁵¹ Vidi član 8a ZPZID.

⁵² Vidi član 46. ZPZID.

⁵³ Vidi član 37. st. 1. и 2. ZASP.

⁵⁴ Besarović, Vesna, *op. cit.* (fusnota 2) govori o ranim radovima autora i slično, strana 264.

* * *

DROIT DE SUITE AND SOME OTHER PECUNIARY RIGHTS OF AUTHORS

Summary

A work of authorship is created by materialization of an author's inner idea, inspiration, into an external form, which represents the "birth" of a work, which now has its rights holder, and exists independently – it can be seen, heard, felt. Besides the right to commercial exploitation of the work of authorship and the works resulting from its modification, the author's pecuniary rights include the right to reproduce the work, the right to place in circulation copies of the work, the right to access a copy of the work, the right to prohibit the exhibition of the original copy of a work of fine arts and the *droit de suite* (resale right). The author has the exclusive right to prohibit anybody from placing originals or multiplied copies of his work on the market, which does not apply to the owner of a copy of the work who has legally acquired that copy in the Republic of Serbia from the author or the author's legal successor (the exhaustion of right). Originals of the works of fine arts are considered to be paintings, drawings, collages, graphics, photographs, tapestries, sculptures, works of art made in ceramics, glass or other material and similar works made by the artist's own hand, but also the multiplied copies of those works – reproductions. The author of original copies of works of fine art and industrial design has the *droit de suite*, as a right to claim part of the remuneration from reselling copies of their works, thereby somewhat limiting the rights of the owner to independently use the property. One of the economic reasons for regulating this right of authors and their successors is the resale of works by formerly anonymous authors, which were at one time bought very cheaply. The remuneration on the basis of the *droit de suite* is paid in a percentage of the price of sale of the original without tax and may not exceed RSD 1,300,000. After the death of the author, the *droit de suite* passes to his heirs. The author may not waive the *droit de suite* nor may he dispose with it; *droit de suite* may also not be the subject of a judicial enforcement. The right to exhibit the work of art belongs to the owner of the work without the author's permission, unless the exhibition of the work can harm the author's moral rights, honor and reputation, i.e. if it is not in his interest, in which case the author may prohibit the exhibition of the work by the owner. In the event of infringement of the author's pecuniary rights and the occurrence of damage, the infringer, as a tortfeasor (or responsible person), is obliged to indemnify the author for the damage. In case of destruction or disappearance of a work of authorship by a person's fault or by fault of a person responsible for the damage caused by another person, the author has the right to compensation for damage for the infringement of moral copyright due to a violation of the integrity of the work of authorship, as well as the right to demand that the tortfeasor restore the damaged work to its original state, at his own expense.

Keywords: pecuniary rights of authors, right to reproduce a work of authorship, right to place copies of a work in circulation, right to access a copy of the work, droit de suite, right to prohibit the exhibition of the original copy of a work of fine arts.

dr Vesna Bilbija¹

NAKNADA ŠTETE PREMA ZAKONU O ZAŠTITI PODATAKA O LIČNOSTI

Apstrakt

U cilju zaštite ličnih podataka u modernim uslovima života, Republika Srbija je usvojila Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. Novi Zakon o zaštiti podataka o ličnosti donet je sa težnjom da pruži potpunu i sistemsku zaštitu fizičkim licima u vezi sa obradama njihovih podataka o ličnosti, nezavisno od toga da li obradu preduzimaju lica privatnog ili javnog prava.

U ostvarenju tog cilja, između ostalog, propisan je čitav niz različitih mogućnosti za zaštitu prava, s tim da je moguće podneti više pravnih sredstava, nezavisno od toga da li je već podneto neko sredstvo. Pre svega, može se podneti prigovor rukovaocu na obradu podataka. Pored toga, može se podneti pritužba Povereniku, a protiv odluke Poverenika, odnosno u slučaju da takva odluka nije doneta u roku od 60 dana od dana podnošenja pritužbe, može da se pokrene upravni spor. Nezavisno od drugih postupaka može se ostvariti i neposredna sudska zaštita.

Na kraju, izričito je propisano pravo na naknadu štete, koje podrazumeva da lice koje je pretrpelo materijalnu ili nematerijalnu štetu zbog povrede odredaba zakona ima pravo na novčanu naknadu ove štete od rukovaoca, odnosno obrađivača koji je štetu prouzrokovao.

***Ključne reči:** zaštita podataka o ličnosti, rukovaoc podacima, obrada podataka, naknada štete.*

1. Uvodne napomene o Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti

U cilju zaštite ličnih podataka u modernim uslovima života, Republika Srbija je usvojila Zakon o zaštiti podataka o ličnosti², koji stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku Republike Srbije”, 21.11.2018. godine, ali se, saglasno odredbi čl. 102. primenjuje se po isteku devet meseci od dana stupanja zakona na snagu, osim odredbe člana 98. koja se primenjuje od dana njegovog stupanja na snagu.

Ustavni osnov za donošenje Zakona o zaštiti podataka o ličnosti sadržan je u čl. 42. Ustava Republike Srbije³. Naime, odredbom st 1. navedenog člana, za-

¹ Viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije. mail: vesna_bilbija@yahoo.com

² Zakon o zaštiti podataka o ličnosti-ZZPL, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

³ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 98/06.

jemčena je zaštita podataka o ličnosti; odredbom st. 2. je propisano da se prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju zakonom, a odredbom st. 3 je zabranjena i kažnjiva upotreba podataka o ličnosti izvan svrhe za koju su prikupljeni, u skladu sa zakonom, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom. Stavom 4. istog člana je propisano da svako ima pravo da bude obavешten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom, kao i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe. Ustavni osnov za donošenje ovog zakona sadržan je i u čl. 97. tač. 2. i 16. Ustava, kojom je predviđeno da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje, između ostalog, ostvarivanje i zaštitu sloboda i prava građana, postupak pred sudovima i drugim državnim organima, odnosno organizaciju, nadležnost i rad republičkih organa.

Prethodni Zakon o zaštiti podataka o ličnosti⁴ usvojen je krajem 2008. godine, a počeo je sa primenom 1. januara 2009. godine. Od početka primene, prema izveštajima Evropske komisije o napretku Republike Srbije, ocenjivan je kao delimično usklađen sa relevantnim propisima Evropske unije u ovoj oblasti. Tokom skoro devet godina primene, tekst zakona je dva puta izmenjen i dopunjen, i to jednom na osnovu odluke Ustavnog suda, a drugi put se dopuna odnosila na dozvoljenost promene svrhe obrade podataka o ličnosti. Značaj zaštite podataka o ličnosti za Evropsku uniju izražen je Poveljom o fundamentalnim pravima Evropske unije (2000/C 364/01), tačnije pravo na zaštitu podataka zajemčeno je čl. 8. iste Povelje. U međuvremenu, doneti su novi relevantni propisi koji uređuju oblast zaštite podataka o ličnosti. Reč je o Uredbi 2016/679 Evropskog parlamenta i Saveta o zaštiti pojedinca u vezi sa obradom podataka o ličnosti i slobodnom kretanju takvih podataka i stavljanju van snage Direktive 98/46/EZ, kao i Direktivi 2016/680 o zaštiti pojedinca u vezi sa obradom podataka o ličnosti od strane nadležnih tela u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili gonjenja krivičnih dela ili izvršenja krivičnih sankcija i slobodnom kretanju takvih podataka i stavljanju van snage okvirne odluke Saveta 2008/977/PUP, pa je, imajući u vidu obaveze Republike Srbije u procesu pridruživanja Evropskoj uniji, bilo neophodno usvojiti Zakon o zaštiti podataka o ličnosti koji će obezbediti usklađenost sa ovim propisima Evropske unije.

Prvu definiciju prava na privatnost postavili su 1890. godine Luis Brandež i Semjuel Varen kao pravo da se bude ostavlje na miru⁵. Ovo pravo je vremenom dobijalo sve veći obim, da bi države danas imale obavezu da poštuju ovo lično pravo, koje mogu da ograniče jedino u slučajevima kada je to u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih⁶. Važno je istaći još dva međunarodna (i civilizacijska) dokumenta i to Univerzalnu deklaraciju UN o ljudskim pravima iz 1948. godine koja, iako pravno neobavezujuća, sadrži prin-

⁴ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. Glasnik RS*, br. 97/2008, 104/2009, 68/2012 i 107/2012

⁵ The Right to Privacy, *Harvard Law Review* Vol. IV (1890), No. 5, *Waren and Brandies*; Citirano prema: S. Paunović, „Zaštita podataka o ličnosti“, *Upravni postupak i upravni spor iz ugla sudske prakse*, Beograd, 2019, 127.

⁶ S. Paunović, 127-128.

cipe koje bi svaka država trebalo da garantuje, a pravo na privatnost propisuje na način da niko ne sme biti izvrgnut samovoljnom mešanju u privatni život, porodicu, stan ili prepisku, niti napadima na njegovu čast i ugled; svako ima pravo na zaštitu zakona protiv ovakvog mešanja ili napada (čl. 12), odnosno Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, kojim je propisano da niko ne može biti izložen proizvoljnom ili nezakonitom mešanju u privatni život, porodicu, stan ili prepisku, niti protivzakonitim napadima na čast i ugled; svako ima pravo na zakonsku zaštitu od takvog mešanja ili napada (čl. 17).

2. Predmet i cilj Zakona o zaštiti podataka o ličnosti

Pored potrebe usklađenosti sa pravom Evropske unije i standardima zaštite podataka o ličnosti, na neophodnost novih rešenja ukazala je i višegodišnja primena važećeg zakona. Prema obrazloženju predlagača⁷, nedostaci prethodnog zakona ogledali su se, između ostalog, u neadekvatno uređenom postupku ostvarivanja prava na zaštitu podataka o ličnosti i neuređenom postupku iznošenja podataka o ličnosti iz Republike Srbije. Takođe, nedostaci su izraženi i u nepotpunom uređenju odgovornosti u slučaju kršenja prava lica, kao i u slučaju neispunjavanja zakonskih obaveza. Bezbednost podataka je potpuno neadekvatno uređena, a nedostaje i obaveza analize rizika po prava lica u slučaju pojedinih obrada koje mogu ozbiljno ugroziti njihova prava. Istovremeno, neophodno je bilo uvesti nove institute u režim zaštite podataka o ličnosti, koji se prevashodno odnose na lica zadužena za zaštitu podataka kod rukovalaca ili kod obrađivača.

Osnovni cilj zakona je da svakome obezbedi poštovanje osnovnih prava i sloboda fizičkih lica, a posebno njihovog prava na zaštitu podataka o ličnosti. Stoga, Zakon o zaštiti podataka treba da uspostavi jasan pravni okvir u ovoj oblasti u Republici Srbiji, tj. da, u skladu sa Ustavom, uredi obradu podataka o ličnosti, odnosno zaštitu prava i postupak ostvarivanja zaštite prava pojedinca u odnosu na obradu podataka, zatim prava, obaveze i odgovornosti rukovalaca podataka, obrađivača podataka i svih primalaca podataka, kao i nadležnost i položaj nezavisnog organa za zaštitu podataka o ličnosti.

Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti uređuje se pravo na zaštitu fizičkih lica u vezi sa obradom podataka o ličnosti i slobodni protok takvih podataka, načela obrade, prava lica na koje se podaci odnose, obaveze rukovalaca i obrađivača podataka o ličnosti, kodeks postupanja, prenos podataka o ličnosti u druge države i međunarodne organizacije, nadzor nad sprovođenjem ovog zakona, pravna sredstva, odgovornost i kazne u slučaju povrede prava fizičkih lica u vezi sa obradom podataka o ličnosti, kao i posebni slučajevi obrade, a uređuje se i pravo na zaštitu fizičkih lica u vezi sa obradom podataka o ličnosti koju vrše nadležni organi u svrhe sprečavanja, istrage i otkrivanja krivičnih dela, gonjenja učinilaca krivičnih dela ili izvršenja krivičnih sankcija, uključujući sprečavanje i zaštitu od pretnji javnoj i nacionalnoj bezbednosti, kao i slobodni protok takvih podataka.

⁷ Predlog i obrazloženje zakona dostupno na http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2018/2959-18.pdf, 10.05.2019. god.

Cilj ZZPL je obezbeđivanje zaštite osnovnih prava i sloboda fizičkih lica, a posebno njihovog prava na zaštitu podataka o ličnosti, a odredbe posebnih zakona kojima se uređuje obrada podataka o ličnosti moraju biti u skladu sa ovim zakonom.

ZZPL se primenjuje na obradu podataka o ličnosti koja se vrši, u celini ili delimično, na automatizovan način, kao i na neautomatizovanu obradu podataka o ličnosti koji čine deo zbirke podataka ili su namenjeni zbirci podataka, a ne primenjuje se na obradu podataka o ličnosti koju vrši fizičko lice za lične potrebe, odnosno potrebe svog domaćinstva.

Zatim, primenjuje se na obradu podataka o ličnosti koju vrši rukovalac, odnosno obrađivač koji ima sedište, odnosno prebivalište ili boravište na teritoriji Republike Srbije, u okviru aktivnosti koje se vrše na teritoriji Republike Srbije, bez obzira da li se radnja obrade vrši na teritoriji Republike Srbije, kao i na obradu podataka o ličnosti lica na koje se podaci odnose koje ima prebivalište, odnosno boravište na teritoriji Republike Srbije od strane rukovaoca, odnosno obrađivača koji nema sedište, odnosno prebivalište ili boravište na teritoriji Republike Srbije, ako su radnje obrade vezane za ponudu robe, odnosno usluge licu na koje se podaci odnose na teritoriji Republike Srbije, bez obzira da li se od tog lica zahteva plaćanje naknade za ovu robu, odnosno uslugu i praćenje aktivnosti lica na koje se podaci odnose, ako se aktivnosti vrše na teritoriji Republike Srbije.

3. Struktura Zakona o zaštiti podataka o ličnosti

Pored osnovnih odredbi Glave I ZZPL koje obuhvataju predmet i cilj zakona, njegovu primenu i značenje osnovnih izraza koji se koriste u zakonu ZZPL sadrži još devet glava i to: Načela (Glava II), Prava lica na koje se podaci odnose (Glava III), Rukovalac i obrađivač (Glava IV), Prenos podataka o ličnosti u druge zemlje i međunarodne organizacije (Glava V), Poverenik (Glava VI), Pravna sredstva, odgovornost i kazne (Glava VII), Posebni slučajevi obrade (Glava VIII), Kaznene odredbe (Glava IX) i Prelazne i završne odredbe (Glava X).

Odredbama Glave II (čl. 5- čl. 20) uređena su načela koja predstavljaju polazne osnove i osnovne principe kojih se uvek treba pridržavati prilikom bilo koje obrade podataka o ličnosti, kao što su zakonitost, poštenje i transparentnost, ograničenje u odnosu na svrhu obrade, minimizacija podataka, tačnost, ograničenje čuvanja i odgovornost za postupanje. Tako, zakonitost obrade podrazumeva da se obrada podataka može vršiti samo ako je to uređeno zakonom, ograničenje svrhe obrade podrazumeva da se podaci o ličnosti moraju obrađivati samo u svrhe koje su konkretno određene, izričite, opravdane i zakonite i dalje se ne mogu obrađivati na način koji nije u skladu sa tim svrhama, a minimizacija podataka podrazumeva da podaci koji se obrađuju moraju biti primereni, bitni i ograničeni samo na ono što je neophodno. Tačnost podrazumeva ne samo da podaci o ličnosti moraju biti tačni, nego i da se moraju preduzeti sve razumne mere da se netačni podaci o ličnosti bez odlaganja izbrišu ili isprave. Od propisanih načela propisani su i izuzeci. Npr. izuzetak u odnosu na načelo ograničenja u odnosu na svrhe obrade predviđa da se ne smatra drugom svrhom obrade ona obrada koja se vrši u svrhe arhiviranja u javnom

interesu, u svrhe naučnog ili istorijskog istraživanja, kao i u statističke svrhe. Još jedan izuzetak od ovog načela postoji kada je reč o obradi podataka od strane nadležnih organa u svrhe sprečavanja, istrage i otkrivanja krivičnih dela, kao i gonjenja učinilaca krivičnih dela ili izvršenja krivičnih sankcija, uključujući i zaštitu i sprečavanje pretnji javnoj ili nacionalnoj bezbednosti. U tom slučaju moguća je i obrada podataka o ličnosti u druge svrhe, ali samo ako su zajedno ispunjeni uslovi da je takva obrada podataka predviđena zakonom, kao i da je neophodna i srazmerna toj drugoj svrsi.

Značajnu novinu predstavljaju i odredbe o pristanku lica na koje se podaci odnose na obradu njegovih podataka. Za razliku od još uvek važećeg zakonskog rešenja koje je predviđalo da pristanak mora biti dat u pismenom obliku, sada se takav oblik ne zahteva. Međutim, ako se obrada zasniva na pristanku, rukovalac mora biti u mogućnosti da predoči da je lice pristalo na obradu svojih podataka o ličnosti, što je svakako važno u slučajevima kada je pristanak dat na drugi način, a u cilju izbegavanja mogućih zloupotreba.

Važne su i odredbe o pristanku maloletnog lica za obradu njegovih podataka u korišćenju usluga informacionog društva. Naime, maloletno lice koje je navršilo 15 godina može samostalno da daje pristanak za obradu podataka o svojoj ličnosti u korišćenju usluga informacionog društva, dok za obradu podataka o maloletnom licu koje nije navršilo 15 godina pristanak mora dati roditelj koji vrši roditeljsko pravo, odnosno drugi zakonski zastupnik maloletnog lica. Prilikom određivanja ove starosne granice imalo se u vidu da maloletnik od 15 godina može da zasnuje radni odnos, kao i da se radi o davanju saglasnosti za obradu podataka o ličnosti u korišćenju usluga informacionog društva, koje maloletnici i inače veoma često koriste, zbog čega je uzrast od 15 godina primeren za samostalno davanje ovakve saglasnosti. Rukovalac mora preduzeti razumne mere u cilju utvrđivanja da li je pristanak dao roditelj koji vrši roditeljsko pravo, odnosno drugi zakonski zastupnik maloletnog lica, uzimajući u obzir dostupne tehnologije.

U vezi sa obradom posebnih kategorija podataka o ličnosti, kao opšte načelo propisano je da je zabranjena obrada podataka o ličnosti kojom se otkriva rasno ili etničko poreklo, političko mišljenje, versko ili filozofsko uverenje ili članstvo u sindikatu, kao i obrada genetskih podataka, biometrijskih podataka, u cilju jedinstvene identifikacije lica, podataka o zdravstvenom stanju ili podataka o seksualnom životu ili seksualnoj orijentaciji lica. Imajući u vidu veliki broj mogućih situacija kada je neophodno izvršiti i obradu ovakvih podataka, precizno je navedeno deset izuzetaka kada se obrada posebnih kategorija podataka ipak može vršiti. Obrada posebnih vrsta podataka o ličnosti koju vrše nadležni organi u posebne svrhe dopuštena je samo ako je to neophodno i uz primenu odgovarajućih mera zaštite prava lica na koje se podaci odnose, tj. ovakva obrada je moguća samo ako je nadležni organ za to ovlašćen zakonom ili se obrada posebnih vrsta podataka vrši u cilju zaštite životno važnih interesa lica na koje se podaci odnose ili drugog lica, kao i u slučaju ako se obrada odnosi na posebne vrste podataka o ličnosti koje je lice na koje se oni odnose očigledno učinilo dostupnim javnosti. U ovoj glavi propisana je i obrada u vezi sa krivičnim presudama i kažnjivim delima, kao i obrada koja ne zahteva identifikaciju.

Prava lica na koje se podaci odnose propisana propisana su odredbama Glave III ZZPL (čl. 21-čl. 40), a Rukovalac i obrađivač odredbama Glave IV ZZPL (čl. 41-čl. 62), s tim da obe sadrže više odeljaka. U vezi prava lica na koje se podaci odnose, uređena je transparentnost i načini ostvarivanja prava lica na koje se podaci odnose; zatim informacije koje pruža rukovalac, kao i pristup koji lice na koje se podaci odnose može da ostvari, potom pravo na ispravku podataka, pravo na brisanje podataka, pravo na ograničenje obrade i pravo na prenosivost podataka, kao i pravo na prigovor i automatizovano donošenje pojedinačnih odluka, te ograničenja od opštih odredbi ove Glave III.

S druge strane, opšte obaveze koje se odnose na rukovaoca i obrađivača propisane su odredbama prvog odeljka Glave IV, drugi odeljak se odnosi na bezbednost podataka o ličnosti, a trećim je uređena procena uticaja obrade na zaštitu podataka o ličnosti i prethodno mišljenje Poverenika.

Sadržinu Glave V čine odredbe koje se odnose na prenos podataka o ličnosti u druge države i međunarodne organizacije (čl. 63-čl.72). Propisano je više mogućnosti za prenos podataka u drugu državu ili međunarodnu organizaciju, pri čemu treba naglasiti da u svakoj od mogućih situacija postoje jasno propisani uslovi koji moraju biti ispunjeni. Prema rečima predlagачa, osnovni princip je da se svaki prenos podataka o ličnosti čija je obrada u toku ili su namenjeni daljoj obradi posle njihovog prenošenja u drugu državu ili međunarodnu organizaciju, može izvršiti samo ako u skladu sa drugim odredbama ovog zakona rukovalac i obrađivač postupaju u skladu sa uslovima propisanim tim poglavljem zakona, što obuhvata i dalji prenos podataka o ličnosti iz druge države ili međunarodne organizacije u treću državu ili međunarodnu organizaciju, a u cilju obezbeđivanja primerenog nivoa zaštite fizičkih lica koji je jednak nivou koji garantuje ovaj zakon.

Rad nadzornog tela nad postupanjem sa podacima o ličnosti, odnosno Poverenika propisan je odredbama Glave VI ZZPL (čl. 73-čl. 81). Najpre je utvrđen nezavisan status nadzornog tela. Naime, poslove praćenja primene ovog zakona, a u cilju zaštite osnovnih prava i sloboda fizičkih lica u vezi sa obradom i u skladu sa propisanim ovlašćenjima vrši Poverenik, kao nezavisan državni organ.

4. Osnovne napomene o Povereniku za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti u Republici Srbiji

U Republici Srbiji, Narodna skupština je 22.12.2004. godine imenovala Rodoljuba Šabića za prvog poverenika za informacije od javnog značaja, a 05.12.2011. on je ponovo izabran na još jedan mandat. Njegov mandat je okončan 22. decembra 2018. godine. Može se reći da se u funkciji Poverenika objedinjuje dve obaveze, budući da je zadužen da štiti pravo na slobodan pristup informacijama, a da istovremeno predstavlja organ koji štiti pravo na privatnost podataka o licima, pri čemu odnos prava na javnost i prava na privatnost nekad mogu biti u sukobu.

U Izveštaju⁸ koji je podneo u poslednjoj godini mandata, prvi poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti je, između osta-

⁸ <https://www.poverenik.rs/sr/izveštaji-poverenika.html> , 30.05.2019.

log, istakao da je u oblasti zaštite podataka o ličnosti u Srbiji, poslednjih deset godina ključni problem bio pravni okvir, što se pre svega ogledalo u nepotpunoj usaglašenosti unutrašnjeg pravnog okvira sa odgovarajućim međunarodnim standardima, međusobno nepotpunoj usaglašenosti zakona, kao i zakona i podzakonskih akata, neuređenosti ili neodgovarajućoj uređenosti određenih pitanja u zakonima i sl. U vezi s tim, naveo je da usvajanje Zakona o zaštiti podataka o ličnosti predstavlja događaj koji je u oblasti zaštite podataka o ličnosti u Srbiji obeležio 2018. godinu, te da bi navedeni propis trebalo da dovede do suštinskih promena u ovoj oblasti. Izneo je mišljenje da je njegovim donošenjem konačno formalno ispunjena obaveza donošenja novog zakona koja je stara nekoliko godina, iako sam proces usvajanja zakona nije bio dovoljno transparentan, a zakonskim rešenjima se može dosta toga prigovoriti.

U vršenju svojih ovlašćenja i poslova, u skladu sa ovim zakonom, Poverenik je potpuno nezavisan, slobodan je od svakog neposrednog ili posrednog spoljnog uticaja i ne može da traži niti prima naloge od bilo koga. Poverenik se ne može baviti drugom delatnošću ni drugim poslom, uz naknadu ili bez naknade, niti može obavljati drugu javnu funkciju ili vršiti drugo javno ovlašćenje, niti politički delovati. U cilju obezbeđivanja delotvornog vršenja zakonom propisanih ovlašćenja, neophodna finansijska sredstva za rad, prostorije za rad, kao i neophodne tehničke, organizacione i kadrovske uslove za rad Poverenika obezbeđuju se u skladu sa zakonom kojim se uređuje budžet i zakonima kojima se uređuje državna uprava i položaj državnih službenika. Poverenik samostalno vrši izbor zaposlenih između kandidata koji ispunjavaju zakonom propisane uslove za rad u državnim organima i njima potpuno samostalno rukovodi. Kontrolu nad trošenjem sredstava za rad Poverenika vrši Državna revizorska institucija, u skladu sa zakonom, na način koji ne utiče na nezavisnost Poverenika. Propisano je da su Poverenik, njegov zamenik, kao i zaposleni u službi Poverenika dužni da kao profesionalnu tajnu čuvaju sve podatke do kojih su došli u obavljanju svoje funkcije, odnosno poslova, uključujući i podatke u vezi sa povredom ovog zakona sa kojima ih je upoznalo lice koje nije zaposleno kod Poverenika, a ova obaveza traje i posle prestanka obavljanja funkcije Poverenika ili zamenika Poverenika, odnosno prestanka rada u službi Poverenika.

Opšta nadležnost Poverenika podrazumava da Poverenik vrši svoja ovlašćenja, u skladu sa ovim zakonom, na teritoriji Republike Srbije, da u vršenju svojih ovlašćenja postupi u skladu sa zakonom kojim se uređuje opšti upravni postupak, kao i shodnom primenom zakona kojim se uređuje inspeksijski nadzor, ako ovim zakonom nije drugačije određeno, a nije nadležan da vrši nadzor nad obradom od strane sudova u vršenju njihovih sudskih ovlašćenja.

Koje poslove konkretno obavlja Poverenik?

Odredbama čl. 78. detaljno su propisani poslovi koje obavlja. Naime, Poverenik vrši nadzor i obezbeđuje primenu ovog zakona u skladu sa svojim ovlašćenjima; stara se o podizanju javne svesti o rizicima, pravilima, merama zaštite i pravima u vezi sa obradom; daje mišljenje Narodnoj skupštini, Vladi, drugim organima vlasti i organizacijama, o zakonskim i drugim merama koje se

odnose na zaštitu prava i sloboda fizičkih lica u vezi sa obradom; stara se o podizanju svesti rukovaoca i obrađivača u vezi sa njihovim obavezama propisanim ovim zakonom; na zahtev lica na koje se podaci odnose, pruža informacije o njihovim pravima propisanim ovim zakonom; postupa po pritužbama lica na koje se podaci odnose, utvrđuje da li je došlo do povrede ovog zakona i obaveštava podnosioca pritužbe o toku i rezultatima postupka koji vodi; saraduje sa nadzornim organima drugih država u vezi sa zaštitom podataka o ličnosti, a posebno u razmeni informacija i pružanju uzajamne pravne pomoći; vrši inspeksijski nadzor nad primenom ovog zakona, u skladu sa ovim zakonom i shodnom primenom zakona kojim se uređuje inspeksijski nadzor, i podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka ako utvrdi da je došlo do povrede ovog zakona; prati razvoj informacionih i komunikacionih tehnologija, kao i poslovne i druge prakse od značaja za zaštitu podataka o ličnosti; izrađuje standardne ugovorne klauzule; sačinjava i javno objavljuje liste vrsta radnji obrade za koje se mora izvršiti procena uticaja; vodi evidenciju lica za zaštitu podataka o ličnosti; daje pismeno mišljenje o proceni da li će nameravane radnje obrade proizvesti visok rizik; podstiče izradu kodeksa postupanja; podstiče izdavanje sertifikata za zaštitu podataka o ličnosti i propisuje kriterijume za sertifikaciju; sprovodi periodično preispitivanje sertifikata; propisuje i objavljuje kriterijume za akreditaciju sertifikacionog tela; odobrava odredbe ugovora ili sporazuma o prenosu podataka; odobrava obavezujuća poslovna pravila; vodi internu evidenciju o povredama ovog zakona i merama koje se u vršenju inspeksijskog nadzora preduzimaju; obavlja i druge poslove određene ovim zakonom. Treba napomenuti da poslove nadzora Poverenik vrši preko ovlašćenih lica iz stručne službe Poverenika.

U cilju pojednostavljivanja podnošenja pritužbe, Povereniku je dato ovlašćenje da propiše obrazac pritužbe i omogući njeno podnošenje elektronskim putem. Takođe, značajno je istaći da Poverenik obavlja svoje poslove na način da je to besplatno za lice na koje se podaci odnose, kao i lice za zaštitu podataka o ličnosti.

Posebno su, odredbama čl. 79. ZZPL, propisana inspeksijska ovlašćenja Poverenika.

Poverenik je dužan da sačini godišnji izveštaj o svojim aktivnostima, koji sadrži podatke o vrstama povreda ovog zakona i merama koje su preduzete u vezi sa tim povredama. Godišnji izveštaj podnosi se Narodnoj skupštini, a dostavlja se i Vladi i stavlja na uvid javnosti.

5. Naknada štete

Pravo na naknadu štete propisano je u okviru Glave VII. ZZPL (čl. 82. do čl. 87), kojom su uređena pravna sredstva, odgovornost i kazne.

Treba istaći da je jedna od najznačajnijih novina, prema rečima predlagača, vezana za podnošenje pravnih sredstava. Po važećem zakonu, lice je imalo pravo žalbe Povereniku, ako smatra da rukovalac ne obrađuje njegove podatke u skladu sa zakonom, a ako je nezadovoljan odlukom Poverenika, mogao je da pokrene upravni spor. Sada se predviđa čitav niz različitih mogućnosti za zaštitu prava,

pri čemu je moguće podneti više pravnih sredstava, nezavisno od toga da li je već podneto neko sredstvo. Prema tome, u vezi sa pravnom zaštitom, odredbama čl. 82 najpre je propisano da lice na koje se podaci odnose ima pravo da podnese pritužbu Povereniku ako smatra da je obrada podataka o njegovoj ličnosti izvršena suprotno odredbama ovog zakona. U postupku po pritužbi shodno se primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje inspeksijski nadzor u delu koji se odnosi na postupanje po predstavkama. Podnošenje pritužbe Povereniku ne utiče na pravo ovog lica da pokrene druge postupke upravne ili sudske zaštite, a Poverenik je dužan da podnosioca pritužbe obavesti o toku postupka koji vodi, rezultatima postupka, kao i o pravu lica da pokrene sudski postupak.

Zatim je propisano pravo na sudsku zaštitu protiv odluke Poverenika. Naime, lice na koje se podaci odnose, rukovalac, obrađivač, odnosno drugo fizičko ili pravno lice na koje se odnosi odluka Poverenika, doneta u skladu sa ovim zakonom, ima pravo da protiv te odluke tužbom pokrene upravni spor u roku od 30 dana od dana prijema odluke. Podnošenje tužbe u upravnom sporu ne utiče na pravo da se pokrenu drugi postupci upravne ili sudske zaštite. Ako Poverenik u roku od 60 dana od dana podnošenja pritužbe ne postupi po pritužbi ili ne postupi u skladu sa članom 82. stav 2. ovog zakona koja se tiče njegove obaveze da podnosioca pritužbe obavesti o toku i rezultatima postupka koji vodi, lice na koje se podaci odnose ima pravo da pokrene upravni spor.

Isto tako, a nezavisno od drugih postupaka može se ostvariti i neposredna sudska zaštita. Naime, prema odredbi čl. 84. ZZPL koja propisuje sudsku zaštitu prava lica, lice na koje se podaci odnose ima pravo na sudsku zaštitu ako smatra da mu je, suprotno ovom zakonu, od strane rukovaoca ili obrađivača radnjom obrade njegovih podataka o ličnosti povređeno pravo propisano ovim zakonom. Podnošenje tužbe sudu ne utiče na pravo ovog lica da pokrene druge postupke upravne ili sudske zaštite. Tužbom za zaštitu prava pred sudom, može se zahtevati od suda da obaveže tuženog na davanje informacije u skladu sa odredbama ZZPL, da ga obaveže na ispravku, odnosno brisanje podataka o tužiocu, na ograničenje obrade, na davanje podataka u strukturisanom, uobičajeno korišćenom i elektronski čitljivom formatu, na prenošenje podataka drugom rukovaocu, kao i na prekid obrade podataka.

U ovom posebnom sudskom postupku, revizija pravnosnažne odluke je uvek dopuštena, a na sudski postupak se primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak. Tužba se podnosi višem sudu na čijoj teritoriji rukovalac, odnosno obrađivač ili njihov predstavnik ima prebivalište, boravište, odnosno sedište ili na čijoj teritoriji lice na koje se odnose podaci ima prebivalište ili boravište, osim ako je rukovalac, odnosno obrađivač organ vlasti.

Pravo na naknadu štete ZZPL izričito propisuje i to odredbama čl. 86. koje glase:

“Lice koje je pretrpelo materijalnu ili nematerijalnu štetu zbog povrede odredaba ovog zakona ima pravo na novčanu naknadu ove štete od rukovaoca, odnosno obrađivača koji je štetu prouzrokovao.

Ako je materijalna ili nematerijalna šteta prouzrokovana nezakonitom obradom koju vrše nadležni organi u posebne svrhe, odnosno povredom odredaba

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

zakona koji se odnose na obradu tih podataka, lice koje je pretrpelo štetu ima pravo na naknadu štete od rukovaoca ili drugog nadležnog organa protiv kojeg se može podneti tužba za naknadu štete, u skladu sa zakonom.

Za štetu iz stava 1. ovog člana odgovara rukovalac, a obrađivač odgovara samo ako nije postupao u skladu sa obavezama propisanim ovim zakonom koje se odnose neposredno na njega ili kad je postupao izvan uputstava ili suprotno uputstvima rukovaoca, izdatim u skladu sa ovim zakonom.

Rukovalac, odnosno obrađivač oslobađa se odgovornosti za štetu ako dokaže da ni na koji način nije odgovoran za nastanak štete.

Ako obradu vrše više rukovalaca, odnosno obrađivača ili zajedno rukovalac i obrađivač, i ako su oni odgovorni za štetu, svaki rukovalac, odnosno obrađivač odgovoran je za celokupan iznos naknade štete.

Ako je rukovalac, odnosno obrađivač iz stava 5. ovog člana isplatio celokupan iznos naknade štete, on ima pravo da zahteva od drugih rukovaoca, odnosno obrađivača povraćaj dela iznosa koji odgovara njihovoj odgovornosti za nastanak štete, u skladu sa stavom 3. ovog člana”.

Vidimo, dakle, da lice koje je pretrpelo materijalnu ili nematerijalnu štetu zbog povrede zakonskih odredbi, ima pravo na novčanu naknadu te štete od rukovaoca, odnosno obrađivača koji je štetu prouzrokovao, s tim da za nastalu štetu odgovara rukovalac, a obrađivač samo u slučaju kad nije postupao u skladu sa propisanim obavezama koje se odnose neposredno na njega ili kad je postupao izvan ili suprotno uputstvima rukovaoca. Oba ova lica se oslobađaju odgovornosti za štetu ako dokažu da ni na koji način nisu odgovorni za nastanak štete, s tim da su, ako obradu vrše više rukovalaca, odnosno obrađivača ili tu obradu vrše zajedno, svaki rukovalac, odnosno obrađivač odgovoran je za celokupan iznos naknade štete, ako su oni odgovorni za nju.

Ko su rukovalac i obrađivač u smislu odredbi ZZPL? „*Rukovalac*” je, prema čl. 4. st. 1. tač. 8) ZZPL fizičko ili pravno lice, odnosno organ vlasti koji samostalno ili zajedno sa drugima određuje svrhu i način obrade. Zakonom kojim se određuje svrha i način obrade, može se odrediti i rukovalac ili propisati uslovi za njegovo određivanje; a „*obrađivač*”, saglasno čl. 4. st. 1. tač. 9) ZZPL je fizičko ili pravno lice, odnosno organ vlasti koji obrađuje podatke o ličnosti u ime rukovaoca.

Treba reći, da je „*podatak o ličnosti*” svaki podatak koji se odnosi na fizičko lice čiji je identitet određen ili odrediv, neposredno ili posredno, posebno na osnovu oznake identiteta, kao što je ime i identifikacioni broj, podataka o lokaciji, identifikatora u elektronskim komunikacionim mrežama ili jednog, odnosno više obeležja njegovog fizičkog, fiziološkog, genetskog, mentalnog, ekonomskog, kulturnog i društvenog identiteta (čl. 4. st. 1. tač. 1) ZZPL); „*lice na koje se podaci odnose*” je fizičko lice čiji se podaci o ličnosti obrađuju (čl. 4. st. 1. tač. 2) ZZPL), a „*obrada podataka o ličnosti*” je svaka radnja ili skup radnji koje se vrše automatizovano ili neautomatizovano sa podacima o ličnosti ili njihovim skupovima, kao što su prikupljanje, beleženje, razvrstavanje, grupisanje, odnosno strukturisanje, pohranjivanje, upodobljavanje ili menjanje, otkrivanje, uvid, upotreba, otkrivanje prenosom, odnosno dostavljanjem, umnožavanje, širenje ili na drugi način činjenje dostupnim, upoređivanje, ograničavanje, brisanje ili uništavanje (čl. 4. st. 1. tač. 3) ZZPL).

6. Rukovalac i obrađivač- propisane obaveze

Rukovalac ima obavezu da preduzme odgovarajuće tehničke, kadrovske i organizacione mere kako bi obezbedio da se obrada vrši u skladu sa zakonom. Prilikom preduzimanja tih mera uzima se u obzir priroda, obim, okolnosti i svrha obrade, verovatnoća nastupanja rizika, kao i nivo mogućeg rizika po ostvarivanje prava i slobode lica. Ako je to neophodno, mere se preispituju i ažuriraju. Uzimajući u obzir nivo tehnoloških dostignuća i troškove njihove primene, prirodu, obim, okolnosti i svrhu obrade, kao i verovatnoću nastupanja rizika i nivo rizika za prava i slobode fizičkih lica koji proizilaze iz obrade, rukovalac je prilikom određivanja načina obrade, kao i u toku obrade, dužan da primeni odgovarajuće tehničke, organizacione i kadrovske mere, kao što je pseudonimizacija⁹ i dužan je da stalnom primenom odgovarajućih tehničkih, organizacionih i kadrovskih mera obezbedi da se uvek obrađuju samo oni podaci o ličnosti koji su neophodni za ostvarivanje svake pojedinačne svrhe obrade. Ta se obaveza primenjuje u odnosu na broj prikupljenih podataka, obim njihove obrade, rok njihovog pohranjivanja i njihovu dostupnost.

Ako dva ili više rukovaoca zajednički određuju svrhu i način obrade, oni se smatraju zajedničkim rukovaocima. Zajednički rukovaoci na transparentan način određuju odgovornost svakog od njih za poštovanje odredbi propisanih ovim zakonom, a posebno u pogledu ostvarivanja prava lica na koje se podaci odnose i ispunjavanja obaveze da tom licu pruže potrebne informacije. Odgovornost se uređuje sporazumom zajedničkih rukovaoca, ali, bez obzira na odredbe sporazuma, lice na koje se podaci odnose može ostvariti svoja prava pojedinačno u odnosu prema svakom od zajedničkih rukovaoca.

Rukovalac, odnosno obrađivač koji nema sedište u Republici Srbiji dužan je da odredi u pismenom obliku svog predstavnika u Republici Srbiji, sa sedištem u Republici Srbiji.

Ako se obrada podataka o ličnosti vrši za račun rukovaoca, rukovalac može da odredi kao obrađivača samo ono lice koje u potpunosti garantuje primenu odgovarajućih tehničkih, kadrovskih i organizacionih mera na način koji obezbeđuje da se obrada vrši u skladu sa odredbama ovog zakona, kao i zaštitu prava lica na koje se podaci odnose. Obrađivač može dalje poveriti obradu podataka o ličnosti drugom obrađivaču samo ako ga rukovalac za to ovlasti na osnovu opšteg ili posebnog pismenog ovlašćenja. Obrada podataka o ličnosti od strane obrađivača mora biti regulisana ugovorom ili drugim pravno obavezujućim aktom, zaključenim, odnosno usvojenim u pisanom obliku, kojim se uređuje odnos između rukovaoca i obrađivača, uključujući predmet i trajanje obrade, prirodu i svrhu obradu, vrstu podataka o ličnosti i vrstu lica o kojima se podaci obrađuju, kao i ovlašćenja i obaveze rukovaoca. Ako obrađivač povredi odredbe

⁹ „pseudonimizacija” je obrada na način koji onemogućava pripisivanje podataka o ličnosti određenom licu bez korišćenja dodatnih podataka, pod uslovom da se ovi dodatni podaci čuvaju posebno i da su preduzete tehničke, organizacione i kadrovske mere koje obezbeđuju da se podatak o ličnosti ne može pripisati određenom ili odredivom licu (čl. 4. st. 1. tač. 6 ZZPL).

zakona određujući svrhu i način obrade podatka o ličnosti, smatra se rukovaocem u odnosu na tu obradu.

Rukovalac i obrađivač obavezno vode evidencije o radnjama u pismenom obliku, što obuhvata i elektronski oblik, a dužni su da evidencije koje vode učine dostupnim Povereniku na njegov zahtev. ZZPL propisuje opštu obavezu saradnje sa Poverenikom, što znači da su rukovalac, obrađivač i njihovi predstavnici dužni da sarađuju sa njim u vršenju njegovih ovlašćenja.

Posebno je odredbama ZZPL uređena bezbednost podataka o ličnosti i to tako što je propisana obaveza rukovaoca i obrađivača da sprovedu odgovarajuće tehničke, kadrovske i organizacione mere u cilju dostizanja odgovarajućeg nivoa bezbednosti u odnosu na rizik za prava i slobode fizičkih lica, a ako je verovatno da će neka vrsta obrade, posebno upotrebom novih tehnologija i uzimajući u obzir prirodu, obim, okolnosti i svrhu obrade, prouzrokovati visok rizik za prava i slobode fizičkih lica, rukovalac je dužan da pre nego što započne sa obradom izvrši procenu uticaja predviđenih radnji obrade na zaštitu podataka o ličnosti. Mere za dostizanje odgovarajućeg nivoa bezbednosti su: 1) pseudonimizacija i kriptozastitu podataka o ličnosti; 2) sposobnost obezbeđivanja trajne poverljivosti, integriteta, raspoloživosti i otpornosti sistema i usluga obrade; 3) obezbeđivanje uspostavljanja ponovne raspoloživosti i pristupa podacima o ličnosti u slučaju fizičkih ili tehničkih incidenata u najkraćem roku; 4) postupak redovnog testiranja, ocenjivanja i procenjivanja delotvornosti tehničkih, organizacionih i kadrovskih mera bezbednosti obrade. Ako procena uticaja na zaštitu podataka o ličnosti ukazuje da će nameravane radnje obrade proizvesti visok rizik ako se ne preduzmu mere za umanjenje rizika, rukovalac je dužan da o tome obavesti Poverenika pre započinjanja radnje obrade, koji, ako smatra da bi nameravane radnje obrade mogle da povrede odredbe ovog zakona, a posebno ako rukovalac nije na odgovarajući način procenio ili umanjio rizik, dostavlja pismeno mišljenje rukovaocu, a može da iskoristi i svoja inspekcijiska ovlašćenja.

Zakonsku novinu predstavlja mogućnost da rukovalac, odnosno obrađivač odrede lice za zaštitu podataka o ličnosti. Najpre, propisani su slučajevi kada se lice za zaštitu podataka o ličnosti obavezno mora odrediti i to: ako se obrada vrši od strane organa vlasti, osim ako se radi o obradi koju vrši sud u svrhu obavljanja svojih sudskih ovlašćenja; ako se osnovne aktivnosti rukovaoca ili obrađivača sastoje u radnjama obrade koje po svojoj prirodi, obimu, odnosno svrhama zahtevaju redovan i sistematski nadzor velikog broja lica na koje se podaci odnose i ako se osnovne aktivnosti rukovaoca ili obrađivača sastoje u obradi posebnih podataka o ličnosti u velikom obimu.

Ako obradu vrše nadležni organi u posebne svrhe, rukovalac je dužan da odredi lice za zaštitu podataka o ličnosti, osim ako se radi o obradi koju vrše sudovi u svrhu obavljanja njihovih sudskih ovlašćenja. Grupa privrednih subjekata može odrediti zajedničko lice za zaštitu podataka o ličnosti, pod uslovom da je ovo lice jednako dostupno svakom članu grupe. Dalje, ako su rukovaoci ili obrađivači organi vlasti ili nadležni organi, može se odrediti zajedničko lice za zaštitu podataka o ličnosti, uzimajući u obzir organizacionu strukturu i veličinu

tih organa vlasti. Pored toga, posebnim zakonom može se propisati da rukovaoci, odnosno obrađivači ili njihova udruženja koja ih predstavljaju, moraju odrediti lice za zaštitu podataka o ličnosti.

Lice za zaštitu podataka o ličnosti određuje se na osnovu njegovih stručnih kvalifikacija, a naročito stručnog znanja i iskustva u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Ono može biti zaposleno kod rukovaoca ili obrađivača ili može obavljati poslove na osnovu ugovora, a rukovalac ili obrađivač je dužan da objavi kontakt podatke lica za zaštitu podataka o ličnosti i dostavi ih Povereniku, koji o njima vodi evidenciju. Propisan je i položaj takvog lica. Naime, rukovalac i obrađivač su dužni da blagovremeno i na odgovarajući način uključe lice za zaštitu podataka o ličnosti u sve poslove koji se odnose na zaštitu podataka o ličnosti, da mu obezbede neophodna sredstva za izvršavanje propisanih obaveza, pristup podacima o ličnosti i radnjama obrade, njegovo stručno usavršavanje, kao i da mu obezbede nezavisnost u izvršavanju obaveza, pri čemu ga ne mogu kazniti, niti raskinuti radni odnos, odnosno ugovor sa njim zbog izvršavanja obaveza koje se odnose na zaštitu podataka o ličnosti. Za izvršavanje svojih obaveza lice za zaštitu podataka o ličnosti neposredno je odgovorno rukovodiocu rukovaoca ili obrađivača. Lica na koje se podaci odnose mogu da mu se obrate u vezi sa svim pitanjima koja se odnose na obradu svojih podataka o ličnosti, kao i u vezi sa ostvarivanjem svojih prava propisanih ovim zakonom, a lice za zaštitu podataka o ličnosti dužno je da čuva tajnost, odnosno poverljivost podataka do kojih je došlo u izvršavanju svojih obaveza. Obaveze koje ima lice za zaštitu podataka o ličnosti su sledeće: da informiše i daje mišljenje rukovaocu ili obrađivaču, kao i zaposlenima koji vrše radnje obrade o njihovim zakonskim obavezama u vezi sa zaštitom podataka o ličnosti; da prati primenu odredbi zakona i internih propisa rukovaoca ili obrađivača koji se odnose na zaštitu podataka o ličnosti, uključujući i pitanja podele odgovornosti, podizanja svesti i obuke zaposlenih na radnjama obrade, kao i kontrole; da daje mišljenje o proceni uticaja obrade na zaštitu podataka o ličnosti i prati postupanje u skladu sa njom i da saraduje sa Poverenikom, predstavlja kontakt tačku za saradnju sa Poverenikom i savetuje se sa njim u vezi sa pitanjima koje se odnose na obradu podataka o ličnosti. U izvršavanju ovako propisanih obaveza, lice za zaštitu podataka o ličnosti dužno je da posebno vodi računa o riziku koji se odnosi na radnje obrade, uzimajući u obzir prirodu, obim, okolnosti i svrhe obrade.

Odredbama koje se odnose na rukovaoca i obrađivača, propisani su kodeks postupanja i sertifikacija. Naime, udruženja i drugi subjekti koji predstavljaju grupe rukovaoca ili obrađivača mogu usvojiti kodeks postupanja u cilju efikasnije primene ovog zakona. Udruženja i drugi subjekti, koji nameravaju da izrade kodeks postupanja ili da izmene postojeći kodeks, dužni su da predlog kodeksa, odnosno njegovih izmena, dostave Povereniku na mišljenje. Poverenik daje mišljenje o usklađenosti predloga kodeksa postupanja ili njegovih izmena sa odredbama ovog zakona, a ako utvrdi da predlog kodeksa sadrži dovoljne garancije za zaštitu podataka o ličnosti, kodeks postupanja ili njegove izmene registruje i javno objavljuje na svojoj internet stranici. Nadzor nad primenom kodeksa pos-

tupanja može vršiti pravno lice koje je akreditovano za vršenje kontrole u skladu sa zakonom koji uređuje akreditaciju, tj. pravno lice se može akreditovati ako je ispunilo tačno propisane uslove. Takvo pravno lice, u slučaju povrede kodeksa postupanja od strane rukovaoca ili obrađivača, preduzima odgovarajuće mere u propisanom postupku, uključujući i privremeno ili trajno isključenje rukovaoca, odnosno obrađivača iz primene kodeksa. Akreditacija se oduzima pravnom licu ako se utvrdi da ono više ne ispunjava uslove za akreditaciju ili da mere koje ono preduzima krše odredbe ovog zakona.

Što se tiče sertifikacije, propisano je da se u cilju dokazivanja poštovanja odredbi ovog zakona od strane rukovaoca i obrađivača, a posebno uzimajući u obzir potrebe malih i srednjih preduzeća, mogu ustanoviti postupci izdavanja sertifikata o zaštiti podataka o ličnosti, sa odgovarajućim žigovima i oznakama za zaštitu podataka. Postupak sertifikacije je dobrovoljan i transparentan. Postojanje izdatog sertifikata ne može uticati na zakonske obaveze rukovaoca i obrađivača, niti na inspekcijaska i druga ovlašćenja Poverenika. Sertifikat izdaje sertifikaciono telo ili Poverenik, na osnovu kriterijuma koje propisuje Poverenik. Rukovalac i obrađivač koji zahtevaju izdavanje sertifikata dužni su da sertifikacionom telu, odnosno Povereniku, omogućće pristup radnjama obrade i pruže sve informacije o obradi podataka koje su neophodne za sprovođenje postupka sertifikacije. Sertifikat se izdaje rukovaocu i obrađivaču na period koji ne može biti duži od tri godine, a može se obnoviti ako oni i dalje ispunjavaju iste propisane uslove i kriterijumime za sertifikaciju. Sertifikat se ukida ako sertifikaciono telo, odnosno Poverenik, utvrdi da rukovalac, odnosno obrađivač više ne ispunjava propisane kriterijume za izdavanje sertifikata. Sertifikaciono telo, koje poseduje odgovarajući nivo stručnosti u pogledu zaštite podataka o ličnosti izdaje, obnavlja i ukida sertifikat, i to posle obaveštavanja Poverenika o odluci koja se namerava doneti. Sertifikaciono telo može biti akreditovano samo ako ispunjava tačno propisane uslove. Akreditacija se izdaje sertifikacionom telu na period do pet godina i može se obnoviti ako sertifikackiono telo i dalje ispunjava propisane uslove i kriterijume, koje propisuje (i objavljuje) Poverenik.

7. Zaključak

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti treba da uspostavi jasan pravni okvir u oblasti zaštite podataka o ličnosti u Republici Srbiji i da u skladu sa Ustavom uredi obradu podataka o ličnosti, odnosno zaštitu prava i postupak ostvarivanja zaštite prava pojedinca u odnosu na obradu podataka, zatim prava, obaveze i odgovornosti rukovalaca podataka, obrađivača podataka i svih primalaca podataka, kao i nadležnost i položaj nezavisnog organa za zaštitu podataka o ličnosti. Pored navedenog, prema rečima predlagagača, cilj koji se želi postići je da ZZPL bude zakon opšteg karaktera, sa kojim je neophodno uskladiti posebne zakone, a koji sadrže odredbe o zaštiti podataka o ličnosti. Razlozi vezani za unutrašnje potrebe Republike Srbije, tako i oni koji su vezani za međunarodnu saradnju, a posebno za ispunjavanje obaveze Republike Srbije u procesu pridruživanja EU, iziskivali su, praktično, izmenu gotovo svih sada važećih odredaba, uz dodavanje

čitavih delova novih odredaba, a izmeljena je i kompletna sistematika zakona.

Novi ZZPL će imati neposredan efekat na veći broj različitih subjekata i to: 1) organima vlasti; 2) nadležnim organima; 3) Povereniku za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, kao nezavisnom i samostalnom nadzornom organu; 4) licima čiji se podaci o ličnosti obrađuju; 5) velikim privrednim subjektima i multinacionalnim kompanijama; 6) malim i srednjim preduzećima; 7) drugim licima koja su u vezi sa obradom podataka o ličnosti, a radi odgovarajuće pripreme za primenu zakona, predviđen je odložen početak njegove primene, dok se ne steknu svi potrebni uslovi za to. Prilagođavanje zakonskim rešenjima, npr. zahteva da je neophodno izvršiti odgovarajuće organizacione promene u organu vlasti, kako bi se odredila posebna organizaciona jedinica za zaštitu podataka o ličnosti ili odredilo posebno radno mesto za zaštitu podataka o ličnosti.

Ono što je sigurno, to je da je neophodnost obuke lica za zaštitu podataka o ličnosti.

Kada je u pitanju zaštita prava na lica na koje se podaci odnose, uključujući pravo na naknadu štete, odredbe čl. 8. ZZPL, propisuju da lice na koje se podaci odnose, u vezi sa zaštitom podataka o ličnosti, ima pravo da ovlasti predstavnika udruženja koje se bavi zaštitom prava i sloboda lica na koje se podaci odnose da ga, u skladu sa zakonom, zastupa u svim postupcima zaštite. Dakle, kako u upravnom, tako i u sudskom postupku, takvo lice ima propisanu mogućnost-pravo da ga zastupa predstavnik udruženja koje se bavi zaštitom prava i sloboda tog lica.

* * *

COMPENSATION OF DAMAGES, ACCORDING TO LAW ON PERSONAL DATA PROTECTION

Summary

The new Law on Personal Data Protection has been adopted with the aim of providing complete and systematic protection to individuals in connection with the processing of their personal data, regardless of whether the processing is undertaken by persons of private or public law.

In achieving this goal, among other things, a range of different possibilities for the protection of rights are prescribed, with the possibility of submitting more legal remedies, regardless of whether an asset has already been submitted. Additionally, the right to compensation for damages is expressly prescribed, which implies that a person who suffered material or non-material damage due to a violation of the provisions of the law has the right to a financial compensation of this damage from the controller, or the processor who caused the damage.

Keywords: Data protection, Data controller, Data processing, compensation of damages.

Stefan Andonović¹

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE ZBOG POVREDE PRAVA LIČNOSTI – IZMEĐU ZAKONA I PRAKSE

Apstrakt

Rad se odnosi na mogućnost naknade nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti u pravu Republike Srbije i praksu najviših sudova u vezi sa pomenutim pitanjem. Budući da povreda prava ličnosti može dovesti do nematerijalne štete, autor je posvetio pažnju pojmu prava ličnosti i mogućnosti naknade nematerijalne štete zbog povrede ovih prava. U istraživanju došlo se do zaključka da Zakon o obligacionim odnosima nije u potpunosti precizno uređio sva pitanja koja se tiču mogućnosti naknade nematerijalne štete koja nastane zbog povrede prava ličnosti. Takva nepreciznost stvorila je posledice i u sudskoj praksi. U tom smislu, posebno je značajna jedna presuda Vrhovnog kasacionog suda, čija je zakonitost upitna, pa je ta odluka detaljno analizirana u radu. Osim pomenute odluke, autor je analizirao i presude apelacionih sudova u vezi sa naknadom nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti. U zaključnim razmatranjima, autor je izneo stav o potrebi usvajanja objektivne koncepcije nematerijalne štete u pravu Republike Srbije.

Ključne reči: Šteta, nematerijalna šteta, naknada nematerijalne štete, prava ličnosti, Vrhovni kasacioni sud.

1. Uvod

U teoriji i praksi uobičajeno je pravljenje razlike između materijalne i nematerijalne štete. Materijalna šteta podrazumeva umanj enje nečije imovine ili sprečavanje povećanja iste, što znači da je njena posledica „vidljiva“ i da se odnosi na materijalizovane stvari. Sa druge strane, nematerijalna šteta „podrazumeva njeno negativno određenje u odnosu na materijalnu, tj. imovinsku štetu“², budući da ona nastaje na nematerijalnim dobrima čoveka.

Kada je reč o nematerijalnoj šteti, možemo reći da u pravnoj doktrini ne postoji jedinstvena saglasnost oko njenog pojma i obima,³ upravo zbog složene pravne prirode, ali i slučajeva koji otvaraju različita pitanja i izazove za teoretičare i praktičare. U zakonu koji uređuje opšta pitanja prouzrokovanja štete, Zakonu o

¹ Autor je istraživač saradnik na Institutu za uporedno pravo u Beogradu. E-mail: stefan.andonovic91@gmail.com

² Z. Petrović, N. Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 16.

³ D. Medić, „O naknadi nematerijalne štete“, *Zbornik radova „Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje* (ur. Z. Petrović, V. Colović), Beograd-Valjevo 2018, 93.

obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO),⁴ nematerijalna šteta je uređena u nekoliko članova, pri čemu ovaj zakonski tekst sadrži i određenje pojma nematerijalne štete. Nematerijalna šteta predstavlja „nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha“.⁵ Prema pomenutoj odredbi ZOO nematerijalna šteta, iskazuje se kao negativna posledica koja dovodi do negativnih psiho-fizičkih doživljaja i posledica u doživljaju oštećenog.⁶

I pored određenja nematerijalne štete prema psiho-fizičkim posledicama, ZOO implicitno uvodi još jedan oblik nematerijalne štete. Reč je o „povredi prava ličnosti“. Iako povreda prava ličnosti nije eksplicitno navedena kao poseban oblik nematerijalne štete (pored fizičkog i fizičkog bola, odnosno straha), u odredbama koje se odnose na naknadu nematerijalne štete, zakonodavac prepoznaje i ovaj oblik.

U slučaju povrede prava ličnosti, sud može narediti objavljivanje presude, objavljivanje ispravke, preduzimanje druge radnje ili plaćanje novčane naknade na trošak štetnika.⁷ Ovakvim određenjem, ostala su otvorena pojedina pitanja naknade nematerijalne štete u slučaju povrede prava ličnosti. Pre svega, postavlja se pitanje da li povreda prava ličnosti ima karakter nematerijalne štete ili predstavlja poseban oblik štete, pored materijalne i nematerijalne. Ukoliko povreda prava ličnosti predstavlja oblik nematerijalne štete, za njeno utvrđenje neophodna je i određena posledica u ličnosti oštećenog (pretrpljeni bol ili strah). Sa druge strane, ukoliko se prihvati stav da povreda prava ličnosti predstavlja poseban oblik štete, samo utvrđenje povrede prava ličnosti dovodi do prava na njenu naknadu i zadovoljenje oštećenog. Od odgovora na prethodno pitanje zavise i pravila koja se moraju primeniti u sudskom postupku prilikom ostvarivanja prava na pravično zadovoljenje i naknadu nematerijalne štete. U traženju odgovora na postavljeno pitanje, neophodno je prethodno osvrnuti se na pojam „prava ličnosti“

2. Prava ličnosti

U teoriji postoje različiti pokušaji da se odredi pojam prava ličnosti. Usmeravajući pažnju na teoriju građanskog prava, možemo uočiti nekoliko određenja prava ličnosti. Gams određuje prava ličnosti kao „prava koja pripadaju licu kao takvom, prava koja se odnose na tzv. lična dobra, tj. dobra koja se ne mogu deliti od čoveka, jer se odnose na pojedina svojstva ili manifestacije čovekove ličnosti“⁸. Fižgar određuje prava ličnosti kao ona prava „koja pripadaju čoveku kao takvom, s obzirom na njegovo postojanje, njegove fizičke i psihičke snage“.⁹ Ovaj autor navodi i osnovne elementa prava ličnosti, a to su da pripadaju čoveku, da se tiču

⁴ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ* br. 31/93 i *Službeni list SCG* br. 1/2003.

⁵ Čl. 155, Zakona o obligacionim odnosima.

⁶ U teoriji se zaključuje da ovakvim određenjem nematerijalne štete, zakonodavac polazi od subjektivnoj pojma nematerijalne štete. D. Medić, 94.

⁷ Čl. 199, i čl. 200, ZOO.

⁸ A. Gams, „Zaštita ličnosti u građanskom pravu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1-2, Beograd 1964, 1.

⁹ A. Fižgar, *Prava ličnosti*, Službeni list, Beograd 1988, 43.

određene ličnosti, odnosno određenih ličnih dobara, da se njima štiti ljudska ličnost, odnosno fizičko i moralno biće. Uz to, autor klasifikuje prava ličnosti kao građanska, subjektivna, lična, apsolutna, neimovinska, nezastariva prava, koja nastaju rođenjem čoveka, za koga su striktno vezana.¹⁰ Vodinelić navodi da je pravo ličnosti „državnom prinudom zajamčena mogućnost subjekta da neometano od drugih realizuje lično dobro“¹¹. Zdravko i Nataša Petrović određuju prava ličnosti kao „skup svih prava i ovlašćenja koja čovek ima kao vlasnik ličnih dobara“¹². Osim ovih, u teoriji su prisutne i brojne druge definicije domaćih i stranih autora.¹³

Nezavisno od perspektive posmatranja i konstitutivnih elemenata, pravo ličnosti odnosi se na čoveka kao neponovljivu i jedinstvenu jedinku, koja osim materijalne imovine poseduje i „nematerijalnu i, koja ga određuje kao ličnost. Budući da je ličnost kompleksna kategorija, prava ličnosti podrazumevaju nekoliko užih prava koja pripadaju korpusu prava ličnosti. Kao prava ličnosti navode se pravo na život, zdravlje i telesni integritet, pravo na slobodu, pravo na čast i ugled, pravo na ime, pravo na lični identitet, pravo na sopstvenu sliku, pravo na tajnost pisma, pravo na glas, pravo na lični život, pravo na psihički integritet, itd.¹⁴ Takođe, javlja se klasifikacija ovih prava i u odnosu na vrstu i značaj dobra koja štite, pa se tako određuju tri osnovne grupa ličnih prava. To su: pravo na fizički integritet, pravo na čast i ugled i pravo na zaštitu privatnog života i pravo na zaštitu fizičkog integriteta.¹⁵ Iz ovih grupa dalje se granaju posebna lična prava. Ova lista nije zatvorena, već je u konstantom porastu, povećanjem društvene svesti o važnosti pojedinih ličnih dobara čoveka.¹⁶ Svako od pomenutih prava usmereno je ka zaštiti nekog od elemenata ličnosti pojedinca, odnosno čoveka. Pravni sistemi garantovanjem i zaštitom prava ličnosti omogućavaju slobodan razvoj i normalan život pojedinca u odnosu prema drugim pojedincima, društvenoj zajednici i državi. Na taj način, pojedinac ostaje slobodan od bilo kakvog spoljnog uticaja drugih na njegov psihički i fizički identitet.

3. Povreda prava ličnosti i naknada nematerijalne štete

I pored zabrane mešanja u lična prava, neminovno je da u određenim situacijama dođe do neželjenog i štetnog uticaja drugih lica na lična dobra koja ta prava štite, zbog nesavršene prirode čoveka i društva. Takva povreda može dovesti do povrede prava ličnosti, što dovodi do nastanka nematerijalne štete. Međutim, povredom prava ličnosti ne mora nastati nematerijalna šteta.

¹⁰ A. Finžgar, 43-48.

¹¹ V. Vodinelić, „Lično pravo kao subjektivno pravo i kao grana prava“, *Archiv*, br. 3, Beograd, 1976, 385.

¹² Z. Petrović, N. Petrović, 23. Ovi autori navode i to da ova prava pripadaju subjektu, odnosno čoveku samim rođenjem, da su ova prava subjektivna, apsolutna i da ona predstavljaju izdvojeni i moderan deo građanskog prava koji se intenzivnije razvija od devetnaestog veka.

¹³ Za više o ostalim shvatanjima pojma prava ličnosti vid. R. Jotanović, „Naknada materijalne štete zbog povrede prava ličnosti“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, Banja Luka 2013, 35-37.

¹⁴ A. Finžgar, 73-162.

¹⁵ Z. Petrović, N. Petrović, 23.

¹⁶ *Ibid.*

Zbog toga, jako je važno praviti razliku i sprečiti izjednačavanje pojmova nematerijalne štete i povrede prava ličnosti. „Svaka povreda prava ličnosti nije dakle automatski i neimovinska šteta u pravno-tehničkom smislu, ali ne važi obrnuto, tj. nema nematerijalne štete bez povrede prava ličnosti. Jednostavno rečeno, prava ličnosti mogu postojati i bez naknade nematerijalne štete, ali nematerijalne šteta ne može egzistirati bez prava ličnosti“.¹⁷

Ovo razlikovanje nije samo teorijskog, već je i od velikog praktičnog značaja. Naime, ukoliko se prihvati koncepcija po kojoj se povreda prava ličnosti izjednačava sa nematerijalnom štetom, za naknadu nematerijalne štete nije neophodno ispunjenje bilo kakvih drugih uslova, jer je povredom prava ličnosti nastalo pravo na naknadu. Sa druge strane, razlikovanje instituta nematerijalne štete i povrede prava ličnosti, dozvoljava mogućnost postojanja povrede pojedinih prava ličnosti zbog kojih se ne može zahtevati naknada nematerijalne štete. To je zbog toga što je za zahtev za naknadu nematerijalne štete neophodna i određena posledica koju predviđa zakon, odnosno pretrpljeni bol i strah.

Međutim, čini se da je drugo stanovište apsolutno prihvaćeno jedino u teorijskim razmatranjima. ZOO kao osnovni zakon u ovoj materiji, ne omogućava izvođenje jasnog zaključka u vezi sa postavljenim pitanjem, budući da je zbog nejasne pozicije povrede prava ličnosti u odnosu na pojam nematerijalne štete moguće izvođenje različitih zaključaka o razlici između pomenutih termina. Preciznije rečeno, zakonska odredba ostavlja otvoreno pitanje neophodnosti dodatnih uslova, odnosno posledice (fizički i psihički bol i strah) kod povrede prava ličnosti, budući da ovaj institut nije jasno klasifikovan kao oblik nematerijalne štete, već je posredno pomenut u vezi sa pojedinim pravilima u vezi sa naknadom nematerijalne štete. Takve nejasnoće oslikale su se i u odlukama domaćih sudova u vezi pomenutim pitanjima i razgraničenjima. Zbog toga, autor će analizirati nekoliko značajnijih odluka domaćih sudova u vezi sa pravom na naknadu nematerijalne štete povodom povrede prava ličnosti.

4. Sudska praksa u vezi sa povredom prava ličnosti i naknade nematerijalne štete

U vezi sa naknadom nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti odlučivali su mnogi sudovi različitih sudskih instanci. Između ostalog, pronalazimo i presudu Vrhovnog kasacionog suda (u daljem tekstu: VKS), kao najviše sudske instance u Republici Srbiji, od čije ćemo odluke i započeti analizu. Pre razmatranja konkretne odluke skrećemo pažnju da VKS odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima, i uz to obezbeđuje jedinstvenu primenu prava i jednakost stranaka u sudskim postupcima.¹⁸ U tom smislu, VKS je neposredno viši sud za Privredni apelacioni sud, Prekršajni sud, Upravni sud i apelacione sudove¹⁹, što znači da ovi sudovi vode računa o stavovima i odlukama neposredno višeg suda.

¹⁷ R. Jotanović, 34-35.

¹⁸ Čl. 30 i 31, Zakona o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS* br. 116/2008, 104/2009, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 87/2018 i 88/2018- odluka US.

¹⁹ Čl. 15, Zakona o uređenju sudova

Najznačajnija presuda Vrhovnog kasacionog suda odnosi se na predmet u kome je presudom Višeg suda u Beogradu br. II3 348/16 od 18.01.2016. godine, delimično usvojen tužbeni zahtev tužilje, kojim su tuženi solidarno obavezani da isplate iznos od 50.000,00 dinara, sa zakonskom zateznom kamatom, na ima naknade nematerijalne štete, kao i troškove postupka. Stavom 2., odbijen je zahtev tužilje da tuženi solidarno isplate iznos od 450.000,00 dinara po istom osnovu.

Iznosimo i činjenično stanje na osnovu koga je doneta presuda. U jednom časopisu (nedeljniku) objavljena je fotografija tužilje i fotografija njenog telefona uz prateći tekst. Tekst se odnosio na tri fotografije. Prva na kojoj je tužilja sa još jednim licem (iz žirija određenog zabavnog televizijskog programa), druga na kojoj je telefon u rukama tužilje na kome se vidi njen profil sa društvene mreže *Facebook* i recept za ćuretinu i treća fotografija na kojoj se vidi telefon tužilje sa listama poziva (u vezi sa tekstom i prethodno pomenutim receptom). U dokaznom postupku utvrđeno je da autor teksta i fotograf *nisu tražili saglasnost tužilje za objavljivanje fotografije telefona*.

Viši sud je zaključio da je saglasno Zakonu o javnom informisanju i medijima²⁰ tužbeni zahtev za naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti osnovan, budući da su tuženi objavljivanjem fotografije tužiljinog telefona, zajedno sa listom poziva, povredili privatnost tužilje. Sud navodi da su tuženi na taj način tužilji „*pričinili štetu, s obzirom da nije pribavljen pristanak tužilje za objavljivanje informacije iz privatnog života, niti je tužilja informaciju namenila javnosti, što je imalo za posledicu osećaj povređenosti kod tužilje i obavezu da se pravda prijateljima*“.²¹ Na osnovu toga, odlučujući o visini naknade nematerijalne štete, sud je odlučio da pravična novčana naknada za povredu prava na privatni život tužilje iznosi 50.000,00 dinara, „*polazeći od značaja povređenog dobra i cilju kome naknada služi*“.

Na ovom mestu postavlja se pitanje opravdanosti dosuđivanja naknade nematerijalne štete, budući da nije utvrđena posledica u vidu pretrpljenog bola ili straha, a posebno nije utvrđen intenzitet koji opravdava dosuđivanje pomenutog iznosa naknade. Takav je bio i stav Apelacionog suda po žalbi, koji smatramo ispravnim. Apelacioni sud je našao da je prvostepeni sud pravilno utvrdio činjenično stanje, ali da je na takve činjenične elemente pogrešno primenio materijalno pravo. Po žalbi je odlučivao Apelacioni sud u Beogradu²² koji je preinačio presudu Višeg suda u Beogradu, tako što je odbio kao neosnovan tužbeni zahtev tužilje budući da tužilja nije pružila dokaze o postojanju štete, jer po iskazu tužilje nije došlo do poremećaja u ličnoj sferi tužilje, pa samim tim ona nema ni prava na naknadu nematerijalne štete.

Na ovu odluku tužilja je blagovremeno izjavila reviziju *zbog pogrešne primene materijalnog prava i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja*. Vršeci ispitivanje pobijane presude Apelacionog suda, VKS je našao da je tužiljina *revizija osnovna*. Ovaj sud smatra da je tužbeni zahtev tužilje delimično osnovan, jer

²⁰ Pozivajući se na čl. 9, st. 1, tač. 80, 82, 112, 113, 114, 115 i 118.

²¹ Par. 1, Presude Apelacionog suda u Beogradu Gž3 156/16, 3.

²² Presuda Apelacionog suda u Beogradu, br. Гж3 156/16 od 01.06.2016. god.

su objavljene fotografije telefona tužilje sa listom poziva trećim licima, čime je povređena privatnost tužilje, a time joj je i pričinjena šteta.

U daljem tekstu Vrhovni kasacioni sud navodi da postojanje štete svakako predstavlja uslov da bi se ostvarilo pravo na njenu naknadu. Međutim, na istoj strani presude navodi se da „*sama činjenica da je došlo do zadiranja u pravo privatnosti, na način kako je to utvrđeno u nižestepenim odlukama, daje tužilji pravo na naknadu nematerijalne štete. Otuda tužilja u ovakvoj situaciji nije morala ni da dokazuje da je taj vid štete pretrpela jer je pretpostavka da samo zadiranje u prava privatnosti...dovodi do povrede prava ličnosti, a samim tim i do nematerijalne štete. Uostalom, tužilja je kao parnična stranka i navela da je zbog navedenog bila povređena*“.²³ Ovim stavom potvrđena je odluka Višeg suda u Beogradu, koji je obavezao tužene da isplate iznos od 50.000,00 dinara na ime naknade nematerijalne štete.

Na ovom mestu postavljamo pitanje opravdanosti ovakve odluke VKS. Naime, sud je zaključio da tužilji pripada pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava privatnosti (prava ličnosti), a da tužilja nije pružila dokaze o postojanju bilo kakve štetne posledice, poput duševnih bolova ili duševne patnje. Osim što nije utvrđena štetna posledica, VKS nije cenio ni intenzitet i trajanje posledice kod odmeravanja pravične novčane naknade.

Ovakvi stavovi VKS nisu u skladu sa ZOO. Ukoliko povredu prava ličnosti shvatimo kao oblik nematerijalne štete, za nastanak prava za naknadu nematerijalne štete neophodno je utvrditi štetnu posledicu u vidu određenog straha ili duševnog bola, koji su zapravo elementi koji pokazuju da postoji određena nematerijalna šteta. Budući da naše zakonodavstvo ne prihvata objektivnu koncepciju naknade nematerijalne štete, već je zastupljeno subjektivno shvatanje „jer se akcenat stavlja na određene subjektivne manifestacije (fiziološko-psihološke) koje doživljava oštećeni“.²⁴

Kod donošenja odluke o visini novčane naknade nematerijalne štete, sud mora da vodi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi takva naknada. Kako u konkretnom slučaju nisu dokazane štetne posledice, nije postojala mogućnost za utvrđivanje intenziteta i trajanja štetnih posledica, što dalje znači da sud nije mogao da dosudi pravičnu novčanu naknadu. Kako se u teoriji navodi, „sud treba da odmeri naknadu u iznosu čija kupovna moć može da obezbedi žrtvi zadovoljstva koja će najefikasnije uspostaviti njenu psihičku ravnotežu narušenu trpljenjem duševnog, odnosno fizičkog bola“.²⁵

Zbog svega navedenog smatramo da je VKS potpuno pogrešno primenio materijalno pravo i napravio opasan presedan u budućim odlukama koje se tiču naknade nematerijalne štete u slučaju povrede prava ličnosti.

Sa teorijske strane i nezavisno od važećih pravnih normi, možemo reći da je stanovište VKS adekvatno, budući da postoji potreba da se u novim zakonskim tekstovima, u određenim situacijama, prihvati objektivna koncepcija

²³ Par. 1, Presude Vrhovnog kasacionog suda Rev 1903/2016, 3.

²⁴ D. Medić, 94.

²⁵ O. Stanković, *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd 1972, 40

naknade nematerijalne štete. Kao što je ranije isticano, „nema nikakvog razloga da se u određenim slučajevima povrede prava ličnosti, kada to okolnosti konkretnog slučaja opravdavaju, na zahtev oštećenog ne dosudi novčana naknada za pretrpljenu nematerijalnu štetu za povrede prava ličnosti i u slučajevima kada ova povreda nije prouzrokovala fizičke ili duševne bolove ili stah“²⁶.

Međutim, posmatrajući trenutnu regulativu i praksu, ovakva odluka suda je potpuno neopravdana i nezakonita, budući da sama povreda prava ličnosti ne stvara pravo na naknadu nematerijalne štete, već je neophodno ustanoviti i određenu psiho-fizičku posledicu. Imajući u vidu to da je VKS najviši sud u Republici Srbiji i da on vodi računa o ujednačavanju sudske prakse, postoji bojazan da veliki broj presuda nižestepenih sudova bude pobijano i to uspešno, iako su u stvari njihove odluke zakonite.

Da je ovakva odluka VKS nepravilna, svedoči i veliki broj drugih odluka sudova u sličnim situacijama koje se odnose na naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti. U tom smislu se izjasnio i Apelacioni sud u Beogradu u jednom od slučajeva koji se odnosio na imovinsko-pravni zahtev za naknadu nematerijalne štete u vezi sa izvršenjem produženog krivičnog dela nedozvoljene polne radnje.²⁷ Sud je u obrazloženju naveo sledeće. „Pogrešnom primenom materijalnog prava, prvostepeni sud je obavezao tuženog da tužilji zbog pretrpljenih duševnih bolova kao licu prema koje je izvršeno produženo krivično delo nedozvoljene polne radnje, isplati iznos od 450.000,00 dinara. Shvatanjem prvostepenog suda da izvršenje krivičnog dela protiv dostojanstva ličnosti i morala za oštećenog predstavlja poseban vid nematerijalne štete nije pravilno“. U daljem tekstu sud navodi da „se naknada ne dosuđuje zbog same činjenice da je izvršeno krivično delo, već zato što su činom izvršenja prouzrokovane štetne posledice u psihičkoj i/ili telesnoj sferi oštećenog i oštećeni zbog toga trpi određene duševne bolove ili stah. *Zato se novčana naknada nematerijalne štete oštećenom može dosuditi samo kada se povreda manifestovala u jednom od navedenih, zakonom priznatih vidova nematerijalne štete*“²⁸

Istovetan stav nalazimo u još jednoj odluci Apelacionog suda u Beogradu, u vezi sa naknadom nematerijalne štete zbog povrede prava na privatnost i povrede časti i ugleda.²⁹ U ovom predmetu sud je naveo sledeće. „*Tužilja da bi imala pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava na privatnost i zbog povrede časti i ugleda, prvostepeni sud je morao nesumnjivo utvrditi da je tužilja usled objavljivanja spornog članka...trpela duševne bolove, te da jačina tih bolova i njihovo trajanje opravdava dosuđivanje novčane naknade koja bi predstavljala satisfakciju za povređena nematerijalna dobra*“. Pomenuta stanovišta Apelacionog suda su, prema mišljenju autora, jedina pravilna i u skladu sa trenutnim uređenjem instituta naknade nematerijalne štete u ZOO. Međutim,

²⁶ Z. Petrović, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede fizičkog integriteta ličnosti*, Sarajevo 1990, 162. Isto u vezi sa naknadom štete kod povrede ličnih podataka, vid. D. Prlija, S. Andonović, „Naknada štete kod povrede ličnih podataka“, *Zbornik radova „Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje“* (ur. Z. Petrović, V. Čolović), Beograd-Valjevo 2018, 239.

²⁷ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 1176/13 od 16.05.2014. god.

²⁸ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 1176/13 od 16.05.2014. god., 2.

²⁹ Presuda Apelacionog suda u Beogradu GžZ 105/17 od 27.07.2017. god.

zbog pomenute sporne odluke VKS, ostaje da se vidi kako će se u ovim situacijama postaviti taj sud, ukoliko bude morao ponovo da postupa po vanrednom pravnom sredstvu u sličnim situacijama.

5. Zaključak

Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti predstavlja civilizacijsku tekovinu, koja se godinama primenjuje i u pravnom sistemu Republike Srbije, što je regulisano ZOO. Međutim, čini se da regulativa u vezi sa mogućnošću naknade nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti nije precizno regulisana. Takva nepreciznost ispoljila se i u nekonzistentnoj praksi sudova različitih instanci, u vezi sa pomenutim pitanjem.

Jedan od osnovnih razloga za ovaj rad odnosi se na odluku VKS, kao najviše sudske instance u Republici Srbiji. Obrađena odluka ovog suda koja je doneta po reviziji, izaziva polemiku, budući da je ovaj sud stao na stanovište da nije neophodno utvrditi štetnu posledicu u psiho-fizičkoj sferi oštećenog kako bi mu se dosudila naknada zbog povrede prava ličnosti. Takva odluka polazi od objektivnog shvatanja prava na naknadu nematerijalne štete, koje ne zastupa ZOO (zastupljeno je subjektivno shvatanje). Takođe, takva odluka je u suprotnosti sa brojnim prethodnim odlukama nižih sudskih instanci u sličnim slučajevima. Stanovište VKS stvara i potencijalne probleme u praksi, zbog budućih odluka u sličnim slučajevima, gde će stranke moći da se pozivaju na ovu presudu VKS, zbog potrebe za ujednačavanjem sudske prakse, što je jedan od zadataka ovog suda.

Na osnovu svega izloženog, autor je stava da trenutni sistem treba izmeniti i prihvatiti objektivnu koncepciju nematerijalne štete, koja bi omogućila da se naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava privatnosti, prava na zaštitu ličnih podataka i drugih ličnih prava, samo zbog povrede tog prava, bez utvrđivanja štetne posledice.³⁰ Takva koncepcija omogućila bi prihvatanje novih društvenih trendova u kojima prava ličnosti imaju sve veću ulogu, a u uslovima savremenih tehnologija lako može doći do mnogobrojnih povreda koje su bez direktno posledice ili se posledice mogu javiti znatno kasnije, kada prestane mogućnost zahteva za njenom naknadom.

³⁰ D. Prlja, S. Andonović, 239.

* * *

***COMPENSATION FOR NON-PECUNIARY DAMAGE DUE TO
VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS
– BETWEEN LAW NAD PRACTICE***

Summary

The paper deals with the possibility of compensation for non-pecuniary damage due to violation of personal rights in law of the Republic of Serbia and the practice of the highest courts, regarding mentioned issue. Since a violation of a person's right may lead to non-pecuniary damage, the author focuses on term of personal rights and the possibility of compensation for non-pecuniary damage due to violation of these rights. In paper, author came to conclusion that the Law on Obligations did not precisely regulate all issues concerning the possibility of compensation for non-pecuniary damage arising from a violation of the personal rights. Such inaccuracy also created consequences in judicial practice. In this respect, one judgment of the Supreme Court of Cassation is particularly important, because its lawfulness is questionable, so this decision is thoroughly analyzed in the paper. In addition to the aforementioned decision, the author also analyzed the judgments of appeals courts concerning the compensation of non-pecuniary damage for violation of personal rights. In conclusion, author expressed the view that legal system of the Republic of Serbia needs to adopt an objective concept of non-material damage.

Keywords: Damage, non-pecuniary damage, personal rights, Supreme Court of Cassation, Republic of Serbia.

Dragan Bataveljić¹
Mitar Lutovac²

PRAVNE OSNOVE REPUBLIKE SRBIJE ZA NAKNADU ŠTETE OD BOMBARDOVANJA 1999. GODINE

Apstrakt

Autori u radu naglašavaju da se, ni u kom slučaju, ne smeju zaboraviti žrtve NATO agresije na SRJ i zastrašujući podaci koji govore o posledicama na vojsku, policiju i građane, koji su bili angažovani u odbrani zemlje, kao i na celokupno stanovništvo i okolinu u kojoj živimo. Na više mesta u radu se ukazuje na brojne, protivzakonite aktivnosti agresora i povrede međunarodnog prava. Bombardovanje je izvršeno bez odluke Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija. Na taj način je prekršen veliki broj usvojenih deklaracija i konvencija o poštovanju ljudskih sloboda i prava. Autori posebno ukazuju na posledice upotrebe čitavog niza nedozvoljenih sredstava, pre svega, korišćenje municije sa osiromašenim uranijumom. Posledice po zdravlje stanovništva su katastrofalne, što je posebno postalo vidljivo posle protoka nekoliko godina od navedene agresije. Zato je rad posvećen pravnim osnovama za naknadu štete, pri čemu su navedeni brojni primeri u drugim zemljama, koje su obeštatile svoje obolele vojnike, koji su bili izloženi dejstvu osiromašenog uranijuma.

Ključne reči: Srbija, NATO, naknada štete, Italija, osiromašeni uranijum, karcinom, leukemija

*“Život je kratak,
ali istina ide daleko i živi dugo vremena”
Artur Šopenhauer*

1.Uvod

Ono što je posebno potrebno stalno naglašavati i ukazivati na to, jeste činjenica da se posledice ove zločinačke agresije osećaju i dan-danas i da će se osećati hiljadama godina u budućnosti (bolje reći, zauvek). Zato je potrebno ovu agresiju osuditi i štetu (koliko-toliko) nadoknaditi, jer je nemoguće vratiti

¹ Prof.dr. Dragan Bataveljić, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, mail: bataveljic@jura.kg.ac.rs

² Akademik prof. dr. Mitar Lutovac, Fakultet za posao i industrijski menadžment Beograd, Univerzitet Union “Nikola Tesla”, mail: gsmmitar@gmail.com

nevine žrtve. Po svim pravilima međunarodnog prava, agresori moraju da nadoknade materijalnu i nematerijalnu štetu nevinim žrtvama, pre svega, zbog činjenice da su, posle samo nekoliko godina od ovog zločina, najviši predstavnici pojedinih zemalja koje su učestvovala u bombardovanju SR Jugoslavije 1999. godine, izjavili da je to bio pogrešan čin³. To priznanje protivpravnosti NATO bombardovanja naše zemlje⁴ predstavlja veliku opomenu Srbiji da ovakav zločin ne sme nikada da zaboravi i da ona mora da traži nadoknadu učinjene štete, koja se sada najviše sastoji u tome što će vek poluraspada uranijuma, kojim su nas bombardovali, trajati preko 4,5 milijarde godina?!⁵

Prema tome, 1999. godina, nažalost, nije prošlost, jer ekološke promene, zagađivanje životne sredine, uništavanje biodiverziteta, zdravstveni problemi i povećano oboljevanje stanovništva (pre svega, od kancera) traju još uvek i trajaće u nedogled⁶. Sve se to ogleda na našem zdravlju i na “zdravlju” okoline koja nas okružuje. Takođe, kada je reč o ekološkoj, hemijskoj i radiološkoj katastrofi na prostoru Savezne Republike Jugoslavije, posebno južne srpske pokrajine Kosova i Metohije, treba ukazati da je drastičan porast obolelih od karcinoma direktna posledica upotrebe municije “obogaćene” osiromašenim uranijumom. Predstavnici NATO alijanse, pre svega, zvaničnici SAD-a, pa čak i Ujedinjenih nacija, pokušavali su, najpre, da sakriju takve poražavajuće podatke, ali je istina, ubrzo, izašla na videlo, jer su sami vojnici koji su ušli na Kosovo i Metohiju posle zaključenog Vojno-tehničkog sporazuma u Kumanovu (tzv. Kumanovski sporazum od 9. juna 1999. godine) i piloti koji su učestvovali u bombardovanju o tome progovorili⁷.

Takođe, veoma šokantno deluje i svedočenje jednog **španskog pilota, koji je učestvovao u bombardovanju SRJ svojim borbenim** avionom F-18, prema kome su vlade zemalja NATO alijanse izvršile agresiju na jednu suverenu zemlju i, pritom, šire lažne vesti o karakteru, toku i posledicama rata. On je u svom inter-

³ Na primer, Gerhard Šreder, je izjavio da je, kao bivši nemački kancelar u jugoslovenskom konfliktu kršio međunarodno pravo. Naime, on je u jednom intervju izjavio sledeće: “Tamo smo mi poslali naše avione... na Srbiju i zajedno sa NATO snagama bombardovali jednu suverenu državu, a da, pritom, nije postojala odluka Saveta bezbednosti UN...”

⁴ Prilikom posete potpredsednika SAD-a Srbiji, Džozefa Bajdena, avgusta 2016. godine, on se izvinuo za bombardovanje SRJ, umesto da je tražio oprostaj za zločine koje je počinio NATO i ponudio da plate odštetu članovi ove Alijanse, predvođene nekadašnjim predsednikom Bilom Klintonom.

⁵ B.Lazić, *Stradanje srpskog naroda u ratovima i agresijama XX veka na Balkanu – štete pričinjene ratom – ratna odšteta*, u: Zbornik dokumenata međunarodnog srpsko-slovenskog naučnog foruma, Udruženje Južnih Slovena i Komitet za zaštitu prava veterana i žrtava rata Srbije, Beograd, 2007, 83-100.

⁶ D.Bataveljić, B.Galić, *Nato bombardovanje SRJ i njegov uticaj na kršenje ekoloških prava građana Republike Srbije*, Pravni život, knjiga 571, broj 9, 2014.

⁷ Na osnovu dostupnih podataka, 113 lokaliteta na teritoriji Kosova i Metohije je 1999. godine bilo pogođeno NATO municijom sa osiromašenim uranijumom. Najveći broj ovih lokaliteta, do sada nije očišćen, tako da, prema tvrdnjama Nebojše Srbljaka, osnivača nevladine organizacije “Milosrdni anđeo” iz Kosovske Mitrovice, na tim lokalitetima postoji prava “eksplozija” malignih tumora, koji su direktna posledica minicije sa osiromašenim uranijumom. On navodi da je od svog kolege direktora Instituta za radiologiju u Prištini, dobio podatak da je, za samo godinu i po dana, u prištinskoj bolnici zabeleženo oko 3.500 slučajeva malignih tumora.

vjuu posvedočio da stradanje civilnog stanovništva “nije bila greška, nego plan”, kao i da “nema ni jednog novinara koji zna šta se tačno dešavalo u Jugoslaviji, jer se uništavala zemlja, bombardovanjem novim oružjem, otrovnim nervnim gasovima, uranskim bombama, napalmom, sterilišućim hemijskim supstancama, herbicidima koji truju useve i slično”⁸.

2. Zastrašujući podaci o posledicama NATO agresije

Ono što je posebno bitno naglasiti, jeste činjenica da je usled nekontrolisane upotrebe različitih borbenih sredstava (od kojih su mnoga, zvanično, zabranjena), došlo do znatnog zagađivanja životne sredine (u pojedinim delovima Srbije je izazvana ekološka katastrofa), čemu je doprinelo uništavanje hemijskih postrojenja, rafinerija i rezervoara sa naftom. Tokom ove agresije bačeno je preko 30.000 tona raznih razornih projektila (mnogi od njih uz upotrebu zapaljive municije sa osiromašenim uranijumom 238), slobodno se može reći da je to bio jedan vid vođenja radiološko-nuklearnog rata, koji je izazvao i ostavio nesagledive posledice po živi svet na prostorima gde je bilo bombardovanje SRJ⁹. Otuda je od nacionalnog značaja za opstanak Srbije i srpskog naroda, tačno sagledavanje posledica NATO bombardovanja na zdravlje stanovništva od strane najeminentnijih institucija koje se bave ovom problematikom. Tu, pre svega, mislimo na Institut za zaštitu zdravlja Srbije “Dr Milan Jovanović – Batut”, Društvo Srbije za borbu protiv raka, Institut za radiologiju i onkologiju Srbije, fakulteti medicinskih nauka i druge relevantne institucije. Tako je, prema podacima Registra za rak u Centralnoj Srbiji, od strane Instituta za zaštitu zdravlja Srbije “Dr Milan Jovanović – Batut”, izdata monografija pod nazivom “Incidencija i mortalitet od raka u Centralnoj Srbiji” 2012. godine. Neshvatljivo je da je to poslednja zvanična statistika obolelih od karcinoma i da se ovim ključnim problemom nedovoljno bave organi koji su dužni da to čine.

Podaci koji su vođeni u periodu 2002-2012. godine, ukazuju na činjenicu da je na ovom prostoru od različitih vrsta karcinoma obolelo 278.442 osoba oba pola, a umrlo 145.054. Pored toga, sve veći broj mladih i zdravih bračnih parova ima problema sa začećem ili tokom trudnoće dolazi do oštećenja ploda usled nastanka tzv. hromozomskih aberacija (samo jedna takva aberacija je dovoljna da prouzrokuje Daunov sindrom, a prema i prema ispitivanju u pojedinim naučnim institutima, dolazilo se do podataka da je kod pojedinih trudnica bilo i do 100 hromozomskih aberacija). Sve je to posledica ekološkog zagađenja nastalog zbog korišćenja ubojnih sredstava sa različitim hemijskim sastavom i osiromašenim uranijumom tokom bombardovanja. Po prvi put se na jednom značajnom naučnom skupu, održanom povodom obeležavanja 15-godišnjice od NATO bombardovanja¹⁰, pojavio neko

⁸ M.Andelković-Lukić, *Darovi milosrdnog anđela*, Balkanija, Beograd, 2015.

⁹ O ovome videti šire: M.Andelković-Lukić, *Balkanski sindrom: ekološke posledice NATO agresije na SRJ*, EKO B, časopis za ekologiju, 2001.

¹⁰ Ovaj naučni skup je održan jula 2014. godine na Paliću i tom prilikom je vođena stručna rasprava na temu “Ekološke i zdravstvene posledice NATO bombardovanja” u organizaciji Festivala evropskog filma – Palić, Centra za ekološku politiku i održivi razvoj (pri Fakultetu političkih nauka u Beogradu) i Fakulteta za primenjenu ekologiju “FUTURA”, Beograd.

ko je veoma kompetentan i potpuno upućen u problematiku teških posledica po zdravlje stanovništva bombardovanih teritorija. Od dvadesetak prezentacija eminentnih stručnjaka iz više društvenih oblasti, doktora nauka i lekara, najpotresnije i najzapaženije izlaganje je imala dr Jasmina Durković, genetičar subotičke bolnice. Ona je navela da je “NATO gađao *gamete*, a samo one nose zdravo potomstvo”¹¹ i da je posle višegodišnjih istraživanja i objavljenih naučnih analiza došla do šokantnih otkrića u genetici. Naime, uočen je veliki broj beba koje su rođene sa deformitetima, ali ono što je još potresnije, jeste upozorenje dr Durković da će tek budući naraštaji, ma gde oni bili (jer stanovništvo migracijom odlazi u sve delove sveta), osetiti štetnost osiromašenog uranijuma, koji je bačen na Republiku Srbiju, a posebno na njenu južnu pokrajinu – Kosovo i Metohiju.

Problemom porasta broja umrlih i obolelih od raka dosta se bavio radiolog i profesor Medicinskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, dr Slobodan Čikarić, koji je danas u penziji, ali nije prestao da obaveštava javnost o posledicama “Milosrdnog anđela”, bez obzira što se neke njegove kolege onkolozi, ne slažu sa pojedinim njegovim izjavama, s obzirom da one nisu zasnovane na ličnim stavovima, nego na nepobitnim podacima. To su činjenice koje treba izneti, jer se iz godine u godinu (enormno) povećava broj obolelih od limfoma i leukemije, a glavni uzrok tome je spoljašnji faktor, tj. osiromašeni uranijum, koji se za kratko vreme raširio celom Srbijom. To je tragična slika o kojoj se, u našoj zemlji, godinama ćutalo, tako da su, danas, sve češći napisi u stručnim izveštajima, pojedinim naučnim studijama i štampi da “eksplozija kancera ubija Srbiju”, što se može videti iz podataka kojima raspolazemo, tj. da broj obolelih svake godine raste za 2%, umrlih za 2,5%, dok stručnjaci upozoravaju da će se te dramatične brojke iz godine u godinu povećavati. Na to, posebno, ukazuje katastrofalno poređenje Srbije sa drugim zemljama, koje je napravila Svetska zdravstvena organizacija u februaru 2014. godine i prema čijim podacima se očekivalo da na svakih milion ljudi u svetu oboli oko 2.000 ljudi, dok se za Srbiju pretpostavljalo da će biti otkriveno 2,8 puta više obolelih stanovnika¹². U medicini je poznat tzv. “latentni period uranijuma za solidne tumore”. To je period mirovanja od kad osoba udahne ili sa hranom unese radioaktivnu supstancu i traje od 10 do 20 godina, a u proseku 15 godina, što je kod nas isteklo, upravo, 2014. godine.

3. Protivzakonite aktivnosti NATO-a tokom bombardovanja SRJ

Agresija NATO alijanse na Saveznu Republiku Jugoslaviju nije imala za cilj, “sprečavanje humanitarne katastrofe”, kako je to zvanično bilo objavljivano, nego naprotiv, “namerno izazivanje ekološke katastrofe”¹³. Protiv SRJ

¹¹ *Gameti* su polne ćelije koje se stvaraju putem *mejoze*, ćelijska deoba u kojoj se broj hromozoma u novonastalim ćelijama redukuje na polovinu u odnosu na majke ćelije. Kod višećelijskih životinja (kao i kod čoveka) obrazuju se dve vrste *gameta*: spermatozoidi i jajna ćelija.

¹² O ovome vidi šire: World Health Organization, International Agency for Research on Cancer, *World Cancer Report 2014*, Geneva, Switzerland, WHO Press, 2014, 529-531.

¹³ D.Bataveljić, D.Logarušić, *Ekološka katastrofa i neodrživost razvoja, kao posledice bombardovanja Republike Srbije*, Pravni život, 2015, knjiga 578, broj 9.

1999. godine je, od strane NATO agresora, vođen ne samo ekološki, hemijski, psihološki, biološki, nego i specifičan oblik radiološko-nuklearnog rata¹⁴. To nije rađeno nimalo slučajno, već samo na osnovu detaljno proučenog i pripremljenog plana, sa namerom da se “na duge staze” zagadi eko-sistem, da se zatre život na prostorima koji su bombardovani i proizvedu posledice nesagledivih razmera po sav živi svet¹⁵. I sami atomski fizičari pojedinih zemalja, članica Alijanse koje su učestvovala u bombardovanju (na primer, stručnjaci iz SR Nemačke), priznali su da je naša zemlja tokom agresije 1999. godine gađana minijaturnim atomskim bombama (jedan od njih je ove bombe nazvao “mini Hirošimama”)¹⁶, iako municija sa “osiromašenim” uranijom proizvodi trajne posledice po zdravlje ljudi, bolje reći dok je “sveta i veka” na ovoj planeti¹⁷.

Kada je reč o osiromašenom uranijumu, treba reći da je to, ustvari, nuklearni otpad nuklearnih elektrana, koji se koristi za pojačanje snage naoružanja. Međutim, umesto da ga odlažu po veoma visokim troškovima, ove elektrane su odlučile da ga ponovo koriste u ratne svrhe, pa je tako postao, umesto gubitka – prihod. Zašto? Zato što mu njegova velika specifična težina omogućava ogromnu probojnost, jer projektil sa osiromašenim uranijumom ulazi bez velikog otpora u bunker, tenk, rezervoar i slično, stvarajući ogromnu temperaturu, često puta višu od 2000°S. Tom prilikom se oslobađaju otrovne nano-čestice teških metala¹⁸ u okolinu. Upravo, taj nano-prah, koji se razvija posle eksplozije projektila, predstavlja pravog ubicu, jer izaziva radioaktivni toksikološki rizik¹⁹. Zato ne treba da čudi podatak velikog broja obolelih vojnika, a posebno civila, posle vojnih akcija u bivšim jugoslovenskim zemljama, kao i u ratom zahvaćenim područjima širom sveta. Tako su u ratu u Bosni i Hercegovini, američki avioni bacili 10.800 granata sa osiromašenim uranijumom²⁰, a aktuelni predsednik Republike Italije, Serđo Matarella, je u svom izveštaju od 21. decembra 2000. godine (tada je bio ministar odbrane) izjavio: “Što se tiče Kosova, kao što znamo,

¹⁴ S.Đorđević, *Uticaj zagađene sredine na zdravlje čoveka*, RAD, Beograd, 1977.

¹⁵ V.Arežina, *Faktori ekološke bezbednosti*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, 2007.

¹⁶ M.Andelković-Lukić, S.Stanković, V.Abramović, *RADIO EMISIJA “Srbija gađana mini atomskim bombama – malim Hirošimama”*, Inforatnici protiv novog svetskog poretka, 6.6.2015. godine, dostupno na adresi: <http://anti-censura.com/video/srbija-gadjana-mali-atomskim-bomba-malim-hirosimama/?pismo=lat>, zadnji put posećeno: 5.10.2016. godine. Studija dr Lukić otkriva i podatak da su dva nemačka stručnjaka za nuklearnu fiziku naučno pokazala da je Srbija gađana mini atomskim bombama – “malim Hirošimama.

¹⁷ Od strane samih predstavnika NATO-a, priznato je da je na SRJ tokom agresije 1999. godine, bačeno 30.000 projektila, dok je prema saznanjima ruskih i naših stručnjaka, taj broj daleko veći i kreće se oko 50.000. Videti: <http://www.koreni.rs/osiromaseni-uranijum-i-vitamini>, Zadnji put pristupljeno: 1.8.2016. godine.

¹⁸ Ove čestice su stotinu puta manje od zrna peska.

¹⁹ Iako se istina dugo godina skrivala, u dokumentaciji objavljenoj u Izveštaju Instituta za ekološku politiku o posledica upotrebe osiromašenog uranijuma u Vojsci SAD-a na zdravlje čoveka, objavljenom 1995. godine, piše: “Kratkoročni efekti apsorpcije visoke doze mogu dovesti do smrti, dok manje masivne, dugoročne doze, mogu izazvati neoplastične promene (tumori)”.

²⁰ Tako, na primer, samo je u Hadžićima, jednoj od najviše bombardovanih lokacija, u toku 1995. godine, od strane NATO-a bačeno oko 3.400 granata sa osiromašenim uranijumom, a veoma precizni naučni instrumenti su utvrdili vrlo visoke nivoe radioaktivnosti. Posle rata, oko 5.000 stanovnika (bosanskih Srba), preseljeno je na sasvim drugu lokaciju, gde nije bilo bombardovanja, ali je, vrlo brzo, samo u jednoj godini, prijavljeno više od 150 slučajeva raka i leukemije.

NATO je u maju 1999. godine rekao da je koristio municiju sa osiromašenim uranijumom u tom regionu”.

4. Pravna osnovna zahteva za ratnu odštetu

Na samom početku ovog dela našeg rada, treba reći da pitanje zahteva za ratnu odštetu, kako u sistemu međunarodnog prava, tako i u međunarodnim odnosima, uopšte nije novo, jer takav zahtev srećemo, skoro, pre čitavog jednog veka – u postupku naplate reparacija za Prvi svetski rat. Ratna šteta može da bude višestruka i pojavljuje se kao imovinska, neimovinska, posredna i neposredna, gubitak života, povreda telesnog i psihičkog integriteta stanovništva, ugrožavanje zdravlja ljudi, povreda časti i slobode kretanja, gubitak nacionalnog dohotka, ratni rashodi, gubitak nacionalnog bogatstva, šteta učinjena životnoj sredini i sve druge vrste šteta prouzrokovane ratom i agresijom. Posebno značajan razlog za naknadu štete, jeste činjenica da su ovim bombardovanjem nastale trajne posledice po zdravlje i život ljudi i one su neprocenjive, jer je sasvim realno očekivati izuzetno povećan stepen oboljevanja i smrtnosti stanovnika koji su rođeni i žive decenijama na kontaminiranom području, imajući u vidu da sve više ima obolelih vojnika Italije, Španije, Francuske, Portugalije i drugih zemalja, koji su samo privremeno boravili tokom navedene NATO agresije ili kasnije u okviru misije KFOR-a na Kosovu i Metohiji²¹.

Nažalost, u Srbiji se o ovoj, po našem mišljenju, najvažnijoj temi, veoma retko ili nimalo govori. Posebno čudi podatak da do dana-današnjeg nije sprovedeno naučno istraživanje i urađena jedna sveobuhvatna studija od strane kompetentnih stručnjaka, koja bi obuhvatila sve posledice dejstva osiromašenog uranijuma na građane, vojne i policijske snage, koje su učestvovala u odbrani zemlje, pre svega, na prostoru južne srpske pokrajine Kosova i Metohije, kao i na celom jugu Srbije. To je jedno od osnovnih ustavnih prava svakog građanina Srbije, koje je zagarantovano najvišim opštim pravnim aktom, tj. važećim Ustavom Republike Srbije, koji svakom građaninu zajemčuje “pravo da istinito, potpuno i blagovremeno bude obaveštavan o pitanjima od javnog značaja i sredstva javnog obaveštavanja su dužna da to pravo poštuju. Svako ima pravo na pristup podacima koji su u posedu državnih organa i organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja, u skladu sa zakonom”²². Pored toga, svakom našem građaninu je garantovano pravo na zdravu životnu sredinu, kao i pravo “na zaštitu svog psihičkog i fizičkog zdravlja”²³, dok je Ustavom predviđeno i da “svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju”²⁴.

Sve ovo je neophodno uraditi zbog činjenice da stanovništvo Republike Srbije sve više oboljeva od malignih bolesti izazvanih, upravo, navedenom zlo-

²¹ *Nato i uranijum – 15 godina posle*, dostupno na: http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2014&mm=03&dd=24&nav_id=827648, zadnji put pristupljeno 2.9.2016. godine..

²² *Ustav Republike Srbije iz 2006. godine*, član 51.

²³ Op. cit., član 68.

²⁴ Op. cit., član 74.

činačkom agresijom, čije posledice tek sada postaju očigledne²⁵. Zato se mora podneti zahtev za naknadu štete, jer mnogi boluju od teških bolesti, nalaze se u krugu svoje porodice ili u bolnicama širom Srbije, dele svoje patnje sa najbližima, kao i troškove preskupog lečenja. Zato, ovaj ratni zločin ne može i ne sme da bude zaboravljen i sakriven od javnosti, niti sme da ostane nekažnjen. Predstavnici NATO-a, posebno vojni stratezi SAD-a, koji su najodgovorniji za upotrebu municije sa osiromašenim uranijumom, dugo su pokušavali da prikriju istinu o posledicama njihovih ratnih operacija. Konačno su i sami predstavnici američke administracije priznali da su najveća dejstva bila na liniji Peć – Prizren – Đakovica, gde je bačeno nekoliko desetina hiljada projektila, tako da su radiološki stručnjaci na ovom potesu neposredno posle završetka ratnih operacija i zaključenja Kumanovskog sporazuma (9. jun 1999. godine), izmerili nivo radijacije koji je bio **1.200 puta viši od normalnog**?! Otuda se ova agresija slobodno može nazvati genocidom nad stanovništvom Republike Srbije, a svi znamo da ratni zločini i genocid nikada ne zastarevaju.

Kada govorimo o naknadi štete, nezavisno od toga da li će i kada će do toga doći, možemo navesti mnogo primera u svetu, ali je, možda, najupečatljiviji i većini građana poznat dosta svež primer kada je došlo do oštećenje japanske nuklearke u Fukušimi zbog cunamija, kada je prouzrokovano izlivanje radioaktivnih materija. Nuklearna katastrofa (Fukushima Accident) u ovom delu sveta se desila 11. marta 2011. godine, što je dovelo do oštećenja zdravlja mornara koji su bili samo osam dana u zoni visokog rizika i za to su oni dobili po 2 miliona dolara odštete²⁶, a naš narod je pod osiromašenim uranijumom bio tri meseca i niko do sada nije dobio bilo kakvu odštetu (pre svega, zbog toga što niko od naših ovlašćenih organa to nije ni tražio?!)²⁷.

Takođe, treba reći da pravna osnova za utvrđivanje odgovornosti NATO-a za naknadu štete prouzrokovane oružanom agresijom na SR Jugoslaviju 1999. godine postoji i da je možemo naći u pravilima međunarodnog javnog prava, kao i pravilima unutrašnjeg prava zemlje suda, zatim kombinacijom ova dva navedena izvora i, na kraju, u odredbama prava koje je merodavno na osnovu kolizionih normi zemlje suda. Prilikom pokretanja postupka pred nacionalnim sudovima, treba naglasiti da je moguća svaka od ovih opcija, ali se sudovi opredeljuju za neku od njih. Tako, ako je neko lice tokom oružanog sukoba između država, pretrpelo štetu zbog upotrebe nedozvoljenih sredstava, ono ima dobre izgleda da uspe u postupku i da dobije naknadu štete. Na primer, ukoliko se dokaže da je u ovakvim akcijama došlo do upotrebe kasetnih bombi i drugih nedozvoljenih sred-

²⁵ M.Pantelić, *Uticao osiromašenog urana (OU) sadržanog u NATO projektilima na zdravlje stanovništva i čovekovu okolinu*, Tehnički fakultet, Čačak, 2007.

²⁶ Posebno bih istakao veliki doprinos prof.dr Milana Paka, koji je objavio jedan izuzetan rad posvećen, upravo, navedenoj temi pod nazivom "Naknada štete prouzrokovane oružanom akcijom NATO u Jugoslaviji" (Arhiv za pravne i društvene nauke, vol. 85, broj 1-2, 1999, 7-20).

²⁷ Prof. dr Slobodan Čikarić je napisao naučni rad (*Država da proglašuje NATO bombardovanje iz 1999. godine za "genocidnu" radnju*, dostupno na <https://facebookreporter.org>, zadnji put pristupljeno 6.7.2019. godine), u kome je zatražio da se srpskom narodu isplati odšteta za sve ono što je učinjeno tokom NATO agresije 1999. godine.

stava, zabranjenih odgovarajućim međunarodnim konvencijama, to može da bude valjan pravni osnov za dosuđivanje naknade štete od strane nacionalnih sudova²⁸.

Odredbе koje se tiču odgovornosti za naknadu štete zbog kršenja međunarodnog humanitarnog prava, prvi put se pojavljuju u članu 3. Haške konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu od 18. oktobra 1907. godine²⁹, koji glasi: “Zaraćena strana koja prekrši odredbe pomenutog pravilnika je obavezna da plati odštetu, ako je to potrebno. Ona je odgovorna za sva dela koja počine lica koja pripadaju njenim oružanim snagama.” Sam problem naknade štete se prvi put pojavio u delu “War damage. Theory of Unprecedented Indemnities in Public Law” poljskog pravnika Szymon Rundstein-a, još tokom Prvog svetskog rata 1916. godine. Ovde je neophodno ukazati na sam pojam ratne odštete (war compensation) u smislu individualnih zahteva, s obzirom da postoje ozbiljne poteškoće u razlikovanju pojmova “reparations” i “compensation”, koji se, najčešće, upotrebljavaju istovremeno (zajednički), a međunarodno pravo ne definiše ove pojmove. Zato je u praksi prihvaćeno da se pojam reparacije vezuje za ukupnu ratnu štetu, dok se pojam kompenzacije vezuje za civilnu ratnu štetu državljana. Ono što je vrlo bitno ovde naglasiti, jeste da postoje akti međunarodnog prava, koji predstavljaju osnov (bazu) za naplatu kompenzacije od strane pojedinaca. Tu, mislimo, pre svega, na napred navedenu Četvrtu hašku konvenciju iz 1907. godine o pravilima i običajima vođenja suvozemnih ratova (član 3.), Deklaraciju UN, koja se odnosi na pljačkanje okupiranih teritorija iz 1943. godine, Jaltski sporazum iz 1945. godine (glava III, pod nazivom “Nemačke reparacije”), Postdamski sporazum iz 1945. godine (glava III, pod nazivom “Saveznici i Nemačka”, tačka 15b), Dokumentacija iz Nirnberga (akt pod nazivom “Karakter međunarodnog vojnog tribunala” – član VI)³⁰. Takođe, postoje i brojna dokumenta Ujedinjenih nacija o kompenzaciji ratne štete u korist pojedinaca, koja sadrže detalje o kriterijumima za ostvarenje kompenzacije za ratne štete³¹. Od posebnog značaja u ovoj oblasti je Deklaracija o osnovnim načelima

²⁸ V. Čok, *Međunarodno – pravna zaštita životne sredine, bezbednost i samozaštita*, Beograd, broj 4/90, 1990.

²⁹ Dostupno na: https://www.isac-fund.org/download/MHP-zbirka_2013.pdf, poslednji put pristupljeno 15.7.2019. godine.

³⁰ O ovome videti šire: Lj. Jovanović, *Pravni osnov individualnih zahteva za ratnu odštetu*, u: Zbornik dokumenata međunarodnog srpsko-slovenskog naučnog foruma, Udruženje Južnih Slovena i Komitet za zaštitu prava veterana i žrtava rata Srbije, Beograd, 2007, 80-81.

³¹ U ove dokumente spadaju brojne rezolucije Komisije o ljudskim pravima: Resolution 13 (XXIV) of 7 March 1968 on compensation, in which the Commission on Human Rights specifies the question of legal responsibility of war criminals and the problem of war compensation for individual persons; The Document called “Weiss Report” of 1968 on compensation, whose preparation was commissioned by the Commission on Human Rights; Document E/CN.4/984 of 3 February 1969, whose preparation was commissioned by the UN Commission on Human Rights containing detailed criteria of determining compensation for victims of war crimes and crimes against humanity (along with extensive appendices; Resolution 9 (XXV) of 7 March 1969 in which Commission on Human Rights presents supplementary material concerning the criteria of determining compensation for victims of war crimes and crimes against humanity; The Note of the UN Secretary General of 17 May 1969 (SG/214/5), directed to the States - members of the United Nations on the question of criteria determining compensation; The Note of the Secretary General of 24 November 1969 (E/CN.4/1010), containing a report on the question of criteria of determining compensation for victims of war crimes and crimes against humanity. Vidi: Jovanović, Lj., *Ibid.*, str. 82.

pravde u vezi sa žrtvama krivičnih dela i zloupotrebe vlasti, usvojena Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. 40/34 od 29. novembra 1985. godine³². Ovi akti su od izuzetnog značaja za pokretanje postupka za naknadu štete prouzrokovane oružanom akcijom NATO-a u SR Jugoslaviji, jer sadrže kriterijume o kompenzaciji ratne štete u korist pojedinaca.

5. Konkretni primeri ostvarivanja prava na naknadu štete

U protekle dve decenije je, slobodno možemo reći, vođena jedna vrsta “tihog rata” između onih koji drže istinu tihom i onih koji glasno viču. Naime, osiromašeni uranijum predstavlja oružje sa dva lica. S jedne strane, deluje veoma efikasno i trenutno u neposrednim vojnim operacijama na ratne ciljeve (ima veliku razornu i probojnu moć), a s druge strane suptilno i dugoročno, kao tihi ubica u odnosu na živu silu (onaj ko je došao u kontakt sa njim, stavljen je u čekaonicu za “smrtonosnu lutriju”). Kada govorimo o naknadi štete ili zahtevu za obeštećenje (možda ovaj drugi izraz blaže zvuči počiniocima krivičnih dela koja ne zastarevaju – ratnog zločina i genocida) građana Republike Srbije zbog posledica izazvanih bombardovanjem 1999. godine, onda treba reći da su takvi zahtevi već postojali (kako ranije, tako i sada) i da su brojni slučajevi pozitivno rešeni. Tu, pre svega, mislimo na italijanske vojnike, kada je tzv. “Balkanski sindrom” izbio u javnost 2010. godine. Tada su se pojavili prvi slučajevi oboljevanja italijanskih vojnika, a kasnije i njihovog umiranja, posle povratka iz određenih vojnih misija (tzv. “Milosrdni anđeo”, kada je 78 dana bombardovana SR Jugoslavija, je poslednji u nizu) i od tada je počela neravnomerna borba između onih koji su poricali postojanje veze između izloženosti osiromašenom uranijumu i onih koji su tvrdili suprotno. Takođe, iste godine je osnovan i fond od 10 miliona evra godišnje za žrtve, mada bi, po procenama stručnjaka, taj fond trebalo da iznosi 30 miliona evra. Naime, ministarstvo odbrane Republike Italije je primilo više od 2.000 zahteva vojnika za naknadu štete zbog oštećenja zdravlja usled izloženosti osiromašenom uranijumu (samo trećina njih je dobila pozitivan odgovor, dok druge dve trećine čekaju presudu ili im je odbijena kompenzacija).

Ministarstvo odbrane Italije je drugostepenom presudom Apelacionog suda u Rimu, obavezano da roditeljima preminulog vojnika Vaka Salvatorea, plati kompenzaciju od preko 2.150.000 evra i to predstavlja istorijsku presudu, koja označava jednu od prvih pobeda po pitanju osiromašenog uranijuma (pravda je zadovoljena, ali tek posle 17 godina suđenja). Prema istraživanju dvojice boraca za istinu, saopštenom u najnovijoj knjizi “Uranijumski vojnici”³³, više od “7.678 bolesnih vojnika su trenutno u ozbiljnom stanju, a broj smrtnih slučajeva, koji stalno raste, je 333”³⁴. Svi su, bez izuzetka, “tihe žrtve nevidljivog rata”. Jedan

³² Dostupno na: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Deklaracija-o-osnovnim-na%C4%8Delima-pravde-u-vezi-sa-%C5%BErtvama-krivi%C4%8Dnih-dela-i-zloupotrebe-vlasti.pdf>, poslednji put pristupljeno 13.7.2019. godine.

³³ Autori ove knjige su: Mary Tagliacuzzi i Domenico Leggiero.

³⁴ M.Tagliacuzzi, D.Leggiero, *Uranijumski vojnici*, PANUVIS i Advokatska kancelarija Aleksić, Niš, Beograd, 2019, 71.

od takvih je Alberto di Raimondo, koji je umro 2005. godine u svojoj 26. godini života, a prve znake bolesti osetio je 2003. godine, kada se vratio sa mirovne misije na Kosovu i Metohiji. Zahvaljujući upornosti advokata Tartaglija, porodica preminulog Alberta di Raimonda je, takođe, primila prvu kompenzaciju. Pored njih, Đanluka Danise je umro u decembru 2015. godine u svojoj 43 godini, posle višegodišnjeg služenja vojske u Avganistanu, Iraku i na Kosovu i Metohiji. Takođe, i Lučiano Ciprijani, koji je umro u januaru 2016. godine, kao i mnogi drugi. Njihove porodice su već podnele zahteve za naknadu štete i pokrenule tužbu protiv Ministarstva odbrane, jer je vojska Italije prećutala da, na vreme, ukaže svojim vojnicima na opasnosti od ove municije, a kada je slučaj došao u javnost, njeni čelnici su pokušali da to zataškaju pretnjama političkoj eliti.

No, kako to obično biva, istina ne može dugo da se skriva, tako da je “slučaj uranijum”, na određen način “zatvoren”, objavljivanjem presude Apelacionog suda u Rimu 20. maja 2016. godine, u kojoj je nedvosmisleno konstatovano da su “vojnici bili izloženi efektima osiromašenog uranijuma, bez adekvatnih informacija o opasnostima i merama predostrožnosti koje treba preduzeti”³⁵. Ova presuda, takođe, definiše dodatno pitanje o jasnoj razlici između već primljene naknade i naknade sankcionisane sudom, već u prvom stepenu. Navedenom odlukom zadovoljena je pravda za roditelje umrlog Vaka Salvatorea, koji je umro 8. septembra 1999. godine u bolnici u Kaljariju, u svojoj 23 godini od leukemije³⁶. Takođe, ni kada su vršene određene misije za sanaciju, italijanski vojnici nisu bili upozoreni na opasnost kojoj su izloženi, nisu dobili posebne instrukcije, niti su nosili određene zaštitne maske i odela (samo nekoliko godina kasnije, 14 Italijana je obolelo), dok su američki vojnici bili potpuno opremljeni i nisu imali ni jedan santimetar otkrivene kože. Takva je situacija i u kragujevačkoj fabrici “Zastava”, koja je bombardovana dva puta u toku aprila 1999. godine, kada su potpuno razoreni deo “Zastava kamiona”, “Kovačnica”, “Lakirnica”, zgrada “Alatnice” i “ERC”-a (Elektronsko-računskog centra). Svi radnici koji su učestvovali na raščišćavanju ovih pogona su, danas, nažalost pokojni, a zločinci koji su izvršili ovaj pogrom, dugo su tvrdili da nisu koristili osiromašeni uranijum³⁷. Međutim, kada su njihovi “eksperti” dolazili da izvrše određena merenja, bili su potpuno opremljeni i zaštićeni odgovarajućom opremom?!

6. Zasnivanje nadležnosti suda za naknadu štete

Pri svemu ovome, bitno je naglasiti da se mora imati u vidu činjenica da, kada je reč o navedenoj materiji, u uporednom pravu postoje dosta veće razlike,

³⁵ SAD su, međutim, još 1993. godine obavestile svoje vojnike o upotrebi municije sa osiromašenim uranijumom.

³⁶ Borci protiv istine su otišli toliko daleko, da su u jednoj knjizi (pisanoj namenski), čak, optužili italijanske vojnike da su alkoholičari i pušači, jer su tumoru koje su dobili posledica, ne njihovog angažovanja u ratnim operacijama na Balkanu, nego korišćenja alkohola i specifične marke cigareta. Italijanska vlada je, takođe, dugo godina minimizirala problem osiromašenog uranijuma.

³⁷ U Kragujevcu je utvrđen i veliki broj karcinoma prostate kod muškaraca starijih od 40 godina, jer su tokom bombardovanja pogođeni transformatori iz kojih je isticalo piralen (kancerogeno ulje), koji se ulio u Lepenicu i raspršio po okolini, zagađujući tako lanac ishrane.

nego što je to slučaj kod ugovornih odnosa. To, dalje, igra vrlo značajnu ulogu, jer od opredeljivanja za primenu prava jedne ili druge zemlje, može da zavisi i sam ishod spora za naknadu štete od strane NATO agresora. Naravno, treba znati da postoje različiti načini obeštećenja u vezi sa oružanom agresijom zemalja članica NATO alijanse i da pored materijalnog obeštećenja, tj. humanitarne pomoći u vidu isplate odgovarajuće novčane naknade, izgradnje uništene infrastrukture, podizanja srušenih zgrada i drugih objekata, naknada može da bude i u vidu obezbeđivanja besplatnog lečenja obolelih građana, upućivanja na neophodne operacije u inostranstvo, nabavku odgovarajućih lekova, snošenje troškova rehabilitacije i postoperativnog lečenja i slično. Takođe, za postizanje cilja obeštećenja mogu se koristiti, ne samo pravni, nego i vanpravni načini, kao što su stalni, kontinuirani i na istinitim podacima zasnovani zahtevi, plasirani putem sredstava javnog informisanja.

Međunarodni procesno-pravni aspekt ovog postupka obuhvata tri najznačajnija elementa, i to: "1) nadležnost međunarodnog i nacionalnog foruma; 2) aktivnu legitimaciju (oštećenih pravnih i fizičkih lica) i 3) pasivnu legitimaciju (NATO, kao pravno lice ili svake članice ponaosob ili pojedinaca koji su učestvovali u kampanji) i neka posebna procesno-pravna pitanja"³⁸. Jedna od značajnih teškoća u celom ovom postupku, jeste određivanje nadležnosti za odlučivanje o naknadi štete. Naime, za lice koje podnese ovakav zahtev, od najvećeg je značaja prihvatanje vođenja rasprave o meritumu od strane međunarodnog ili nacionalnog suda (tu mislimo na Međunarodni sud pravde u Hagu)³⁹. Treba naglasiti da nacionalni sudovi u međunarodnim sporovima primenjuju svoja pravila međunarodnog privatnog prava, pa je ovde moguće da bude prihvaćena i nadležnost suda u Briselu, gde je sedište NATO pakta. Pravilo međunarodnog prava koje je opšteprihvaćeno ukazuje na činjenicu da se u sporovima protiv pravnog lica prihvata nadležnost suda zemlje u kojoj je sedište tog pravnog lica.

Takođe, ovde je veoma značajno pitanje *aktivne i pasivne legitimacije* u sporovima za naknadu štete, tj. ko ima pravo da podnese navedene zahteve i protiv koga. Kao tužioc u ovakvom sporu mogu da se pojave različita fizička i pravna lica, i to: 1) Republika Srbija; 2) preduzeća; 3) ustanove javno-pravnog karaktera; 4) različite privatno-pravne organizacije; 5) pojedinci i drugi. Svakako, u ova lica se mogu ubrojati i opštine neke susedne države, ukoliko je u njima došlo do nastanka posledne štete u oblasti privrede zbog oružanih aktivnosti NATO alijanse. Konačno, kao treći, veoma značajan, element međunarodnog procesno-pravnog aspekta za naknadu štete prouzrokovane oružanom akcijom NATO alijanse u Saveznoj Republici Jugoslaviji 1999. godine, može se navesti pasivna legitimacija. Ova vrsta legitimacije se tiče lica protiv koga se može podneti neka tužba (u ovom slučaju, tužba za naknadu štete). Naime, NATO je Organizacija Severnoatlantskog sporazuma, koja predstavlja sistem kolektivne odbrane sa sedištem u Briselu (ova organizacija je u vreme bombardovanja SRJ imala 19

³⁸ M.Pak, *Naknada štete prouzrokovane oružanom akcijom NATO u Jugoslaviji*, Arhiv za pravne i društvene nauke, vol. 85, broj 1-2, 1999, 8-9.

³⁹ M.Pak, 9-11.

članova, a danas ima 29) i, kao takva, ima svojstvo pravnog lica osnovanog od strane država članica, koje i upravljaju njegovim akcijama. Ono što je karakteristično na ovom mestu reći, jeste činjenica da je NATO organizacija javno-pravnog karaktera, koja ima političke i vojne ciljeve. Međutim, kada je reč o imovinsko-pravnim odnosima situacija se menja, tako da se, u takvim slučajevima, mogu primeniti pravila međunarodnog privatnog prava (tu se misli na pasivnu legitimaciju u sudskom postupku, koji je pokrenut protiv ove organizacije). S obzirom da je ovde reč o pravnom licu, navedeno pitanje pasivne legitimacije se određuje statutom, tako da je ovde moguća odgovornost članova navedenog lica, ako Statut NATO-a sadrži pravila o odgovornosti država-članica za njegove obaveze.

U svom radu, pod nazivom "Pravne osnove za građansku odgovornost za posledice bombardovanja od NATO pakta", saopštenom u junu 2018. godine, na Prvom međunarodnom skupu posvećenom posledicama agresije na SRJ 1999. godine, dr Ilija Zindović je naveo da je tokom ove agresije prekršen veliki broj usvojenih međunarodnih deklaracija i konvencija, ustava pojedinih država članica NATO pakta, kao i drugih dokumenata, da je došlo do teških zdravstvenih posledica usled upotrebe municije sa osiromašenim uranijumom i da žrtve imaju pravo na odgovarajuću naknadu štete pred nadležnim sudovima i to, "pred sudom po mestu prebivališta ili sedišta tuženog". To je opšte-prihvaćeno pravilo, što znači da se ovi postupci mogu pokrenuti pred nadležnim sudovima zemalja čiji su piloti i avioni učestvovali u bombardovanju Srbije, ali je za građane Srbije vođenje postupka uspostavljanjem ovakve nadležnosti veoma otežano (često i nemoguće). Zato, "pravilo međunarodnog privatnog prava daje mogućnost da se u slučaju pretrpljene štete, ukoliko ona potiče iz vanugovorne odgovornosti, može zasnovati nadležnost i onog suda gde je šteta nastala za oštećenog, tj. po prebivalištu oštećenog". Nešto detaljnije u vezi zasnivanja posebne mesne nadležnosti predviđa važeći Zakon o parničnom postupku Republike Srbije u svom članu 44. Naime, "za suđenje u sporovima zbog vanugovorne odgovornosti za štetu, pored suda opšte mesne nadležnosti, nadležan je i sud na čijem je području štetna radnja izvršena ili sud na čijem je području štetna posledica nastupila. Ako je šteta nastala usled smrti ili teške telesne povrede, pored suda iz stava 1. ovog člana, nadležan je i sud na čijem području tužilac ima prebivalište, odnosno boravište"⁴⁰.

Ono što je u slučaju SR Jugoslavije karakteristično, jeste da i neke druge države, koje u tom periodu nisu bile članice NATO alijanse, mogu biti "pasivno legitimisane", što znači da se i protiv njih mogu pokrenuti određeni postupci⁴¹. Ovo, veoma interesantno, pitanje pasivne legitimacije i tiče se država koje svojim aktivnostima nisu saučestvovala u navedenoj akciji, ali su svojim aktivnostima mnogo doprinele lakšoj organizaciji ove zločinačke agresije (tu, pre svega, mislimo na okolne zemlje sa kojima se graničila SRJ). U ove zemlje spadaju, na primer, Italija (skoro svakodnevno poletanje aviona iz baze Aviano, na krajnjem severu ove države, koji su bombardovali civilne i vojne ciljeve), zatim Hrvatska,

⁴⁰ Zakon o parničnom postupku, "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US, 55/2014 i 87/2018.

⁴¹ Po mišljenju koautora ovog rada, takva situacija je skoro nemoguća.

Mađarska, Albanija i druge države, koje su svojim aktivnostima doprinele ovoj oružanoj akciji⁴². Ovde je veoma značajno ukazati na činjenicu da može postojati odgovornost drugih država, koje nisu tada bile (kao ni sada) članice NATO-a⁴³.

7. Zaključak

Posle svega navedenog, možemo ukazati na činjenicu da nema ni govora o eventualnoj naknadi, ukoliko se žrtve NATO agresije na SR Jugoslaviju ne organizuju i ne nastupaju koordinirano u ostvarivanju svog zajedničkog cilja. Tu bi, svakako, veoma značajnu ulogu odigrala određena udruženja građana, nevladine i humanitarne organizacije, razna profesionalna udruženja, istaknuti stručnjaci različitih profesija i drugi subjekti. Njihova uloga bi se sastojala u prikupljanju podataka o nastaloj šteti, obezbeđivanju finansijskih sredstava i stručne pomoći u zemlji i inostranstvu, preduzimanju odgovarajućih akcija, udruživanju sopstvenih sredstava, davanju inicijative i pokretanje celog društva na akciju. Međutim, bez uključivanja Vlade Republike Srbije, tj. same države u realizaciju ove aktivnosti, šanse za uspeh su ravne nuli. To, posebno zbog činjenice da je za svakog tužioca koji želi da pokrene postupak za naknadu štete, nepremostiva prepreka koja se sastoji u finansijskim troškovima, visokim sudskim taksama, velikim honorarima advokata. Ovaj problem je posebno evidentan za strance koji bi postupak pokrenuli pred nacionalnim sudom druge zemlje, čiji oni nisu državljani.

* * *

LEGAL BASIS OF THE REPUBLIC OF SERBIA FOR THE INDEMNITY OF DAMAGE FROM BOMBARDING 1999

Summary

The authors in the paper emphasize that, in no case, we must not forget the victims of NATO aggression against the FRY and frightening data that speak of the consequences for the army, police and citizens, who were engaged in the defense of the country, as well as the entire population and the environment we live in. In the several places in the paper, the authors point to numerous, unlawful activities of the aggressor and violation of international law. The bombing was carried without a decision of the United Nations Security Council. In this way, a large number of adopted declarations and conventions on respect for human freedoms and rights have been violated. The authors point out in particular the

⁴² Mnoge države su, iako su se tada nalazile na pragu ulaska u EU, dozvoljavale upotrebu svog vazdušnog prostora i svoje teritorije stavile na raspolaganje vojnim snagama NATO-a.

⁴³ Svakako, ovde treba napomenuti da je teško očekivati da će sud države u kojoj NATO ima sedište da se oglasi nadležnim i za ove sporove, kao što je slična situacija i sa nacionalnim sudom svake od navedene grupe zemalja.

consequences of the use of a number of illegal assets, primarily the use of depleted uranium munition. The consequences for the health of the population are catastrophic, which became especially apparent after several years of aggression. Therefore, the paper is dedicated to the legal basis for compensation of damages, citing numerous examples in other countries that have indemnified their sick soldiers who were exposed to the effect of depleted uranium.

Keywords: Serbia, NATO, compensation, Italy, depleted uranium, cancer, leukemia.

Mária Bakonyi¹

NAKNADA ŠTETE LICIMA NEOSNOVANO LIŠENIM SLOBODE PREMA MAĐARSKOM ZAKONU

Apstrakt

U radu tražim odgovor na pitanje o odgovornosti države za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude, po krivičnoprocesnim zakonskim propisima Mađarske. Odgovornost države za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude je obavezna i po međunarodnim propisima, ukoliko se ispune uslovi koji su u njima navedeni. Zbog toga citiram i analiziram odredbe nekih međunarodnih konvencija, odnosno pojedine presude Evropskog suda za ljudska prava. O lišenju slobode se odluka donosi u krivičnom postupku, ali kada se dokazuje da je to lišenje slobode bilo neosnovano, o odgovornosti države za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode se sudi po pravilima građanskog prava.

Ključne reči: *naknada štete, neosnovano lišenje slobode, neosnovana osuda, objektivna odgovornost države.*

1. Uvod

U krivičnom postupku se stalno i oštro sukobljavaju dva suprotna interesa. Na jednoj strani je opšti interes da društveni poredak bude efikasno i brzo zaštićen od kriminala, a na drugoj, interes okrivljenog da njegova građanska prava i slobode što manje trpe dok se na kraju postupka ne utvrdi da li je kriv. Iako suprotstavljena, ta dva interesa imaju podjednako veliki značaj. (...) Zaštita okrivljenog je podjednako važno kao zaštita društva, jer je ona ustanovljena u javnom interesu. (...) Zbog toga krivični postupak mora biti uređen tako da što manje ograničava osnovna prava i slobode građana i da što šire prizna pravo odbrane okrivljenom, da bi se njegova stvar raspravila pravilno.²

Pravni osnov za naknadu štete licima koja su neopravdano osuđena ili neosnovano lišena slobode se „delimično temelji na opštem pravnom pravilu da štetnik, a ovde je to, u najopštijem smislu, država čiji organ „pogrešio” treba da nadoknadi štetu oštećenom, jer se ovaj vid državne naknade štete u osnovi i po pravilu ne zasniva na krivici.”³

¹ dr. Bakonyi Mária: javni tužilac, Javno tužilaštvo Siklós, Mađarska, Siklós, Batthyány utca 1., e-mail: bakonyimaria21@gmail.com

² M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2011, 33-34.

³ M. Škuljić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 2010, 525.

Odgovornost za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude je tek u novije vreme, i to ne u svim pravnim sistemima, uvedena kao pravni institut. To pitanje je najpre pokrenula pravna teorija, zasnovana na doktrini liberalizma, rukovođena idejom ljudskih prava koja je imala uporište u shvatanju o urođenom čovekovom dostojanstvu iz kojeg proizlaze, kao neotuđiva, prava i slobode koje nikakva vlast niti daruje niti može oduzeti. Njih je dala priroda, a ne država.⁴

Državni organ nije ravnopravan učesnik u pravnim odnosima sa građaninom, već kao nosilac javne vlasti istupa sa jačom voljom, autoritativnom manifestacijom sile. Međutim, okolnost da se država pojavljuje kao subjekt odgovornosti ne stvara nužno osnov za ustanovljava kao pravna dužnost režima, jer, u suštini, i kod ove vrste odgovornosti preovlađuju građanskopravni elementi.⁵

2. Teorije o naknadi štete s kraja XIX veka i posle

Za razliku od teorija po kojima se naknada dodeljuje kao pomoć oštećenom, kao što je to ranije bio slučaj u italijanskom pravu, po shvatanju ove teorije naknada se ustanovljava kao prava dužnost države odnosno kao pravna obaveza, ali se ta obaveza obrazlaže pravičnošću.⁶

U pravnoj literaturi XIX veka se razvila oštra polemika o tome da li uopšte pripada naknada za štetu koja je nastala zbog neopravdano pretrpljenih prinudnih mera, odnosno zbog neosnovane osude, a ako tako nešto postoji, koji je pravni osnov za to.

U zavisnosti od odgovora na ovo pitanje, formirana su tri gledišta.⁷

Pobornici prve teorije su otvoreno negirali osnovanost naknade štete, smatrajući da su neopravdano osuđena lica ili lica koja su neosnovano lišena slobode tek slučajne žrtve pravosuđa, te kao takvi, oni ne mogu postavljati zahteve za naknadu štete prema državi.

Ni zastupnici drugog gledišta – među koje spadaju Ulmann, Liszt, Schwarze, Bar, Kronecker – doduše ne priznaju postojanje pravnog osnova za naknadu štete, tvrdeći da je u ovim slučajevima lišenje slobode legalno kad za to prema određenom licu postoji osnovana sumnja, odnosno da pravnog osnova nema ni zbog toga što se država ne može pozivati na odgovornost kada vrši svoja prava koja proističu iz njenog suvereniteta. Uprkos ovome, svaki od pomenuatih autora je zauzeo stav da je u ovakvim slučajevima, čak i u odsustvu pravnog

⁴ R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: JP Službeni glasnik 2010, 452.

⁵ Milan B. Marković, Osnov odgovornosti za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude, <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0352-3713/2014/0352-37131403040M.pdf> Pregledni naučni rad, 40.

⁶ Milan B. Marković, „Osnov odgovornosti za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude”, *Pravo- teorija i praksa*, broj 01-03/2014, 40-52, 44.

⁷ Finkey Ferenc, *A Magyar Büntető Eljárás Tankönyve*, /Udžbenik krivičnog postupka Mađarske/, Budapest, 1903, 565., na istu temu vidi: Auer György - Mendelényi László, *A Büntető Perrendtartásról szóló 1986:XXXIII. t.c. és melléktörvényeinek magyarázata*, VI. kötet: Járásbíróági eljárás és kártalanítás, eljárás a fiatalkorúak bírósága előtt és a melléktörvények, /Komentar Zakona i podzakonskih akata o krivičnom procesnom pravu i postupku, VI tom: Postupak pred sreskim sudovima i naknada štete, postupak pred sudom za maloletnike i podzakonski akti/, Budapest 1934, 89.

osnova, država dužna da se *postavi na principe pravičnosti* i da naknadi štetu nevinim oštećenima. Od mađarskih autora, i László Fayer (...) pominje institut naknade štete samo kao nužno zlo, tj. kao „malum necessarium”.⁸

Geyer, Stenglein, Kissling, Lilienthal, Niessen, Wahlberg, Balogh, Doleschall, a između ostalih i Finkey – sledeći stavove Benthama, Filangierija i Carrare –, kao zastupnici trećeg gledišta, zauzeli su stanovište da država mora da bude odgovorna ne samo iz razloga pravičnosti ili iskazujući samilost, već obezbeđivanje naknade štete predstavlja ujedno i njenu pravnu obavezu. Finkey u svom Udžbeniku krivičnog postupka Mađarske navodi sledeće: „država ima pravo da preduzme prinudne mere dozvoljene u krivičnom postupku, kao što je lišenje slobode ili pritvor, odnosno ima pravo da primeni neku kaznu ali isključivo prema stvarnim krivcima. Međutim, čim se za lica koja su pretrpela ovakve mere kasnije ispostavi da je prema njima država neopravdano primenila bilo preventivna, bilo represivna sredstva, postaje nesporno da je država, odnosno da su njeni organi postupali pogrešno i nepravedno, čak i kada je sâm postupak formalno legalno sproveden. Pravni osnov naknade štete Finkey vidi u *materijalnoj nelegalnosti* ovakvog postupka, tvrdeći da je u ovakvim slučajevima štetu pretrpelo takvo lice, kome su neosnovano prekršena lična prava i slobode zagarantovana ustavom.”⁹

Istorijski gledano, naknada štete je, kao kompenzacija za pretrpljen neosnovan prethodni pritvor, istražni zatvor ili kažnjavanje u drugoj polovini XIX veka postala prihvaćena institucija kako u mađarskom, tako i u pravnim sistemima evropskih zemalja.¹⁰

Pravni osnov ove odgovornosti treba tražiti u nekoj vrsti objektivne odgovornosti države, istovremeno ostavljajući po strani nadmudrivanje oko toga da li je naknada štete subjektivno pravo ili se daje po osnovu pravičnosti. Naime, svakako se radi o subjektivnom pravu, a pravni osnov za naknadu štete se ovde u osnovi temelji na dejstvu načela pravičnosti, kao najopštije i najznačajnijeg krivičoprocesnog principa ali on ima i jedan dodatni specifični aspekt, koji svojim organima daje pravo lišavanje slobode građana, njihovog krivičnog gonjenja i osuđivanja i koji istovremeno kreira pravni sistem u kome žive građani, a to je država, mora snositi i određeni rizik u odnosu na delovanje nekih elemenata svog pravnog sistema i postupke svojih organa, a tako i finansijski teret koji nastaje iz neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude.¹¹

Postoje teorije o naknadi štete po osnovu neke vrste osiguranja građana od štete koju pretrpe od države kao žtve sudskih zabluda ili grešaka, a iz sredstava poreskih obveznika.¹²

⁸ Fayer László: A magyar BP. vezérfonala. /Ideje vodilje mađarskog KPZ/, Budapest 1899, 404.

⁹ Finkey Ferenc: A Magyar Büntető Eljárás Tankönyve /Udžbenik krivičnog postupka Mađarske/, Budapest 1903, 565.

¹⁰ 41/2003. (VII.2.) Odluka US 3.1. AB határozat

¹¹ M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 2010, 525.

¹² M. Grubač, *Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode*, Savremena administracija Beograd 1979, 20-21.

Danas više nije pitanje u tome da li je subjektivno pravo na naknadu štete više ili manje slično nekom drugom, zakonom već priznatom pravu, i da li se može podvesti pod pravni osnov nekog već postojećeg subjektivnog prava, već da li ono spada u red osnovnih prava čoveka, koje na osnovu pravnih principa međunarodne zajednice i propisa ustavnog prava mora biti poštovano u svakoj zajednici. Pravo na naknadu štete u principu nije pitanje ni krivičnog ni građanskog prava već pitanje koje ulazi u red osnovnih prava čoveka i ima svoj pravno-politički osnov u ustavu.¹³

3. Odgovornost države za naknadu štete prema međunarodnim dokumentima odnosno u presudama Evropskog suda ljudskih prava

Prve pravno obavezujuće međunarodne norme o odgovornosti države za naknadu štete nalaze se u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima¹⁴, kako sledi:

Član 9. 1. Svako ima pravo na slobodu i ličnu bezbednost. Niko ne može biti samovoljno uhapšen ili pritvoren. Niko se ne može lišiti slobode sem iz razloga i u skladu sa postupkom u zakonu predviđenim.

2. Svako ko je uhapšen biće u trenutku hapšenja obavešten o razlozima hapšenja i u najkraćem roku će mu se saopštiti bilo kakva optužba protivu njega.

3. Svako ko je uhapšen ili zatvoren zbog krivičnog dela biće u najkraćem roku izveden pred sudiju ili nekog službenika, zakonom ovlašćenog da vrši pravosudne funkcije, i u razumnom roku će mu se suditi ili će biti oslobođen. Stavljanje u pritvor lica koja očekuju da im se sudi ne sme biti opšte pravilo, ali puštanje na slobodu može se usloviti jamstvom kojim će se osigurati prisustvo lica u pitanju na suđenju u bilo kom stadijumu sudskog postupka, kao i u slučaju potrebe, radi izvršenja presude.

4. Ko god je hapšenjem ili pritvaranjem lišen slobode ima pravo da uloži žalbu kod suda u cilju da sud bez odlaganja odluči o zakonitosti lišenja slobode i naredi njegovo oslobođenje ako je pritvaranje bilo nezakonito.

5. Svako ko je nezakonito uhapšen ili pritvoren ima pravo na naknadu štete.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁵ u članu 5. ima sledeće propise:

¹³ M. Grubač, *Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode*, Savremena administracija Beograd 1979, 24.

¹⁴ Usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje rezolucijom Generalne skupštine 2200A (XXI) od 16. decembra 1966. godine. Mađarska ga je ratifikovala 1976. godine Uredbom sa zakonskom snagom broj 8.

¹⁵ Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Konvencija je pod okriljem Saveta Evrope doneta u Rimu 04. novembra 1950. godine, a naša država ga je ratifikovala 1993. godine. (Zakon iz 1993. godine broj XXXI, koji je stupio na snagu 15-og aprila 1993. godine)

1. Svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom:

- a) u slučaju zakonitog lišenja slobode na osnovu presude nadležnog suda;
- b) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze propisane zakonom;
- c) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju;
- d) u slučaju lišenja slobode maloletnog lica na osnovu zakonite odluke u svrhu vaspitnog nadzora ili zakonitog lišenja slobode radi njegovog privođenja nadležnom organu;
- e) u slučaju zakonitog lišenja slobode da bi se sprečilo širenje zaraznih bolesti, kao i zakonitog lišenja slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droga ili skitnica;
- f) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode lica da bi se sprečio njegov neovlašćeni ulazak u zemlju, ili lica protiv koga se preduzimaju mere u cilju izгона ili ekstradicije.

2. Svako ko je uhapšen mora biti obavešten bez odlaganja i na jeziku koji razume o razlozima za njegovo hapšenje i o svakoj optužbi protiv njega.

3. Svako ko je uhapšen ili lišen slobode shodno odredbama iz stava 1.c ovog člana mora bez odlaganja biti izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja sudske funkcije i mora imati pravo da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja. Puštanje na slobodu može se usloviti jemstvima da će se lice pojaviti na suđenju.

4. Svako ko je lišen slobode ima pravo da pokrene postupak u kome će sud hitno ispitati zakonitost lišenja slobode i naložiti puštanje na slobodu ako je lišenje slobode nezakonito.

5. Svako ko je uhapšen ili lišen slobode u suprotnosti s odredbama ovog člana ima utiživo pravo na naknadu.

6. Protokol Evropske konvencije u članu 3., pod naslovom „Naknada za pogrešnu presudu” daje još jasniji pregled o naknadi štete onim licima koja su neosnovano lišena slobode, i to pravnosnažnom presudom.

„Ako je neko lice bilo pravosnažnom presudom osuđeno zbog krivičnog dela i ako je kasnije njegova presuda bila ukinuta ili je bio pomilovan zbog toga što neka nova ili novootkrivena činjenica neosporno ukazuje da se radilo o sudskoj grešci, lice koje je pretrpelo kaznu kao posledicu takve osude dobiće naknadu u skladu sa zakonom ili praksom dotične države, osim ako se ne dokaže da je ono u potpunosti ili delimično odgovorno za to što nepoznata činjenica nije blagovremeno otkrivena.”

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava je usvojena 1950, a stupila na snagu 1953. godine, kada ju je ratifikovalo deset država. Svih deset su bile zapadnoevropske parlamentarne demokratije i skoro su sve imale bogatu tradiciju poštovanja ljudskih prava. Međutim, u vreme donošenja Konvencije mnoge evropske nacije živele su pod diktaturom, bilo fašističkom (Španija, Portugal), bilo komunističkom (cela istočna Evropa).¹⁶

Materija ljudskih prava predstavlja oblast u kojoj su tumačenja naročito dinamična. Op je prihvaćen stav da konvencije o ljudskim pravima treba tumačiti u duhu savremenih, važećih vrednosti, a ne onih koje su bile opšteusvojene u trenutku kada su konvencije donošene. Takav stav je više puta zauzeo i Evropski sud za ljudska prava u odnosu na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima: *njene odredbe treba tumačiti i primjenjivati tako da zaštita koju pružaju bude praktična i efikasna, a svako tumačenje prava i sloboda koje ona štiti mora da bude u skladu s „opštim duhom Konvencije”*.

Pritvoriti se može samo osoba za koju postoji osnovana sumnja da je izvršila krivično delo.¹⁷ Ta sumnja mora biti razumna. Da bi se smatrala razumnom, sumnja mora biti iskrena i poštena i zasnovana na činjenicama ili informacijama koje objektivno povezuju osumnjičenu osobu i krivično delo koje joj se stavlja na teret. Drugim rečima, sumnja se ne sme zasnivati samo na osećajima, instiktima ili predrasudama sudija. Naravno, u trenutku kada se donosi odluka o pritvoru, dokazi na kojim se sumnja zasniva ne moraju biti dovoljni da bi neko bio osuđen, pa ni čak da bi bila podignuta optužnica. Sama činjenica da je neko u prošlosti izvršio krivično delo slično onom za koje se sumnjiči nije dovoljna da bi se toj osobi mogao odrediti pritvor. Potrebno je da postoje još neke, konkretne činjenice koje osumnjičenog dovode u vezu sa krivičnim delom za koje se sumnjiči.¹⁸

Kada postoji osnovana sumnja da neko je izvršio krivično delo, to samo po sebi nije dovoljan razlog da bi se toj osobi odredio pritvor. Pritvor se može odrediti samo ako postoje dokazi koji ukazuju na to da bi osumnjičeni mogao:

- pobeći, odnosno postati nedostupan sudu,
- ometati postupak (npr. tako što bi pretio svedicima, uništio dokaze ili sklapao nezgodne dogovore sa drugim učesnicima u postupku),
- nastaviti ili ponoviti krivično delo,
- ugroziti javni red i mir.¹⁹

Uslovi i okolnosti bitne za odlučivanje o meri pritvora u odlukama Evropskog suda ljudskih prava su interesantne, ali u vezi s temom baviti će se samo

¹⁶ R. Dragičević Dičić, I. Janković, *Sprečavanje i kažnjavanje mučenja i drugih oblika zlostavljanja*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2011, 47.

¹⁷ Be. § 276. stav 1. tačka a)

¹⁸ Biblioteka, Izveštaji: Pritvor – Ultima ratio?, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2014, 32, Vidi još: Fox, Campbell i Hartley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstave br. 12244/86, 12245/86, i 12383/86.

¹⁹ Biblioteka, Izveštaji: Pritvor – Ultima ratio?, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2014, 33.

sa razlozima u vezi s bekstvom itd. odnosno ometanjem postupka, jer ti razlozi isključuju zahteva na naknadu štete.

U vezi s razlogom opasnošću od bekstva²⁰ u slučaju Mansur protiv Turske²¹ Evropski sud je ustanovio povredu člana 5 Evropske konvencije upravo zbog toga što je sud kao osnov za određivanje pritvora uzimao u obzir samo težinu zaprečene kazne.

Osim toga stav je suda da je pogrešno i kada se u odlukama o pritvoru stalno ponavlja jedan isti razlog ili se koriste stereozipne formulacije kojima se obrazlažu odluke o pridruženju pritvora.

Mogućost nedozvoljenog uticaja na postupak skoro svaki Krivično procesni zakon sadrži, tako i mađarski u § 276. stavu 1. tački b).

Bojazan od toga da bi okrivljeni mogao uticati na vođenje postupka tako što bi, npr. uništio dokaze, uticao na svedoke ili pomagao da odgovornost izbegnu njegovi saučesnici legitiman je razlog da mu se odredi pritvor. Međutim, odluka Evropskog suda ljudskih prava o određivanju pritvora zbog mogućnosti da okrivljeni utiče na postupak na nedozvoljan način mora imati uporište u konkretnim okolnostima slučaja.(...) Materijalni dokazi se najčešće prikupe na samom početku postupka, tako da ih je u kasnijoj fazi postupka teže uništiti, a i mogućnost uticaja na svedoke obično prestaje nakon što budu saslušani.²²

U slučaju Lettelier protiv Francuske Evropski sud za ljudska prava je stao na stanovište da je tokom pripreme optužbe pritvor opravdan zbog postojanja opasnosti da se utiče na svedoke, ali nakon podizanja optužbe ovakva opasnost postepeno nestaje.²³

Da bi odluka o određivanju pritvora bila valjano obrazložena, u njoj moraju biti navedene sve relevantne činjenice, odnosno sve činjenice na kojim se odluka zasniva. Ne mogu biti zakonite odluke u kojim se samo navode članovi zakona koji dozvoljavaju da okrivljeni tokom postupka bude pritvoren. U slučaju Boicenco protiv Moldavije²⁴ Sud smatrao je da je pravo podnosioca predstavke na slobodu i bezbednost ličnosti povređeno, jer mu je pritvor određen i produžavan odlukama u kojim su bile navedene samo odredbe važećeg zakona, ali ne i obrazloženje osnovanosti tvrdnje da bi podnosilac predstavke mogao da ometa postupak, pobjegne ili ponovo izvrši krivično delo. Važno je da se iz obrazloženja odluke o pritvoru može videti da je sud prilikom donošenja odluke uzeo u obzir sve relevantne činjenice. ²⁵ U slučaju Mamedova protiv Rusije Evropski sud je smatrao da postoji povreda prava na slobodu i bezbednost ličnosti jer se u odluci suda o pritvoru moglo videti sa su sudije prilikom

²⁰ Be. § 276. stav 1. tačka a)

²¹ Mansur protiv Turske predstavka 16026/90. Vidi detaljnije: Biblioteka, Izveštaji: Pritvor – Ultima ratio? Izdavač: Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2014, 33-34.

²² M. Macovei, *The right to liberty and security of the person: A guide to implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Stazbur 2002, 31.

²³ Biblioteka, Izveštaji: Pritvor – Ultima ratio? Izdavač: Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2014, 35.

²⁴ Boicenco protiv Moldavije, predstavka br. 41088/05.

²⁵ Biblioteka, Izveštaji: Pritvor – Ultima ratio? Izdavač: Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2014, 37.

njihovog donošenja zanemarile lične prilike podnositeljke predstavke, koje su bile relevantne.²⁶

4. Odredbe mađarskog ustava o naknadi štete za lica neosnovano lišenih slobode

Mađarski Ustav pod naslovom „Sloboda i odgovornost” u članu I. stav 1. deklariše da „Neprikosnovena i neotuđiva osnovna ljudska prava treba poštivati. Zaštita tih prava je primarna obaveza države.”

U članu IV. stav 1. možemo naći sledeće: Svako ima pravo na slobodu i ličnu bezbednost.²⁷

Mađarski Ustav u članu IV, stav 2. i 3. propisuje da:

2. Niko ne može biti lišen slobode osim u zakonom propisanim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom.(...)

3. Svako osumnjičeno lice i lice lišeno slobode mora da bude pušteno na slobodu ili bez odlaganja mora biti izvedeno pred sud. Lice lišeno slobode i izvedeno pred sud mora se saslušati i odluka o pritvoru mora da bude valjana oblažložena.

Odredba koja je važna za ovu temu se nalazi u Ustavu Mađarske, u članu IV. stav 4:

„Lice koje je neosnovano ili protivzakonito lišeno slobode ima pravo na naknadu štete.”

5. Pravni osnov odgovornosti države za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u mađarskoj od početka do današnjih dana

Zakon o krivičnom postupku iz 1896. godine broj XXXIII (u daljem tekstu: Bp.) je uslove za obeštećenje zbog lišenja slobode odredio na takav način da je pravo na naknadu pripadalo samo stvarno (materijalno) nevinom licu. U skladu sa ovom činjenicom su određeni i razlozi za isključenje prava na naknadu štete. Funkcija razloga za isključenje je bilo da spreče obeštećenje u onim slučajevima, kada je stvarno nevinu lice svojim namernim radnjama doprinelo tome da ga sud uhapsi, jer je pokušao da pobjegne ili je pobjegao, sebe lažno prijavio, dao lažno priznanje, nastojao da ukloni tragove krivičnog dela, da svedoka ili saokrivljenog ili veštaka navede na davanje lažnog iskaza ili mišljenja, ili ih navodio da uskrate davanje iskaza ili mišljenja.²⁸

Zakon o krivičnom postupku iz 1951. godine broj III, kao i zakon o njegovim izmenama iz 1954. godine broj V je obeštećenje na isti način vezivao za dokazanu nevinost, ali je kod određivanja razloga za isključenje ovaj zakon napustio taksativno nabranjanje, kao razloge za isključenje je pored bega zadržao

²⁶ Mamedova protiv Rusije, predstavka br. 7064/05.

²⁷ Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 5. prva rečenica

²⁸ Bp. § 576-577.

dovođenje organa u zabludu radi onemogućavanja uspešne istrage i izvršenje neke druge radnje koja se može pripisati izvršiocu kako bi se sumnja usmerila na njega, kao i slučaj kada je prilikom oslobađanja izrečena mera prinudnog lečenja. Formulacija ovih normi je uopštenija, ostavljajući više prostora za procenjivanje onima koji su ih primenjivali. Ovakav način normiranja je preuzela i Uredba sa zakonskom snagom o krivičnom postupku iz 1962. godine broj 8. Prošireni su uslovi za obeštećenje, zahtev za naknadu štete je priznat i kada je okrivljenog sud oslobodio zbog nedostatka dokaza. Ovaj proces se nastavio. Počev od 1985. godine obeštećenje je postalo moguće i kada je sud obustavio postupak zbog dokazane nevinosti okrivljenog, odnosno zbog odustanka od optužbe usled nedostatka dokaza (§ 3. Uredbe sa zakonskom snagom o izmenama ZKP iz 1984. godine broj 20.). Od 1988. godine su pravni osnovi za obeštećenje prošireni razlozima koji isključuju kažnjivost, sa izuzetkom neznatne društvene opasnosti dela i nepostojanja privatne tužbe. Od tog vremena je osnov za obeštećenje postala i odluka o obustavljanju istrage koja se zasnivala na nedostatku dokaza (§ 67. Zakona o izmenama KPZ iz 1987. godine broj IV). Zakonodavac je 1995. godine ponovo proširio pravne osnove za naknadu štete i priznao pravo na zahtevanje obeštećenja i onom licu po čijem predmetu je kažnjivost bila isključena zbog nepostojanja privatne tužbe, a obeštećenje je među razlozima za isključenje proširio i na zastarevanje, odnosno u pogledu krivičnoprocesnih smetnji i na ranije već pravnosnažno presuđenu radnju (§ 20. Zakona o izmenama Zakona o krivičnom postupku iz 1994. godine broj XCII).

Izmene iz 1994. godine su izvršene da bi se važeće norme uskladile sa članom 6. tačka 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava.²⁹

Mađarska ima novi Zakon o krivičnom postupku (Büntetőeljárás törvény, u daljnjem tekstu: Be.), to je zakon iz 2017. godine broj XC, koji je na snazi od 1. jula 2018. godine.

U glavi CVII pod naslovom „Naknada za neosnovano ograničavanje slobode” se nalaze odredbe o naknadi štete, kao i odredbe sa razlozima za isključenje prava na obeštećenje.

Pod uslovima navedenim u ovom zakonu, okrivljeni ima pravo na naknadu, ako mu je sloboda neosnovano ograničena, odnosno oduzeta u krivičnom postupku ili je do toga došlo kao rezultat takvog postupka. Naknada služi isključivo kao obeštećenje za štetu nastalu samim postojanjem i trajanjem ograničenja, odnosno lišenja slobode.

Obeštećenje pripada za hapšenje, prethodno obavezno lečenje i krivični nadzor, tokom kojih je sud okrivljenom naložio da bez dozvole ne može napuštati stan, druge prostorije, ustanovu ili pripadajući posebno odrađeni prostor, kao i za pritvor naložen pre izricanja pomenutih mera, ako je:

²⁹ 41/2003 (VII.2.) Odluka US 3.1.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

I. tužilaštvo ili istražni organ obustavio postupak, iz razloga što
1.) izvršena radnja ne predstavlja krivično delo,
2.) krivično delo nije izvršio osumnjičeni,
3.) na osnovu raspoloživih podataka, odnosno dokaznih sredstava se nije moglo utvrditi izvršenje krivičnog dela, ili je utvrđeno postojanje razloga koji isključuje kažnjivost počinioca, odnosno kažnjivost izvršene radnje,
4.) na osnovu raspoloživih podataka, odnosno dokaznih sredstava se nije moglo utvrditi da je krivično delo izvršio osumnjičeni,
5.) zastarevanjem je nastupila nemogućnost kažnjavanja,
6.) izvršena radnja je već pravnosnažno presuđena ³⁰ ;
II. sud
1.) okrivljenog pravnosnažno oslobodio, osim kada mu je odredio obavezno lečenje,
2.) pravnosnažnim meritornim rešenjem obustavio postupak zbog toga što je a) nastupila nemogućnost kažnjavanja okrivljenog usled zastarevanja, b) tužilaštvo odustalo od optužbe, c) izvršena radnja već pravnosnažno presuđena,
3.) konačnim nemeritornim rešenjem obustavio postupak zbog toga što je a) izostalo disponiranje privatne tužbe, krivične prijave ili vrhovnog tužioca određeno u § 3. stav 3. KZ, b) tužbu podnelo neovlašćeno lice ili c) tužba ne sadrži sve ili neke obavezne zakonske elemente, pa se usled toga ne može razmatrati,
4.) pravnosnažno utvrdio krivicu okrivljenog, pa a) mu je samo izrekao meru uslovne slobode, društveno korisnog rada ili ukora, ili b) nije izrekao kaznu ³¹ ;
III. sud pravnosnažno utvrdio postojanje krivice okrivljenog, a trajanje mere premašuje pravnosnažno izrečeno
a) trajanje kazne zatvora,
b) trajanje zatvora,
c) trajanje društveno korisnog rada,
d) broj dnevnih ekvivalenata novčane kazne,
e) trajanje mere u vaspitno-popravnoj ustanovi ³² ;

³⁰ Be. § 845. stav 1.

³¹ Be. § 845. stav 2.

³² Be. § 845. stav 3.

IV. Obeštećenje pripada za lišenje slobode, zatvor, izrečene vaspitne mere, odnosno obavezno lečenje u ustanovi izvršeno na osnovu pravnosnažne presude, ako je sud po vanrednom pravnom leku
--

- | |
|---|
| a) okrivljenog pravnosnažno oslobodio, osim ako je određeno obavezno lečenje, |
| b) okrivljenom pravnosnažno izrekao blažu kaznu, |
| c) okrivljenog pustio na uslovnu slobodu, obavezao ga na društveno koristan rad ili mu je izrekao ukor, |
| d) pravnosnažnim meritornim rešenjem obustavio postupak prema okrivljenom, ili |
| e) okrivljenom nije odredio meru obaveznog lečenja ³³ . |

6. Postupak za naknadu štete

Zahtev za naknadu štete se podnosi protiv države, a državu u postupku zastupa ministar pravosuđa.³⁴

U Mađarskoj se naknada štete može – po izboru oštećenog – tražiti ili u skraćenom postupku za naknadu štete ili u parnici za naknadu štete. Zahtev za naknadu štete se ne može realizovati u postupku po platnom nalogu.³⁵

Rok za pokretanje postupka za naknadu štete – koji ima prekluzivan karakter – iznosi godinu dana od dana kada je podnosiocu zahteva za obeštećenje saopštena odluka koja predstavlja osnov za traženje naknade.³⁶

Naravno, ukoliko podnosilac zahteva za naknadu štete umre u toku trajanja parnice za naknadu štete, postoji mogućnost da u roku od šest meseci – od dana nastupanja smrti – parnicu nastavi njegov naslednik. Ovo je takođe prekluzivan rok.

7. Skraćeni postupak za naknadu štete

Sušтина skraćenog postupka za naknadu štete je da podnosilac zahteva za naknadu štete može zahtevati obeštećenje zbog neopravdanog ograničavanja slobode čiji se iznos obračunava na način koji je utvrđen vladinom uredbom, pa se tada ne vodi parnica, postupak se okončava sporazumom koji se zaključuje između podnosioca zahteva i ministra pravosuđa.

U skladu sa Vladinom uredbom 138/2018 (VII.26.) – o bližim pravilima za skraćeni postupak za naknadu štete u vezi sa krivičnim postupkom – potrebno je ispuniti formular u koji se unose traženi podaci i koji treba da se sačini u formi privatne isprave sa potpunom dokaznom snagom³⁷, a koji se podnosi sudu određenom krivičnim zakonom, u zavisnosti od toga da li je postupak obustavio

³³ Be. § 845. stav 4.

³⁴ Be. § 848. stav 2.

³⁵ Be. § 848. stav 1.

³⁶ Be. § 849. stav 1.

³⁷ Vladina uredba 138/2018 (VII.26) § 1 stav 2.

istražni organ ili tužilaštvo, odnosno da li se radi o drugom slučaju (dakle, ako je reč o odluci suda)³⁸.

Sud će, *bez rasprave u meritumu*, odgovarajuće dokumente zajedno sa zahtevom u roku od mesec dana proslediti ministru pravosuđa, koji ima na raspolaganju dva meseca da ispita da li je zahtev za naknadu štete osnovan, odnosno da li možda postoje razlozi koji isključuju pravo na obeštećenje.³⁹

Prema već pomenutoj vladinoj uredbi, ministar pravosuđa može na osnovu podnetog zahteva i prosledene dokumentacije da zatraži dodatne podatke, da proveriti dobijene podatke i da na osnovu toga donese odluku o neosnovanosti⁴⁰ ili osnovanosti⁴¹ zahteva.

Ako podnosilac zahteva bude obavešten o neosnovanosti njegovog zahteva, u roku od dva meseca može pismenim podneskom upućenim ministru pravosuđa da pokrene parnicu za naknadu štete.

Ukoliko podnosioca zahteva za naknadu štete ministar pravosuđa obavesti o osnovanosti njegovog zahteva, to obaveštenje mora da sadrži tačno određeni pravni osnov za obeštećenje, broj dana koliko je trajalo ograničenje slobode koje predstavlja osnov za obeštećenje, iznos naknade i napomenu da na osnovu § 855. st. 1. ili 2. Be. nije izvršena isplata celokupnog iznosa obeštećenja.

Sporazum se zaključuje pismeno u roku od pet meseci⁴² od dana podnošenja zahteva na taj način da podnosilac zahteva za naknadu štete mora da vrati nacrt izjave ministra pravosuđa o prihvatanju sačinjen u formi privatne isprave sa potpunom dokaznom snagom.⁴³ Ako se sa podnosiocem zahteva zaključuje sporazum, novi zahtev za obeštećenje se više ne može postavljati.⁴⁴ Iznos obeštećenja koji je utvrđen sporazumom o naknadi štete treba isplatiti u roku od 15 dana.⁴⁵

Ukoliko do zaključenja sporazuma ne dođe, podnosilac zahteva za obeštećenje ima mogućnost da pokrene parnicu za naknadu štete u roku od dva meseca od dana kada mu je pismom saopšteno obaveštenje.⁴⁶ Zahtev se podnosi putem ministra pravosuđa, koji ga neodložno dostavlja sreskom sudu ili sudu koji je nadležan za vođenje parnice za naknadu štete.

Prema Vladinoj uredbi, visina naknade štete po danu iznosi 7.000,- forinti, a u slučaju krivičnog nadzora⁴⁷ po danu iznosi 3.500,- forinti.⁴⁸

³⁸ To znači da su pored podataka o podnosiocu zahteva i njegovog potpisa potrebna i dva svedoka koji navode svoje podatke i stavljaju svoje potpise.

³⁹ Be. § 851. stav 3. i 4.

⁴⁰ Vladina uredba 138/2018 (VII.26) § 3.

⁴¹ Vladina uredba 138/2018 (VII.26) § 4.

⁴² Be. § 852 stav 1.

⁴³ Vladina uredba 138/2018 (VII.26) § 5 stav 1.

⁴⁴ Be. § 851. stav 7.

⁴⁵ Be. § 851 stav 8.

⁴⁶ Be. § 852 stav 1

⁴⁷ Dakle kada je sud okrivljenom naložio da bez dozvole ne može napuštati stan, druge prostorije, ustanovu ili pripadajući posebno odrađeni prostor.

⁴⁸ Vladina uredba 138/2018 (VII.26) § 7 stav 1.

8. Parnica za naknadu štete

U parnici za naknadu štete se može zahtevati naknada štete i bolnina za pretrpljenu neimovinsku štetu.⁴⁹

Obeštećenje dospeva na dan saopštenja odluke kojom se obustavlja postupak ili na dan stupanja na snagu odluke kojom se pravna stvar rešava.⁵⁰

U parnici se ne može ostvarivati zahtev za naknadu braniocu angažovanim u krivičnoj stvari niti za naknadu njegovih troškova.⁵¹

U parnici za naknadu štete se primenjuje zakon o parničnom postupku, sa odstupanjima koje predviđaju odredbe zakona o krivičnom postupku.

Parnica se pokreće tužbenim zahtevom. Na stvarnu i mesnu nadležnost suda se primenjuju ista pravila kao i kada se skraćeni postupak za naknadu štete ne okonča pismenim sporazumom: ako je postupak obustavio istražni organ ili tužilaštvo, postupaće onaj sud koji je na osnovu zahteva tužilaštva doneo odluku o hapšenju, prethodnom obaveznom lečenju, odnosno krivičnom nadzoru, a u ostalim slučajevima sud koji je u krivičnoj stvari postupao u prvom stepenu.

Sud će u roku od mesec dana od dana kada je primio tužbeni zahtev bez meritornog razmatranja isti proslediti sreskom ili drugom parničnom sudu koji je nadležan prema sedištu ministra pravosuđa.⁵²

9. Razlozi za isključenje

Podnosilac zahteva nema pravo na naknadu štete:

a) ako se od suda, tužilaštva ili organa istrage skrivao, pobeo, pokušao da pobege, odnosno izbegao ili pokušao da izbegne meru usmerenu na njegovo hapšenje,

b) ako je s ciljem da osujeti utvrđivanje činjeničnog stanja izvršio krivično delo, što je i utvrđeno pravnosnažnom meritornom odlukom,

c) ako je nakon saznanja o pokretanju krivičnog postupka nastojao da sud, tužilaštvo ili organ istrage dovede u zabludu, i time namerno dao razlog da se sumnja o izvršenju krivičnog dela usmeri prema njemu i da mu se odredi, produži ili nastavi pritvor, hapšenje, prethodno obavezno lečenje, odnosno krivični nadzor,

⁴⁹ Be. § 853. stav 1. tačke a) i b).

⁵⁰ Be. § 853. stav 3.

⁵¹ Be. § 853. stav 4. Kurija je u svom načelnom mišljenju pod brojem 2140/2010. detaljno iznela da prema § 339. stav 3. Zakona iz 1998. godine broj XIX (raniji Zakon o krivičnom postupku), ukoliko je tužbu predstavljao tužilac, a sud oslobodi okrivljenog, država će u roku od 30 dana od pravnosnažnosti odluke – u visini koja je određena posebnim propisom – okrivljenom nadoknaditi njegove troškove, kao i neavansirane naknade i troškove njegovog branioca nastale u toku postupka. O ovim pitanjima odluku donosi sud, i to po službenoj dužnosti ako se radi o oslobađajućoj presudi, odnosno naknadno, u posebnom postupku, ako nije imao mogućnost da o tome odlučuje prilikom donošenja odluke o pravnoj stvari. Odluke donete u skladu sa ovim stavom videti: EBH 2008/1778, kao i mišljenje Vrhovnog suda 4/2007. i BK (BH 2007/8.)

⁵² Be. § 854. stav 4.

d) ako je njegovo hapšenje ili krivični nadzor određen na osnovu § 293.⁵³,

e) ako je u ponovljenom postupku došlo do oslobađanja, izricanja blaže kazne, puštanja na uslovnu slobodu, nalaganja društveno korisnog rada ili izricanja ukora, ali je on u osnovnoj stvari prečutao one činjenice ili dokaze na kojima se zasniva presuda doneta u ponovljenom postupku.

Do isključenja prava na naknadu štete može dovesti i svaka namerna radnja okrivljenog koja mada nema za cilj da organe vlasti dovede u zabludu, ali je pogodna da naknadno postane osnov da sud koji odlučuje o obeštećenju dođe do zaključka o prostoj verovatnoći da je krivično delo izvršeno. Okrivljenom se mogu pripisati i one nehatne radnje okrivljenog koje kod suda koji odlučuje o obeštećenju potvrđuju postojanje „obične” sumnje da je krivično delo izvršeno. Pri tome se prinudne procesne mere – pod određenim uslovima – mogu primeniti samo protiv onih lica za koja kod istražnih organa postoji osnovana sumnja o izvršenju krivičnog dela.

Dakle, prilikom određivanja razloga za isključenje zakonodavac nije doveo u vezu uslove za primenu procesnih prinudnih mera sa radnjama okrivljenog, već je radnje okrivljenog povezao sa sumnjom u izvršenje krivičnog dela. To jest, zakon neće priznati zahtev za naknadu štete ne u onom slučaju kada (namerno ili nehatno) ponašanje okrivljenog daje osnova za opasnost npr. od bekstva, skrivanja, koluzije ili izvršenja novog krivičnog dela, nego u slučaju kada je sud koji odlučuje o obeštećenju po njegovom namernom ili nehatnom ponašanju procenio da je ono moglo da izazove „običnu” sumnju o izvršenju krivičnog dela. Istovremeno, sumnja o izvršenju krivičnog dela je dovoljna samo za pokretanje krivičnog postupka, ali nije dovoljna da se zbog toga određeno lice pozove na odgovornost, a naročito nije dovoljna za to da se prema datom licu preduzmu prisilne procesne mere koje ograničavaju njegovu ličnu slobodu.⁵⁴

Izpočetka ćutanje odnosno odbijanje davanja iskaza je isključilo pravo na naknadu štete, ali sad već je prihvaćen stav da odbijanje davanja iskaza samo po sebi ne isključuje obeštećenje.

Prema zajamčenim osnovnim principima krivičnog postupka okrivljeni ima pravo da se brani ćutanjem, nezavisno od motiva i namere. Okrivljeni može da odbije da da iskaz nezavisno od njegove krivice i nije dužan da saopšti razlog za odbijanje davanja iskaza. Okrivljeni nije dužan ni da govori istinu. U ovom smislu su granice odbrane u principu određene odredbama krivičnog materijalnog prava, pa lice može da izvrši krivična dela kao što su lažno prijavljivanje, dovođenje organa u zabludu, navođenje na lažno svedočenje, ometanje službenog postupka, prečutkivanje oslobađajuće okolnosti, prikriivanje učinioca dela čak i u svojstvu okrivljenog. U ostalim slučajevima zakon daje prioritet pravu na odbra-

⁵³ Be. § 293.: Ako se nakon određivanja krivičnog nadzora, odnosno izolacije može utvrditi da ne postoje uslovi za izvršenje prinudne mere na osnovu sudske dozvole koja se tiče lične slobode, pa tako naročito ako se ne može postaviti tehnički uređaj za praćenje kretanja okrivljenog, treba odrediti pritvaranje okrivljenog i sud donosi novu odluku o prinudnoj meri na osnovu sudske dozvole koja se tiče lične slobode.

⁵⁴ 41/2003 (VII.2.) Odluka US 3.3.1.

nu, pa tako na primer ne može se kazniti okrivljeni ako koristi lažnu ispravu ili lažno materijalno dokazno sredstvo.⁵⁵

U članu 847. su navedene okolnosti u kojim slučajevima naknada štete ne pripada licu. Na primer, ako u slučaju obustave izvršenja zatvorske kazne zatvorsku kaznu kasnije ipak treba izvršiti, ako u slučaju puštanja na uslovnu slobodu uslovnu slobodu kasnije ipak treba ukinuti i izreći kaznu, ako u slučaju društveno korisnog rada kasnije ipak treba izreći kaznu. Država će tražiti povraćaj već isplaćene naknade štete, čija su bliža pravila propisana u § 856-857. Be.

10. Primer iz pravne prakse

Godine 1993. je u selu Ivad jedna starija žena postala žrtva brutalnog ubistva. Islednici su posumnjali da je zločin izvršio Deneš Pušoma, mladi lokalni kabadahija romske nacionalnosti. Krv se nalazila i na zidovima sobe žrtve, starica je bila toliko isprebijana da su je jedva prepoznali. Na Denešovoj odeći nije bilo tragova krvi. Ipak, islednici koji su ga ispitali su čvrsto sumnjali na njega.⁵⁶ Ustaljena praksa, navesti neškolovanog čoveka da nešto prizna u nadi da će biti pušten, pri čemu se ne vodi računa o tome da on ne razume pravnu terminologiju, da će se zbnuti na sudskoj raspravi.

Policijska istraga je otkrila tri „dokaza“:

1. Uzorak mirisa Deneša Pušome u stanu žrtve;
2. Iskaz jednog mentalno ometenog „očevica“, čiji govor nije bio razgovetan, pa je njegove reči tumačila njegova sestra;
3. Pismo koje je Deneš Pušoma napisao policiji dok je bio u pritvoru, a koje je on predao doušniku smeštenom u njegovu zatvorsku ćeliju. Doušnik je nastojao da se nagodi s policijom, pa je među sumnjivim okolnostima nastalo pismo o priznanju krivice predao policiji. Tokom policijske istrage je Pušoma bio zbunjivan, slaman, a prilikom ponovljenog ispitivanja naveden na davanje protivrečnih izjava.

Iz izjava meštana koji su svedočili u sudskom postupku se moglo zaključiti da oni Deneša Pušomu ne vole, da ga mrze. Na kraju je sud Deneša proglasio krivim i osudio ga na šest godina zatvora. Branilac po službenoj dužnosti se nije ni potrudio da Deneš Pušoma shvati izjave date na sudskom ročištu, da razume službenu terminologiju, a nije čak ni žalbu uložio.

⁵⁵ 41/2003 (VII.2.) Odluka US 3.2.1.

⁵⁶ Deneš Pušoma je bio veoma siromašan romski mladić sa periferije seoske zajednice koji je preživljavao od sezonskih poslova, koga su mnogi ljudi u selu izbegavali zbog njegovog „čudnog“, povremeno agresivnog, povremeno nerazumljivog ponašanja. Čovek potpuno neuk, koji jedva da je znao da čita i piše, ali koga je nešto „iznutra“ gonilo i teralo. Da je rođen u nekoj drugoj sredini, njegovu „osobenjaštvo“ bi možda smatralo nekom vrstom talenta i možda bi uspeo da se ispolji u nekoj drugačijoj formi. Njegova glava je bila ispunjena mnoštvom neoblikovanih misli, snova i slika. A nije raspolagao mehanizmima da ih ispolji, pa su njegove sposobnosti koje su se razlikovale od prosečnih za njega predstavljale hendikep. Njegovo okruženje je samo uočilo da on „razgovara sam sa sobom“, a samim tim je i „sumnjiv“.

Dve godine kasnije, 1996. islednici su uhapsili pravog ubicu, Aleksa Danoa, pa se tako tek naknadno ustanovilo da je pogrešna bila i sumnja, i optužba i presuda. Deneš je pušten na slobodu. Njegova majka je preminula dok se vodio postupak, tako da se on vratio u prazan stan. Njegovo selo ga nije prihvatilo, nije dobio posao. Jedan advokat je pokušao da izdejstvuje naknadu štete od države. On je po izlasku iz zatvora živeo od povremenih poslova, uzeo je i neke zelenaške pozajmice, s namerom da ih vrati iz naknade štete kojoj se nadao. Međutim, izgubio je spor, te je 17 meseci nakon izlaska iz zatvora u avgustu 1997. godine otišao na groblje i obesio se.

Prema jednoj **anglosaksonskoj studiji koja analizira razloge za donošenje krivih presuda**, razlozi za donošenje krivih presuda su sledeći:

- antipatija (predrasuda) društva prema nekoj osobi ili etničkoj zajednici,
- pritisak javnog mnjenja,
- nedostatak uverljivih dokaza,
- dosluh policije, tužilaštva i suda (oslanjanje na nepouzdate svedoke),
- korišćenje nalaza nepouzdanih stručnih veštaka,
- nezakonitost prikupljanja dokaza,
- nepostojanje efikasne odbrane.

U slučaju Deneša Pušome su postojale sve nabrojane okolnosti.

Zahtev za naknadu štete je odbijen na osnovu odredbe § 383. stav 3. tačka b) Zakona iz 1973. godine broj I koji je tada bio na snazi, prema kojoj naknada štete ne pripada licu koje je sâm pružio razlog da se sumnja o izvršenju krivičnog dela usmeri na njega. Advokat Deneša Pušome u postupku za naknadu štete pokrenuo je borbu radi stavljanja van snage ove odredbe, što je imalo za posledicu da je Ustavni sud 2003. godine svojom odlukom broj 41/2003. (VII. 2.) ovu odredbu poništio i međuvremenu je taj ceo pravni propis stavljen van snage.

Ustavni sud je u odluci 41/2003 (VII.2.) AB detaljno obrazložio da propuštanje prava na žalbu od strane okrivljenog ne može biti razlog za isključenje prava na obeštećenje. Odustanak okrivljenog od pravnog leka dakle ne znači njegovo saučestvovanje u grešci suda, već u stvari njegovo pomirenje sa pogrešnom sudskom odlukom. Osnov za isključenje prava na obeštećenje nije zlonamerno ili skrivljeno nehatno propuštanje okrivljenog, nego činjenica da nije želeo da iskoristi pravo koje mu je inače bilo na raspolaganju. Motivi okrivljenih mogu biti razni: može se rukovoditi time da više ne želi da učestvuje u novoj raspravi, da se ne nada povoljnom rezultatu u tom postupku itd.

Pravo na pravni lek je jedno od osnovnih ustavom zajamčenih prava okrivljenog. Sankcionisanje propuštanja ostvarivanja tog osnovnog prava putem isključenja prava na obeštećenje predstavlja nepotrebno ograničenje ustavne slobode disponiranja, čime se pravo na pravni lek pretvara u obavezu korišćenja pravnog leka.

11. Zaključak

Iz principa pravne države proklamovanog u Osnovnom zakonu Mađarske nesumnjivo proističu veoma strogi uslovi koji se odnose na način funkcionisanja krivičnog pravosuđa, međutim, iz principa pravne države se neposredno ne može izvesti princip prihvatanja objektivne odgovornosti za štete koje neko lice pretrpi usled zakonitog postupanja organa krivičnog pravosuđa. Naime, osnov odgovornosti države za naknadu štete nije nezakonitost primenjene procesne prinudne mere (ili kazne), nego činjenica da država ne može da izbegne svoju odgovornost za postupanje njenih organa krivičnog pravosuđa u onim slučajevima, kada je neko lice formalnopravno na zakonit način, ali meritorno neopravdano pretrpelo pravnu štetu usled vršenja funkcije krivičnog pravosuđa.⁵⁷

Obeštećenje se može ostvariti na dva različita načina: prema građansko-pravnoj odgovornosti za štetu s jedne, ili po odredbama za obeštećenje iz Be. (KPZ). U ovom radu se nisam osvrnula na pitanje građanskopravne odgovornosti⁵⁸, nego sam – kao neko ko se bavi krivičnim pravom – obrađivala pravilima krivičnog procesnog prava.

Kao što je Milan B. Marković u svom radu u zaključku napisao: „naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude kao pravni institut, može se posmatrati i analizirati sa teorijskog aspekta i sa aspekta normative regulative u jednom pravnom sistemu.”

Ja mislim da svaka država treba da bude svesna da će morati da nadoknadi kako materijalnu, tako i nematerijalnu štetu koja nastane u slučaju kada jedan njen državni organ, a naročito organ pravosuđa, neosnovano liši slobode neko lice. Licu koje je neosnovano lišeno slobode, odnosno koje je neosnovano osuđeno, pravo na obeštećenje ne pripada zbog toga što je do lišavanja, odnosno osude došlo kao posledica protivpravnog ili protivzakonitog postupanja. To pravo je nezavisno: ovde se radi o jednoj posebnoj – objektivnoj – odgovornosti koja obavezuje državu da licu koje je neosnovano lišeno slobode nadoknadi svu nastalu štetu.

Ali to nije bilo uvek tako. Put je bio dug, i to sa mnogim problemima, dok se stiglo do uspostavljanja objektivne odgovornosti države. O tom putu sam željela neke odlomke prikazati, i današnje važeće mađarske zakonske propise o naknadi štete za neosnovano lišenje slobode.

⁵⁷ 41/2003 (VII.2.) AB határozat 3.3.2.

⁵⁸ Obim ovog rada to nije dozvoljavao, a s druge strane, želela sam da se bavim isključivo sa objektivnom odgovornošću države.

* * *

*COMPENSATION OF DAMAGES TO PERSONS UNCERTAINTY
WITHIN LEGAL FREEDOM BY LEGISLATION OF THE
REPUBLIC OF HUNGARY*

Summary

In this paper, I seek answers to the question of state liability for damage due to unfounded deprivation of liberty and unfounded conviction under the criminal procedure law of Hungary. The State's liability for damages for unjustified deprivation of liberty and unfounded conviction is compulsory under international law, provided that the conditions set out therein are met. That is why I quote and analyze the provisions of some international conventions, ie individual judgments of the European Court of Human Rights. Decisions on the deprivation of liberty are brought in criminal proceedings, but when it is proved that the deprivation of liberty was unfounded, the State's liability for damages for unfounded deprivation of liberty is subject to the rules of civil law.

Key words: compensation of damages, unfounded deprivation of liberty, unfounded conviction, objective state responsibility.

Halvor Gjengstø¹

COMPENSATION FOR VICTIMS OF VIOLENT CRIMES IN NORWAY

Abstract

In Norway, compensation for victims of violent crimes are granted by the State to the injured party after committing criminal offenses against life, health or freedom. These are crimes of violence, rape, and so on. The compensation can be imposed even if the offender is not punished for the action, and even if the offender is not known.

Keywords: *compensation, victims, crimes, violence*

1. Introduction

In each country, even in Norway, there are various crimes. And crimes with elements of violence. We must never forget the case of the mass murder that happened in our country - Breivik case. Therefore, in this paper, we wanted to briefly introduce the way in Norway to deal with the issue of compensation for victims of violent crimes. We presented in the paper Terms and Conditions, Compensation, The victims of Violence compensation Scheme of 1976, Legal/political justification for compensation for victims of violent crimes. We also gave a certain conclusion.

2. Terms and Conditions

– Geographically: The victim of violence is given for acts of violence etc. which have taken place in Norway. However, in certain cases, compensation may also be given where the incident has taken place abroad, if the injured party had close enough connection with Norway at the time of injury and the country in which the incident occurred has no equivalent replacement scheme.

– Time: An event that has occurred in 1975 or later may be applied to a victim's compensation. Although it has been many years since the incident does not need the replacement case be obsolete. It is important to apply for compensation also for older cases. For conditions preceding 1975, it is required to apply for fair remuneration (time of employment) from the secretariat of Justice.

¹ Halvor Gjengstø, Advokat, Advokatfirmaet Furuholmen Dietrichson AS, Strandgaten 18, 5013 Bergen, Norway, e-mail: hg@afd.no

– Injury: There is a condition that the applicant has received a personal injury resulting from criminal offences that infringe life, health or freedom. Personal injury means physical and/or psychological harm/disorder. Examples of physical damage are violations, puncture/cut injuries, bruises, etc. Mental injuries/disorders can, for example, be stress disorders, anxiety and the like.

– Evidence/Documentation: The offer of violence is granted where there is a clear probability of excess weight for the injured party to have been subjected to appropriate outrage, etc. It is therefore very important to try to ensure the most/best possible evidence in such matters. For example, it is very important not to delete the SMS and messages, do not throw clothes, etc.

– Police review: For the sake of the police investigation and the possibility of securing evidence, it is important that the criminal incident police reports as quickly as possible. For episodes that have taken place before 2008, there is a condition that action is reported to the police without undue delay in requesting penalties, and that the petition is not subsequently withdrawn. Exceptions can be made. When it comes to violence events, etc. which have taken place in 2008 or later, it is sufficient that the relationship of police reports (there are no additional conditions in these cases that the review must take place promptly after the infringement).

– Obsolescence: An application for victims of violence must be set forth before the claim against the hardener is obsolete under the rules of the statute of limitation. However, it is sufficient that the application for compensation is made before the claimant's any criminal liability is obsolete under the rules of the Criminal Code, or before the injured party reaches 21 years of age. The limitation deadlines in the Criminal Code depend on the type of outrage/penalties. In general, you should apply for a victim of violence as soon as possible.

– Application: The offer of violence is not something you get automatically, it must be sought to obtain such damages.

3. Compensation

The claim for violence may cover redress compensation, consequential/future expenses, sustained/future loss of income, but compensation and dependent loss of damages. The victim's compensation has a lower and an upper limit.

* * *

4. The victims of Violence compensation Scheme of 1976

It is a clear starting point in the ordinary tort law that the wrongdoing is obliged to replace the loss that the competent person has. Before the victim replacement scheme, the claimant had to bear the loss even where the offender was unknown or delinquent. With the emergence of the social security system, the injured party was aided by the state of the government to offer sickness benefit,

medical and hospital treatment, medication and the like. However, the social security system does not cover any financial loss. It also does not include compensation for non-economic damage. The injured party therefore had to carry parts of the loss even if the offender did not make it up.

It was the Norwegian Bar Association, which took the initiative to implement the victim replacement scheme. In 1969, the association discounted a selection. The purpose was to look into a possible public replacement scheme that would apply to victims of violent crimes. The Committee gave its setting in 1970 and concluded that there was a need for such a scheme. The Committee pointed to different beliefs that could justify the introduction of a public replacement scheme. First, the Committee referred to a belief that society is obliged to protect its citizens from crimes, and that the Government should therefore be responsible for the fact that the injured person is actually receiving the compensation that the claimant is known for. Secondly, the Committee showed a perception that builds on policymaking considerations, and the idea that it is unreasonable to allow the victim to even have to bear the loss in cases where the offender is unknown or delinquent. Third, the committee displayed a social policy belief that damages resulting from violence should be replaced by the principles that underlie social security schemes.

The Committee believed that the introduction of a public replacement scheme would be a natural consequence of the fact that violent crime seemed to have become an inevitable phenomenon in modern society. It should be the state's responsibility to ensure that victims of violence were kept financially harmless. This reasoned the fact that community members were subjected to a real growing risk that failed to effectively cover their insurance schemes. The committee said that the substitution scheme should not be established as an automatic compensation, but that the injured party and survivors of the scheme should have a legal claim for compensation.

The Ministry of Justice followed up the Bar Association's proposals by establishing an internal working group in the legal department to issue the same problem. The Working Group put forward his exposition in 1971.

The Working Group supported the Bar Association's proposal to impose a state compensation scheme for bodily injury through a criminal offense. The proposal was sent at the general hearing. No hearings opposed to introducing the scheme, but there were shared opinions on how the scheme would be designed. The objections concerned particularly the question of treating victims of violence in a different way than victims of other crimes. The hearings were also disagreeing with the justification for the scheme. Similar to the Committee of the Bar Association, some hearings were criminalpolitical views. Others kept the most weighty social policy considerations. The consultation authorities had a different view of whether the scheme should give the claimant a legal claim to compensation, how the processing of the compensation requirements should be organised and the extent of the liability.

The Ministry of Justice presented proposals to impose a public replacement scheme in connection with the introduction of a scheme of compensation from the State to victims of criminal acts. The ministry's rationale for the proposal was twofold: firstly, the department believed that those who commit punitive actions regularly have very little ability to pay compensation, and that victims of offences therefore stand in a tort particularly unfavorable position. In this context, the Ministry also demonstrated that there is much to suggest that the injured party is often in a confined economic circumstances. Secondly, the ministry said that the introduction of a public replacement scheme to victims of offenses had to be seen as an integral part of the modern criminal policy.

The Ministry also referred to the introduction of similar compensation schemes in a number of other countries, including Sweden, Finland, the United Kingdom, Ireland, Austria, New Zealand and some states in the United States and Canada. In addition, replacement arrangements were assessed in Denmark, the Netherlands, West Germany, France and Italy, among others.

The Ministry suggested that the scheme, at least in the first place, should be based on the legality. The ministry, in particular, placed a special emphasis on the fact that an image could be established to provide the claimant with a reasonable replacement coverage. After the ministry's view, it was therefore reasonable that the state stood somewhat more suitors in assessing whether and to what extent compensation should be given. The Ministry pointed out that compensation was not intended only when the claimant was in financial distress. The normal should be that the usual losses that the personal injury caused were covered. However, the compensation could be put down or declined if, after a total assessment was reasonable and the need for compensation was small.

After the proposal, the Storting granted financial means on the state budget for 1976 to a new scheme for the compensation to victims of violence. The representatives of the Parliament weighted the considerations behind the scheme somewhat differently, but there was a broad consensus that the replacement scheme would be introduced. Some advocated that the scheme should give the claimant a legal claim to compensation. The introduction of the scheme as an image was still a step in the right direction. The scheme could be expanded as the State gained experience in how it worked.

5. Legal/political justification for compensation for victims of violent crimes

The compensation for victims of violent crimes has since 1975 adoption has been reasoned by two main arguments: a social policy argument and a criminally-political argument. However, both the content of the arguments and their weighting have varied over time. At the introduction of the victim Compensation Scheme in 1976, the ministry founded the scheme as follows:

“One is that these torders regularly have very little ability to pay compensation. [...] Victims of offences are therefore liable for a particularly unfavorable

position. This unfavorable special position could in and of itself be sufficient to justify the introduction of the scheme. But it can also be noted that a lot suggests that the injured party in many cases is in tight economic conditions. Another important circumstance is by the Ministry's opinion that a scheme of state compensation to victims of offences must be seen as an integral part of a modern criminal policy: it seems reasonable that the community (the state) enters and dampens any adverse effects for the population of a mild criminal justice; It would probably also be easier to get common adherence in society to a human criminal policy when the State provides compensation to the victim. "

In his recommendation to the Parliament, the Judiciary Committee supported the Ministry grounds, stating, among other things, that the law state of Norway has "an overarching responsibility for persons who are subject to violence in connection with offenses, in reasonable be held financially harmless. " The Committee further argued that the scheme would contribute to "winning greater understanding of a human criminal justice, while the proposed replacement scheme will also be able to effect, that the individual citizen is more than affected to provide voluntary assistance to Police department. "

The proposal to impose the assault on the victims of violence was widely supported in the Parliament, although not everyone agreed in the Ministry's formulation of the criminalpolitical reasoning. Minister Inger Louise Valle stated that the central purpose of the scheme was to "restore the economic loss that the personal injury has caused the victim". She also clarified that the proposal had to be seen as a clear expression that she as Minister of Justice was concerned with the victim's situation, and that the introduction of such an arrangement did not have to be perceived as any admission of or confirmation that we were about to get a Society of violation in Norway. The State Council's statements indicate that the social policy argument was the supporting argument.

By enactment of the scheme in 2001, the scheme was still justified by both social policy and criminality argumentation. The Ministry noted that for the injured person is the need for assistance in the first place regardless of the damage cause. And further that from a social policy point of view, it could therefore be noted that the damage itself should be decisive for the public benefits offered. This argument has had a major impact on the development of the modern welfare state in which the National Insurance Act plays a central role, and a victim of violence is entitled to the same social security benefits as any person affected by illness or injury. Since the benefit does not cover any losses, this coverage form is too inadequate if the offender does not even make up for itself. On the basis of the social policy point of view, after the ministry's view, it could be noted that one should develop the general public social Security and support arrangements rather than introducing special compensation schemes for persons injured in a certain way. Here, however, the criminalpolitical argument has played a role, albeit in a different form than at its creation:

"However, when the Ministry proposes to continue and legislate the scheme of victim compensation from the state, the proposal has not only a social

policy but also a criminal justification. An important governmental mission is to seek to prevent crime. Where this is not successful, it can be noted that the State should ensure that the person affected by the crime is held financially harmless. Such a responsibility, however, will lead to wide in terms of offences in general, such as economic crime, theft and damage. After the ministry's view, the Government is responsible for preventing violent crimes in a special position. These crimes represent a direct threat to people's lives and health and thereby offend the most fundamental legal benefits in our society. Where, in some cases, the community fails to prevent such actions, the community should cover the loss that the personal injury brings with them where the coverage for the loss cannot be otherwise obtained. "

It follows from the above that both the social policy and the criminal-political considerations are bearing arguments for why the scheme has been maintained and constantly developed and expanded.

6. Conclusion

The issue of compensation for victims of crimes is significant in every country.

The Norwegian Bar Association was the driving force behind the initiative to create a scheme to compensate victims of crimes with elements of violence. The initiative was supported by the Ministry of Justice and since the appropriate scheme has been made, the implementation has begun since 1976.

We wanted to present the significance of this topic, which may be known in the Scandinavian countries, but not so much in other parts of Europe, so I believe in Serbia as well. Because it may be useful for Serbia as well.

* * *

NAKNADA ZA ŠTETU ZA ŽRTVE NASILNIH ZLOČIN U NORVEŠKOJ

Rezime

U Norveškoj naknadu štete za žrtve nasilnih zločina daje država oštećenoj strani nakon izvršenih krivičnih dela protiv života, zdravlja ili slobode. U pitanju su krivična dela nasilja, silovanje itd. Naknada se može dati čak i ako počinitelj nije kažnjen za radnju, pa čak i ako počinitelj nije poznat.

Ključne reči: naknada štete, žrtve, krivična dela, nasilje

Prof. Dr István László Gál¹

BREACH OF BUSINESS SECRECY IN HUNGARIAN CRIMINAL LAW AND DAMAGE COMPENSATION

Summary

Breach of Business Secrecy in Hungarian Criminal Law is a crime since the change of political system. After Hungary became a market economy, we had to change the criminal law regulations too. Nowadays, information has become one of the most valuable commodities in the economy, and is also referred to as an independent production factor in economic literature. Nowadays, the growth of the market competition brings with it the growth of the interest of the individual companies, the data of other, mainly competing companies. This means that you can find businesses that are ready to get such data. Information can be obtained through human intervention or through technical means. After disclosing a breach of business secret, criminal proceedings may be brought before a competent court or a procedure for exercising the right to compensation.

Key words: *business secrecy, criminal law, economic crimes, espionage, information, financial disadvantage, secret, compensation*

1. Introduction

Countries around the world have always tried and are still trying to find out the secrets of other countries from a wide variety of areas. The situation is the same with the companies that have tried and are still trying to try to learn the business secrets of other, competing companies. In this respect, the situation is the same in Hungary. A similar criminal offense exists in the Serbian Criminal Code. Therefore, we tried to work in limited scope to point to this modern criminal act, due to which besides criminal proceedings, after the detection, procedures for compensation of damages can be initiated before the competent courts in Hungary.

2. Economic crimes in Criminal Code

In the former Criminal Code, IV. Act XVII. Chapter summarizes the economic crimes, however, in the current Criminal Code totally gave up the need for

¹ Professor, Head of Department, PTE-ÁJK Department of Criminal Law. mail: gal.istvan@ajk.pte.hu

regulation in one chapter. (Let's say right away: the theoretical and practical experts in economic criminal law used a broader category of economic crimes at the time of the previous Criminal Code. Here we list economic bribery, environmental crime, offenses against certain assets, in addition to economic crimes. such as embezzlement, fraud, misappropriation of Funds, Defalcation, Dealing in Stolen Goods, harm to customers, credit crimes, copyright and copyright-related crimes, etc.) Economic crimes are currently covered by the Criminal Code. in the following chapters: XXXVIII. (Criminal Offenses relating to Counterfeiting Currencies and Philatelic Forgeries) XXXIX. Chapter (Criminal Offenses Against Public Finances), XL. Chapter (Money Laundering), XLI. Chapter (Economic And Business Related Offenses XLII. (Crime Against Consumer Rights and any Violation of Competition laws.) Economic criminal law is one of the separate sub-areas of substantive criminal law, and to my mind, it is the most distinct segment.

The set of criminal and non-criminal laws that determine which of the acts that threaten the economic order (ie the proper functioning of the current, prevailing economic system) constitute a criminal offense, how the perpetrators of these acts should be held accountable and what sanctions should be imposed on them apply. The legislator clearly expresses in the chapter of Economic Crimes what is the special legal subject of the protected for these crimes: the regular operation of the economy (according to the Fundamental Law). This is the most important criterion for delimitation that distinguishes economic crimes from crimes against property. „The difference - very generally - may be primarily due to the fact that crime against property is primarily intended to protect a static situation, a state. By contrast, defending economic offenses is not the primary responsibility for the protection of property or the rights that flow from it, and these crimes can mostly be pursued in the operation of property. The wealth in economic life is seen as a commodity whose operation, management, and utilization is an independent value.

The concept of economy can be explored in three approaches to economic crimes, such as:

1. In a microeconomic sense, it means a particular economic entity that (for example, a production company) continually weighs and makes decisions using production resources (ie inputs), contrasting with the expected benefits of potential costs, in other words, to manage.

The inputs of the economic unit are the factors of production (the most important of which are capital, labor and natural factors) and its outputs are all goods and services that are excluded from the production process and sold on the market. In a broader sense, households are also considered to be economic entities, but they do not engage in organized economic activity but rather engage in private activity.

2. In a macroeconomic sense, the term economy refers to the national economy, which is a set of economic entities cooperating with each other on a smaller or larger scale in the territory of a given state, and which act and interact on the basis of economic, social, ethical and legal norms. There are also different positions on the definition of the economy, but we can be satisfied with this succinct definition.

The macroeconomic concept of the economy is the broadest category, including the economic system, of which the two most important ideal types are the market economy and the planned economy. Here we have to define another important concept (which we will meet later), the economic order, which means the proper, smooth functioning of the economy as a term used in criminal law.

3. In a criminological sense, the economy can be divided into a black economy and a white economy, the latter term refers to the legal economy, ie the legal activity of legal enterprises, where the economic actors fully comply with the law. Between the two, there is the „gray economy”, which is mainly owned by companies that carry out legal activities but which evade tax evasion behavior (or for other reasons rational economic reasons). Criminology distinguishes two major segments of the black economy:

- illegal activities of legal economic actors (eg tax evasion, consumer deception, violation of economic secrets, etc.)
- illicit activities of illegal businesses (eg arms trafficking, drug trafficking, money laundering by the establishment of fictitious cover companies).

The operation of the economy is influenced by various rules. The market is now the main regulator of the economy Article M of Hungary’s Fundamental Law (Constitution) :

- (1) The economy of Hungary is based on value creation and freedom of enterprise.
- (2) Hungary shall ensure the conditions of fair economic competition. Hungary acts against abuse of dominant position and protects the rights of consumers.

Surrendering the planned economic system in 1989 did not, of course, mean and cannot represent an anarchy today. Market participants act according to specific behavioral standards, interact with each other (or at least it would be desirable), these standards partly increase efficiency, and partly limit the freedom of action of economic operators on social and other aspects. Behavioral norms can be written and unwritten rules (the importance of the latter may be very serious in the case of advanced market economy conditions). Written rules defining the functioning of the economy, the behavior of economic operators can be grouped according to whether they are of a legislative nature or not. (The latter are, for example, codes of ethics.) The legal provisions for the economy can be found in almost all branches of law: in civil law the law of treaties, some legal institutions of labor law, the administrative legal norms of economic life all prescribe rules of conduct. If the majority of business players adhere to these rules of the game, then there is a great deal of legal certainty in the economy, which ultimately results in predictable environmental conditions. Economic Criminal Law contains the laws that protect the economic order of Hungary according to the Fundamental Law as a rule of punishment for the most serious economic abuse due to the general nature of the subsidiary in the general sense. Of these, eleven facts are found in the chapter of economic crimes, in the Criminal Code.

Hungarian Criminal Code, Section 413

- (1) *Any person who has been committed to confidentiality with respect to bank, securities, fund, insurance or occupational retirement secrets, and who makes available any bank, securities, fund, insurance or occupational retirement secret to an unauthorized person for financial gain or advantage, causing financial loss to others is guilty of a misdemeanor punishable by imprisonment not exceeding two years.*
- (2) *Breach of business secrecy shall not apply to any person:*
 - a) *who conveys information in discharge of the statutory obligation prescribed in connection with information of public interest or public information; or*
 - b) *who conveys information subject to the statutory reporting obligation prescribed by law in connection with the prevention and combating of money laundering and terrorist financing, insider dealing, market manipulation and the fight against terrorism, or who initiates such action, even if the report he filed in good faith has proved to be unfounded.*

2.1. Legal object

Nowadays, information has become one of the most valuable commodities in the economy, and is also referred to as an independent production factor in economic literature. Information is data that clarifies, supplements, verifies, or refutes, some previous information. It is evident that every business tries to protect its own know-how and naturally is interested in the secrets of competition. Some believe that 70-90% of business-critical information is openly accessible. The problem is finding and processing the information you are looking for. We can group the information in several ways. We call formal information that is officially published, while informal information comes from an unofficial source. White information has been deliberately and publicly published, while gray is not secret, but it has not been released, while black information is secret and often only illegal. Obtaining, aggregating and using open (formal, white) information from business organizations is not illegal, for example, by market researchers and external economic analysts. Nowadays, the growth of the market competition brings with it the growth of the interest of the individual companies, the data of other, mainly competing companies. This means that you can find businesses that are ready to get such data. Information can be obtained through human intervention or through technical means. As a result, we can split the attack methods into active and passive groups. Active attack methods require personal appearance or impact. Examples include filing, copying, filming, introducing malicious software (Trojan horse, spyware), inducing action to deceive an authorized person. The use of human methods for obtaining unauthorized information is a particularly popular tool. In addition, allegations of business bidders and negotiating partners, admission interviewees may obtain information about the company or business parameters in legal situations. By means of passive attack methods we mean the various means of physical or logical interception, such as the intercept-

tion of acoustic radiation, and the interception of public or closed conversations, as well as the recording of keypads and electromagnetic radiation. All this can happen from negligence, even when the person does not have the right qualifications or is ignorant. Lack of control can also result in loss of information. If the corporate process is not closed to the protection of information, then the policy is in vain, it is not enough in itself to provide protection. Lack of knowledge of ignorance inadequate training, comfort, habit, lack of knowledge of the threat may lead to additional information release. Being able to protect your business secrets and be well-informed about competition and customers and suppliers can gain an unbeatable competitive edge in your business. That's why business intelligence is extremely topical. According to the definitions in the literature, we can distinguish Business Intelligence from industrial espionage (operative or operational, conspiracy intelligence): the former is legal and the latter means illegal economic activity. However, the two cannot be rigidly separated. There is also a distinction that industrial espionage is when competitors are spying on each other's secrets, and economic intelligence is a phenomenon in which intelligence organizations in some countries control the activity of obtaining secret business information. Violation of economic secrecy can also be interpreted as a criminal restriction of business intelligence, although it should be pointed out that it is not only within the scope of business intelligence. The legal object of the crime is the protection of economic secrets.

2.2. Subject and subjective side of the crime

Anyone who possesses such data may be the perpetrator of the crime. It is a fundamental rule that anyone who is in possession of an economic secret must keep it without any time limit. The crime can only be deliberately committed, the offender must know that the information in his possession is a kind of economic secret. The phrase "for the purpose of obtaining an undue advantage" is expedient, so it can only be pursued with a straightforward intention.

2.3. Committing behavior and types of secrets

The offense behavior is made available to the unauthorized person. In some cases the background laws and the Criminal Code it also allows the release of these secrets under specified conditions to specific individuals and organizations. In this case, the permission of the law excludes the danger to the society of the crime, that is, no crime is realized. This means that the mere possibility of an unauthorized person having access to these secrets is enough, even if the unauthorized person did not actually know the secret.

The result ("causing a financial disadvantage") or the target ("for unjust enrichment") may be included in the facts in an interesting legal technique. It is therefore sufficient to prove the existence of one of those facts. The individual secrets to which the crime may be committed are:

According to the Act (Act CXXII of 1996) secret of Bank, all the facts, information, solutions or data available to the financial institution from each client regarding the person, data, financial position, business activity, management, ownership, business of the client and the balance, turnover and contracts of the financial institution with the financial institution.

Securities information according to the Capital Market Act (Act CXX of 2001) is the data available to each client on the investment service provider, commodity exchange provider, investment fund manager, venture capital fund manager, stock exchange and clearing house organization, which refers to the client's person, data, financial position, business investment activity, management, ownership, business relations, or contracts with the investment service provider, commodity provider, investment fund manager, venture capital fund manager, account balance and turnover.

The secret of insurance is according to the Act LX of 2003 that any information available to the insurer, insurance intermediary, individual insurance client (including the injured party), financial situation or management of the insurance company, insurance intermediary, insurance consultant, insurance intermediary, insurance consultant, etc. contracts with insurers.

Act XCVI of 1993 according to law, any facts, information or data available to the member of the fund or the member of the service provider regarding the activity of the fund or the cashier, due to the activity of the fund member, the person, data, financial position of the beneficiary, heir, your business, ownership, business relationships, and any amount recorded on your individual account, or that relates to the data, assets, business activities, ownership and business relationships of your employer member or sponsor

2.4. Punishment of the crime

The punishment of the crime is aligned with the number of economic secrets. However, since the secrets are closely related to the person in whose interest they are to be kept secret, in practice, the routine is usually based on the number of secret clients (members of the funds).

2.5. Exclusion of Punishment

The Criminal Code states for the sake of clarity (otherwise superfluous) that the crime will not occur if the secret is issued in good faith in the performance of certain obligations prescribed by law. Breach of business secrecy shall not apply to any person:

- a) who conveys information in discharge of the statutory obligation prescribed in connection with information of public interest or public information; or
- b) who conveys information subject to the statutory reporting obligation prescribed by law in connection with the prevention and combating of money laundering and terrorist financing, insider dealing, market

manipulation and the fight against terrorism, or who initiates such action, even if the report he filed in good faith has proved to be unfounded.

2.6. Cumulative sentences

If the given secret is classified as classified data, then it is abused by qualified data, so the set is apparent.

In our opinion, espionage from violation of economic secrets can be distinguished on the basis of the following criteria: if intelligence activity can be proven as a criminal offense (based on recent legal opinions, given the rather broad interpretation of the notion of intelligence, it is not difficult) and transmits data classified as economic secrets somebody is strangling (economic espionage) for a foreign power or an alien organization. If someone secures a business secret or passes it on to a domestic organization that does not have a link with foreign (foreign) secret services, only economic secrets will be violated (this is a case called industrial espionage). What is more, the most important delimiter is the ability of the debtor to violate Hungary's above-mentioned economic finances, and so on. interests. If so, then spying must be established, if not, whatever the damage, only economic secrecy. If the economic secret is also a business secret, then only the violation of business secrets (Section 418 of the CC) is implemented on the basis of the principle of conspiracy, because the law is threatened with more severe punishment. According to our view, the set of prohibited data acquisition (Section 422 of the Criminal Code) can be real, if it is done using a technical tool.

3. Basic information on the compensation procedure

In the lawsuit for compensation of damages, the law on civil procedure, with the derogations provided for in the provisions of the criminal procedure code, is applied. Litigation starts with a lawsuit.

The same rules and the jurisdiction of the court apply the same rules as when the summary procedure for compensation of damages is not completed by a written agreement: if the procedure has been suspended by the investigating authority or the prosecutor's office, the court will act on the basis of the request of the prosecutor's decision on the arrest, the prior compulsory treatment, or criminal supervision, and in other cases, the court that acted in the first instance in the criminal case.

In case of lack of jurisdiction, the court shall, within one month from the date of receipt of the claim, without merit consideration, forward it to the court or other civil court that is competent in the seat of the Minister of Justice². In the lawsuit for compensation of damages, damages may be claimed for damages and damages caused by non-pecuniary damage³. The indemnity is due on the day of the announcement of the decision to terminate the procedure or on the day of the

² Be. § 854.4.

³ Criminal procedure Code (Büntetőeljárás törvény, dalje: Be.), 2017., XC, Be. § 853. 1.a), b).

entry into force of the decision by which the legal matter is resolved.⁴

4. Conclusion

From the principle of the rule of law proclaimed in the Constitution of Hungary undoubtedly result in very strict conditions relating to the functioning of the judiciary, both in criminal and civil matters. In this paper we pointed out a modern criminal act of relevance to each state and economy of each state and to solutions from the Hungarian criminal law relating to this criminal offense, and we gave indication of the procedure for compensation of damage under the applicable Hungarian law on civil procedure. The scope of work did not allow us to deal in more detail with the issue of civil liability and compensation for the criminal offense of violating business secrets.

* * *

KRŠENJE POSLOVNE TAJNE U MAĐARSKOM KRIVIČNOM PRAVU I NAKNADA ŠTETE

Rezime

Kršenje poslovne tajne u mađarskom krivičnom zakonu predstavlja zločin od promene političkog sistema. Nakon što je Mađarska postala tržišna ekonomija, morali smo da promenimo i odredbe krivičnog zakona. Danas su informacije postale jedna od najvrednijih dobara u ekonomiji, a u ekonomskoj literaturi se nazivaju i nezavisnim proizvodnim faktorom. Rast tržišne konkurencije danas sa sobom nosi i rast interesa pojedinih kompanija, za podatke drugih, uglavnom konkurentskih kompanija. To znači da možete pronaći preduzeća koja su spremna da dobiju takve podatke. Informacije se mogu dobiti putem ljudske intervencije ili tehničkim sredstvima. Posle otkrivanja kršenja poslovne tajne može doći do krivičnog postupka pred nadležnim sudom odnosno postupka za ostvarivanje prava na naknadu štete.

Ključne reči: poslovna tajna, krivično pravo, ekonomski kriminal, špijunaža, informacije, finansijski nedostatak, tajna, naknada štete.

⁴ Be. § 853.3.

Miloš B. Stanić*

NEOPHODNOST ODREĐIVANJA PRITVORA I NAKNADA ŠTETE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA- SMERNICE ZA SRBIJU¹

Sažetak

Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti je jedno od najvažnijih ljudskih prava, koje se u skladu sa tim, jamči kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou. Kada je o pritvoru reč, formalno gledano, a u skladu sa pretpostavkom nevinosti pritvara se uvek lice koje je formalno-pravno nevino. Stoga, neophodno je da se, na neki način, upute određene smernice, kako da se pritvor primenjuje samo onda kada je neophodan, a kako kasnije država ne bi bila dužna da nadoknađuje nastalu štetu. Srbija je ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i ona je postala deo unutrašnjeg pravnog poretka naše zemlje. Imajući to u vidu, takve smernice je najzgodnije pronaći u okviru bogate prakse Evropskog suda za ljudska prava, gde se ovaploćuju sva načela iz Konvencije. U ovom radu se ispituju uslovi koji se u okviru krivičnog postupka moraju ispuniti, a kako bi pritvor bio nužan i kako ljudska prava okrivljenog ne bi bila povređena. Zaključuje se da je neophodno da država usvoji precizan, jasan zakon na osnovu koga se pritvor određuje, te da državni organi koji određuju pritvor njega odrede samo onda kada je to neophodno, detaljno obrazlažući svoju odluku, vodeći računa da ova mera traje samo onoliko koliko je neophodno, odnosno što je to vremenski kraće moguće, te da ona bude preispitivana od strane nadležnog suda.

Ključne reči: *pritvor, nužnost, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava, Srbija, naknada štete.*

1. Uvod

Naknada štete licima neosnovano lišenim slobode u savremeno doba počiva ne samo na potrebi moralne rehabilitacije, već i na nužnosti da im se osigura otklanjanje svih šteta koje su pretrpeli usled lišenja slobode nametnu-

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik na Institutu za uporedno pravo, m.stanic@iup.rs.

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu Srpsko i evropsko pravo-upoređivanje i usaglašavanje (Ev. broj 179031) koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

tog od državne vlasti.² Međutim, kada se osvrnemo u prošlost, put do takvoga shvatanja je bio spor i stupnjevit. Sumarno kazano, shvatanje o pitanju odgovornosti države za štetu prolazilo je kroz tri istorijska perioda. Prvi, koja je trajao do 19. veka, a njegovo obeležje je postojanje potpune neodgovornosti države za pričinjenu štetu.³ Ipak, u 19. veku počinje pravni razvoj ovog pitanja,⁴ zajedno sa probijanjem shvatanja da građani nisu podanici, već zapravo nosioci suverenosti. Drugu fazu razvoja karakteriše odgovornost države za štetu kada se ona nalazi u privatnopravnim odnosima, dakle ne kao imalac javnih ovlašćenja. Na kraju, stiglo se i do treće faze u kojoj se ustanovilo savremeno shvatanje odgovornosti države za štetu, usled protivpravnog delovanja države, tj. njenih organa kao imalaca javnih ovlašćenja.⁵

Pravo, koje se danas doživljava kao posve uobičajeno, kao civilizacijska tekovina je, dakle, afirmisano tek krajem XIX. i početkom XX. veka, sa definitivnim prevladavanjem shvatanja u evropskom kontinentalnom pravnom sistemu da je svaki građanin, pa i u svojstvu okrivljenog, nosilac suverenosti i nikako nije podanik neograničene vlasti države, već je suprotno tome izvor vlasti i imalac ljudskih prava i sloboda u odnosu na sve, pa i na državni aparat.⁶ Stoga je sasvim “u skladu sa savremenim trenutkom da se pravni osnov odgovornosti države veže za propuste i zaštiti ustavom garantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Upravo u slučaju prava na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude, činjenica da šteta nastaje u vezi sa ljudskim pravima i slobodama nalaže da se kao pravni osnov odgovornosti države istakne primarnost obaveze države da se stara o njihovom poštovanju, po međunarodnom pravu, ustavnim i zakonskim normama. A ova obaveza države je javnopravnog karaktera”.⁷ U skladu sa tim, pravo na naknadu štete “u principu nije pitanje ni krivičnog, ni građanskog prava, već pitanje koje ulazi u red osnovnih prava čoveka i ima svoj pravno-politički osnov u ustavu”.⁸

Drugim rečima, država je garant ostvarivanja u ustavu predviđenih prava i sloboda, te je dužna da obezbedi njihovo poštovanje, to jest da predvidi instrumente odnosno pravne mehanizme za njihovo ostvarenje, rukovodeći se ustavnim načelom da slobode i prava mogu biti ograničena u svrhe koje ustav dopušta i u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom

² D. Krapac, S. Bagić, Pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude ili zbog neutemeljenog uhićenja ili pritvaranja te njegova suvremena ustavnopravna i kaznenopravna regulacija, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5-6/2012, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/147334>, pristup 21.06.2019, 1241.

³ M. Baretić et. al., *Odgovornost za štetu i osiguranje od odgovornosti za štetu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2011., 168, navedeno prema A. Mikecin, *Odgovornost Republike Hrvatske za štetu, Financije i pravo*, 2/2017, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/285037>, pristup 21.06.2019, 162, fn. 9.

⁴ I. Cmić, *Odgovornost države za štetu*, Novi informator, Zagreb, 2010., 15., Mikecin, s. 162, fn. 10.

⁵ A. Mikecin, 162.

⁶ D. Krapac, S. Bagić, 1241-1242.

⁷ N. Mrvić Petrović, Z. Petrović, *Odgovornost države za štetu zbog neosnovane osude i neosnovanog lišenja slobode*, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 145 4/2013, 657.

⁸ M. Grubač, *Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode*, Savremena administracija, Beograd, 1979., 24.

društvu i bez zadiranja u suštinu zajamčenog prava.⁹ U suprotnom, država je dužna da licu čija su garantovana prava povređena nadoknadi štetu.

2. Pozitivno pravo u Srbiji

U dvadesetom veku, naročito nakon Drugog svetskog rata dolazi do konstitucionalizacije materije ljudskih prava u ustavima pojedinih država, sledstveno tome i prava na slobodu i sigurnost ličnosti. U dobrom delu se to činilo i zbog njihovog razvitka na međunarodnom nivou.¹⁰ Usled toga, možemo da kažemo da se u naše doba lica koja su lišena slobode nikada ne nalaze *de iure* u “crnoj rupi”, jer uživaju pravnu zaštitu na osnovu dva pravna režima, nacionalnog prava i međunarodnog javnog prava.¹¹ Prihvatanje međunarodnih standarda utiče na sve veću harmonizaciju prava evropskih država u domenu zaštite ljudskih prava, pa tako posredno i u oblasti priznavanja prava naknade štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude.¹² Između ostalih akata međunarodnog javnog prava, pomenućemo kao posebno značajne Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, te Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.¹³

Za našu zemlju je naročito važna Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koju je naša zemlja ratifikovala¹⁴ i koja je u skladu sa odredbama srpskog Ustava deo unutrašnjeg pravnog poretka, a naročito član 5. Konvencije, kojim se reguliše ova materija.¹⁵ Zahvaljujući Koncenciji države potpisnice su u prilici da dobiju smernice, koje bi trebalo da budu korisne u ovoj osetljivoj materiji. One se nalaze u okviru bogate prakse Evropskog suda za ljudska prava, gde se sva načela iz Konvencije se ovaploćuju. Važno je da se napomene da se praksa Evropskog suda za ljudska prava sastoji iz više od 2.300 presuda, i to samo u slučajevima koji za predmet imaju povredu prava iz člana 5. Evropske konvencije.¹⁶

Materija pritvora je u Republici Srbiji regulisana i ustavnim¹⁷ i zakonskim normama¹⁸, te je ujedno i tačka vezivanja između ustavnog i krivičnog prava.¹⁹

⁹ M. B. Marković, Osnov odgovornosti za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude, *PRAVO-teorija i praksa*, 01-03/2014, dostupno na: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0352-3713/2014/0352-37131403040M.pdf>, pristup 21.06.2019, 45.

¹⁰ D. Krapac, S. Bagić, 1242, 1249-1250.

¹¹ A. de Zayas, Human rights and indefinite detention, *International Review of the Red Cross*, 857/2005, 16, dostupno na: https://www.icrc.org/en/download/file/20219/irrc_857_2.pdf, pristup 21.06.2019.

¹² M. B. Marković, 45, 46-49.

¹³ V. D. Krapac, S. Bagić, 1249-1250.

¹⁴ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, 9/2003, 5/2005, 7/2005 – ispravka i *Sl. gl. RS* 12/2010.

¹⁵ Čl. 16. st. 2 Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

¹⁶ M. B. Marković, *Građanskopravna odgovornost za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude*, doktorska disertacija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, Novi Sad, 2016, 82.

¹⁷ V. Čl. 26-35. Ustava Republike Srbije.

¹⁸ V. Čl. 210-223, 583-595. Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/201, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

¹⁹ G. Krstić, Koncept pritvora u sudskoj praksi, *CRIMEN*, 1/2018, 72.

Važno je napomenuti da je, a “u skladu sa standardima uporedne ustavnosti na evropskom području, Ustav veoma detaljno (previše, reklo bi se) uređuje ovo pitanje, pa treba postaviti pitanje da li je uopšte potrebno u tolikoj meri ustavnim odredbama normirati materiju koja je zapravo zakonska. Ustavom su propisani uslovi za određivanje pritvora i određeni rokovi za razmatranje osnovanosti produžavanja pritvora, čijim se istekom pruža mogućnost da pritvoreno lice automatski (*ex lege*, odnosno *ex constitutione*) bude pušteno na slobodu. Važno je da čitanje relevantnih odredaba Ustava ne ostavlja dilemu u pogledu naglašene hitnosti kao pravila za postupanje sa tzv. pritvorskim krivičnim predmetima. Isto tako je potrebno naglasiti da je u krivičnopravnom poretku Srbije pritvor opciona (fakultativna), a ne obavezna mera”.²⁰ U skladu sa navedenim, ustavne odredbe koje uređuju materiju pritvora jesu elementarne i jezgrovite, te i ne ostavljaju previše manevarskog prostora zakonodavcu za njihovu konkretizaciju, niti nadležnim državnim organima za implementaciju.²¹ Logično, osim Ustava najveći broj odredaba koje se tiču pritvora se nalazi u Zakoniku o krivičnom postupku.²²

U svakom slučaju, tvrdi se da je, a kada se uporedi sa drugim evropskim zemljama zakonodavstvo u našoj zemlji, zadivljujuće progresivno i usaglašeno sa najvažnijim standardima, pre svega Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope.²³ Opet, sa druge strane se i pored toga konstatuje da “prekomerna upotreba mere pritvora nastavlja da bude ozbiljan problem u centralno-istočnoj Evropi i u regionu zemalja bivšeg Sovjetskog Saveza. Praksa pritvaranja u većini zemalja u regionu je po svemu sudeći suprotna praksi i standardima Evropskog suda za ljudska prava, ali i drugim međunarodnim standardima koji se odnose na ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava lica lišenih slobode. Među ove zemlje možemo bez ikakve sumnje ubrojati i Republiku Srbiju u kojoj vlada specifična atmosfera iz koje proizilazi pogrešno razumevanje same svrhe mere pritvora.”²⁴ Ovakva praksa se može razumeti i kao svojevrsni propust da se država postara o prevenciji kršenja ljudskih prava u oblasti u kojoj se u ta prava najviše zadire,²⁵ te se praksa Evropskog suda za ljudska prava ukazuje kao koristan korektiv takvog postupanja.

²⁰ V. Mikić, *Sudska kontrola dužine trajanja pritvora u Republici Srbiji u svetlosti primene člana 5 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Fondacija centar za javno pravo, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladimir_Mikić4.pdf, pristup 24.06.2019., 4.

²¹ G. Krstić, *Koncept pritvora u sudskoj praksi*, *CRIMEN*, 1/2018, 73.

²² V. Mikić, 5.

²³ N. Mrvić Petrović, Z. Petrović, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude*, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd, 2008, 57, navedeno prema N. Mrvić Petrović, Z. Petrović, 654.

²⁴ N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, *Pritvor-Ultima ratio?*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2014., 7.

²⁵ N. Mrvić Petrović, Z. Petrović, 654.

3. Neophodnost pritvora prema praksi Evropskog suda za ljudska prava

3.1 Zakon određenih karakteristika

Jasno je da je osnovna intencija pisaca Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, a kada se pogleda član 5. Konvencije sprečavanje arbitrenog, odnosno neopravdanog pritvaranja nekog lica. Naime, belodano je da je, uopšteno gledano, pravo na slobodu i bezbednost nekog lica od najveće važnosti u demokratskom društvu u smislu člana 5. Konvencije, kao i članova 2, 3 i 4.²⁶ Pomenuti član je veoma bitan, jer je vezan za osnovni princip modernog krivičnog prava - pretpostavku nevinosti.²⁷ Konkretno, to znači da je sa licem kojem se određuje pritvor neophodno da se postupa sa naročitim oprezom, a imajuću u vidu presumpciju nevinosti. U suprotnom, država u ime čije javne vlasti se sprovodi krivični postupak može biti obavezana da licu koje je neosnovano bilo pritvoreno naknadi nastalu štetu.

No, pre nego što uopšte i dođe do reči o osnovanom, odnosno neosnovanom određivanju pritvora, neophodno je u jednoj zemlji da se ispuni jedan opšti preduslov, a to je kvalitet zakona, na osnovu koga se pritvor i određuje. Šta to konkretno znači? Neophodno je da domaći zakon ispuni standarde tzv. „istin-ske zakonitosti“ utvrđene Konvencijom. Preciznije kazano, to je standard koji zahteva preciznost zakona, kojom se omogućava nekom licu da predvidi posledice svog činjenja ili nečinjenja. Razumljivo je i da se, pored preciznosti, koja u svakom slučaju omogućava predvidljivost zakona, zahteva postojanje jasnih procesnih odredbi. To su, pre svega, one norme koje se tiču uslova za određivanje pritvora, njegovo produženje, te samih rokova koji se tiču dužine trajanja pritvora, uz postojanje efikasnog pravnog sredstva kojim podnosilac može osporiti “zakonitost” i “dužinu” njegovog trajnog pritvora.²⁸ Možemo da primetimo da se radi o preduslovima, koji su u nadležnosti zakonodavca i o kojima bi zakonodavac, pre svih, trebalo da vodi računa. Međutim, kada se usvoji valjan zakon, onda je na licima koja određuju pritvor u okviru krivičnog postupka, da se senzibilnim pristupom postaraju da se pritvor primenjuje u skladu sa svojom svrhom.

²⁶ McKay v. The United Kingdom, st. 30, dostupno na: [http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/McKay%20v.%20United%20Kingdom%20\[3%20Oct%202006\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/McKay%20v.%20United%20Kingdom%20[3%20Oct%202006]%20[EN].pdf), pristup 27.06.2019.; S., V. and A. v. Denmark, st. 73, <https://lovdata.no/pro/static/EMDN/emd-2012-035553.pdf>, pristup 27.06.2019.

²⁷ T. Radosavljević, Stav 3 člana 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Strani pravni život*, 2/2010, 319.

²⁸ *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, Council of Europe, European Court of Human Rights, april 2018., dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf, pristup 27.06.2019., 12; Khlaifia and Others v. Italy, st. 92, dostupno na: <https://www.statewatch.org/news/2016/dec/echr-judgment-Khlaifia-and-Others-v-%20Italy-full-text.pdf>, pristup 27.06.2019.; Medvedyev and Others v. France, st. 80 <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-97979&filename=001-97979.pdf&TID=thkbhnilzk>, pristup 27.06.2019.

3.2. Detaljno obrazloženje odluke o pritvoru

Imajući u vidu stepen zadiranja u pravo na slobodu, posve je logično da je nužno u svakom konkretnom slučaju obrazložiti razloge zbog kojih se pritvor određuje. Upravo zbog pomenute važnosti, to je i jedan od elemenata koje Evropski sud za ljudska prava uzima u obzir prilikom ocenjivanja da li je pritvor određen u skladu sa odredbama Konvencije. Tako se smatra da nije dovoljno da se pritvor odredi samo na osnovu nekakvih uobičajenih formulacija, koje se ponavljaju, koje su "lakonske", već se zahteva minuciozno obrazlaganje svakog razloga za određivanje pritvora, a kako bi se u potpunosti ovaplotila ideja ljudskih prava.²⁹ Na primer, to je naglašeno u predmetu Grujović protiv Srbije gde je Sud "istakao da se opravdanost pritvora ne može ceniti *in abstracto*, te da kontinuiran pritvor mora da prati istinski zahtev javnog interesa, koji i pored pretpostavke nevinosti, preteže nad pravilom o poštovanju slobode pojedinca, a ti posebni faktori se moraju ubedljivo pokazati".³⁰ Takođe, važno je i da se istakne, da je neophodno da državni organi koji određuju pritvor sa istom skrupuloznošću obrazlažu i tzv. kratkotrajne pritvore, jer je svako, pa i najkraće lišenje slobode zadiranje u prava pojedinca.³¹

U svetlosti sudske prakse Suda, državni organi „moraju razmotriti sve činjenice za i protiv postojanja stvarnog zahteva javnog interesa koji opravdava (...) odstupanje od pravila poštovanja slobode pojedinca, i obrazložiti ih u odlukama kojima se odbijaju molbe za puštanje na slobodu“.³² Evropski sud za ljudska prava je decidan u stavu da je nepravilno da se stalno ponavlja jedan isti razlog ili da se koriste iste ili slične formulacije, kao i izrazi kojima se obrazlažu odluke o produženju pritvora,³³ već odluke o pritvoru moraju da sadrže reference na konkretne činjenice i lične okolnosti podnosioca predstavke kojima se zaista opravdava određivanje pritvora.³⁴

U skladu sa navedenim, Evropski sud za ljudska prava je u slučaju Boićen-
co protiv Moldavije stao na stanovište "da je pravo podnosioca predstavke na slobodu i bezbednost ličnosti povređeno jer mu je pritvor određen i produžavan odlukama u kojim su bile navedene samo odredbe važećeg zakona, ali ne i obrazloženje osnovanosti tvrdnje da bi podnosilac predstavke mogao da ometa

²⁹ Stašaitis v. Lithuania, st. 66-67, dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-60337&filename=001-60337.pdf&TID=ihgdqbxnfi>, pristup 27.06.2019.; Khudoyorov v. Russia, st. 157, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22ite%22%22%22001-70865%22%22>}, pristup 27.06.2019., *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 14

³⁰ Prema, G. Krstić, 94.

³¹ Idalov v. Russia, st. 140, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-110986&filename=001-110986.pdf>, pristup 27.06.2019.; Belchev v. Bulgaria, st. 82, dostupno na: <http://hrlibrary.umn.edu/research/bulgaria/Belchev-eng.pdf>; pristup 28.06.2019.; *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 36.

³² V. Mikić, 7.

³³ N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, 33.

³⁴ *Aleksanyan v. Russia*, st. 179, dostupno na: http://www.hivlaw.ch/weitere-rechtsfragen/EGMR_2008_%20RUSSIA.pdf, pristup 28.06.2019.; *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 35.

postupak, pobjegne ili ponovo izvrši krivično delo.”³⁵ Pored toga, nije dovoljno da se iz odluke može zaključiti da je postupajući organ uzeo u obzir neke relevantne činjenice, već sve relevantne činjenice, u njihovom totalitetu, celosti, pa je Sud u predmetu Mamedova protiv Rusije utvrdio da postoji povreda prava na slobodu i bezbednost ličnosti, pošto se iz odluke suda o određivanju pritvora moglo zaključiti da su prilikom njenog donošenja sudije zanemarile lične prilike pritvorene, a one su u konkretnom slučaju bile relevantne.³⁶ Što je jednako važno, „teret dokaza u ovim pitanjima ne treba prebacivati na pritvoreno lice, već je potrebno da nadležni državni organ dokaže da još postoje razlozi za određivanje pritvora.”³⁷

Na sličnom stanovištu, kao i Evropski sud za ljudska prava, je i srpski Ustavni sud koji je u odluci UŽ. 4066/2010 zauzeo stav da je podnosiocu žalbe povređeno pravo na razumno trajanje pritvora jer je „nadležni prvostepeni sud konstantno, tokom celog postupka kontrole pritvora ponavljao potpuno iste formulacije, tako da je jedan isti pasus prepisivan iz godine u godinu i služio kao osnov za produženje pritvora”³⁸ Sličan stav je potvrđen u odluci Ustavnog suda UŽ. 1067/2011. gde je konstatovano da nije na adekvatan način obrazloženo, kako bi okrivljeni mogao da ponovi krivično delo, s obzirom da je delo učinjeno u vezi sa poslom koji je obavljao. Na tragu toga je Ustavni sud rezonovao i u odluci UŽ. 4940/2010, te je konstatovao da su nadležni sudovi nakon proteka vremena morali da dodatno obrazlože i upotpune razloge zbog kojih smatraju da je pritvor i dalje osnovan.³⁹

3.3. Sudska kontrola odluke o određivanju pritvora

Lica koja su pritvorena, moraju se bez odlaganja obavestiti o pravnom osnovu za pritvaranje, kao i o razlozima za pritvaranje, na njihovom jeziku ili na jeziku koji razumeju i to na način da mogu da shvate razloge za pritvaranje. Ovakva obavest je zapravo preduslov, kojom se omogućava pravo pritvorenom licu da uputi nadležnom sudu žalbu na odluku kojom se pritvor određuje.⁴⁰ Nadležni sud će, a u skladu sa načelom iz rimskog prava da sud poznaje pravo, odlučiti o tome da li je pritvor osnovan ili ne.

Smatra se da je upravo kontrola uplitanja državne vlasti u pravo na slobodu nekog lica bitna karakteristika garantije koju sadrži član 5. stav 3. Konvencije. Upravo imajući u vidu neophodnost sudske kontrole pritvora, odredbe Konvencije ne predviđaju nikakve izuzetke od ovog pravila. Zapravo je, *condition sine qua non* svakog krivičnog postupka u državi koja je zasnovana na načelima vladavine

³⁵ N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, 37, fn. 51.

³⁶ *Ibid.*, 37.

³⁷ V. Mikić, 8.

³⁸ Prema, N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, 38.

³⁹ *Ibid.*, 35-37.

⁴⁰ Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom, st. 40, dostupno na: <http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Fox,%20Campbell%20&%20Hartley%20v:%20United%20Kingdom%20%5B30%20Aug%201990%5D%20%5BEN%5D.pdf>; pristup 28.06.2019.; *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 30.

prava, neophodnost da se pritvoreno lice odmah izvede pred nadležnog sudiju, a radi ispitivanja da li je pritvor osnovan.⁴¹

Neophodno je i da sudska kontrola bude predviđena kao obavezna faza postupka, odnosno ona mora da bude automatska i da se vrši *ex lege*, a ne na osnovu zahteva pritvorenog lica. Na primer, kada bi se sudska kontrola sprovedila samo na osnovu zahteva pritvorenog došlo bi se do situacije u kojoj neko lice ne bi bilo u stanju da podnese takav zahtev i samim tim do kontrole ne bi ni dolazilo. Takve situacije su životno moguće, jer, primera radi, lica koja su podvrgnuta nekim oblicima zlostavljanja, ona sa određenim zdravstvenim problemima, kao i ona koja ne poznaju ili slabo poznaju jezik postupka često su faktički onemogućena da na valjan način štite svoja prava u postupku.⁴²

3.4. Pritvor kao krajnja mera, koja traje samo koliko je neophodno

Jasno je da, a s obzirom na važnost prava koja se ograničavaju pritvorom, ova mera mora biti određena samo kada je nužna, odnosno kada ne postoji mogućnost za primenu neke druge, blaže mere. Logično, o tome bi trebalo da se staraju nadležni državni organi i da u svakom slučaju osiguraju da pritvor ne traje duže od razumnog roka.⁴³ U skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, nadležni organi države ugovornice su prilikom donošenja odluke o određivanju ili produžavanju pritvora dužni da uzmu u obzir i alternativne mogućnosti, kojima bi se postigla ista svrha,⁴⁴ te da se postaraju da ona ne traje duže nego što je neophodno.⁴⁵ U vezi sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, na problem nesrazmernog trajanja pritvora ukazivao je i Ustavni sud Srbije u nekoliko svojih odluka, pozivajući se na jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava istakavši da se odredbe čl. 5. Konvencije „sadržinski ne razlikuju“ od prava zajemčenih ustavnim odredbama koje propisuju uslove za zakonito određivanje pritvora.⁴⁶ Drugačije kazano, dužnost je državnih organa da se staraju da okrivljena lica ne budu pritvorena više nego što je to neophodno, uzimajući pri tome u obzir, sa jedne strane javni interes, a sa druge veoma bitan princip prezumpcije nevinosti.⁴⁷

Evropski sud za ljudska prava je „u predmetu Makarov protiv Rusije naglasio da „razumno vreme“ pritvora ne može biti određeno *in abstracto*, već mora biti sagledano u odnosu na specifičnosti samog predmeta o kojem se odlučuje.“⁴⁸

⁴¹ *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 31.

⁴² *McKay v. the United Kingdom*, st. 34, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%222001-77177%22%7D>}, pristup 28.06.2019.; *Ladent v. Poland*, st. 74, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%222001-85487%22%7D>}, pristup 28.06.2019.; *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 32-33.

⁴³ *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 35.

⁴⁴ V. Mikić, 54.

⁴⁵ Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Kancelarija Saveta Evrope u Beogradu, Beograd, 2009, dostupno na: <https://rm.coe.int/16806f1115>, pristup 28.06.2019., 60.

⁴⁶ Prema V. Mikić, 9-10.

⁴⁷ T. Radosavljević, 327.

⁴⁸ Prema, T. Radosavljević, 327.

Pritvor kao mera bi trebalo da prođe tzv. test nužnosti, koji znači da se blaže mere od pritvora uzimaju u obzir, pa kada se nakon toga utvrdi da su one nedovoljne radi zaštite individualnog ili javnog interesa, onda se pritvor nameće kao zaista nužan i određuje se.⁴⁹ Inače, kako je pomenuto, Evropski sud za ljudska prava je na stanovištu da teret dokazivanja da li se radi o razumnom vremenskom periodu pritvora ne sme da bude na okrivljenom, već na domaćem pravosudnom organu, koji, u svakom slučaju, mora da dokaže postojanje opravdanih razloga za dalje trajanje pritvora.⁵⁰

Kada je reč o pojedinim razlozima za određivanje pritvora, kao što je opasnost od bekstva, Sud je konstatovao da se ona ne može procenjivati ukoliko se jedino u obzir uzme zaprećena kazna, već se mora procenjivati čitav niz okolnosti pomoću kojih može da se proceni opravdanost određivanja pritvora.⁵¹ Praktično, pritvor će biti određen uvek kada je okrivljeni uhvaćen u pokušaju bekstva ili kada konkretne okolnosti slučaja ukazuju na opasnost od bekstva, uz to vodeći računa i o ponašanju okrivljenog u postupcima, koji su ranije protiv njega vođeni.⁵² Kada je reč o opasnosti da okrivljeni ponovi krivično delo, smatra se da je neophodno da opasnost bude realna, a što se procenjuje s obzirom na okolnosti slučaja, posebno imajući u vidu dosadašnji život i ličnost okrivljenog lica.⁵³ Pored toga, značajno je i da li je okrivljeni ranije osuđivan za ista ili slična krivična dela, jer kada postoji ova razlika, onda nije opravdano određivanje pritvora.⁵⁴ Pored toga, imovno stanje okrivljenog ne može da predstavlja okolnost koja bi bila od uticaja da će on ponoviti krivično delo, jer bi se tako diskriminisala, na primer, nezaposlena lica.⁵⁵ Sud prihvata da zbog njihove posebne težine i reakcije javnosti na njih, određena krivična dela mogu da izazovu posebno uznemirenje javnosti, što sve može da opravda pritvor, barem na neko vreme. Ipak, ovaj osnov je, prema shvatanju Suda, relevantan i dovoljan samo pod uslovom da se zasniva na činjenicama kojima se dokazuje da bi nepritvaranje okrivljenog zapravo ugrozilo javni red i mir.⁵⁶

Povodom ovoga, interesantna su i dva predmeta koja su se protiv Srbije vodila pred Evropskim sudom za ljudska prava. U predmetu Đermanović protiv Srbije, Sud je utvrdio povredu člana 5. Konvencije, pošto je podnosiocu predstavlke, koji je tri četvrtine izrečene kazne proveo u pritvoru u nekoliko navrata produžavan pritvor zbog navodne opasnosti od bekstva, bez razmatranja al-

⁴⁹ *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 20.

⁵⁰ Prema, T. Radosavljević, 328.

⁵¹ *Panchenko v. Russia*, st.106, dostupno na: <http://ip-centre.ru/assets/files/cases/CASE-OF-PANCHENKO-v-RUSSIA.pdf>, pristup 28.06.2019.; *Becciev v. Moldova*, st. 58, dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70434%22%5D%7D>, pristup 28.06.2019.; *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 36.

⁵² Prema, A. Trešnjev, *Razlozi za pritvor u svetlu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, *Strani pravni život*, 3/2015, 188.

⁵³ Prema, *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 37.

⁵⁴ Prema, A. Trešnjev, 194.

⁵⁵ A. Trešnjev, 193-194; N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, 34.

⁵⁶ *Letellier v. France*, st. 51, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57678%22%5D%7D>, pristup 28.06.2019.; *Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security*, 37.

ternativnih mera, uz korišćenje istih ili sličnih formulacija i uz zanemarivanje pogoršanja zdravstvenog stanja.⁵⁷ U tom smislu interesantan je i predmet Vrenčev protiv Srbije, pošto nadležni sudski organ nije ni razmatrao predlog pritvorenika da pritvor bude zamenjen drugom, blažom merom.⁵⁸

4. Visina naknade štete u praksi

U praksi, prema shvatanju Evropskog suda za ljudska prava, državama se ne ostavlja široko polje diskrecione ocene, već se naknada oštećenom licu mora dodeliti odlukom suda.⁵⁹ Naknada će po pravilu biti novčana. Postoji prostor za varijacije od države do države u pogledu ocene visine štete, ali ne u smislu preciznih elemenata koje bi trebalo uzeti u obzir prilikom dosuđivanja odgovarajuće naknade. Bitno je da visina naknade štete ne sme da bude neznatna ili nesrazmerna nastaloj šteti, niti značajno niža od visine naknade koju je nadležni sud određivao u sličnim slučajevima.⁶⁰ Naknada se dodeljuje, bez obzira koliko je pritvor dugo trajao.

Istorijski gledano, u našoj zemlji „je u okviru građanskopravne zaštite prava koja su povređena neosnovanim lišenjem slobode, sudska praksa naročito bila progresivna i išla korak ispred zakonske regulative. Hronološki gledano, nakon prvobitnog nepriznavanja prava na naknadu nematerijalne štete uopšte, neposredno posle Drugog svetskog rata, sudska praksa je počela da priznaje pravo na naknadu za tu vrstu štete, pa je potom došlo i do promene stava teorije i celokupne prakse po pitanju priznavanja naknade nematerijalne štete licima neosnovano lišenim slobode i neosnovano osuđenim, pa tek nakon toga i do izmene zakonodavstva, Zakonikom o krivičnom postupku iz 1970. godine”.⁶¹

Pozitivnopravno gledano, uređenje instituta naknade štete zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude obuhvata u našem pravu međunarodne izvore prava, ustavnopravne odredbe i zakonske odredbe sadržane u posebnim zakonima, a pre svega u ZKP-u, što ne isključuje i supsidijarnu primenu opštih propisa građanskog prava o odgovornosti za štetu i naknadu štete.⁶² Svako ko je bio nezakonito lišen slobode ima pravo na naknadu štete, tj. naknadu materijalne i nematerijalne štete. Naknadu je moguće dobiti samo ako je prethodno utvrđeno da je došlo do povrede prava okrivljenog.⁶³ Lice koje je neosnovano lišeno slobode ili osuđeno za krivično delo, ima pravo na naknadu štete od države i druga prava propisana zakonom.⁶⁴ Postupak za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode u Srbiji se odvija u dve faze. Prva faza sprovodi se pred Komisijom Ministarstva pravde, kojoj oštećeni treba da podnese zahtev radi postizanja sporazuma

⁵⁷ Prema, N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, 39.

⁵⁸ V. Mikić, 8.

⁵⁹ Storck v. Germany, navedeno prema Milan B. Marković (2016), 83, fn. 129.

⁶⁰ Şahin Çagdas v. Turkey, Ganea v. Moldova, navedeno prema *Ibid.*, 83, fn. 134 i 135.

⁶¹ Milan B. Marković (2014), 49.

⁶² *Ibid.*

⁶³ N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, 42; Dž. Mekbrajd, 327-330.

⁶⁴ Član 18. Zakonika o krivičnom postupku

o postojanju štete, vrsti i visini naknade. Ako Komisija ne usvoji zahtev ili ne donese odluku o zahtevu u roku od tri meseca od kada je zahtev podnet, oštećenom se otvara mogućnost da u parničnom postupku ostvari svoj zahtev podnošenjem tužbe za naknadu štete protiv Republike Srbije, što predstavlja drugu fazu. Prilikom odlučivanja o tužbenom zahtevu sud uzima u obzir niz činjenica: gubitak posla, umanjene zarade, narušavanje ugleda, narušavanje zdravlja, razvod braka, prekid školovanja, uslovi boravka u pritvoru, prirodu i težinu krivičnog dela koje se okrivljenom stavljalo na teret, godine oštećenog, medijski publicitet, nemogućnost zaposlenja i slično.⁶⁵

Kada je reč o relativno skorašnjim podacima, "Ministarstvo pravde isplatio je 2017. godine 14 miliona dinara na ime odštete zbog neosnovane osude i neosnovanog lišenja slobode. To je čak 2,4 miliona više nego za celu 2016. godinu. Svaki zahtev za naknadu štete razmatra Komisija za utvrđivanje štete i vrste i visine naknade osobama neosnovano osuđenim i neosnovano pritvorenim. Prilikom odlučivanja uzimaju se u obzir svi objektivni i subjektivni kriterijumi. Među njima su dužina trajanja lišenja slobode, uslovi boravka u pritvoru, odnosno ustanovi za izdržavanje kazni, starosna dob podnosioca zahteva, pojava straha za sopstvenu budućnost i budućnost njegove porodice, porodični i bračni status, stepen stručne spremlje i zanimanje podnosioca zahteva. Tu su još i ranija osuđivanost, ugled koji je oštećeni uživao u svojoj sredini, odnos te sredine prema njemu posle lišenja slobode, težina i priroda krivičnog dela koje im je stavljeno na teret, interesovanje javnosti za krivični postupak koji je vođen protiv podnosioca zahteva i drugi činioci koji utiču na težinu i trajanje psihičkih bolova izazvanih lišenjem slobode."⁶⁶

5. Zaključak

Jasno je da je pravo na slobodu i sigurnost ličnosti jedno od najvažnijih ljudskih prava, koje se u skladu sa svojom važnošću jamči kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou. Spomenuto je i da kada je o pritvoru reč, formalno gledano, a u skladu sa presumpcijom nevinosti uvek se pritvara lice koje je formalnoppravno nevino. U svakom slučaju, ukoliko se u toku postupka ne donese osuđujuća presuda, svakako da neće biti iste pravne posledice u slučaju da se slice nalazilo u pritvoru ili nije.⁶⁷ U isto vreme, "dug vremenski period proveden u pritvoru, bez okončanja krivičnog postupka osuđujućom presudom, za posledicu može da ima neosnovanu društvenu stigmatizaciju pritvorenika, uz sve prateće štetne posledice po njegovu ličnost i njegovo materijalno stanje, porodični status i ugled u društvenoj zajednici".⁶⁸

Dakle, država koja je sprovođila krivični postupak i koja je garant ustavom proklamovanih ljudskih prava je u slučaju neosnovanog pritvora obveznik

⁶⁵ Član 588 i 589. Zakonika o krivičnom postupku; N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić, 44.

⁶⁶ Dostupno na: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/060717/060717-vest4.html>; <http://www.politika.rs/sr/clanak/384226/U-2017-isplaceno-14-miliona-dinara-za-neosnovani-pritvor>, pristup 28.06.2019.

⁶⁷ T. Radosavljević, 319.

⁶⁸ V. Mikić, 7-8.

naknade štete, kako materijalne tako i nematerijalne licu, koje je bilo neosnovano prtvoreno. To izaziva dvostruke štetne posledice po odnosnu državu. Prvo, svaka država koja želi da pripada korpusu zemalja liberalno-demokratske ustavnosti je dužna da preduzme sve mere da se takva postupanja njenih organa svedu na najmanju moguću meru. Drugo, neosnovanim određivanjem pritvora i nadoknadom nastale štete se dodatno opterećuje državni budžet, što znači da je taj novac mogao da bude upotrebljen za neke korisnije aktivnosti. Razume se, sve ovo važi i za Republiku Srbiju.

Kako bi se štetne posledice izbegle, za evropske zemlje, potpisnice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, značajno je praćenje prakse Evropskog suda za ljudska prava, koji je umnogome doprineo razumevanju značenja Evropske konvencije koja se smatra najuglednijim međunarodnopravnim mehanizmom, koji sadrži i konstituisane institucije za sprovođenje prava.⁶⁹ Kada se pogleda praksa Suda, čini se da se dobijaju poprilično jasne smernice. Naime, neophodno je da država usvoji precizan, jasan zakon na osnovu koga se pritvor određuje, te da državni organi koji određuju pritvor njega odrede samo kada je to neophodno, detaljno obrazlažući svoju odluku, vodeći računa da traje samo onoliko koliko je neophodno, odnosno što je to vremenski kraće moguće, te da ova odluka uvek može da bude preispitivana od strane nadležnog suda. U tom slučaju, može se slobodno kazati da je država preuzela sve što je mogla, a kako bi se mogućnost "greške" prilikom određivanja pritvora svela na najmanju moguću meru, odnosno da ona postupa u skladu sa odredbama i duhom Konvencije i da je pravo na naknadu štete neosnovano.

* * *

NECESSITY OF THE CUSTODY AND DAMAGE COMPENSATION IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – GUIDELINES FOR SERBIA

Summary

The right to liberty and security is one of the most important human rights, which, according to this, is guaranteed both at national and international level. When it comes to detention, formally, in accordance with the presumption of innocence, the person who is under custody, is always a formally innocent person. Therefore, it is necessary to make certain guidelines in some way, how to apply custody only when it is necessary in order to avoid that state later pay damage compensation. Serbia has ratified the European Convention on Human Rights and it is in accordance with the Serbian constitution part of our country's internal legal

⁶⁹ I. Simović-Hiber, Pravo na slobodu i bezbednost ličnosti u svetlu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije i Crne Gore, *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore*, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Zlatibor, 2004., 363, navedeno prema, A. Trešnjev, 186, fn. 4.

order. Bearing this in mind, it seems appropriate to find such guidelines within the rich case law of the European Court of Human Rights, where all the principles of the Convention are embedded. This paper examines the conditions that must be fulfilled in the criminal procedure, in order to make the detention necessary without violation of detainee's human rights. It is concluded that it is necessary for the state to adopt a precise, clear law. Also, the state authorities should use custody only when it is necessary and the reasons for that should be explained in details. This measure have to be as shorter as possible and reviewed by the competent court.

Keywords: custody, necessity, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, Serbia, damage compensation.

dr Dalibor Krstinić¹

ZASTARELOST POTRAŽIVANJA NAKNADE ŠTETE PRICINJENE KRIVIČNIM DELOM

Apstrakt

Zastarelost potraživanja je institut obligacionog prava, po kome poverilac zbog pasivnog držanja prema svom pravu unutar zakonom određenog vremenskog perioda gubi zaštitu tog prava. Po sadržini se može odnositi na davanje u novcu ili stvarima, činjenje ili trpljenje. Zastarelost se može označiti kao jedan od načina prestanka obligacija. O zastarelosti potraživanja naknade štete pricinjene krivičnim delom zauzeti su odgovarajući pravni stavovi, a i sudska praksa daje određene odgovore. Značaj izučavanja zastarelosti ogleda se kako u potrebama sudske prakse koja često rešava pitanja zastarelosti u konkretnim sudskim predmetima, tako i u teoriji građanskog prava koja pokušava da osvetli pravnu prirodu zastarelosti i time omogućiti neka opšta, zajednička polazišta u tretmanu ovog specifičnog instituta. Upravo stoga su u radu prikazane zakonske odredbe i stavovi pravne teorije i sudske prakse koji se odnose na pojam i rokove zastarelosti za pojedine vrste potraživanja, zastarelost potraživanja naknade štete koja je regulisana članom 376 ZOO i zastarelost potraživanja po osnovu štete prouzrokovane krivičnim delom koja je regulisana članom 377 ZOO. Takođe poseban naglasak je stavljen na dileme koje su prisutne u praksi a tiču se primene privilegovanog roka zastarelosti potraživanja naknade štete prema svakom odgovornom licu.

Ključne reči: zastarelost potraživanja, naknade štete, krivično delo, sudska praksa, odgovorna lica.

1. Uvodna razmatranja

Zastarelost se obično definiše kao gubitak zahteva zbog nevršenja sadržaja subjektivnog prava kroz zakonom određeno vreme. Zastarelošću ne prestaje samo pravo, nego se isključuje mogućnost zahtevanja ispunjenja obaveza sudskim putem. Ovakva obligacija naziva se naturalnom ili prirodnom obligacijom ali titular prava nema više mogućnosti da zahteva prinudno izvršenje.² Raniji Zakon o zastarelosti

¹ Docent na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, e-mail: krstincdalibor@yahoo.com

² N. Mivić-Petrović, Z. Petrović, A. Filipović, *Obavezno osiguranje od autoodgovornosti i naknada štete*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2000, 256.

potraživanja iz 1953. godine³ je u članu 1 regulisao zastarelost polazeći od stava da je predmet zastarelosti ne subjektivno pravo već zahtev prinudnog ostvarenja prava tužbom kod suda – tužba u materijalnopravnom smislu reči.

Sva pitanja koja su u vezi sa zastarelošću regulisana su imperativnim normama a rokovi su određeni zakonom. Stranke ih ne mogu svojim sporazumom ni skraćivati ni produžavati, a kada zastari glavno potraživanje zastarevaju i sporedna, kao npr. troškovi, kamata i sl.⁴

Odredbama člana 360 Zakona o obligacionim odnosima⁵ (u daljem tekstu ZOO) zastarelošću prestaje pravo da se zahteva ispunjenje obaveza. Međutim, postavlja se pitanje šta u stvari zastareva – subjektivno pravo ili samo tužba u materijalnom smislu? Odgovor proizilazi iz odredbe člana 360, stav 1 ZOO da zastarelošću prestaje pravo da se zahteva ispunjenje obaveze, što ne znači da prestaje i samo pravo. Navedeno opet proizilazi iz odredbe člana 367 ZOO koji predviđa da ako dužnik ispunji zastarelu obavezu nema pravo da zahteva da mu se vrati ono što mu je dao, čak i ako nije znao da obaveza zastareva. Zastarelost počinje da teče prvog dana posle dospelosti obaveze, osim ako zakonom za pojedine slučajeve nije drugačije propisano. Zastarelost obaveze koja se sastoji u propuštanju ili trpljenju počinje da teče prvog dana posle dana kada je dužnik postupio protivno obavezi (član 361 ZOO). Svaka zastarelost nastupa kada istekne poslednji dan zakonom određenog vremena (član 362 ZOO). U vreme zastarelosti računa se i vreme koje je proteklo u korist dužnikovih prethodnika (član 363 ZOO). Prema odredbama ZOO izričito je zabranjeno da se ugovorom menja zakonski rok zastarelosti. Tako je u odredbi člana 364, stav 1 ZOO propisano da se pravnim poslom ne može odrediti duže ili kraće vreme zastarelosti od onog koje je predviđeno zakonom. Mrvić-Petrović i Petrović⁶ smatraju da se primenom instituta zastarelosti obezbeđuje pravna sigurnost, te ugovorno menjanje zakonskih odredbi koje se odnose na mogućnost zahtevanja ispunjenja obaveza sudskim putem može u praksi dovesti do nepotpune pravne zaštite građana.

Zastarelost potraživanja prouzrokovane štete regulisana je odredbom člana 376 ZOO, a postoji i poseban rok kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom, što je predviđeno članom 377 ZOO. Naime u odredbi člana 377 ZOO predviđeno je da potraživanje naknade štete prouzrokovane krivičnim delom zastareva u roku zastarelosti krivičnog gonjenja za krivično delo kojim je prouzrokovana šteta, kada je taj rok duži od roka koji je predviđen u članu 376 ZOO. Filipović⁷ smatra da je ovo predviđeno u cilju bolje zaštite prava oštećenog lica. Ukoliko je šteta pričinjena krivičnim delom za koje je predviđen duži rok zastarelosti, zahtev za naknadu štete prema odgovornom licu zastareva istekom vremena određenog za

³ Zakon o zastarelosti potraživanja, *Službeni list FNRJ*, br. 40/53 i 57/54.

⁴ R. Kastratović, „Zastarelost potraživanja naknade štete – sporna pitanja u sudskoj praksi u vezi sa štetom prouzrokovanom krivičnim delom“ *Evropska revija za pravo osiguranja*, 2/2013, 57.

⁵ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

⁶ Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 255.

⁷ A. Filipović, *Zastarelost potraživanja u sudskoj praksi*, Dunav preving, Beograd 1999, 57.

zastarelost krivičnog gonjenja. Međutim, Knežević-Mandić⁸ navodi da u pravnoj teoriji i sudskim odlukama dolazi do razmimoilaženja prilikom tumačenja odredbe 377 ZOO, pre svega u pogledu toga ko se smatra odgovornim licem u smislu navedenog člana i na koga se privilegovani rok zastarelosti primenjuje. Takođe, kao sporna pitanja se pojavljuju i šta se dešava ukoliko krivični postupak nije vođen ili je okončan obustavom, od kada teče zastarelost nastupa prekid i zastoj zastarelosti, kada i pod kojim uslovima i da li ima mesta za primenu člana 376 ZOO i nakon isteka privilegovanog roka iz člana 377 ZOO?

2. Rokovi zastarelosti potraživanja

ZOO propisani su različiti rokovi zastarelosti za pojedine vrste potraživanja. Preciznije, Zakon poznaje četiri različita roka zastarelosti – od deset, pet, tri i jednu godinu. Opšti rok zastarelosti je propisan članom 371 ZOO. U njemu zastarevaju sva potraživanja ukoliko zakonom nije određen drugi rok zastarelosti.

U roku od deset godina zastarevaju sva potraživanja koja su utvrđena pravnomnažnom sudskom odlukom ili odlukom nekog drugog organa, ili poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom, pa i ona za koja zakon inače predviđa kraći rok zastarelosti. Ipak, sva povremena potraživanja koja proističu iz takvih odluka ili poravnanja i dospevaju za ubuduće zastarevaju u roku predviđenom za zastarelost povremenih potraživanja (član 379 ZOO). Osim navedenog, i potraživanja po osnovu osiguranja života zastarevaju u svakom slučaju za deset godina (član 380, stav 2 ZOO).

Za pet godina zastareva samo pravo iz kojeg proističu povremena potraživanja računajući od dospelosti najstarijeg neispunjenog potraživanja posle kojeg dužnik nije vršio davanja (član 373, stav 1 ZOO), kao i potraživanje ugovorača osiguranja, odnosno trećeg lica iz ugovora o osiguranju života (član 380, stav 2 ZOO).

U roku od tri godine zastarevaju potraživanja povremenih davanja koja zastarevaju godišnje ili u kraćim određenim razmacima, bilo da se radi o povremenim sporednim potraživanjima (npr. kamata), bilo da je reč o povremenim potraživanjima u kojima se iscrpljuje samo pravo, računajući od dospelosti svakog pojedinog davanja. Isto važi i za anuitete kojima se u jednakim unapred određenim povremenim iznosima otplaćuju glavnica i kamate, ali ne važi za otplate u ratama i druga delimična ispunjenja (član 372 ZOO). U ovom roku zastarevaju i međusobna potraživanja društvenih pravnih lica iz ugovora o prometu robe i usluga kao i potraživanja naknade za izdatke učinjene u vezi sa tim ugovorima (član 374 ZOO), potraživanja zakupnine (član 375 ZOO), potraživanja osiguravaoca iz ugovora o osiguranju⁹ (član 380, stav 3 ZOO), potraživanja naknade štete (član 376 ZOO), osim ako je šteta prouzrokovana krivičnim delom, jer tada zahtev za naknadu zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja

⁸ V. Knežević-Mandić, „Privilegovani rok zastarelosti potraživanja naknade štete (član 377 ZOO)“, *Bilten*, 3/2011, 348.

⁹ Više u: M., Počuča, „Zastarelost potraživanja iz ugovora o osiguranju“, *Pravo - teorija i praksa*, 3-4/2006, 11-18.

(član 377 ZOO). Filipović¹⁰ naglašava da se duži rok zastarelosti potraživanja naknade štete pričinjene krivičnim delom, prema odredbi člana 377 ZOO primenjuje samo kada se naknada zahteva od lica koje je odgovorno za štetu i kada je u krivičnom postupku utvrđeno postojanje krivičnog dela kojim je šteta pričinjena. Pokretanje i vođenje krivičnog postupka protiv učinioca krivičnog dela prekida i zastarevanje krivičnog gonjenja, pa povlači sa sobom i prekid zastarelosti zahteva za naknadu štete, pa to zastarevanje koje je bilo prekinuto, počinje teći od kada je presuda postala pravosnažna. Od pravosnažnosti presude teče rok zastarelosti koji je predviđen u članu 376 ZOO.

Odbredbama člana 378 ZOO propisan je rok zastarevanja od jedne godine, kao npr. potraživanje naknade za plin, vodu, poštu, telegraf itd. ZOO razlikuje tri vrste zastarelosti zahteva za naknadu štete:¹¹

1. zastarelost potraživanja u slučaju deliktne odgovornosti za štetu koja nije prouzrokovana krivičnim delom,
2. zastarelost potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom i
3. zastarelost potraživanja naknade štete povredom ugovorne obaveze.

Rok zastarelosti potraživanja po osnovu prouzrokovane štete počinje da teče i završava se u roku do tri godine od kada je oštećeni doznao za štetu. Samo saznanje za vrstu štete i za lice koje je tu štetu prouzrokovalo nije uvek dovoljno za dospelost potraživanja, nego je nekada potrebno da se zna i obim štete. Naime, u nekim slučajevima da bi se utvrdila visina štete neophodna je konsultacija stručnjaka, a nekada i vršenje određene ekspertize. Za primer se može navesti slučaj da kada se radi o šteti nastaloj povredom oštećenog lica potrebno je utvrditi težinu potrebe i procenat nesposobnosti oštećenog lica.

U sudskoj praksi je opšte prihvaćeno stanovište da se pod pojmom da je oštećeni saznao za štetu podrazumeva ne samo saznanje o postojanju štete, nego i o obimu, tj. elementima kojima se određuje visina štete. Za navedeno stanovište postoji opravdanje, i to naročito kada se radi o šteti usled telesne povrede ili narušavanja zdravlja. Po pravilu, oštećeni nije u mogućnosti da odmah sazna u čemu se sastoji šteta, odnosno kakve će štetne posledice ostaviti štetna radnja. Stvar se komplikuje i time što je za saznanje o obimu štete i naročito o trajanju štetnih posledica neophodno stručno znanje, uz to i završen proces lečenja i rehabilitacije.¹² Zastarevanje zahteva za naknadu štete usled smanjenja životne sposobnosti počinje od dana završenog lečenja pri čemu se pojam lečenja shvata u stručnom smislu i pri čemu treba imati u vidu da intenzitet i kontinuitet lečenja ne zavise uvek od volje pacijenta. Pravo radnika na potraživanje naknade štete zbog umanjene životne aktivnosti počinje da zastareva od dana kada je saznao za utvrđeni stepen invalidnosti, što može biti i donošenjem odluke nadležnog zavoda za socijalno osiguranje kojom se utvrđuje invalidnost. Međutim, ako kod povređenog radnika i posle toga nastu-

¹⁰ A. Filipović, 57.

¹¹ R. Kastratović, 57.

¹² Odluka Saveznog suda Gzs. Br. 93/76 u: J. Gajović, „Zastarelost zahteva za naknadu štete“, *Pravni život*, 9-10/1992, 1444.

pi bitno pogoršanje zdravstvenog stanja kao posledica ranije pretrpljene povrede, onda bi to predstavljalo novi vid štete u pogledu kojeg zastarelost teče od dana saznanja za tu štetu. Zastarelost potraživanja naknade štete po osnovu pretrpljenih fizičkih bolova počinje da teče od dana kad bolovi prestanu.¹³

Prema sudskoj praksi, zastarelost zahteva za naknadu štete¹⁴ se ravna prema propisu člana 376 i 377 ZOO bez obzira na to da li se naknada zahteva za već nastalu štetu ili za štetu za koju je po redovnom toku stvari izvesno da će sukcesivno nastajati u budućnosti, kao i bez obzira na to da li se buduća šteta zahteva u obliku novčane rente ili u jednokratnom iznosu.¹⁵

3. Zastarelost potraživanja naknade štete – član 376 ZOO

Pravila zastarelosti odnose se na obligacione odnose bez obzira na izvor obaveze, na sadržaj njene činidbe, kao i bez obzira na zakon ili drugi opšti akt u kome je odnosni obligacioni odnos uređen. Obaveza može poticati iz ugovora, jednostrane izjave volje, sticanja bez osnova ili posloводства bez naloga i prouzrokovanja štete. Prema odredbama člana 376 ZOO propisan je posebni subjektivni rok, opšti objektivni rok i posebna zastarelost potraživanja naknade štete. Posebni subjektivni rok od tri godine koji počinje teći od trenutka subjektivnog saznanja oštećenog za određene pravno relevantne činjenice, a to su trenutak saznanja za štetu i za osobu koja je štetu učinila. Opšti objektivni (apsolutni) rok od pet godina počinje da teče od trenutka kada je šteta nastala, te potraživanje naknade štete zastareva bez obzira na saznanje oštećenog za štetu i za štetnika. Ukoliko bi ipak oštećeni doznao za štetu i osobu koja je štetu učinila pre isteka ovog objektivnog roka zastarelosti moći će doći do zastoja ili prekida zastarelosti ako za to postoje zakonom predviđeni uslovi. Posebna zastarelost za štetu koja je nastala povredom ugovornih obaveza. U ovom slučaju za potraživanje naknade štete primenjuje se onaj rok zastarelosti koji je određen ZOO za zastarevanje ugovorne obaveze čijom je povredom nastala šteta. Shodno tome taj rok može biti kraći od tri godine ili duži i iznositi onoliko koliko iznosi opšti rok zastarelosti, dakle deset godina. Tako npr. ako bi šteta nastala zbog nekog ugovora o prometu robe i usluga između pravnih lica (član 374 ZOO) tada takva potraživanja zastarevu u roku od tri godine, a ukoliko bi se radilo o povredi ugovora za isporučenu električnu i toplotnu energiju, potraživanje naknade štete će zastareti u roku od jedne godine (član 378, stav 1, tačka 1 ZOO).

Što se tiče subjektivnog roka zastarelosti, Perović¹⁶ navodi da je dosadašnja sudska praksa smatrala da za ovaj trogodišnji rok zastarelosti pored činjenice da je oštećeni saznao za štetu i za lice koje je tu štetu prouzrokovalo, u slučajevima kada se radi o šteti nastaloj povredom oštećenog lica, mora da se utvrdi i obim štete,

¹³ Odluka Vrhovnog suda Srbije Gž. 5407/72 i Gž. 3662/76 u: *Ibid.*, 1445.

¹⁴ Više o naknadi štete u: O. Stanković, *Naknada štete*, Nomos, Beograd.

¹⁵ Načelni stav VIII Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanog 7. i 8. maja 1991. godine u: *Ibid.*, 1446.

¹⁶ S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knj. 1.*, Savremena administracija, Beograd 1995, 786.

jer samo saznanje prethodne dve okolnosti, bez znanja obima prouzrokovane štete nije dovoljno da se postavi odštetni zahtev. Takođe smatra da ovakav stav sudske prakse nije u protivurečnosti sa intencijama odredbe kojom je regulisan subjektivni rok zastarelosti potraživanja naknade prouzrokovane štete. Odredba člana 376 ZOO sadrži propise o zastarelosti koja ima opšti karakter i primenjuje se u svim slučajevima potraživanja naknade štete, osim u onima za koje posebno nije propisan rok zastarelosti potraživanja naknade štete, kao što je npr. predviđen u narednom članu (članu 377). Kada je reč o šteti prouzrokovanoj krivičnim delom, da li je za neku od šteta zastarelo, treba za svaku vrstu štete utvrditi koliko iznosi rok zastarelosti prema članu 376 ZOO a koliko prema članu 377 ZOO, te primeniti onaj član prema kome zastarelost nije nastupila. Tako Filipović¹⁷ zaključuje da je član 377 ZOO izuzetak od opšteg pravila koji je predviđen u članu 376 ZOO, te smatra da je odredba uneta da bi se pružila jača zaštita oštećenima koji su pretrpeli štetu krivičnim delom i uvek treba utvrditi koja je odredba povoljnija za oštećenog i nju primeniti.

4. Zastarelost potraživanja naknade štete pričinjene krivičnim delom – član 377 ZOO

Prema odredbi člana 377 ZOO propisana je zastarelost potraživanja po osnovu štete prouzrokovane krivičnim delom. Prema stavu 1 člana 377 ZOO, kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom, a za krivično gonjenje je predviđen duži rok zastarelosti, zahtev za naknadu štete prema odgovornom licu zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja. Isto stanovište zastupa i Počuča¹⁸ koji smatra da tekst zakonske odredbe ne ostavlja nikakvu dilemu: „član 377, u stavu prvom određuje da rokovi zastarelosti iz tog člana teku prema odgovornom licu, a to je lice koje po odredbama Zakona o obligacionim odnosima odgovara za štetu, i to mogu biti i fizička i pravna lica, i počinioci krivičnog dela i lica koja odgovaraju po osnovu objektivne odgovornosti ili odgovornosti za drugoga.“ U skladu sa navedenim zakonskim rešenjem je i presuda Apelacionog suda u Novom Sadu po kojoj: „Kad je šteta prouzrokovana krivičnim delom, a za krivično gonjenje je predviđen duži rok zastarelosti, potraživanje naknade štete zastareva u roku zastarelosti krivičnog gonjenja za krivično delo kojem je prouzrokovana šteta, a zastarevanje potraživanja naknade štete koje je prekinuto pokretanjem i vođenjem krivičnog postupka počinje ponovo da teče od dana pravnosnažnosti presude kojom je štetnik oglašen krivim za događaj iz koga je šteta nastala.“¹⁹ Sa druge strane Petrović i Mrvić-Petrović²⁰ naglašavaju da kada se

¹⁷ A. Filipović, 60.

¹⁸ M. Počuča, „Zastarelost potraživanja novčane naknade nematerijalne štete“, *Naknada štete, bezbednost saobraćaja i obavezno osiguranje: međunarodni naučni skup: zbornik radova*, (ur. Zdravko Petrović), Intermex, Beograd 2009, 51-67.

¹⁹ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu posl. br. Gž. 10671/10 od 18.04.2011. godine kojom je potvrđena presuda Osnovnog suda u N.S. poslovni broj P-.... od 25.03.2010. godine u: Elektronski bilten, Osnovni sud u Novom Sadu. <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=zastarelost-naknade-stete>, 23.10.2017.

²⁰ Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, 259.

radi o zastarelosti potraživanja naknade štete pričinjene krivičnim delom sudska praksa je menjana neuobičajeno često. Takođe navode da je u sudskoj praksi zauzet stav da se zastarelost potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom uglavnom presuđuje po odredbama člana 377 ZOO u slučajevima kada je pravnosnažnom osuđujućom presudom krivičnog suda utvrđeno postojanje krivičnog dela i odgovornost lica za učinjeno krivično delo.

Prekid i zastoj zastarevanja krivičnog gonjenja povlači za sobom prekid i zastoj zastarevanja zahteva za naknadu štete (član 377, stav 1 i 2 ZOO). Zastarevanje se prekida svakom radnjom nadležnog državnog organa koja se preduzima radi gonjenja učinioaca krivičnog dela, kao i kad učinilac u vremenu dok teče rok zastarelosti učini isto tako teško ili teže krivično delo, dok zastarevanje ne teče za vreme za koje se po zakonu gonjenje ne može produžiti niti otpočeti.²¹

Do primene člana 377 ZOO neće doći ukoliko bi optuženi bio oslobođen optužbe pravnosnažnom presudom krivičnog suda zato što se nije moglo dokazati ni da je počinio konkretno krivično delo, ni da je delo zbog kojeg se optužuje krivično delo. U ovom slučaju primenjivaće se odredbe iz člana 376 ZOO, tj. oštećeni će moći zahtevati naknadu redovnom tužbom u parničnom postupku u roku od tri godine od kada je doznao za štetu i za osobu koja je štetu učinila. Navedeno podržava i stav sudske prakse rešenjem Vrhovnog suda Srbije prema kojem: „Posebni propisi o zastarelosti i prekidu zastarelosti potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom ne isključuje primenu opšte odredbe o prekidu zastarelosti potraživanja naknade štete.“²² Takođe je moguće primenjivati duži rok zastarelosti ukoliko je to povoljnije za oštećeno lice, što potvrđuje i presuda Vrhovnog suda Srbije: „Primeni odredbe člana 377 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima ima mesta u slučajevima kada je šteta pričinjena krivičnim delom za čije gonjenje je predviđen duži rok zastarelosti od roka koji je propisan u odredbi člana 376 stav 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima, ako je to povoljnije za oštećeno lice.“²³ Shodno navedenom Vizner²⁴ zaključuje da rokovi zastarevanja za naknadu štete prouzrokovane krivičnim delom nisu neki posebni rokovi zastarevanja predviđeni po ovom Zakonu (ZOO), nego su posebni rokovi zastarevanja koji su predviđeni po Krivičnom zakoniku u pogledu zastarevanja krivičnog gonjenja, a odredba člana 377 ZOO samo upućuje na te rokove Krivičnog zakonika.

5. Dileme u vezi sa primenom privilegovanog roka zastarelosti potraživanja naknade štete prema svakom odgovornom licu

Posebno pravilo iz člana 377, stava 1 ZOO ustanovljava jedan produženi (iz ugla oštećenika privilegovani) rok zastarelosti potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom. Ključno pitanje koje se pojavljuje u praksi su-

²¹ M. Isaković, P. Šurlan, *Zakon o zastarelosti potraživanja*. Savremena administracija, Beograd 1978, 77.

²² Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 271/99 u: A. Radovanov, Z. Petrović, *Naknada štete: zbornik sudske prakse*, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad 2009, 384.

²³ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2356/99 od 9. II 2000. u: *Ibid.*, 386.

²⁴ B. Vizner, *Komentar Zakona o obaveznim (obligacionim) odnosima, knj. 2 (član 158-453)*. Zagreb 1978, 1326.

dova tiče se važenja privilegovanog roka iz ovog člana.²⁵ Naime, uočeno je da zakonodavac u odredbi 377, stav 1 ZOO nije predvideo rok zastarelosti prema učinocu krivičnog dela nego prema „odgovornom licu“, što dovodi do nedoumice kako u teoriji tako i u sudskoj praksi. Radi se o tome da je ova nedoumica bila prisutna još dok je važio Zakon o zastarelosti potraživanja. Iako u ovom Zakonu (u odredbi 20) nije bilo izraza „prema odgovornom licu“, Vrhovni sud Jugoslavije je 1970. godine zauzeo načelno mišljenje da rok iz člana 20 Zakona o zastarelosti potraživanja ne teče samo prema štetniku, tj. učiniocu krivičnog dela, nego prema svakom licu koje odgovara za štetu koju je štetnik prouzrokovao. Ipak, i nakon toga sudovi su donosili suprotne odluke.²⁶ Navedenu dilemu je trebalo da reši odredba člana 377, stav 1 ZOO koja sadrži izričito određenje da se radi o roku zastarelosti prava na naknadu štete prema odgovornom licu. Međutim, na osnovu odluke sudova zaključuje se da se to nije desilo. Tako je npr. Vrhovni sud Srbije 2006. godine smatrao da „rokovi zastarelosti potraživanja naknade štete iz člana 377 ZOO teku samo prema učiniocu krivičnog dela kojem je šteta prouzrokovana, a ne prema državi odnosno pravnom licu koje za štetu odgovara umesto njega po odredbama člana 172 ZOO.“²⁷ S druge strane, isti sud je godinu dana ranije zaključio da „prema članu 377, stav 1 ZOO, kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom, a za krivično gonjenje je predviđen duži rok zastarelosti, potraživanje naknade štete prema odgovornom licu zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja. Pod odgovornim licem ne podrazumeva se samo učinilac krivičnog dela, već i lice koje odgovara za štetu koja je učinjena krivičnim delom iako ono nije učinilac tog dela“.²⁸ Stoga je opravdano postaviti pitanje – ko je odgovorno lice prema članu 377 ZOO?

Osnov odgovornosti može proisteći iz tri osnovna uzroka – odgovornosti po osnovu krivice, odgovornosti za drugoga i odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti (objektivna odgovornost). Stanković²⁹ je mišljenja da se prema štetniku koji je postupao sa manjim stepenom krivice ima više obzira, odnosno da manji stepen krivice povlači manju obavezu naknade, dok svi oni koji su postupili sa istim stepenom krivice odgovaraju jednako.

Kod odgovornosti po osnovu krivice (član 158 ZOO) načelno je jasno da se odredba člana 377 ZOO odnosi na štetnika kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom. I pored toga ostaju otvorena mnoga pitanja koja se odnose na situacije u kojima krivični postupak nije vođen ili je iz nekog razloga obustavljen, kao i ako je optužba odbijena, a štetnik oslobođen. Kod primene člana 377 ZOO prisutan je problem u smislu nedovoljne definisanosti odgovornog lica, kao i dileme da li se odgovornim licima smatraju i roditelji za štetu koju nekom prouzrokuje njihovo dete do navršene sedme godine (član 165, stav 1 ZOO), s obzirom na to

²⁵ M. Karanikić-Mirić, „Zastarelost potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2011, 186.

²⁶ B. Blagojević, V. Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Savremena administracija, Beograd 1983, 1141.

²⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1354/06 od 6.9.2006. godine u: M., Karanikić-Mirić, 187.

²⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1335/05 i Sgzz. 58/05 od 30.11.2005. godine u: *Ibid*.

²⁹ O. Stanković, 346.

da se radi o odgovornosti za drugoga, bez obzira na krivicu. Takođe, da li to može biti i preduzeće, odnosno poslodavac koji odgovara za štetu koju prouzrokuje radnik na radu ili u vezi sa radom (član 170 i 171 ZOO), kao i imalac opasne stvari, odnosno lice koje se bavi opasnom delatnošću za štetu koja potiče od te stvari, odnosno delatnosti (član 173 i 174 ZOO).³⁰

Knežević-Mandić sumira da je nakon donošenja ZOO i unosenja odrednice „prema odgovornom licu“ stav nekih pravnih teoretičara taj da je time dilema otklonjena i da se pod navedenim pojmom podrazumeva učinilac krivičnog dela ali i lice koje odgovara za štetu koja je krivičnim delom učinjena, iako sam nije učinilac tog dela, dok su sa druge strane zagovornici teze da s obzirom na činjenicu da u slučaju odgovornosti za štetu po principu uzročnosti ili pretpostavljene odgovornosti za drugoga potraživanje naknade štete počinje da teče tek pošto oštećenik dozna za osobu koja je odgovorna za tako uzrokovanu štetu, a ne za faktičkog počinioca štete. Stoga smatraju da se propisi člana 377 ZOO mogu primenjivati samo prema učiniocu krivičnog dela, a ne prema onom trećem licu koje inače odgovara za štetu umesto faktičkog učinioca, te se na to treće lice mogu primeniti samo odredbe člana 376 ZOO.³¹ Takođe, Vrhovni sud Srbije u svojoj presudi Rev-1432/05 naveo je da se odredba člana 377 ZOO može primeniti samo prema učiniocu krivičnog dela koji je uzrokovao štetu, a ne i prema državi³² kao licu koje za štetu odgovara umesto njega.³³ Identičan stav zauzet je u nizu odluka drugostepenih sudova ili Vrhovnog suda.³⁴

Na osnovu navedenog evidentno je da su u praksi bile prisutne dileme oko primene odredbe člana 377, koje su, može se reći bile prisutne sve do 2011. godine. Naime, pitanjem da li se privilegovani rok zastarelosti naknade štete proistekle iz krivičnog dela proteže i na odgovorno lice, a ne samo na štetnika, bavio se i Ustavni sud Republike Srbije. Ovaj sud je 14. jula 2011. godine utvrdio stav koji se odnosi na rok zastarelosti naknade štete prouzrokovane krivičnim delom i koji glasi:

„U slučaju kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom (član 377 ZOO), ako je za krivično gonjenje predviđen duži rok zastarelosti od rokova propisanih članom 376 Zakona o obligacionim odnosima, zahtev za naknadu štete prema svakom odgovornom licu, a ne samo štetniku, zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja samo ako je pravnosnažnom presudom utvrđeno postojanje krivičnog dela i okrivljeni oglašen krivim za krivično delo. Prekid zastarevanja krivičnog gonjenja povlači za sobom i prekid zastarevanja zahteva za naknadu štete.“

³⁰ V. Knežević-Mandić, 349.

³¹ *Ibid.*, 350.

³² Više o odgovornosti države za štetu u: M. Mrvić-Petrović, M. Mihailović, Z. Petrović, *Vanugovorna odgovornost države za štetu pričinjenu njenim građanima*, Vojnoizdavački zavod, Institut za uporedno pravo, Beograd 2003.

³³ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev-1432/05.

³⁴ Videti odluke Vrhovnog suda Srbije Rev-2575/05; Rev-2604/05; Rev-2897/05; Rev-127/06; Rev-2153/06; Rev-1453/06; Rev-67/07; Rev-2695/07; Rev-2409/07; Odluka Apelacionog suda u Beogradu Gž-3217/12.

Isti rok zastarelosti krivičnog gonjenja primenjuje se ako je krivični postupak obustavljen, odnosno ako se nije mogao pokrenuti zato što je okrivljeni umro ili je duševno oboleo, odnosno ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje i odgovornost okrivljenog, kao što su amnestija i pomilovanje. U svim ostalim slučajevima primenjuje se opšti rok zastarelosti potraživanja iz člana 376 Zakona o obligacionim odnosima.³⁵ Stav Ustavnog suda bio je posledica velikog broja predmeta koji su po ustavnim žalbama završili pred ovim organom.

6. Postojanje krivičnog dela kao prethodno pitanje

Sporno pitanje u praksi naših sudova jeste da li se produženi rok zastarelosti potraživanja naknade štete može primeniti ukoliko postojanje krivičnog dela kojim je prouzrokovana šteta nije utvrđeno pravnosnažnom krivičnom presudom. Preciznije, da li parnični sud može radi ispunjavanja uslova za primenu produženog roka zastarelosti potraživanja naknade štete da rešava o postojanju krivičnog dela kao prethodnom pitanju. Odgovor na postavljeno pitanje daje Veljković³⁶ koji navodi da se rok zastarelosti u smislu odredaba člana 377 ZOO može primeniti samo ukoliko je učinilac krivičnog dela osuđen pravnosnažnom presudom nadležnog suda i ako je tim krivičnim delom učinjena šteta drugom licu. Ukoliko je to lice osuđeno i na manju kaznu od propisane ublažavanjem kazne ili uslovno, rok zastarelosti se ne vezuje za ovakve osude, nego za rok zastarelosti koji je predviđen za učinjeno krivično delo. Ovaj stav je podržan i stavom sudske prakse, što se može videti na osnovu odluke Vrhovnog suda Srbije³⁷ koji smatra da pravo na naknadu štete zastareva u produženom roku samo ako je postojanje krivičnog dela utvrđeno u krivičnom postupku, a izuzetno u parničnom postupku, ako je okrivljeni umro ili duševno oboleo ili ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje i odgovornost okrivljenog. Međutim, nasuprot navedenom jeste rešenje Vrhovnog suda Srbije³⁸ u kojem se navodi da ako su postojale procesne smetnje zbog kojih je bilo apsolutno nemoguće da se protiv učiniooca krivičnog dela krivični postupak pokrene i okonča, bilo zato što je učinilac štete umro ili je nedostupan organima gonjenja, nepoznat ili ima više izvršilaca, parnični sud je u takvom slučaju ovlašćen da kao prethodno pitanje reši o tome da li je šteta prouzrokovana takvom radnjom koja u sebi sadrži elemente krivičnog dela, jer krivično delo postoji i kada je krivični postupak izostao. Pritom, delovanje parničnog suda nije usmereno na utvrđenje krivične odgovornosti, jer se to može utvrditi samo u krivičnom postupku, nego da saglasno načelu pružanja jače zaštite pravu oštećenog na naknadu štete prouzrokovane krivičnim delom, primeni pravila zastarelosti zahteva za naknadu štete iz člana 377 ZOO.

³⁵ Stav Ustavnog suda Su br: I - 400/1/3 - 11 od 14. jula 2011. godine.

³⁶ D. Veljković, *Obligaciono pravo: kroz Komentar Zakona o obligacionim odnosima: sa registrom pojmova: za praktičnu primenu sa primerima ugovora, tužbi i sudske prakse*, Poslovni biro, Beograd 2005.

³⁷ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gž. 600/82 u: V., Karanikić-Mirić, 197.

³⁸ Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 59/99 od 25.3.1999. godine u: *Ibid.*, 360.

Relevantno je navesti da se u pravnoj teoriji dugo postavljalo pitanje da li parnični sud ima ovlašćenja da sam ispita da li je šteta počinjena radnjama koje predstavljaju krivično delo. U sudskoj praksi naših sudova bilo je prihvaćeno stanoviše po kome jedino krivični sud može pravosnažnom presudom utvrditi da li u nečijim radnjama ima elemenata krivičnog dela. Jedini izuzetak od ovog pravila jeste slučaj kada zbog nekih procesnih smetnji krivični sud ne može da sprovede krivični postupak. U ovom slučaju parnični sud je ovlašćen, da radi ocene da li je zastupila zastarelost zahteva da potraživanje prouzrokovane krivičnim delom, sam ispita da li je šteta pričinjena takvim radnjama koje sadrže obeležja krivičnog dela, zato što krivično delo može da postoji i kada je krivični postupak izostao.³⁹ Pri tome je važno naglasiti da delovanje parničnog suda nije usmereno na utvrđivanje krivične odgovornosti, tazo što se ona može utvrditi samo u krivičnom postupku, nego da bi se saglasno načelu pružanja jače zaštite pravu oštećenog na naknadu štetekoja je prouzrokovana krivičnim delom primenio posebna pravila o zastarelosti iz člana 377 ZOO.⁴⁰

Na osnovu navedenog može se zaključiti da su mišljenja podeljena, te po jednom – ukoliko nije vođen krivični postupak ne može se primeniti odredba člana 377 ZOO, dok po drugom – parnični sud može kao prethodno pitanje utvrditi da li je šteta prouzrokovana radnjom koja u sebi sadrži elemente krivičnog dela. Analizirajući odrebe člana 14 i 22 novog KZ⁴¹ Knežević- Mandić⁴² smatra da se nameće pitanje održivosti stava po kojem je parnični sud – u situaciji kada krivični postupak iz bilo kog razloga nije vođen ili je pak završen odbijajućom presudom ili obustavljen zbog zastarelosti – ovlašćen da za potrebe člana 377 ZOO u parnici utvrđuje postojanje krivičnog dela, bez utvrđivanja krivične odgovornosti. Na kraju zaključuje da ukoliko krivični postupak nije vođen ili je okončan obustavom, odbijanjem tužbe ili pak oslobađanjem od tužbe parnični sud nema ovlašćenje da utvrđuje postojanje krivičnog dela i stoga nema mesta primeni člana 377 ZOO u odnosu na bilo koje lice, odgovorno po bilo kom osnovu.

7. Zaključak

Zastarelost predstavlja gubitak prava da se zahteva ispunjenje obaveze po proteku određenog vremenskog perioda, koji je zakonom određen, u kome je pov-

³⁹ N. Mrvić-Petrović, Z. Petrović, A. Filipović, 260.

⁴⁰ Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, 259.

⁴¹ Preciznije, po odredbi člana 14, stav 1 KZ: „krivično delo je ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno“, dok je stavom 2 istog člana izričito propisano da: „nema krivičnog dela ukoliko je isključena protivpravnost ili krivica, iako postoje sva obeležja krivičnog dela određena zakonom“, što znači da po sadašnjem rešenju krivično delo postoji samo ako je skrivljeno, dakle, ako je njegov učinilac bio uračunljiv i ako je u odnosu na izvršeno delo postupao sa umišljajem ili iz nehata. Ukinuta je krivična odgovornost kao poseban krivičnopravni pojam i sa triparticije se prešlo na biparticiju – krivično delo i krivičnu sankciju. Pojam krivice (skrivljenosti) određen je u odredbi člana 22 KZ, po kojoj je kriv onaj učinilac koji je uračunljiv i koji je postupao sa umišljajem (izuzetno iz nehata). (Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16).

⁴² V. Knežević-Mandić, 374.

erilac mogao zahtevati ispunjenje. U pravu Republike Srbije institut zastarlosti regulisan je Zakonom o obligacionim odnosima, a pre njega Zakonom o zastarelosti potraživanja. Zakonodavac je propisao da pravo na naknadu štete pričinjene krivičnim delom zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja, ako je za krivično gonjenje predviđen duži rok zastarelosti. Takođe je precizirano da je reč o potraživanju naknade štete prema odgovornom licu. Iako precizirano ovo razjašnjenje nije pomoglo sudovima da zauzmu jedinstven stav o tome da li produženi rok zastarelosti prava na naknadu štete prouzrokovane krivičnim delom važi samo kada je zahtev važi samo kada je zahtev za naknadu štete upravljen prema štetniku ili i kada je upravljen prema licu koje za štetu odgovara.

Na osnovu sveobuhvatne analize zaključujemo da institut zastarelosti potraživanja naknade štete nailazi u praksi na neke nedoumice. Naime, moderno pravo posmatra zastarelost isključivo kao zastarelost potraživanja u obligacionom pravu i način gubljenja prava kada dolazi do nastanka prirodne obligacije. Obaveza dužnika i dalje postoji, ali poverilac gubi sudsku zaštitu kao i mogućnost prirodne realizacije potraživanja. Ipak, i u okviru instituta zastarelosti pojavljuju se sporna pitanja u sudskoj praksi koja se odnose na pitanje definisanja odgovornih lica kod zastarelosti potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom, kao i pitanja mogućnosti rešavanja pitanja odgovornosti za krivično delo u parničnom postupku rešavanjem tzv. prethodnog pitanja. Stoga na osnovu analiziranih spornih pitanja zastarelosti potraživanja naknade štete pričinjene krivičnim delom smatramo da je neophodno da zakonodavac u budućoj razradi sporne odredbe 377 ZOO precizno definiše na koga se odnosi odrednica „odgovorno lice“ kako ne bi dolazilo do razmimoilaženja u pravnoj teoriji i sudskoj praksi prilikom tumačenja navedene odredbe.

* * *

LIMITATION OF A DEMAND FOR THE COMPENSATION OF DAMAGES CAUSED BY A CRIMINAL OFFENCE

Summary

The statute of limitations of debt is the institution of a law of obligations, according to which the creditor loses the protection of that right due to his passive possession under his law within the law for a certain period of time. By content it can refer to giving in money or things, doing or suffering. Obsolescence can be considered as one of the ways of termination of obligations. The obsolete claims of compensation for the damage caused by the criminal offense have been taken into consideration by the respective legal attitudes, and the case law also provides certain answers. The importance of studying obsolescence is reflected in the needs of judicial practice that often addresses obsolescence issues in specific court cases, as well as in the theory of civil law that attempts to illuminate the legal na-

ture of obsolescence and thus provide some general, common ground in the treatment of this specific institute. It is precisely in this paper that the legal provisions and attitudes of legal theory and jurisprudence relating to the term and limitation periods for certain types of claims are outlined, the statute of limitations of claim for compensation of damages regulated by Article 376 ZOO, the obsolete claims on the basis of the damage caused by the criminal offense regulated by Article 377 THE ZOO. Also special emphasis is placed on the dilemmas that are present in practice regarding the application of the privileged limitation period of claims for damages to each responsible person.

Key words: obsolescence of claims, compensation of damages, criminal offense, case law, responsible persons.

Vladimir Vrhovšek¹
dr Vladimir Kozar²

SUDSKA ZAŠTITA OD ZLOSTAVLJANJA NA RADU

Apstrakt

Autori prikazuju ostvarivanje prava na zaštitu od zlostavljanja na radu u sudskom postupku. Zaštita od zlostavljanja na radu ostvaruje se pred višim sudom, u skladu sa posebnim pravilima postupaka u parnicama iz radnih odnosa, uz primenu i drugih specijalnih pravila. U pitanju je podvrsta radnog spora, koji se pokreće podnošenjem tužbe protiv poslodavca, koji je pasivno legitimisan. Propisane su vrste zahteva koji se mogu postaviti u postupku, uključujući i naknadu materijalne i nematerijalne štete. Takođe, sud može odrediti i privremene mere kao što su zabrana približavanja, kao i zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog, koji učini verovatnim da je izložen zlostavljanju. U slučaju izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu sud mora da održi ročište i donese meritornu odluku – presudu, čime se postiže značajno ubrzanje postupka. Revizija kao vanredni pravni lek dozvoljena je po pravilima iz opšteg parničnog postupka, dakle u zavisnosti od vrednosti predmeta spora, što je ocenjeno kao propust zakonodavca u normiranju zlostavljanja na radu. Predlaže se izmena zakona, koja bi dozvoljavala izjavljivanje revizije bez obzira na vrednost predmeta spora označenu u tužbi. Prikazana su procesnopravna dejstva otvaranja stečaja nad poslodavcem, koji je pravno lice, što dovodi do atrakcije stvarne i mesne nadležnosti u korist privrednog suda koji sprovodi stečajni postupak. Po ugledu na izuzetak od atrakcije stvarne nadležnosti, koji je u zakonu propisan za statusne radne sporove, predloženo je da se isto pravilo uvede i za i sporove o nenovčanim zahtevima zbog zlostavljanja na radu, što bi omogućilo višem sudu kome je tužba podneta pre otvaranja stečaja, da zadrži nadležnost. Na kraju, data je analiza aktuelne sudske prakse, kroz koju su sudovi izrazili stavove o bitnim činjenicama i drugim okolnostima merodavnim za odlučivanje o tužbenom zahtevu u sporovima za zaštitu od mobinga.

Ključne reči: Mobing, Zlostavljanje na radu, Sudska zaštita, Radni spor, Parnični postupak.

¹ Autor je sudija Višeg suda u Beogradu, vladimirvrhovsek@gmail.com

² Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, kozarv@yahoo.com

1. Uvod

Mobing, kao veoma širok pojam, obuhvata kompleks maltretirajućih aktivnosti koje se sprovode nad zaposlenima na radnom mestu, a koje se obično završavaju sa nekom vrstom posledica za pojedinca.³ Ukoliko iste prerastu u konstantno, trajno i grubo povređivanje ustavnog prava na dostojanstvo, ugled i čast, privatnost ili telesni integritet i zdravlje zaposlenog, govorimo o mobingu.⁴ Opšte prihvaćena definicija (pojmovno određenje) mobinga ne postoji, ima ih mnogo, a sve se oslanjaju na definiciju koju je još 1984. godine u Enciklopediji mobinga dao švedski psiholog Hajns Lejman (*Heinz Leymann*)⁵. Umesto reči mobing ili zlostavljanje na radu, često se koriste termini: psihičko zlostavljanje, psiho-teror, uznemiravanje, moralno uznemiravanje i dr. Iako je iz naziva zakona jasno da se naš zakonodavac opredelio za sintagmu: zlostavljanje na radu, kod nas je odomaćena upotreba termina mobing (ranije šikana, šikaniranje na radnom mestu, engl. *bullying*).⁶ Sama engleska reč *mobbing*, pak, ima svoje daleke korene u latinskom jeziku: *mobile vulgus* – svetina (ološ) u pokretu.⁷

Zlostavljanje na radu predstavlja proces koji nastaje i koji dugo traje u radnom okruženju, kako u svetu, pre svega u Evropi, tako i kod nas. U cilju sprečavanja ove negativne pojave, brojne su mere koje se preduzimaju u Međunarodnoj organizaciji rada, Savetu Evrope i Evropskoj uniji. Nastanku zlostavljanja na radu doprinosi nedovoljno transparentna atmosfera, nedostaci u internom informisanju, neadekvatno ponašanje rukovodeće strukture, nedostaci u upravljanju personalom i loši međuljudski odnosi, nedovoljno razgraničene nadležnosti i podela zadataka, potiskivanje svađa i konflikata itd.

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu- ZSZR, *Službeni glasnik RS*, br. 62/10 koji se primenjuje se od 4. septembra 2010. godine, predstavlja pravni regulatorni okvir, koji definiše modalitete zaštite zaposlenog, obaveze poslodavca i kaznene mere prema zlostavljačima.

2. Zakonski pojam izvršioca (zlostavljača) i zlostavljanja na radu

Zakon definiše pojam zlostavljanja i izvršioca zlostavljanja. U smislu čl. 6 ZSZR pod zlostavljanjem se podrazumeva svako aktivno ili pasivno ponašanje koje čini poslodavac, neko od zaposlenih ili grupa zaposlenih, prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca, ili prema poslodavcu, odnosno odgovornom licu kod poslodavca, koje se ponavlja, a koje za cilj ima i predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zapos-

³ L. Bratić, „Šta je mobing?“, *Bilten Privrednog suda u Beogradu* 1/2014, 24 – 29.

⁴ B. Lubarda, „Mobing/Buling na radu“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 2/2008, 448.

⁵ „Mobing and Psychological Terror at Work Places“, *Violence and Victims*, 1990, <http://www.Leymann.se/English/frame.html>, 21. maj 2018.

⁶ L. Đukić, „Pravna zaštita zbog zlostavljanja na radu (mobinga)“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 3/2012, 129.

⁷ K. Westhues, „At the mercy of the mob“, <http://www.kwesthues.com/ohs-canada.htm>, 21. maj 2018; R. Praštalo, „Mobing šta je to“, <https://dijaspora.wordpress.com/2013/02/17/mobing-sta-je-to-autor-dr-radojka-prastalo/>, 21. maj 2018;

lenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor (st. 1), kao i podsticanje i navođenje drugih na ponašanje koje predstavlja zlostavljanje se takođe smatra zlostavljanjem (st. 2), dok se izvršiocem zlostavljanja smatra poslodavac sa svojstvom fizičkog lica ili odgovorno lice⁸ kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca, koji vrši zlostavljanje (st. 3). Pojam zlostavljanja postavljen je široko, pa su tako obuhvaćeni i horizontalni i vertikalni mobing,⁹ odnosno svi odnosi između zaposlenih bez obzira na njihov međusobni položaj kod poslodavca.¹⁰

Kada je u pitanju nacionalni normativni okvir, valja ukazati da je pravo zaposlenog na poštovanje dostojanstva na radu ustavno pravo,¹¹ a posebna zaštita navedenog prava započeta je antidiskriminacionim odredbama u Zakonu o radu - ZR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 (Odluka Ustavnog suda), 113/2017, koji u čl. 18 propisuje zabranu svakog oblika diskriminacije zaposlenog i lica koje traži zaposlenje, a odredbom čl. 21 zabranjeno je uznemiravanje i seksualno uznemiravanje uz definisanje ovih pojmova vrlo slično kasnijem određenju mobinga, odnosno zlostavljanja na radu u ZSZR.¹² Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/09, koji je stupio na snagu 7. aprila 2009. godine, propisuje da je zabranjena diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživanje pod jednakim uslovima svih prava u oblasti rada, kao što su pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na napredovanje u službi, na stručno usavršavanje i profesionalnu rehabilitaciju, na jednaku naknadu za rad jednake vrednosti, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, na odmor, na obrazovanje i stupanje u sindikat, kao i na zaštitu od nezaposlenosti (čl. 16, st. 1).¹³

ZSZR daje celovit normativni osnov ne samo za sprečavanje zlostavljanja na radu, već i za zaštitu lica koja su (bila) izložena zlostavljanju na radu ili u vezi

⁸ ZSZR koristi pojam „odgovorno lice u pravnom licu“, za označavanje direktora, ili drugog statutarnog, odnosno „zakonskog“ zastupnika pravnog lica, čiji naziv zavisi od forme pravnog lica. Prema Zakonu o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 (drugi zakon), 5/2015, 44/2018, društvo ima jednog ili više direktora koji su zakonski zastupnici društva (čl. 218). Saglasno Zakonu o bankama, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 91/2010, 14/2015, predsednik izvršnog odbora banke predstavlja i zastupa banku s tim što je pri zaključivanju pravnih poslova i preduzimanju pravnih radnji iz delokruga izvršnog odbora, dužan da obezbedi potpis jednog člana tog odbora (čl. 75 st. 2 i 3) Reč je o supotpisu, pa se postavlja pitanje da li i član izvršnog odbora banke ima svojstvo odgovornog lica, u smislu čl. 14 st. 2 ZSZR.

⁹ B. Lubarda, „Socijalna prava i dostojanstvo na radu“, *Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava* 1/2008, 20.

¹⁰ B. Urdarević, Z. Radulović, „Posebni oblici zaštite zaposlenih od zlostavljanja na radu“, *Srpska politička misao* 4/2016, 355.

¹¹ „Svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Niko se tih prava ne može odreći.“ (čl. 60, st. 4 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 83/06).

¹² L. Đukić, 129.

¹³ *Ibid.*

sa radom (žrtve zlostavljanja) i zato je neophodno ukazati na neka pitanja koja su značajna za pravilnu primenu njegovih odredaba.¹⁴ Takođe bilo je potrebno doneti i Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014, radi zaštite zaposlenih koji svoje pravo na izražavanje mišljenja ostvaruju u svojstvu zaposlenog – uzbunjivača, a što je od posebnog značaja za suzbijanje korupcije.¹⁵

Međunarodna organizacija rada određuje mobing kao “uvredljivo ponašanje koje se manifestuje kao osvetoljubivi, surovi, zlonamerni ili ponižavajući pokušaji da se sabotira jedan ili grupa zaposlenih.”¹⁶ Posledice takvog stanja odražavaju se, kako na žrtvu zlostavljanja na radu, tako i na privredna društva, ali i društvo u celini. Dakle, ne radi se samo o pojedincu već o društvu u celini pri čemu nastaju ogromni gubici, i to na tržištu rada, socijalnom, zdravstvenom i penzionom osiguranju, itd. Zbog toga se problemom zlostavljanja na radu ne bavi samo sindikat koji institucionalno štiti prava radnika već i sama država.¹⁷

Ne postoji stručna definicija zlostavljanja na radu, već se brojna objašnjenja ovog pojma uglavnom vezuju za nabiranje manifestnih pojava.¹⁸ Zlostavljanje na radu je psihološki teror u poslovnom životu i odnosi se na neprijateljsku i neetičku komunikaciju i maltretiranja, koja su usmerena na sistematičan način od jednog ili više pojedinaca, uglavnom prema jednom pojedincu, koji je zbog zlostavljanja na radu stavljen u poziciju u kojoj je bespomoćan i u nemogućnosti da se odbrani. To se radi s visokom učestalošću najmanje šest meseci, što dovodi do značajne, već pomenute mentalne, psihosomatske i socijalne patnje žrtvi.¹⁹

Posledice neresavanja, odnosno nesprečavanja zlostavljanja na radu mogu prouzrokovati značajne troškove kako za pojedinca, tako i za poslodavca, ali i društvo u celini. Naime, zlostavljanja na radu ugrožavaju bezbednost i zdravlje na radu, osnov su učestalih bolovanja i izostanaka zaposlenih sa rada i stvaraju lošu radnu i komunikacionu atmosferu u radnoj sredini.²⁰

3. Pravila posebnog parničnog postupka u radnom sporu po tužbi protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu

Zaštita od zlostavljanja vrlo je detaljno uređena u ZSZR. Pre svega, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, pre podnošenja tužbe sudu, obavezno treba da pokuša da ostvari zaštitu od zlostavljanja u postupku kod poslodavca,²¹ i to tako što će poslodavcu, ako se za zlostavljanje ne tereti preduzetnik kao fizičko

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ V. Bilbija, „Zaštita uzbunjivača u RS i postupci uzbunjivanja“, *Pravni informator* 1/2016, 36–42.

¹⁶ „When working becomes hazardous”, <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/magazine/26/violence.htm>, 21. jun 2018.

¹⁷ M. Vrhovšek, Ž. Spalević, „Ostvarivanje prava na zaštitu od zlostavljanja na radu“, *Pravna Riječ - Časopis za pravnu teoriju i praksu* 27/2011, 465-469.

¹⁸ B. Lubarda, „Ostvarivanje i zaštita socijalnih prava“, *Pravni život* 11/2010, Beograd, 766-767.

¹⁹ „European foundation for the Improvement of Living and Working Conditions”, *Fourth European Working Conditions Survey* (2005), www.eurofound.eu/ewco/surveys, 21. maj 2018.

²⁰ M. Vrhovšek, Ž. Spalević, 465-469.

²¹ V. Bilbija, „Postupak zaštite od zlostavljanja na radu kod poslodavca“, *Pravni život* 11/2014, 535-549.

lice, odnosno direktor kao odgovorno lice kod poslodavca, podneti zahtev za zaštitu od zlostavljanja neposredno tom licu (čl. 13, st. 1). Zahtev za pokretanje postupka podnosi lice koje smatra da je izloženo zlostavljanju, a uz njegovu pisanu saglasnost, zahtev može podneti i predstavnik sindikata, lice nadležno za poslove bezbednosti i zdravlja na radu, predstavnik zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu ili odbor za bezbednost i zdravlje na radu (čl. 13, st. 2).

Međutim, zaposleni, koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika („poslodavca sa svojstvom fizičkog lica“) ili direktora pravnog lica, ima dve mogućnosti za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, i to da preduzetniku, odnosno direktoru podnese zahtev za pokretanje postupka posredovanja kod tog poslodavca ili da podnese tužbu sudu protiv poslodavca bez obaveze prethodnog pokretanja postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca (čl. 14, st. 2).

Sudska zaštita od zlostavljanja na radu ostvaruje se u skladu sa pravilima postupaka u parnicama iz radnih odnosa, kao jednog posebnog parničnog postupka, uz prvenstvenu primenu specijalnih pravila iz ZSZR. Drugim rečima, u pitanju je „podvrsta“ radnog spora, koji se pokreće podnošenjem tužbe protiv poslodavca. Saglasno čl. 23, st. 1, tač. 7 Zakona o uređenju sudova - ZUrS, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 40/2015, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, viši sud u prvom stepenu sudi u sporovima za zaštitu od zlostavljanja na radu, a takođe i od diskriminacije.

Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ili odgovornog lica u pravnom licu, može protiv poslodavca da podnese tužbu pred nadležnim sudom do isteka roka zastarelosti za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, odnosno u roku od šest meseci od dana kada je poslednji put izvršeno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje (čl. 29, st. 1 ZSZR). Dakle, u našem pravu pasivno je legitimisan poslodavac, što znači da se tužbom ne obuhvata zlostavljač, koji ipak može učestovati u postupku, ali kao umešač na strani tuženog poslodavca²² i njegove parnične radnje imaju pravno dejstvo za stranku kojoj se pridružio ako nisu u suprotnosti sa njenim radnjama. (čl. 217, st. 4 ZPP). U uporednom pravu, međutim, (Nemačka i Francuska), mogu biti pasivno legitimisani i poslodavac i zlostavljač. Poslodavac će odgovarati samo u slučaju da je bio obavešten (znao ili morao znati) o mobingu koji se dešava u preduzeću, a nije preduzeo sve mere da ga spreči, odnosno, koji je propustio da izvrši svoju dužnost organizovanja rada na način koji isključuje, odnosno, smanjuje mogućnost pojave mobinga. Tužilac može tražiti naknadu štete i od poslodavca i od zlostavljača, pri čemu je njihova odgovornost samostalna.²³

Zakonom je propisano da su zaposleni, kao tužilac, i poslodavac, kao tuženi, stvarno legitimisani u sporu po tužbi za zaštitu od zlostavljanja na radu, jer su učesnici spornog materijalno-pravnog odnosa iz koga je nastala parnica. Zaposleni je aktivno legitimisan, a poslodavac je pasivno legitimisan, jer na njemu leži obaveza koja odgovara tužiočevom pravu, npr. naknada materijalne i nematerijalne

²² V. Bilbija, „Sudska zaštita od mobinga“, *Radno-pravni savetnik* 11/2017, 33.

²³ M.Popović, „Sporna pitanja u primeni Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu“, *Pravni život* 7-8/2013, 96.

jalne štete. Stvarna legitimacija (*legitimatío ad causam*) je ustanova materijalnog prava, prigovor nedostatka stvarne legitimacije redovno ističe tuženi, ali njen nedostatak uzima i sud u obzir ako se on vidi iz procesne građe. Ako sud utvrdi da sporno pravo ne pripada tužiocu ili da tuženi nije pasivni subjekat sporog materijalnog pravnog odnosa, sud će presudom odbiti tužbeni zahtev kao neosnovan.²⁴ „Stvarna legitimacija u parnici predstavlja materijalnopравни odnos stranke prema predmetu spora, odnosno prema pravu za čiju je zaštitu parnica pokrenuta, o čemu se vodi računa po službenoj dužnosti i zavisi od materijalnog prava koje se primenjuje na određeno činjenično stanje. Tužilac je aktivno legitimisan ako je nosilac prava koje je predmet spora, a tuženi je pasivno legitimisan ako na njemu leži obaveza koja odgovara tužiočevom pravu.“²⁵

Međutim, postavlja se pitanje kakvu će sud odluku doneti ako zaposleni podnese tužbu protiv zlostavljača, a ne protiv poslodavca, kako zakon nalaže. Pred sudom su dve mogućnosti – jedna je da presudom odbije tužbeni zahtev zbog nedostatka pasivne stvarne legitimacije, kao materijalne pretpostavke za osnovanost tužbenog zahteva, a druga je da rešenjem odbaci tužbu zbog nedostatka pasivne procesne legitimacije. Smatramo da je druga opcija prihvatljivija. Procesna legitimacija jeste ovlašćenje stranke da u sopstveno ime vodi jednu određenu parnicu, koje redovno imaju učesnici spornog materijalno pravnog odnosa, dakle subjekti koji su u parnici stvarno legitimisani, s tim što u nekim slučajevima zakon odvaja pravo na vođenje spora od nosioca subjektivnog prava i prenosi ga na treće lice, kada ono ima značaj procesne pretpostavke, čiji nedostatak povlači odbacivanje tužbe.²⁶ Dakle u pitanju je „aktivna“ procesna legitimacija. Međutim, kada je u pitanju tuženi u sporu zbog zlostavljanja na radu, postavlja se i pitanje „pasivne“ procesne legitimacije. Jer, ne može se negirati da je i zlostavljač učesnik spornog materijalno pravnog odnosa, ali je zakonodavac ovlašćenje, tačnije teret vođenja parnice preneo na poslodavca, kao tuženu stranu. Takođe, presuda kojom se usvaja tužbeni zahtev dejstvuje i prema zlostavljaču, npr. zabrana vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, zabrana daljeg vršenja zlostavljanja, odnosno ponavljanja zlostavljanja, bez obzira što zlostavljač nije stranka u postupku, ali je i na njemu teret obaveze na uzdržavanje od činidbi koje predstavljaju zlostavljanje.

Tužbom koju podnosi zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ili odgovornog lica u pravnom licu, ne može se pobijati zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa, s obzirom da protiv tog akta zaposleni ima pravo na sudsku zaštitu (čl. 29, st. 3 ZSZR). Teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje je na poslodavcu, ako zaposleni kao tužilac u toku postupka učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje (čl. 31 ZSZR). Na ovaj način načinjen je izuzetak od opšteg pravila o teretu dokazivanja-

²⁴ B. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1987, 130.

²⁵ Iz presude Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 3618/10 od 16.02.2011, objavljena u: V. Kozar, M. Počuča, *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Poslovni biro, Beograd 2014, 303 - 304. i <http://www.propistonline.com/Practice/Decision/51588>, 11.07.2018.

²⁶ B. Poznić, 130 – 131.

ja u parničnom postupku - *actori incumbit probatio* iz čl. 231 ZPP,²⁷ s tim što je uslov za „prenos tereta dokazivanja sa tužioca na tuženog“ da tužilac učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje.²⁸ Dakle, za uspeh u sporu propisana je verovatnost, što je manji stepen dokazanosti, od izvesnosti, koja je potrebna za usvajanje tužbenog zahteva u parnicama koje se vode prema pravilima opšteg parničnog postupka. Možda nije u pitanju „*probatio diabolica*“ ali će za poslodavca biti đavolski teško da, ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršeno zlostavljanje, dokaže nepostojanje relevantnih činjenica da je mobinga zaista bilo. U ovom sudskom sporu ni strana koje je u njemu uspela, ne može se nazvati pobednikom. U stručnoj literaturi se ističe da su „u društvima visokoindustrijalizovanog sveta Zapada, mesta rada ostala jedina poprišta borbe (eng. *battlefield*), gde se ljudi mogu međusobno „ubijati“ bez rizika da zbog toga budu izvedeni pred sud.“²⁹

Zakon ne propisuje dokaze, što znači da su u parničnom postupku dozvoljena sva dokazna sredstva, npr. svedoci, isprave i sl, za razliku od krivičnog postupka koji zabranjuje korišćenje nekih dokaza, s obzirom na način na koji su pribavljeni. Međutim, postavlja se pitanje da li je dozvoljeno da zaposleni - žrtva mobinga snimi razgovor sa izvršiocom mobinga, kako neki autori preporučuju.³⁰ Pitanje zakonitosti tako pribavljenih dokaza s obzirom na obim ustavne zaštite, treba utvrditi u svakom pojedinom slučaju, što se objašnjava činjenicom da učesnici dobrovoljno stupaju u međusobnu komunikaciju, učestvuju i prekidaju je.³¹

Pravo da podnese tužbu protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom ima i zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka posredovanja, odnosno zaštite od zlostavljanja kod poslodavca. U ovom slučaju, rok za podnošenje tužbe je 15 dana od dana dostavljanja obaveštenja o tome da strane u sporu nisu odredile, odnosno izabrale posrednika, ili da je jedna od strana u sporu odustala od daljeg postupka, odnosno odluke o obustavljanju od postupka kada posrednik, posle konsultacije sa stranama u sporu oceni da dalji postupak nije opravdan (čl. 29, st. 2. ZSZR). U ovom roku zaposleni može podneti tužbu i ako nije zadovoljan ishodom postupka za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog koji se tereti za zlostavljanje.

S obzirom da sporovi koji nastaju zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom predstavljaju radne sporove za koje ZSZR nisu predviđena posebna pravila, u sporovima za ostvarivanje sudske zaštite zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom, shodno se primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak (čl. 29, st. 5 ZSZR). Reč je o posebnoj vrsti parničnog postupka, koji je uređen odredba-

²⁷ V. Kozar, V. Bilbija, “Prohibition of Discrimination and Prevention from Abuse at Work: As a Right and an Obligation - Serbian Legislation”, *Universal Journal of Management* Vol. 5(4)/2017, 165 – 174.

²⁸ Iz presude Apelacionog suda u Beogradu GŽI 592/15 od 09.12.2015, *Pravni informator* 12/2016, 33 – 35.

²⁹ B. Lubarda, 2010, 767.

³⁰ D. Wornham, „A descriptive investigation of morality and victimization at work”, *Journal of Business Ethics* 1-2/2003, 29-40.

³¹ S. Jašarević, „Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad* 1-2/ 2008, 543-548.

ma čl. 436 - 441 Glave XXIX Zakona o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, pod nazivom Postupak u parnicama iz radnih odnosa. Odredbe ove glave imaju prvenstvo, a odredbe opšteg dela zakona primenjuju se supsidijarno i shodno, dakle samo ako u odredbama ove glave nije drugačije propisano.³²

Vrste tužbenih zahteva i privremene mere obezbeđenja

U postupku pred nadležnim sudom zaposleni, koji smatra da je izložen zlostavljanju može na osnovu čl. 30 ZSZR, da zahteva:

- utvrđivanje da je pretrpeo zlostavljanje;
- zabranu vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, zabranu daljeg vršenja zlostavljanja, odnosno ponavljanja zlostavljanja;
- izvršenje radnje radi uklanjanja posledica zlostavljanja;
- naknadu materijalne i nematerijalne štete, koju mu odgovorno lice ili zaposleni vršeći zlostavljanje prouzrokuje, za koju odgovara poslodavac (čl. 9, st 1 ZSZR)³³;
- objavljivanje presude donete povodom podnetih tužbi.

Zakon nije izričito propisao da li se u tužbi moraju kumulativno istaći svi navedeni zahtevi, ali se s obzirom da je upotrebljena reč „može“, a ne reč „mora“, nameće zaključak da je broj i izbor vrste zahteva u dispoziciji tužioca. Ako tužilac zahteva samo naknadu materijalne i nematerijalne štete, sud će presudom odlučiti o osnovanosti toga zahteva, a činjenica, tačnije pravni odnos, da li je tužilac pretrpeo zlostavljanje ili ne, predstavlja prethodno pitanje (čl. 12, st. 1 ZPP) od koga zavisi odluka o osnovanosti tužbenog zahteva za naknadu štete. Postoje i suprotna mišljenja prema kojim „presuda mora uvek sadržati deklaratornu preambulu, kojom se konstatuje postojanje mobinga, kao pravni osnov za izvršenje drugih zahteva“³⁴ što znači da bi i tužba morala da sadrži zahtev za utvrđivanje da je tužilac pretrpeo zlostavljanje, jer sud odlučuje u granicama zahteva koji su postavljeni u postupku (čl. 3, st. 1 ZPP). Ukoliko je tužilac postavio sve zahteva koje predviđa ZSZR, presuda bi bila utvrđujuća (deklarativna) u pogledu odluke o zahtevu za utvrđivanje da je pretrpeo zlostavljanje, dok bi odluka o ostalim zahtevima bila osuđujuća (kondemnatorna), jer se tuženom naže izvršenje odnosno uzdržavanje od određenih činidbi. Stoga, nije prihvatljivo mišljenje da su ostali zahtevi konstitutivni,³⁵ jer se ne zahteva pravni preobražaj nekog pravnog odnosa, već da sud naloži tuženom izvršenje ili uzdržavanje od određene činidbe, dakle kondemnatorni.

³² V. Kozar, “Protection of labour and employment rights in civil procedure”, *Employment, Education and Entrepreneurship* (ed. Slavko Karavidić) Faculty of Business Economics and Entrepreneurship, Belgrade 2013, 216 – 227

³³ V. Vrhovšek, V. Kozar, „Naknada materijalne i nematerijalne štete fizičkim i pravnim licima u pravu Republike Srbije“, *Pravni život* 10/2016, 737 – 750.

³⁴ O. Kičanović, *Komentar Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu*, Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije, Beograd 2011, 54.

³⁵ *Ibid.*

Postupak pred sudom je hitan. Postupak se može pokrenuti u roku od 15 dana, a sud je dužan da tužbu sa priložima dostavi tuženom na odgovor u roku od 15 dana od dana prijema tužbe (čl. 32 ZSZR).

U toku sudskog postupka sud može, po predlogu stranke ili po službeno dužnosti, odrediti privremene mere radi sprečavanja nasilnog ponašanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete, u koje naročito spadaju zabrana približavanja, kao i zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog,³⁶ ako tužilac učini verovatnim da je izložen zlostavljanju. Sud će odluku o određivanju privremene mere doneti u roku od osam dana od dana predaje predloga, a protiv pomenutog rešenja nije dozvoljena posebna žalba (čl. 33 ZSZR), što znači da se rešenje o određivanju privremene mere može pobijati samo žalbom protiv odluke o glavnoj stvari, dakle žalbom protiv presude kojom je odlučeno o tužbenom zahtevu.

Odlučivanje na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja u slučaju izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu

Značajna je odredba iz čl. 440, st. 2 ZPP. u kome je propisano da ako tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, a uredno je pozvan, sud će da održi ročište i odluči na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja. Ovo pravilo zakon nije dovoljno razradio, ali je jasno da sud u slučaju izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu mora da održi ročište i donese meritornu odluku – presudu, čime se postiže značajno ubrzanje postupka

Dakle, reč je o kontumaciji, sličnoj presudi zbog izostanka u postupku o sporovima male vrednosti, ali razlika se sastoji u tome što sud mora da utvrdi činjenično stanje, što znači da mora da izvede dokaze, i da na tako utvrđeno činjenično stanje primeni materijalno pravo. Zbog značaja ovih vrsta sporova, velikog broja predmeta i potrebe njihovog hitnog rešavanja iz savremenog uporednog prava,³⁷ na ovaj način preuzeta je i uvedena “presuda na osnovu do tada utvrđenog činjeničnog stanja”.³⁸

To znači da zbog izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu u radnom sporu, ne nastupa fikcija priznanja činjenica na kojima se zasniva tužbeni zahtev. Iz toga sledi zaključak da oduka ne mora biti pozitivna za tužioca, tj. da izostanak tuženog ne dovodi do usvajanja tužbenog zahteva, jer sud presudom može i odbiti tužbeni zahtev ako tužilac nije podneo relevantne dokaze za utvrđivanje spornih činjenica, odnosno kojim je učinio verovatnim da je izvršeno zlostavljanje (čl. 31 ZSZR), s obzirom da će sud tada primeniti opšte pravilo o teretu dokazivanja iz čl. 231 ZPP.

Prilikom tumačenja uslova za donošenje presude „na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja“, treba imati u vidu uvođenje principa afirmativne litiskon-

³⁶ B. Urdarević, Z. Radulović, 358.

³⁷ V. Bilbija, “Sudjenje u razumnom roku u pamicama iz radnih odnosa kroz praksu Evropskog suda pravde i praksu domaćih sudova”, *Pravni život* 11/2016, 377-388.

³⁸ Z. Lutovac, „Novine u zakonu o pamičnom postupku – novi ZPP“, *Bilten vrhovnog kasacionog suda* 3/2011, 115

testacije.³⁹ Naime, prema čl. 230, st. 1 ZPP ne dokazuju se činjenice koje stranka nije osporila. S druge strane, ako su, pored izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu u radnom sporu, ispunjeni i svi ostali uslovi iz člana 351 ZPP sud može doneti i presudu zbog izostanka u radnom sporu, po pravilima opšteg postupka. O posledici izostanka sa ročišta za glavnu raspravu sud će da upozori tuženog u pozivu za ročište (čl. 440, st. 3 ZPP).

Pravo na izjavljivanje revizije

Kada su u pitanju sporovi o radno-pravnom statusu (o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa), revizija je uvek dozvoljena, dakle bez obzira na vrednost predmeta spora označenu u tužbi (čl. 441 ZPP).⁴⁰ Međutim, u radnom sporu zbog zlostavljanja na radu nema takvog pravila, pa bi zakonodavac što pre trebalo da otkloni navedeni propust.⁴¹ Kao argument u prilog ovom mišljenju može se navesti i visok cenzus za izjavljivanje revizije, što znači da je revizija kao vanredni pravni lek dozvoljena samo po pravilima iz opšteg parničnog postupka, dakle u zavisnosti od vrednosti predmeta spora,⁴² što je ocenjeno kao propust zakonodavca u normiranju zlostavljanja na radu, a posebno kada se napravi poređenje sa Zakonom o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009, koji u čl. 41, st. 4 propisuje da je revizija uvek dopuštena,⁴³ dakle bez obzira na vrednost predmeta spora.

Prema mišljenju pravne teorije, nema razloga za pravljenje razlike u pogledu dopuštenosti revizije, u zavisnosti od toga da li se radi o diskriminaciji ili zlostavljanju na radu.⁴⁴ U sporu o zaštiti od mobinga novčani zahtev za naknadu materijalne ili nematerijalne štete, ako je istaknut, teško može dostići zakonom propisani iznos od 40.000 evra, dok je za nenovčane zahteve merodavna vrednost predmeta spora koju je tužilac označio u tužbi (čl. 33, st. 2 ZPP). Šta više, može nastati i problem u primeni pravila iz st. 3 istog člana o utvrđivanju vrednosti predmeta spora radi utvrđivanje prava na izjavljivanje revizije, jer bi određivanje vrednosti predmeta spora na pripremnom ročištu, odnosno prvom ročištu za glavnu raspravu, predstavljalo arbitriranje od strane suda, za koje se teško može naći adekvatno obrazloženje, što bi moglo dovesti i do diskriminacije pojedinih tužilaca u sporovima zbog zlostavljanja na radu.

Za razliku od našeg prava i prakse domaćih sudova, koji po pravilu odmeravaju male iznose naknade nematerijalne (neimovinske) štete, daleko niže od vrednosti koja omogućava izjavljivanje revizije, u uporednom pravu zaštitu

³⁹ M. Vrhovšek, V. Kozar, 2012, 857-881.

⁴⁰ M. Vrhovšek, V. Kozar, „Sudska zaštita subjektivnih prava iz radnog odnosa po novom Zakonu o parničnom postupku“, *Pravo i usluge* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2012, 857-881.

⁴¹ B. Urdarević, Z. Radulović, 359.

⁴² Revizija nije dozvoljena u imovinskopравnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijeno delo ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl. 403 st. 2 ZPP).

⁴³ B. Urdarević, Z. Radulović, 359.

⁴⁴ *Ibid.*

žrtvi mobinga, zaposlenom licu koje je prijavilo korupciju, odnosno nezakonitost u radu poslodavca kojom se ugrožava javni interes, pružaju specijalizovane upravne agencije i sudovi, uz mogućnost dosuđivanja visokog iznosa naknade neimovinske štete, koja nema samo za cilj satisfakciju žrtvi mobinga zbog pretrpljenog duševnog bola već i funkciju privatne kazne sa snažnim odvraćajućim dejstvom.⁴⁵ Tako, u američkom radnom pravu, saglasio Zakonu o građanskim pravima iz 1991. godine, ako je sloboda rada povređena iz diskriminatorskih razloga (praćena namerom), sud može da dosudi i tzv. kaznenu naknadu (eng. *punitive damage*). Na taj način ostvaruje se načelo da sloboda rada mora biti i efektivno zaštićena.⁴⁶

4. Stečaj poslodavca, vrsta postupka i atrakcija stvarne nadležnosti

Nakon pokretanja radnog spora zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom pred mesno nadležnim višim sudom, nad poslodavcem, koji je pravno lice, može biti otvoren stečajni postupak. Zakon o stečaju – ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 104/09, 99/11, 71/12 (Odluka Ustavnog suda), 83/14, 113/17, 44/18, u čl. 91, st. 3 propisuje potpunu atrakciju nadležnosti koja obuhvata i stvarnu i mesnu nadležnost, u slučaju kada se parnični postupak vodi pred sudom opšte nadležnosti (osnovnim ili višim sudom).

Takođe, i u čl. 25 st. 1 tač. 4 ZURs, koji određuje stvarnu nadležnost privrednog suda, postoji odredba o atrakciji stvarne nadležnosti u sporovima povodom stečaja, tako što je propisano da privredni sud u prvom stepenu sudi u sporovima povodom reorganizacije, sudske i dobrovoljne likvidacije i stečaja osim sporova za utvrđenje postojanja zasnivanja i prestanka radnog odnosa koji su pokrenuti pre otvaranja stečaja. Pri tome, privredni sud će primenjivati posebna pravila postupka u privrednim sporovima iz glave XXXIV ZPP, saglasno čl. 480, st. 1 u kome je propisano da se odredbe ove glave primenjuju u svim sporovima u kojima sude privredni sudovi u skladu sa zakonom kojim se uređuje stvarna nadležnost sudova (privredni spor), ako za pojedine sporove nije propisana druga vrsta postupka.⁴⁷ Na ovaj način, područje primene posebnog postupka u privrednim sporovima, odnosno definicija privrednog spora, proizlazi iz stvarne nadležnosti privrednog suda koja je određena u ZURs.⁴⁸ To je bolje rešenje o odnosu na prethodni Zakon o parničnom postupku koji nije sadržao norme o području primene, što je moglo dovesti do kolizije sa drugim posebnim postupcima, npr. kada se kao stranka pred privrednim sudom, u slučaju atrakcije stvarne nadležnosti povodom stečaja, pojavljuje i fizičko

⁴⁵ B. Lubarda, „Mobing/Buling na radu - Zlostavljanje/zastrašivanje na radu - pravni aspekti, uz osvrt na medicinske, psiho-socijalne i ekonomske aspekte“, <http://sindikalizam.org/wp-content/uploads/2014/09/Lubarda-Branko.-2008.-Mobing-Buling-na-radu.pdf>, 5. jul 2018. 48.

⁴⁶ B. Lubarda, „Kaznena naknada“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4-6/1998, 382-409.

⁴⁷ V. Kozar, M. Počuča, *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sudskom praksom i registrom pojmova*, Poslovni biro, Beograd 2014, 717.

⁴⁸ Z. Lutovac, 115.

lice.⁴⁹ Međutim, ako fizičko lice vodi radni spor protiv poslodavca – pravnog lica nad kojim je otvoren stečajni postupak, radi utvrđivanja osporenog potraživanja, npr. na ime naknade materijalne ili nematerijalne štete zbog zlostavljanja na radu, privredni sud će prvenstveno primeniti posebna pravila postupka iz ZSZR (npr. pravilo iz čl. 31, kojim je teret dokazivanja prebačen na tuženog poslodavca, ako zaposleni kao tužilac učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje), zatim shodno odredbe Glave XXIX ZPP, o postupku u parnicama iz radnih odnosa, pa tek supsidijarno odredbe opšteg parničnog postupka, ako u odredbama ove glave nema drugačih – posebnih pravila, i to shodno, a ne doslovno. To istovremeno znači da privredni sud u radnim sporovima neće primenjivati posebna pravila postupka u privrednim sporovima iz glave XXXIV ZPP, jer je za te sporove propisana druga vrsta postupka.⁵⁰

Novelom ZURs koja se primenjuje od 1. januara 2014. godine,⁵¹ izričito je isključena atrakcija stvarne nadležnosti privrednog suda u statusnim radnim sporovima u kojima je tužba za utvrđenje postojanja, zasnivanja i prestanka radnog odnosa podneta pre otvaranja stečaja. To su pasivne parnice, u kojima je tuženo pravno lice – poslodavac, nad kojim je u toku parničnog postupka otvoren stečaj, na pr. tužba iz čl. 191 ZR⁵² u kome je propisano da ako sud u toku postupka utvrdi da je zaposlenom prestao radni odnos bez pravnog osnova, na zahtev zaposlenog, odlučuje da se zaposleni vrati na rad. Ovo rešenje posledica je opredeljenja zakonodavca da se radni sporovi sprovedu sa što manje odugovlačenja u skladu sa načelom hitnosti, koje može biti narušeno nastupanjem procesno-pravnih posledica otvaranja stečaja, a što bi doveli i do povrede prava na suđenje u razumnom roku.⁵³ Radi ocene poštovanja prava na ekspeditivan (brz) postupak i sudsku odluku u razumnom roku značajno je napomenuti da se u postupcima u radnim sporovima početak toka postupka ne računa od podnošenja tužbe sudu, već je pomećen na početak vođenja disciplinskog postupka.⁵⁴ Kada je u pitanju sudski spor radi zaštite od zlostavljanja na radu, kome obavezno prethodi postupak posredovanja,⁵⁵ sledi zaključak da bi početak toka postupka trebalo da se računa od dana podnošenja zahteva za zaštitu od zlostavljanja.

Međutim, s obzirom da u procesnom pravu nije dopuštena analogija, izuzetak od atrakcije stvarne nadležnosti u korist privrednog suda u statusnim radnim sporovima ne može se primeniti i drugim – posebnim vrstama radnih sporova pokrenutim

⁴⁹ M. Vrhovšek, V. Kozar, „Posebna pravila postupka u privrednim sporovima“, *Pravni život* 12/2005, 87-104.

⁵⁰ M. Vrhovšek, V. Kozar, 2012, 857-881.

⁵¹ Čl. 9 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2013.

⁵² V. Kozar, 2013, 216 – 227

⁵³ V. Bilbija, „Pravo na suđenje u razumnom roku i postupak u parnicama iz radnih odnosa“, *Pravo i privreda* 4-6/2016, 704-717.

⁵⁴ A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima Komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu - Udruženje pravnika Srbije, Beograd 2016, 211 fan. 1029.

⁵⁵ Kada se za mobing ne tereti preduzetnik kao fizičko lice, odnosno direktor kao odgovorno lice kod poslodavca – pravnog lica, postupak zaštite od zlostavljanja kod poslodavca obavezno prethodi sudskom postupku zaštite. Sud bi trebalo da odbaci tužbu radi zaštite od zlostavljanja na radu čijem podnošenju nije prethodio obavezni postupak posredovanja, iako u slučaju ove procesne smetnje zakonom nije izričito propisana takva pravna posledica.

pre otvaranja stečajna, koji su sve češći, a u kojima su tužbeni zahtevi prvenstveno nenovčane prirode. Pre svega, u pitanju su sporovi po ZSZR, koji sudsku zaštitu uređuje odredbama čl. 29 – 33 Glave IV. Izričito je propisana sadržina tužbe zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom koja se podnosi protiv poslodavca, koji daleko ima status pasivno legitimisane strane,⁵⁶ kao i da spor po takvoj tužbi jeste radni spor (ZSZR, čl. 29, st. 4). Imajući u vidu sadržinu tužbe zbog zlostavljanja na radu, trebalo bi zakonom izričito predvideti da se izuzetak koji je u čl. 25, st. 1, tač. 4 ZUrS propisan za statusne radne sporove, primenjuje i u ovoj posebnoj vrsti radnih sporova, osim u pogledu odlučivanja o zahtevu za naknadu materijalne i nematerijalne štete, u pogledu kojeg bi trebalo razdvojiti postupak, formirati posebni predmet i ustupi privrednom sudu koji vodi stečaj nad tuženim poslodavcem, posle pravnosnažnost rešenja kojim se sud viši sud, kao sud opšte nadležnosti oglasio o nenadležnim. Jer, osim zahteva za naknadu materijalne i nematerijalne štete, koji je novčane prirode (potraživanje se mora prijaviti u stečajnom postupku) ostali zahtevi nemaju veze sa stečajnim postupkom, odnosno sa ciljem zbog kojeg se ovaj postupak vodi, a to je najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca ostvarivanjem najveće moguće vrednosti stečajnog dužnika, odnosno njegove imovine (ZS, čl. 2), čime se istovremeno ostvaruje jedno od glavnih načela stečaja - jednak tretman poverilaca (*par conditio creditorum*).⁵⁷ U parnici za naknadu štete pred privrednom sudom postupak bi mogao biti prekinut do pravnosnažnog rešenja prethodnog pitanja (čl. 223, tač. 1 ZPP), dakle do pravnosnažnog okončanja postupka o zahtevu za utvrđenje da je tužilac pretrpeo zlostavljanje pred višim sudom, kao sudom opšte nadležnosti, ukoliko bi se izmenom zakona citirani izuzetak u statusnim radnim sporovima proširio i na sporove o nenovčanim zahtevima zbog zlostavljanja na radu. Prekid postupka zbog prethodnog pitanja je uvek fakultativan, a ne obavezan.⁵⁸

5. Sudska praksa u sporovima zbog zlostavljanja na radu

Kroz analizu sudske prakse koja sledi, može se uočiti koje bitne činjenice treba utvrditi, odnosno kome merodavne okolnosti je potrebno razjasniti u postupku odlučivanja o tužbenom zahtevu u sporovima za zaštitu od zlostavljanja na radu.

Nemogućnost pobijanja zakonitosti pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešeno o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa

Prema stavu sudske prakse, tužbom radi sprečavanja zlostavljanja na radu ne može se pobijati zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešeno o pravima,

⁵⁶ V. Kozar, V. Bilbija, „Prohibition of Discrimination and Prevention of Abuse at Work as a Right and Obligation Serbian Legislation“, *Employment, Education and Entrepreneurship* (ed. Slavko Karavidić), Faculty of Business Economics and Entrepreneurship, Belgrade 2015, 335

⁵⁷ S. Albrecht Riesenfeld, *Bankruptcy*, <https://www.britannica.com/topic/bankruptcy#ref248841>, 27.04.2018

⁵⁸ V. Kozar, N. Aleksić, *Komentar zakona o stečaju sa novelama iz 2017. godine i sudskom praksom*, Poslovni biro, Beograd 2018, 219.

obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa. Takođe, zauzet je stav o početku primene ZSZR, odnosno vremenskom važenju navedenog propisa prilikom rešavanja spora radi sprečavanja zlostavljanja na radu, tako što se radnje, koje obuhvataju zlostavljanje, imaju sagledati kao celina, dakle – i one radnje koje su preduzete pre početka primene i one radnje preduzete nakon početka primene ovog zakona. Pri tome, mora se imati u vidu da je za ocenu postojanja zlostavljanja na radu potreban i uslov učestalosti aktivnosti, kojom se vrši zlostavljanje, koja, dakle, mora trajati u određenom vremenskom periodu.⁵⁹

Kada je u pitanju tužba za zaštitu u vezi sa uzbunjivanjem, ovom tužbom se ne može pobijati zakonitost pojedinačnog akta poslodavca, kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog po osnovu rada. Međutim, u tužbi za ocenu zakonitosti pojedinačnog akta poslodavca, kojim je rešavano o pravima odgovornostima i obavezama uzbunjivača po osnovu rada, po posebnim propisima, uzbunjivač može istaći navod da pojedinačni akt poslodavca predstavlja štetnu radnju u vezi sa uzbunjivanjem, s tim da takav navod može istaći u tužbi ili na pripremnom ročištu, a posle toga samo ako podnosilac navoda učini verovatnim da bez svoje krivice nije mogao da ranije iznese taj navod. Osnovanost navoda da taj pojedinačni akt poslodavca predstavlja štetnu radnju u vezi sa uzbunjivanjem, sud ocenjuje u posebnom postupku, a u skladu sa Zakonom o zaštiti uzbunjivača. Sud je nadalje, dužan da na pripremnom ročištu odnosno prvom ročištu za glavnu raspravu ukaže strankama na mogućnost za vansudsko rešavanje spora putem posredovanja ili na drugi sporazuman način.⁶⁰

Teret dokazivanja bitnih činjenica u sporu zbog zlostavljanja na radu

I u drugim sporovima zauzet je stav da u smislu odredbe čl. 39, st. 3 ZSZR, predmet spora radi zaštite od zlostavljanja na radu ne može biti zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa, jer uživaju sudsku zaštitu u skladu sa posebnim propisima. Međutim, zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa može biti predmet spora radi zaštite od zlostavljanja na radu samo ukoliko tužilac u smislu odredbe čl. 31 ZSZR, učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje na radu u smislu čl. 6 ovog zakona, odnosno da su radnje odgovornog lica tuženog, a usled kojih je došlo do raspoređivanja tužioca na novo radno mesto, koje ona kvalifikuje kao nezakonito, imala za cilj ili predstavljaju povredu pravno zaštitnih dobara iz čl. 6.⁶¹

Saglasno stavu sudske prakse, prema odredbi čl. 31 istog zakona, ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršeno zlostavljanje iz čl. 6 ovog

⁵⁹ Iz rešenja Apelacionog suda u Beogradu Gž1 1066/15 od 03.06.2016, *Pravni Informator* 12/2016, 31 – 33.

⁶⁰ V. Bilbija, „Zakonsko i podzakonsko regulisanje zaštite uzbunjivača, ključni aspekti“, *Pravni informator* 7-8/2016, 40 – 46.

⁶¹ Iz presude Apelacionog suda u Beogradu Gž1 592/15 od 09.12.2015, *Pravni informator* 12/2016, 33 – 35.

zakona, teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje je na poslodavcu.⁶²

Takođe, u istoj sudskoj odluci ocenjeno je da donošenje ili izmena pravilnika o organizaciji radnih mesta, kao opšteg akta čiju zakonitost, odnosno ustavnost ocenjuje Ustavni sud, a ne sud opšte nadležnosti, u diskrecionom domenu je poslodavca i ne sadrži u sebi elemente šikane. Stoga, subjektivni doživljaj tužioca manifestovan u osećaju da je pravilnik izmenjen da tužilac ne bi mogao da se vrati na ranije radno mesto, ne odgovara objektivnom stanju stvari. Ovo tim pre, što tužilac nije učinio verovatnim da je tom prilikom izvršeno zlostavljanje iz čl. 6 ZSZR u kom slučaju bi shodno čl. 31 istog zakona, bio ostvaren uslov za prenos tereta dokazivanja sa tužioca na tuženog.⁶³

Izazivanje negativne reakcije u radnoj sredini ponašanjem tužioca

U sudskoj praksi zauzet je stav o mogućnosti i pravnom značaju ako su negativne reakcije u radnoj sredini izazvane ponašanjem tužioca: Radi pravilne primene odredba Pravilnika o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2010, nužno je razjasniti da li je tužilac svojim ponašanjem i verbalnom komunikacijom, s obzirom na njen sadržaj, provocirao negativnu reakciju u radnoj sredini ili je tužiočevo ponašanje i verbalna komunikacija sa tužiočevim kolegama (s obzirom na njen sadržaj) usledila nakon nehumanog odnosa zaposlenih prema tužiocu i odsustvu solidarnosti zaposlenih prema tužiocu. Takođe je nužno razjasniti da li se radi o zlostavljanju ili o posledicama od radnji tužioca, usled kojih je stvorena konfliktna i nezdrava radna sredina. Sve navedeno podrazumeva da se utvrde pravno važne činjenice na okolnosti od kada je nastalo određeno tužiočevo ponašanje (prema drugim zaposlenima) da li je tužilac koristio verbalne iskaze sa negativnom konotacijom ili se na drugi način ponašao pre toga i da li je to ponašanje moglo da dovede do prekida komunikacije i „zaziranja od tužioca“ ili se o tome ne radi.⁶⁴

Takođe, prema stavu drugostepenog suda, neumesni komentari u odnosu na tužiočevo etničko poreklo (ako je takvih komentara bilo) imaju kapacitet da utiču na psihički integritetčnosti, a takav karakter ima i pravljenje razlike na osnovu nacionalne pripadnosti sa negativnom konotacijom. To je diskriminacija, ali može biti i aktivno ponašanje koje se ako je uvredljivo, odnosno ponižavajuće narušava dostojanstvo zaposlenog.⁶⁵

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Iz rešenja Apelacionog suda u Beogradu GŽI br. 109/2015 od 04.02.2015, *Pravni informator* 12/2016, 35 – 37.

⁶⁵ *Ibid.*

Pasivna legitimacija u sporovima radi zaštite od zlostavljanja na radu lica angažovanih van radnog odnosa

U sudskoj praksi zauzet je stav o pasivnoj legitimaciji poslodavca kod koga je tužilac upućen na rad, kao i u sporovima radi zaštite od zlostavljanja na radu lica angažovanih van radnog odnosa. Prema stavu drugostepenog suda: „Nejasan zaključak prvostepenog suda da tuženi, kod koga je tužilac upućen na rad, nije pasivno legitimisan u sporu radi zaštite od zlostavljanja na radu, kada je odredbom čl. 2. ZSZR propisano da se odredbe ovog zakona odnose na poslodavce, zaposlene u skladu sa zakonom kojim se uređuju prava i obaveze državnih službenika i nameštenika i zakonom kojim se uređuju prava i obaveze zaposlenih u jedinicama teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, kao i na lica angažovana van radnog odnosa, kao što su lica koja obavljaju privremene i povremene poslove ili poslove po ugovoru o delu ili drugom ugovoru, lica na dopunskom radu, lica na stručnom osposobljavanju i usavršavanju kod poslodavca bez zasnivanja radnog odnosa, volontere i svako drugo lice koje po bilo kom osnovu učestvuje u radu poslodavca...“⁶⁶

6. Zaključak

Zaposleni, koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ili direktora pravnog lica, ima pravo da podnese tužbu protiv poslodavca bez obaveze prethodnog pokretanja postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca. Zaštita od zlostavljanja na radu ostvaruje se pred višim sudom, kao sudom opšte nadležnosti, u skladu sa posebnim pravilima postupaka u parnicama iz radnih odnosa, uz primenu specijalnih pravila predviđenih u ZSZR, kao što je pravilo da je na poslodavcu teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, ako zaposleni, kao tužilac, u toku postupka učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje. Na ovaj način načinjen je izuzetak od opšteg pravila o teretu dokazivanja u parničnom postupku - *actori incumbit probatio*.

Spor po tužbi radi zaštite od zlostavljanja na radu jeste radni spor, koji se pokreće podnošenjem tužbe protiv poslodavca, koji je pasivno legitimisan, što znači da se tužbom ne obuhvata zlostavljač, koji može učestvovati u postupku, ali kao umešač na strani tuženog poslodavca. Ako zaposleni podnese tužbu protiv zlostavljača, a ne protiv poslodavca, kako zakon nalaže, sud će rešenjem odbaci tužbu zbog nedostatka pasivne procesne legitimacije.

U tužbi se mogu kumulativno istaći zakonom propisani zahtevi, uključujući i zabranu vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, kao i naknadu materijalne i nematerijalne štete, s tim što je broj i izbor vrste zahteva u dispoziciji tužioca. Odluka o zahtevu za utvrđivanje da je tužilac pretrpeo zlostavljanje predstavlja prethodno pitanje, od koga zavisi odluka o osnovanosti ostalih zahteva.

Sud može odrediti i privremene mere kao što su zabrana približavanja, kao i zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog, koji učini verovatnim da je izložen zlostavljanju.

⁶⁶ Iz rešenja Apelacionog suda u Beogradu Gž1 3903/14 od 03.12.2014, *Pravni informator* 12/2016, 37.

U slučaju izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu sud mora da održi ročište i donese meritornu odluku – presudu, čime se postiže značajno ubrzanje postupka.

Revizija kao vanredni pravni lek dozvoljena je po pravilima iz opšteg parničnog postupka, dakle u zavisnosti od vrednosti predmeta spora, što je proput zakonodavca u normiranju zlostavljanja na radu, koji treba otkloniti odgovarajućom izmenom zakona, koja bi dozvolila izjavljivanje revizije bez obzira na vrednost predmeta spora označenu u tužbi.

U slučaju otvaranja stečaja nad poslodavcem, koji je pravno lice, dolazi do atrakcije stvarne i mesne nadležnosti u korist privrednog suda koji sprovodi stečajni postupak, koji će prilikom suđenja i odlučivanja o tužbenom zahtevu takođe primenjivati pravila posebnog postupka u radnim sporovima zbog zlostavljanja na radu, a ne pravila postupka u privrednim sporovima. Po ugledu na izuzetak od atrakcije stvarne nadležnosti, koji je u zakonu propisan za statusne radne sporove, potrebno je izmeniti zakon i predvideti isto pravilo i za sporove o nenovčanim zahtevima zbog zlostavljanja na radu, što bi omogućilo višem sudu kome je tužba podneta pre otvaranja stečaja, da zadrži nadležnost.

Tužbom radi sprečavanja zlostavljanja na radu ne može se pobijati zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešeno o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa.

Pravo na sudska zaštitu imaju i lica angažovana van radnog odnosa, kao što su lica koja obavljaju privremene i povremene poslove ili poslove po ugovoru o delu ili drugom ugovoru, kao lica na dopunskom radu.

* * *

LEGAL PROTECTION FROM HARASSMENT AT WORK

Summary

The authors presents in the paper the exercise of the right to protection against ill-treatment at work in court proceedings. Protection from harassment at work is exercised in front of high court, in accordance with special rules of procedure in litigation from labor relations, with the application of other special rules. It is a sub-category of labor dispute, which is initiated by filing a lawsuit against the employer, who has passive legitimacy. The types of claims that may be raised in the proceedings, including the compensation of pecuniary and non-pecuniary damage are prescribed. In addition, the court may also order interim measures such as prohibition of approaching, as well as prohibition of access to the place around an employee's place of work, which makes it likely to be exposed to harassment. In the event of a failure of the defendant to show for the main hearing, the court must hold a hearing and issue a decision on the merits - a judgment, thus achieving a significant acceleration of the proceedings. Review, as an extraordinary legal remedy, is permitted under the rules of

general civil procedure, that is, depending on the value of the subject of the dispute, which is assessed as a failure of the legislator when it comes to this type of dispute. It is proposed to amend the law, which would permit the review irrespectively of the value of the subject matter of the dispute indicated in the complaint. In the paper, the procedural legal effects of opening bankruptcy over the employer, which is a legal person, are presented, which leads to the attraction of subject-matter jurisdiction and territorial jurisdiction in favor of a commercial court that implements bankruptcy proceedings. Regarding the exception to the attraction of subject-matter jurisdiction, which is stipulated in the law for statutory labor disputes, it is suggested that the same rule be introduced for disputes on non-pecuniary claims for ill-treatment at work, which would allow the higher court to which the claim was filed before the opening of the bankruptcy, to retain its jurisdiction. Finally, an analysis of the current court practice was provided, through which the courts expressed their views on the essential facts and other circumstances relevant to the decision on the lawsuit in the disputes for protection against mobbing.

Key words: Mobbing, Harassment at work, Legal protection, Working dispute, Litigation.

Jovana Misailović*

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE USLED NEZAKONITOG PRESTANKA RADNOG ODNOSA

Apstrakt

Otkaz ugovora o radu, kao i posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu predstavljaju jedne od najznačajnijih instituta u okvirima nauke radnog prava. Posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu koje predviđa Zakon o radu Republike Srbije jesu vraćanje na rad, naknada štete i uplata pripadajućih doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Autor se u radu bavi naknadom nematerijalne štete kao posledice nezakonitog otkaza ugovora o radu na koju zaposleni pod određenim uslovima ostvaruje pravo. Cilj rada usmeren je na ukazivanje potrebe da se naknadi nematerijalne štete posveti dužna pažnja u okviru zakonskog normiranja posledica nezakonitog otkaza imajući u vidu doprinos satisfakciji zaposlenog koju naknada nematerijalne štete ima.

Ključne reči: otkaz, posledice nezakonitog otkaza, radni odnos, naknada nematerijalne štete

1. Otkaz ugovora o radu

Otkaz je osnov prestanka radnog odnosa jednostranim raskidom ugovora o radu, koji može biti iniciran kako od strane poslodavca¹ tako i od strane zaposlenog, u bilo koje doba, osim u ne vreme², uz poštovanje otkaznog roka i u dobroj veri.³ Ovakav vid slobode prekida radnog odnosa otkazom ugovornih strana u skladu je sa osnovnim načelom radnog prava - načelom slobode rada jer, radni odnos pred-

*Istraživač pripravnik na Institutu za uporedno pravo u Beogradu, email: jovana.misailovic@yahoo.com.

¹ Koncept otkaza ugovora o radu na neodređeno vreme od strane poslodavca na način kako je danas uređen, posledica je dugotrajnog perioda kroz koji je otkaz ugovora o radu pretrpeo različite uticaje i promene. Od prvobitnog koncepta otkaza građanskog prava tokom čitavog 19. veka kada je postojala puna sloboda prilikom otkaza ugovora o radu od strane poslodavca, uz poštovanje pravila o otkaznom roku, do zabrane zloupotrebe otkaza od kraja 19. veka do druge polovine 20. veka, postepeno se potvrđivao koncept otkaza kao instituta radnog prava koji je zasnovan na ideji stabilnosti zaposlenja - koncept nedopuštenosti otkaza od strane poslodavca bez poštovanja opravdanih razloga. B. Lubarda, *Radno pravo - Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013², 734.

² Otkaz dat u ne vreme bio bi primera radi, slučaj kada bi se otkaz dao trudnici, neposredno pred odlazak na porodiljsko odsustvo.

³ V. B. Sunderić, „Raskid ugovora o radu“, *Pravni život* 11/1996, 659-685.

stavlja dobrovoljni odnos poslodavca i zaposlenog.⁴ Mišljenja u pogledu samog definisanja otkaza ugovora o radu u teoriji se razlikuju. Tako, otkaz ugovora o radu može se definisati kao jednostrani pravni posao,⁵ jednostrani pravni akt⁶ ili kao jednostrana izjava volje.⁷

Posebnost ugovora o radu, kao osnova za zasnivanje radnog odnosa, u odnosu na druge ugovore, jeste neravnopravni položaj ugovornih strana, karakterističan za radni odnos, s obzirom da je subordinacija zaposlenog jedan od osnovnih elemenata radnog odnosa.⁸ Ovakva osobina ugovora o radu navodi na zaključak da u skladu sa neravnopravnim položajem zaposlenog i poslodavca postoji i određena asimetrija kada je u pitanju pravo na otkaz ugovora o radu.⁹ Međutim, pravila o otkazu ugovora o radu nastoje da zaštite kako zaposlenog tako i poslodavca, kao ugovorne strane. Radni odnos može se okončati voljom zaposlenog i tako onemogućiti pojavu prinudnog rada, a poslodavac može slobodno da otkáže ugovor o radu jer poseduje sredstva za rad, obezbeđuje kapital za proizvodnju i snosi rizike posla,¹⁰ i time mu, kao titularu svojine pripada ekskluzivno pravo na upravljanje preduzećem.¹¹ Sloboda ugovaranja, stoga, obezbeđuje poslodavcu da upravlja radom zaposlenih, odnosno, da donese odluku kojom potreba za radom zaposlenih prestaje.

Kada je reč o nezakonitom otkazu, ukupne posledice koje nakon prestanka radnog odnosa uslede, pogađaju zaposlenog u mnogo većim razmerama nego što bi

⁴ Rad protivno volji ili nezavisno od volje određenog lica, uz pretnju sankcijama, a koji je različit od kmetskog ili ropkog rada predstavlja prinudni rad koji je izričito zabranjen ustavnim i radnim domaćim zakonodavstvom kao i u međunarodnom radnom pravu.

⁵ N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva- Radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb 1969, 155.

⁶ I. Crnić, *Otkaz ugovora o radu: s iscrpnom sudskom praksom, priložima i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb 2013, 15.

⁷ A. Baltić, M. Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije: sistem samoupravnih međusobnih radnih odnosa i osnovni problemi sociologije rada*, Savremena administracija, Beograd 1978⁶, 283; P. Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2012, 32.

⁸ Shodno tome, norme radnog prava nastoje da zaštite zaposlenog, kao ekonomski slabiju stranu radnog odnosa koja je u stanju ekonomske prinude da radi za drugoga. Neravnopravnost se u radnom odnosu ispoljava kroz subordinaciju (podređenost) zaposlenog, koja je najtešnje povezana sa pojmom vlast (lat. potestas). Vlast je mogućnost, tj. sposobnost potčinjavanja nekoga ili nečega nečijoj volji, pravo upravljanja, zapovedanja, gospodarenja. Vlast je legitimni oblik moći. Gde je vlast tu su uspostavljeni odnosi podređenosti i nadređenosti, kao izraz korelativnosti između prava i dužnosti njenih nosilaca i onih koji su im potčinjeni. G. Obradović, S. Kovačević-Perić, „Subordinacija i disciplinska vlast poslodavca“, *Pravo i privreda* 7-9/2014a, 488.

⁹ Ovo, stoga, što poslodavcu pripadaju ovlašćenja za organizaciju, usmeravanje i kontrolu rada zaposlenih, kao i za disciplinsko kažnjavanje, tako da zasnivanjem radnog odnosa zaposleni preuzima obaveznu da radi u ime, za račun i pod vlašću poslodavca. Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, Beograd 2013, 31-32.

¹⁰ Odluka o otkazu od strane zaposlenog je diskreciona i ne mora biti uslovljena dopuštenim, unapred utvrđenim razlogom, za razliku od otkaza od strane poslodavca kada razlog mora biti unapred dopušten i utvrđen zakonom, u suprotnom, otkaz će se smatrati nezakonitim. M. Mandić, „Otkaz ugovora o radu“, u: *Primena i ostvarivanje prava u oblasti radnog i privrednog zakonodavstva BiH* (ur. M. Dmičić, M. Simonović, Lj. Mitrović), Beograd 2009, 65.

¹¹ Vlast poslodavca ne sme se godelati kao vlast jednog čoveka nad drugim, pa i kada je reč o slobodi davanja otkaza. U tom smislu i shvatanje prof. Sunderića da „čoveka ne treba braniti samo od nasilja vlastodržaca, nego i od nasilja vlasnika kapitala“. B. Sunderić, *Socijalno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 62.

to moglo da bude predviđeno zakonom. Sva prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa imaju izražen i ekonomski i socijalni karakter ali, otkaz ugovora o radu na inicijativu poslodavca, dovodi u pitanje egzistenciju zaposlenog¹² jer, zaposleni usled prestanka radnog odnosa otkazom ugovora o radu nije izgubio samo svoj svakodnevni životni ritam, društveni položaj koji mu zaposlenje garantuje, već pre svega, sigurne prihode koji su osnov ekonomske sigurnosti svakog zaposlenog.¹³

U cilju adekvatne zaštite zaposlenog nakon otkaza ugovora o radu, domaći zakonodavac propisuje tri moguće pravne posledice: reintegraciju zaposlenog (vraćanje zaposlenog na rad), naknadu štete i uplatu doprinosa za obavezno socijalno osiguranje.¹⁴ U tom smislu, naknada nematerijalne štete usled nezakonitog otkaza, iako nije jasno izdvojena normama Zakona o radu koje se odnose na pravne posledice nezakonitog otkaza, može imati značajnu ulogu na putu ka postizanju potpune reintegracije zaposlenog u položaj koji je prethodio otkazu ugovora o radu u određenim slučajevima.

2. Naknada nematerijalne štete

Kako šteta kao genusni pojam, obuhvata i materijalnu i nematerijalnu štetu, to je potrebno obratiti posebnu pažnju i na naknadu nematerijalne štete garantovane Zakonom o obligacionim odnosima,¹⁵ koja nastaje usled nezakonitog otkaza i koja može prouzrokovati zaposlenom jednako nevolje kao i materijalna šteta u vidu izgubljenih prihoda.

Nematerijalna šteta se može najšire razumeti kao „šteta koja ne pogađa pojedincu u njegovoj imovini ili telu“,¹⁶ već se prouzrokuje povredom ličnih prava i integriteta ličnosti, usled čega dolazi do poremećaja psihičke ravnoteže, odnosno fizičkog integriteta lica čije je stanje do tada bilo normalno. Usled toga, naknada nematerijalne štete nije obračun pričinjene štete, niti reparacija. Propisujući uslove za naknadu nematerijalne štete Zakon o obligacionim odnosima polazi od svrhe i cilja naknade - satisfakcija.

Novčana naknada nematerijalne štete predstavlja mogućnost da se pribavi prijetnost ili određeno zadovoljstvo kojim se ublažava ili popravlja poremećeni psihički ili fizički integritet kao i subjektivno stanje ličnosti.¹⁷ Pravična visina naknade nema-

¹² Ovakav položaj zaposlenog nakon prestanka radnog odnosa je posledica njegove ekonomske „zavisnosti“ u odnosu na poslodavca, kao jedne od osnovnih karakteristika radnog odnosa. G. Obradović, S. Kovačević-Perić(2014a), 491.

¹³ Negativni efekti gubitka zaposlenja često dovode do depresije i oštećuju zdravlje zaposlenog više nego sam gubitak zaposlenja. Isti bi mogli biti otklonjeni ukoliko bi nezaposlena lica naučila kako adekvatno da se vrate tržište rada u trku za novi posao. Mijal Stojanović, Komentar Zakona o radu Republike Srbije, Milenijum, Kragujevac 2002, 389. Ovo je posebno važno ako se uzme u obzir da sa ekonomsko-socijalnog i moralnog stanovišta, najpogubnije posledice zloupotrebe prava u oblasti radnih odnosa jesu one koje proizilaze iz neopravdanog otkaza ugovora o radu. D. Paravina, „Zloupotreba prava u oblasti radnih odnosa“, u: Zloupotreba prava (ur. R. Kovačević-Kuštrimović), Niš 1996, 180.

¹⁴ Zakon o radu - ZR, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 113/2017 i 95/2018

¹⁵ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78.

¹⁶ G. Obradović, S. Kovačević-Perić, „Novčana naknada nematerijalne štete zbog nezakonitog otkaza“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 67/2014b, 200.

¹⁷ A. Radovanov, *Obligaciono pravo - opšti deo*, Univerzitet Privredna akademija Novi Sad, Novi Sad 2009, 277.

terijalne štete stoga, mora biti određena tako da vodi računa o značaju povređenog - dobra i cilju kojem naknada služi, odnosno, da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa prirodom i društvenom svrhom naknade nematerijalne štete.¹⁸

Osnovni oblici neimovinske štete jesu fizički bolovi,¹⁹ duševni bolovi²⁰ i strah.²¹ U slučaju nezakonitog otkaza, smatra se da postoje dva osnova za naknadu neimovinske štete. Kao prvi osnov navode se pretrpljeni duševni bolovi zbog povrede časti, ugleda i prava ličnosti, a kao drugi osnov navodi se pretrpljeni strah.²²

Kada je reč o duševnim bolovima usled nezakonitog otkaza, oni se javljaju kao posledica povrede časti i ugleda i povrede prava ličnosti. Osnov satisfakcije može predstavljati zabrinutost, postidečnost ili narušeno dostojanstvo. Posebno je značajan uticaj okoline jer, u zavisnosti od utvrđenog otkaznog razloga poput alkoholizma, krađe, prevare, pronevere i tome slično, zaposleni može, ukoliko je otkaz od strane suda pronađen nezakonitim, neopravdano naići na osudu i prekor društva koji lako prouzrokuju duševne bolove. Pri čemu, naravno, to ne mora uvek biti kada je otkaz ugovora o radu nezakonit, ali se kao mogućnost može javiti.²³ Usled toga, naknada nematerijalne štete svakako da ne može zaposlenog lišiti nepovoljnog duševnog stanja u potpunosti ali, naknadom nematerijalne štete mogu se pružiti određeni lepi i prijatni momenti koji kao satisfakcija, zaposlenom mogu pomoći u prevazilaženju nezavidnog položaja u kome se našao.²⁴

¹⁸ ZOO, čl. 200 st. 2

¹⁹ Za neprijatne subjektivne osećaje koji nastaju usled štetnih draži na specifične nervne završetke u medicini se koristi termin bol, a termin fizički, deo je pravnog određenja, u cilju razlikovanja od duševnih bolova. "Z. Čirić, *Sudska psihijatrija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2013, 35.

²⁰ Duševni bolovi se mogu okarakterisati još i kao psihičke patnje i predstavljaju emotivne poremećaje koji nastaju usled direktnog povređivanja ili posredno, povredom ili smrću bliskog lica. Z. Čirić, 37.

²¹ Strah predstavlja psihički osećaj koji se javlja kao posledica opasnosti u kojoj se našlo lice koje ga doživljava. Ujedno, strah je i reakcija i prirodno osećanje uz koje se redovno pojavljuju promene u vegetativnim funkcijama kao i mimičke reakcije u motorici. A. Radovanov, 287.

²² G. Obradović, S. Kovačević-Perić(2014b), 209.

²³ *Ibid*, 210.

²⁴ Posebno je interesantan slučaj razrešene sudije 2009. god. kojoj je prvobitno Osnovni sud u Nišu dosudio naknadu nematerijalne štete i obrazložio da „odlukom kojom tužilja nije izabrana za sudiju suda tužilji je naneta šteta, tim pre što je navedena odluka poništena, uz obrazloženje da je ista nezakonita i da kao takva mora biti uklonjena iz pravnog prometa, kao i s obzirom na činjenicu da je tužilja kasnije izabrana za sudiju. Navedenom odlukom tužilji je naneta nematerijalna šteta u vidu povrede njenog ugleda i časti, zbog čega je ona trpela duševne bolove. Kako je kod tužilje, usled ovakve odluke i kasnijih postupaka nadležnih organa i pojedinaca predstavnika državne vlasti, došlo do ozbiljnijeg poremećaja psihičke i emotivne ravnoteže, imajući u vidu da je ista obavljala dužnost sudije, te kao takav predstavlja ličnost visokih moralnih standarda, time je njen zahtev za naknadu nematerijalne štete opravdan.“ Međutim, Apelacioni sud je navedenu odluku ukinuo i vratio je prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. Tom prilikom je obrazloženo da „sama činjenica da tužilja nije izabrana na sudijsku funkciju, a da je takva odluka kasnije poništena, ne vodi nužno zaključku da tužilja ima pravo na naknadu nematerijalne štete. Na kraju, objavljivanjem odluke o poništaju odluke o neizboru i izbor tužilje za sudiju, ostvarena je naturalna restitucija ali je i javnosti učinjeno dostupnim saznanje da su odluke o neizboru bile pravno pogrešne i činjenično bez osnova. Tako je ostvaren i odgovarajući vid satisfakcije i rehabilitacija.“ G. Obradović, S. Kovačević-Perić(2014b), 214. I u navedenom slučaju naknada nematerijalne štete obuhvaćena je restitucijom koja se posmatra kao vid satisfakcije. Ukoliko bi vraćanje na rad bez izuzetka obuhvatalo naknadu nematerijalne štete onda ista ne bi imala razlog za postojanje i raspravu u slučaju nezakonitog otkaza, a takvom zaključku svakako da nema mesta.

Za razliku od duševnih bolova, koji ne moraju kao senka pratiti prestanak radnog odnosa, kada je reč o subjektivnim posledicama po zaposlenog strah je redovna pojava.²⁵ Lice kome je radni odnos nezakonito prestao opravdano strahuje ne samo za svoju, već i za sudbinu svojih članova porodice, koja može biti ugrožena usled gubitka prihoda kao posledice nezakonitog otkaza.²⁶ Kriterijumi za naknadu nematerijalne štete jesu intenzivnost i dužina trajanja pretrpljenog straha, pri čemu se razlikuje primarni i sekundarni strah. U slučaju nezakonitog otkaza, prvenstveno se javlja primarni strah koji se ispoljava kao „neprijatno, mučno osećanje koje postoji pre, za vreme i neposredno nakon egzistencijalno opasnih situacija“. Međutim, ni sekundarni strah, u vidu kasnijeg emocionalnog stanja nakon prolaska egzistencijalne opasnosti, koji se javlja u slučaju težih povreda, nije isključen²⁷ jer, nezakonit otkaz može dovesti do poremećaja koji zahtevaju dugotrajno lečenje.²⁸

²⁵ O. Kadriu, „Prestanak radnog odnosa i pravo na nematerijalnu štetu“, *Pravni život* 10/1997, 618.

²⁶ Istraživanja su pokazala da je nezaposlenost pronađena kao izuzetno rizičan faktor u pogledu psihološkog zdravlja pojedinca. V. Vujičić, „Psihološke posledice nezaposlenosti“, http://www.cisok.hr/UserDocsImages/bazaznanja/Pregledni%20clanci%20i%20strucni%20radovi/Vuj%20C4%8Di%20C4%87_Psiholo%20C5%A1ke%20posljedice%20nezaposlenosti.pdf 25.05.2019.

²⁷ Z. Čirić, 200.

²⁸ Ilustrativan primer navedenog, možemo pronaći u sudskoj praksi koja dokazuje težinu nematerijalne štete koja zaposlenog pogađa usled nezakonitog otkaza. Naime, zaposleni-tužilac je za vreme organizovanog štrajka kod poslodavca-tuženog bio na godišnjem odmoru usled čega, objektivno, nije mogao da uzme učešća u istom. Međutim, poslodavac je bez vođenja disciplinskog postupka doneo rešenje kojim se zaposleni oglašava odgovornim za učestvovanje i podržavanje štrajka i izrečena mu je disciplinska mera prestanka radnog odnosa i zabranjen ulaz u preduzeće. Nedugo potom, zaposleni je pokrenuo parnicu kojom je zahtevao da se izrečene disciplinske mere ukinu, ali je v.d. direktor zaključio vansudsko poravnanje sa zaposlenim i on je vraćen na rad pri čemu su mu priznata sva prava iz radnog odnosa za period u kome nije radio. Za sve vreme trajanja suspenzije zaposlenom je bio zabranjen ulazak u preduzeće, a njegove fotografije zajedno sa fotografijama ostalih 30 radnika za koje se smatralo da su organizovali i učestvovali u štrajku nakon prestanka štrajka dostavljene su službi obezbeđenja kako bi bio sprečen njihov ulazak u prostorije poslodavca. Pre toga u sličnim situacijama nikad na taj način nije sprečavan ulazak zaposlenih. Služba obezbeđenja dobila je nalog da radnike o čijim se prigorovima odlučuje na sednici upravnog odbora stražarno dovedu na sednicu pola sata pre vremena određenog za njihovo saslušanje, a da ih pre toga ne puštaju u zgradu. Povodom ovog štrajka u dnevnim listovima „Blic“, „Glas“, „Politika“ i „Novosti“ objavljeni su članci o naznačenoj obustavi rada pod naslovima „Slike otpuštenih na poternicama“, „Otkazi svima koji ne rade“, „Na ulicama tek po koji trolejbus“, „Uzmi volan ili otkaz“, i slično. Fotografija zaposlenog zajedno sa fotografijama ostalih radnika za koje se smatralo da su učestvovali u štrajku, prethodno su fotokopirane na zajedničkoj mapi u tačno određenom broju primeraka i dostavljene službi obezbeđenja poslodavca sa ciljem da se pokriju sva mesta koja pokrivaju radnici službe obezbeđenja. Ova mapa sa fotografijama u pogonu gde radi tužilac nije bila javno objavljena, već je bila na stolu u portimici. U sredstvima informisanja korišćena je naznačena grupa fotografija zaposlenog i drugih radnika koju je na panou sačinila kadrovska služba poslodavca, te su fotografije bile javno objavljene u dnevnim listovima, a u nekim od tih listova ovaj štrajk je bio povezan sa akcijama terorista na Kosovu. Kao posledica svih nemilih događaja utvrđeno je da zaposleni boluje od akciozno-depresivnog poremećaja, psihičke bolesti, koja je nastala kao posledica traume od otkaza na poslu i da je bolest izražena u umerenom stepenu, ali da je poprimila hronični tok zbog čega je neophodno lečenje. Zbog ovog poremećaja konstatovano je i umanjeње životne aktivnosti od 20%. Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev2 39/07 od 28.03.2007. god., <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev2-3907>, 21.06.2019.

Domaća sudska praksa pokazala je da se mali broj zaposlenih odluči na podnošenje tužbenog zahteva za naknadu nematerijalne štete. Razlog tome može se pronaći u delimično obojnom stavu suda kada je u pitanju dosuđivanje naknade nematerijalne štete.²⁹ Naime, stav je sudova da bi zaposleni imao pravo na naknadu nematerijalne štete ne po propisima radnog prava, već po osnovu Zakona o obligacionim odnosima, jedino ukoliko je disciplinski postupak vođen zlonamerno i šikanozno i praćen potpuno nezakonitim ili nepravilnim radom u cilju povrede ugleda, časti i prava ličnosti zaposlenog,³⁰ i ako su povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti bile tako jakog intenziteta da u skladu sa okolnostima slučaja prouzrokuju duševni bol koji bi opravdao dosuđivanje pravične novčane naknade,³¹ odnosno, da su okolnosti dovele do takvog stepena narušavanja psihičke i emocionalne ravnoteže zaposlenog koji opravdava određivanje novčane naknade nematerijalne štete.³² Međutim, problematično je to što sudovi nisu zauzeli jedinstven stav kada je u pitanju opravdanost naknade nematerijalne štete pa je tako, potpuno suprotno prethodno navedenom, sud u jednom slučaju bio stanovišta da zaposleni uopšte nema pravo na naknadu nematerijalne štete usled nezakonitog otkaza, s obzirom da Zakon o obligacionom odnosima ne predviđa naknadu neimovinske štete u slučaju nezakonitog otkaza. Tako, „pravična naknada za pretrpljene duševne bolove pripada samo u slučajevima propisanim u čl. 200. Zakona o obligacionim odnosima za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda i časti, slobode ili prava ličnosti i smrti bliskog lica. Zaposlenom ne pripada pravo na novčanu naknadu za pretrpljene psihičke bolove usled nezakonitog udaljenja sa posla jer je njegova satisfakcija u tome što je pravosnažnom sudskom odlukom vraćen na posao.“³³

Potonja sudska odluka isključuje naknadu nematerijalne štete jer vraćanje zaposlenog na rad posmatra kao satisfakciju psihičkih bolova usled nezakonitog otkaza. Takvo stanovište smatramo neopravdanim, jer se osnovi naknade materijalne i nematerijalne štete potpuno razlikuju a time i sredstva njihove naknade. Vraćanjem zaposlenog na rad kao i naknadom materijalne štete vrši se vraćanje zaposlenog u stanje koje je prethodilo nezakonitom otkazu, dok naknada nematerijalne štete posebno, ima za cilj satisfakciju zaposlenog.

²⁹ B. Lubarda, 716.

³⁰ Zakonom o radu u čl. 191 kojim se regulišu posledice nezakonitog otkaza nije regulisano pitanje prava zaposlenog na naknadu nematerijalne štete, pa se u pogledu ovog potraživanja primenjuju opšta pravila propisana Zakonom o obligacionim odnosima. N. Kaluderović, „Nematerijalna šteta za duševne bolove zbog uskraćivanja prava na rad kao prava ličnosti“, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu* 9/2017, 139.

³¹ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. II 532/02 od 26.09.2012. god., u: *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 1/2003, 82.

³² Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. II 4551/93 od 14.01.1993. god. Nav. prema: S. Andrejević, „Odgovornost poslodavca za nematerijalnu štetu zbog nezakonitog prestanka radnog odnosa“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 3/2002, 49.

³³ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 4765/99 od 30.12.2000. god., <https://sirius.rs/praksa/qcuLIQ>, 27.06.2019; Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž1 966/15 od 25.11.2016 god., <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/gz1-966-15.html>, 27.06.2019.

Odgovornost poslodavca za nematerijalnu štetu, smatramo neopravdano, vezuje se samo za „šikanu“³⁴ kao vid doložnog postupanja poslodavca.³⁵ Osnov odgovornosti poslodavca usled nezakonite odluke o otkazu jeste pretpostavljena krivica, ukoliko je šteta prouzrokovana namerno ili nepažnjom,³⁶ a uslov odgovornosti poslodavca predstavlja samo postojanje štete kao posledice povrede prava zaposlenog.³⁷ Step en krivice poslodavca od značaja je za utvrđivanje visine naknade nematerijalne štete jer, usled saznanja da je določno otpušten, duševni bolovi zaposlenog mogu se pojačati. Osim toga, prilikom ocene visine naknade nematerijalne štete sudska praksa uzima u obzir i porodične i imovinske prilike zaposlenog.³⁸

3. Zaključak

Pravo na rad jedno je od osnovnih ljudskih prava garantovano Ustavom Republike Srbije,³⁹ koje između ostalih prava, obuhvata i pravo na pravnu zaštitu u slučaju prestanka radnog odnosa. Pitanje pravne zaštite odnosi se najpre na zaposlene jer teško je zamisliti da poslodavac bude ugrožen u slučaju prestanka radnog odnosa iako, to ne znači da pravo poslodavca ne može biti povređeno.

Apsolutna zaštita od prestanka radnog odnosa ne postoji, a u uslovima tržišne privrede gotovo je neprihvatljiva, dok neograničena sloboda rada i apsolutno garantovanje prava na rad vodi negaciji bilo kakvog sistema normi u jednom društvu. Stoga, nacionalnim propisima uređuje se relativna zaštita zaposlenja čiji stepen zavisi od

³⁴ Šikana“ je zapravo stari izraz za ono što se danas naziva mobing. Izraz „mobing“ potiče od engleskog izraza mobbing, to mob - napadati, nasrnuti i obuhvata psihološko maltretiranje i ponižavanje na radnom mestu. Naši zakoni ne poznaju „mobing“ kao izraz, već uređuju „zlostavljanje na radu“ u Zakonu o zabrani zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/2010. Suprotno našem, Zakon o radnim odnosima u Republici Makedoniji eksplicitno je zabranio psihološko uznemiravanje na radnom mestu i posebno naveo termin „mobing“ koji je kao takav uveden u makedonski pravni sistem. Psihološko uznemiravanje na radnom mestu - mobing određuje se kao diskriminacija i svako negativno ponašanje pojedinca ili grupe (najmanje jedanput nedeljno u periodu od šest meseci) koje predstavlja povredu integriteta, ugleda i časti zaposlenog i izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje. Zakon za radnike odnosi, *Službeni vesnik na RM*, br. 74/15, čl. 9a.

³⁵ U slučaju kada poslodavac določno otpušta zaposlenog iz diskriminatornog razloga ustanovljen je koncept kaznene naknade kao posebnog oblika naknade neimovinske štete, koji prvenstveno poznaje common law sistem. U tom smislu, kaznena naknada se posmatra kao vid retribucije, odnosno privatne kazne i dosuđuje se u korist žrtve diskriminacije pored reintegracije, naknade imovinske i neimovinske štete. Za razliku od reparacione funkcije naknade imovinske štete, odnosno funkcije zadovoljenja naknade neimovinske štete, kaznena naknada ima preventivni karakter, jer se njome deluje na poslodavce da prestanu sa diskriminatornim otpuštanjem. Upravo zbog svoje egzemplarne prirode visina kaznene naknade uvek prelazi okvir nastale štete kako bi se kao privatna kazna učinila efikasnom. B. Lubarda, 719-720.

³⁶ ZOO, čl. 158.

³⁷ S. Andrejević, 48.

³⁸ S obzirom da nezakoniti otkaz može posebno narušiti profesionalni ugled i čast i čije posledice daleko dosežu u profesionalnom domenu, povoljno je rešenje Zakona o zabrani diskriminacije kojim se predviđa javno objavljivanje presude kojom je utvrđena diskriminacija, kao nenovčana naknada neimovinske štete. Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 22/2009, čl. 43.

³⁹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 98/2006, čl. 60, st. 4.

ekonomskog, socijalnog, političkog i društvenog uređenja država. U skladu sa tim, pitanje nezakonitosti otkaza i pravnih posledica koje ono nosi sa sobom po zaposlenog u današnje vreme, čini se, sve više je predmet pažnje domaćeg zakonodavca. Posebno je značajno pitanje kojim putem i u kom pravcu idu promene u pogledu zaštite zaposlenog usled nezakonitog otkaza. Republika Srbija je svoje radno zakonodavstvo na putu usklađivanja domaćeg sa međunarodnim radnim pravom, u mnogome podvrgla promenama, ali pitanje naknade nematerijalne štete usled nezakonitog otkaza još uvek nije predmet interesovanja zakonodavca, iako je neosporno da nezakonitom odlukom poslodavac može zaposlenom prouzrokovati ne samo materijalnu štetu već mu može prouzrokovati psihičku bol, ukoliko mu takvom odlukom povredi ugled, čast ili prava ličnosti. U tom slučaju, zaposleni nije u potpunosti obespravljen u pogledu prava na naknadu nematerijalne štete, čiji je subjekt u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima. Međutim, zaposleni će ovo pravo ostvariti jedino ako duševni bolovi koje je pretrpeo to opravdavaju, a naročito ako je povreda prava zaposlenog rezultat šikanoznog ponašanja poslodavca koje kod zaposlenog prouzrokuje ozbiljan poremećaj psihičke i emocionalne ravnoteže.

Nedostaci kojima bi se potencijalno mogla posvetiti pažnja prilikom sledećih izmena i dopuna Zakona o radu, mogla bi ići upravo u pravcu uređivanja određenog vida naknade nematerijalne štete usled nezakonitog otkaza ugovora o radu.

Svakako da naknada nematerijalne štete u duhu Zakona o obligacionim odnosima doprinosi satisfakciji zaposlenog kome je nezakonito prestao radni odnos, ali, s obzirom na oskudnost sudske prakse u pogledu naknade nematerijalne štete, mogli bismo naslutiti da je potrebno urediti ovo pitanje i u okviru Zakona o radu, jednako sa ostalim posledicama nezakonitog otkaza koje su predviđene zakonskim normama. Sve to, u cilju zaštite zaposlenog kao ekonomski slabije strane u radnom odnosu, i u skladu sa jednim od osnovnih načela radnog prava - *in favorem laboratoris*.

* * *

NON-PECUNIARY DAMAGES DUE TO UNLAWFUL TERMINATION OF AN EMPLOYMENT

Summary

Termination of the employment and the consequences of the unlawful termination of a labor contract are one of the most important institutes in the field of labor law. For the purpose of adequate protection of the employee after the termination of the employment contract, by the Labor Law of the Republic of Serbia is prescribed three possible legal consequences: reintegration of the employee (return of an employee to work), compensation of damages and payment of contributions for mandatory social insurance. According to this, the non-pecuniary damages due to unlawful dismissal, although not clearly outlined by the Labor

Law of Republic of Serbia as a legal consequence of unlawful termination, may play a significant role in the way towards a full reintegration of the employee into a position that preceded the time of the termination of the employment contract.

The author of this paper deals with the compensation of non-pecuniary damage as a consequence of the unlawful termination of a labor contract to which a person has the right under certain conditions. Even though, non-pecuniary damage is not strictly defined as a consequence of an unlawful dismissal in the Labor Law of Republic of Serbia it is of high importance to highlight its contribution to satisfaction of an employee after unlawfully terminated employment.

Key words: dismissal, consequences of an unlawful dismissal, employment, non-pecuniary damage

III - OSIGURANJE

INSURANCE

Prof. dr Vladimir Njegomir¹
Prof. dr Boris Marović²
Dr Ranka Krivokapić³

DRŽAVA (INSTITUCIJE DRŽAVE) I TRŽIŠTE OSIGURANJA

Apstrakt

Osiguranje je oblast šireg društvenog interesa s obzirom da obezbeđuje zaštitu ljudi od finansijskih posledica šteta ali i zbog uloge osiguravajućih društava kao institucionalnih investitora. Zbog značaja koji osiguranje ima i u cilju zaštite osiguranika, država, odnosno njene institucije, utiču na delatnost i tržište osiguranja. Pitanje koje postavljamo u radu jeste da li država preko institucija treba da samo obezbedi uslove za poslovanje ili da uvodi obaveznost osiguranja ili se direktno uključuje u poslove osiguranja, posebno u uslovima ostvarenja katastrofalnih šteta koje narušavaju sprovođenje privatnog osiguranja. Cilj rada jeste da davanje odgovora na navedeno pitanje kao i ukazivanje na optimalnu ulogu državnih institucija nadležnih za delatnost osiguranja i tržišta osiguranja. U tom kontekstu prvo razmatramo tradicionalnu ulogu države na tržištu osiguranja, promene koje nastaju ostvarenjem katastrofalnih šteta, postojanje državnih osiguravača i mogućnosti uvođenja obaveznosti osiguranja i javno privatna partnerstva države i privatnih osiguravajućih društava.

Ključne reči: država, tržište, osiguranje.

1. Uvod

Istorijski posmatrano različiti oblici udruživanja, od plemenske zajednice, porodice, države do osiguranja imali su za cilj da obezbede zaštitu od rizika. Tržište osiguranja karakteriše neefikasnost u vidu informacione asimetrije. Naime, prilikom kupovine usluga osiguravajućeg pokrivača ugovarači osiguranja, odnosno osiguranici ne raspolazu sa dovoljno tehničkih, pravnih i finansijskih znanja neophodnih za razumevanje kompleksnih ugovornih odredbi koje osiguravači mogu formulisati u ugovorima o osiguranju. Osiguranici kupuju osiguravajuće pokrivače u nadi da će u slučaju ostvarenja štete oni biti obeštećeni od osiguravača. Suštinski, kupovinom osiguravajućeg pokrivača, osiguranici kupuju obećanje budućeg plaćanja, odnosno obeštećenja u slučaju da se šteta desi, što implicira da se osiguranje bazira na pov-

¹ Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad, email.: vnjegomir@useens.net

² Profesor emeritus, Novi Sad; mail: borismarovic@sbb.rs

³ Pomorski fakultet Kotor, Univerzitet Crne Gore. mail: rankak@ucg.ac.me

erenju jer se vrednost usluge ne može proceniti prilikom kupovine već tek nakon ostvarenja štetnog događaja. Pri tome, osiguranici retko proveravaju sve finansijske aspekte osiguravača sa kojima sklapaju ugovore što, zahvaljujući kompleksnoj prirodi i dugoročnosti usluga osiguranja, stvara uslove za zloupotrebe od strane osiguravača.

Uloga države je po definiciji da na svojoj teritoriji zaštiti građane i imovinu od rušilačkog dejstva prirodnih sila i opasnosti povezanih sa čovekovim delovanjem i stvori uslove za neometano poslovanje privatnog sektora, odnosno podstiče privređivanje bazirano na tržišnim principima. Ključni interes države koji se nastoji ostvariti regulacijom delatnosti osiguranja jeste obezbeđenje osiguranja po prihvatljivoj ceni, zaštita osiguranika od prevara osiguravača, obezbeđenje poverenja u osiguravače da će isplatiti naknadu kada se šteta desi i ostvarenje efikasnosti poslovanja osiguravača. Imajući to u vidu država interveniše na tržištu osiguranja.

Da li država preko institucija treba da obezbedi uslove za poslovanje ili da se i neposredno uključuje ne tržište osiguranja, uvodi obaveznost osiguranja ili osniva državna društva za osiguranje ili finansira posledica šteta iz budžetskih sredstava je pitanje koje smo postavili prilikom konceptualizacije ovog rada. Cilj rada jeste da davanje odgovora na navedeno pitanje i ukazivanje na optimalnu ulogu državnih institucija nadležnih za delatnost osiguranja i tržišta osiguranja. U tom kontekstu prvo razmatramo tradicionalnu ulogu države na tržištu osiguranja, promene koje nastaju ostvarenjem katastrofalnih šteta, postojanje državnih osiguravača i mogućnosti uvođenja obaveznosti osiguranja i javno privatna partnerstva države i privatnih osiguravajućih društava.

2. Tradicionalna uloga državnih institucija na tržištu osiguranja

U oblasti osiguranja, prvi oblici usmeravanja delatnosti javljaju se u okviru propisa utvrđenih u Barseloni (barselonska ordonansa) iz 1435. godine i propisa u Firenci (florentinska ordonansa) iz 1523. godine⁴, a na prostorima regiona bivše SFRJ u Dubrovačkom Zakonu o pomorskom osiguranju iz 1562. godine. Etimološki reč „regulacija“ potiče od latinske reči *regulare* koja znači kontrolisati pomoću pravila, usmeravati a koja je izvedena iz reči *regula* koja znači vladar. Potreba za postojanjem *pravila igre* koja određuje država u cilju usmeravanja, kontrole i korekcije sprovođenja delatnosti osiguranja od strane privatnih osiguravača naročito je naglašena u novije vreme i kontinuirano se uvećava sa privrednim i društvenim razvojem kao i razvojem same delatnosti osiguranja.⁵

Posredna intervencija države ostvaruje se putem regulacije uslova poslovanja osiguravajućih društava u cilju zaštite osiguranika. Ukoliko se analizira uloga države na tržištima osiguranja u svetu nedvosmisleno se dolazi do zaključka da je regulacija sprovođenja osiguranja najvažniji oblik “povezanosti” države i delatnosti osiguranja a u velikom broju zemalja i jedini oblik prisustva države na tržištu osiguranja. Navedeno je posledica istorijski potvrđene činjenice da je usmeravanje ekonomskih aktivno-

⁴ S. Marshall, *A treatise on the law of insurance: in four books; I. Of marine insurances, II. Of bottomry and respondentia, III. Of insurance upon lives, IV. Of insurance against fire, Volume 1*, J. Butterworth, London 1802, 20.

⁵ V. Njegomir, *Osiguranje*, Ortomedics book, Novi Sad 2011, 210.

sti, uključujući aktivnosti osiguravajućih društava, najadekvatnije ukoliko je bazirano na tržišnim mehanizmima.

U tržišnim ekonomijama tržište daje odgovor na tri ključna pitanja - šta, kako i za koga će se proizvoditi. Odnosi ponude i tražnje dostižu ravnotežu zahvaljujući cenama određenim na nivou na kome kupci žele kupiti upravo onu količinu proizvoda koju prodavci žele prodati. Teorijski ona se nikada ne ostvaruje ali se ka njoj uvek stremi. Neefikasnost tržišnog mehanizma manifestuje se odsustvom raspoloživosti određenih proizvoda ili usluga ili neadekvatnom ponudom, čime se redukuje ukupno bogatstvo i utiče na neracionalno donošenje odluka u pogledu upravljanja rizikom. U slučaju savršene konkurencije na tržištu osiguranja neće doći do ispoljavanja tržišnih nesavršenosti.

Uslovi da bi se ostvarila savršena konkurencija na tržištu osiguranja su:⁶ 1) postojanje dovoljno velikog broja kupaca i prodavaca kako ni jedan kupac ni prodavac niti bilo koja njihova grupa ne bi mogla imati uticaj na tržište, što podrazumeva da svi tržišni učesnici prihvataju tržišno određenu cenu i ne ulaze u odnose tajnog ugovaranja kako bi uticali na cenu, 2) postojanje potpune slobode ulaska na i izlaska sa tržišta podrazumeva mogućnost da novi tržišni učesnici ulaze na tržište u slučaju postojanja iznad prosečnih profita koje ostvaruju postojeći tržišni učesnici – ovaj zahtev počiva na teorijskoj premisi da će samo postojanje svesnosti o lakom ulasku novih konkurenata na tržište primorati postojeće tržišne učesnike da kontinuirano preispituju svoje poslovanje računajući na mogućnosti novih konkurenata kao i na premisi da će u takvim uslovima biti moguće ostvarenje samo uobičajenih profita, 3) postojanje uniformnosti u vrsti i karakteristikama proizvoda koje tržištu nude prodavci predstavlja zahtev koji implicira da nije moguće diferenciranje proizvoda od konkurentskih zbog čega potrošači nemaju podsticaje da plaćaju više od tržišne cene za proizvode bilo kojeg ponuđača i 4) postojanje potpune informisanosti i kupaca i prodavaca o uslugama koje su predmet trgovanja – uslov koji podrazumeva svi kupci i svi prodavci poseduju potpune informacije o proizvodima koje kupuju, odnosno prodaju kao i da ni jedna strana ne poseduje informacije nepoznate drugoj strani.

Ključni interes države koji se nastoji ostvariti regulacijom delatnosti osiguranja jeste obezbeđenje osiguranja po prihvatljivoj ceni, zaštita osiguranika od prevara osiguravača, obezbeđenje poverenja u osiguravače da će isplatiti naknadu kada se šteta desi i ostvarenje efikasnosti poslovanja osiguravača. Suštinski postoje tri različita pristupa regulaciji koja su međusobno komplementarna i odnose se na sistemski rizik, obezbeđenje sigurnosti i tržišno ponašanje. Država regulacijom u svim oblastima uključujući i osiguranje nastoji da izbegne ostvarivanje sistemskog rizika, odnosno rizika velikog broja međusobno povezanih neuspeha osiguravajućih društava koji bi usloveli nesigurnost u instituciju osiguranja u celini. Regulacijom se nastoji obezbediti sigurnost u osiguranje, pri čemu se u tom domenu ima u vidu pre svega regulacija solventnosti, odnosno ukupne finansijske pozicije osiguravajućih društava na određenom tržištu. Ova regulacija uključuje i odobravanje dozola za rad, nadzor nad finansijskim poslovanjem osiguravajućih društava, dostavljanje statističkih iz-

⁶ H. D. Skipper, W. J. Kwon, *Risk Management and Insurance: Perspectives in a Global Economy*, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, UK 2007, 47.

veštaja kao i preduzimanje neophodnih interventnih radnji u cilju otklanjanja uočenih nepravilnosti. Konačno, veoma značajan aspekt intervenisanja države na tržištu osiguranja jeste usmeravanje tržišnog ponašanja. Reč je o regulativama koje imaju za cilj obezbeđenje fer konkurentske tržišne utakmice i zaštitu osiguranika.

Ključni značaj u regulaciji osiguranja ima poverenje u instituciju osiguranja. Bez poverenja javnosti u instituciju osiguranja ne može doći do razvoja osiguranja, o čemu svedoči i primer tržišta osiguranja u Srbiji, koje je, zahvaljujući uzdrmanom poverenju građana u instituciju osiguranja tokom devedesetih godina dvadesetog veka, još uvek nedovoljno razvijeno. Iako se regulacijom sprovođenja delatnosti osiguranja štite i interesi drugih subjekata tržišta osiguranja, na primer sprečavanjem pojava nelojalne konkurencije štite se osiguravajuća društva, posrednici i zastupnici, imajući u vidu navedeno, ključna uloga države na tržištu osiguranja je obezbeđenje zaštite poverenja građana u instituciju osiguranja.

Imajući u vidu identifikovane uzroke tržišnog neuspeha, odnosno bankrotstava osiguravača, kao ključni razlozi regulacije delatnosti osiguranja usmerene u pravcu zaštite osiguranika kao potrošača u literaturi se najčešće spominju: 1) sprečavanje nesolventnosti osiguravajućih društava, 2) zaštita osiguranika zbog manjeg znanja i pregovaračke snage u odnosu na osiguravače, 3) obezbeđenje pravičnih premija osiguranja, imajući u vidu nesavršenost mehanizma tržišnog regulisanja premija i 4) ostvarenje socijalnih ciljeva obezbeđenjem široke raspoloživosti usluga osiguravajućeg pokrića. Solventnost predstavlja osnovnu pretpostavku sigurnosti i predvidivosti usluga osiguravajućeg pokrića. Uobičajeno se definiše kao dugoročna sposobnost osiguravača da sve obaveze iz poslovanja izmiri u roku njihovog dospeća. Regulacijom solventnosti i sprečavanjem nastanka nesolventnih osiguravajućih društava obezbeđuje se sigurnost u pogledu isplate odštetnih zahteva osiguranicima, zaštita osiguranika od finansijske nesigurnosti kao i sprečavanje nastanka značajnih socijalnih i ekonomskih troškova. Regulacija solventnosti posebno je značajna i zbog zaštite osiguranika, usled postojanja informacione asimetrije, koja rezultira u neujednačenom odnosu snaga, kako prilikom zaključenja ugovora o osiguranju tako i prilikom isplate naknada iz osiguranja, što nameće neophodnost regulative kako bi se nadomestio neujednačeni odnos. Takođe, regulacija je usmerena i u pravcu zaštite osiguranika u odnosima sa nepoštenim zastupnicima osiguravača, koji u cilju pribavljanja ekonomske koristi mogu pogrešno savetovati osiguranike.

Konačno, država posredni uticaj na tržište osiguranja sprovodi putem svojih institucija i to: normiranjem pravila zakonima, njihovim tumačenjima putem sudova i nadzorom rada koji sprovodi agencija za osiguranje ili u slučaju Srbije - Narodna banka Srbije.

3. Katastrofalne štete - narušavanje uslova osigurljivosti

Katastrofalni događaji predstavljaju događaje koji izazivaju brojna razaranja, patnje ili smrti.⁷ Reč je o događajima koje odlikuje situacija u kojoj pojedinačna opasnost, sa katastrofalnim posledicama, kao što su zemljotresi, uragani, požari, poplave, lavine, odroni zemljišta, saobraćajne nezgode, atomski rizici, eksplozije,

⁷ Longman dictionary of contemporary English, Pearson Education Limited, Essex, UK 2003, 231.

može istovremeno uticati na velik broj ljudi i ogromnu imovinsku vrednost.

Katastrofalni događaji uzrokuju velike ljudske i novčane gubitke.⁸ Ovakvi događaji ugrožavaju sam opstanak osiguravajućih društava. Naime, izravnavanje rizika primenom Zakona velikih brojeva kod ovakvih događaja nije moguće jer što je više rizika to je opasnost za mogućnost izmirenja osiguravačeve obaveze veća. Insurance Services Office daje sličnu ali precizniju definiciju katastrofalnog događaja određujući dolarski iznos prema kome se neki događaj može smatrati katastrofalnim. Prema ISO štetni događaj se može smatrati katastrofalnim kada uzrokuje štete koje dostižu ili prevazilaze iznos od 25 miliona dolara. Pre 1997 godine ovaj iznos bio je određen na nivou od 5 miliona dolara. Povećanje iznosa pravda se inflacijom kao i porastom vrednosti materijalnih dobara. Opšta karakteristika različitih definicija katastrofalnih događaja jeste da obuhvataju četiri osnovne karakteristike: reč je o događajima koji nemaju redovnu frekvenciju pojavljivanja, odnosno reč je o retkim događajima, ovi događaji su po pravilu veoma jaki u pogledu ljudskih i materijalnih posledica, po pravilu utiču na veliku populaciju i ogromne materijalne vrednosti a mogu biti uzrokovani prirodnim ili ljudskim faktorom.

Velik broj rizika koji se obuhvataju osiguravajućim pokrićem se ostvaruje sa određenim stepenom regularnosti. Naime, većina rizika koje osiguravajuća društva prihvataju od osiguranika a potom reosiguravajuća društva od osiguravajućih društava, zahvaljujući ispoljavanju po određenim obrascima ponašanja mogu biti predmet adekvatne procene, odnosno učestalost njihovog pojavljivanja može biti procenjena sa visokim stepenom pouzdanosti u procenama. Njihova procena podrazumeva primenu standardnog statističkog instrumentarija na kome se bazira osiguranje i upravljanje rizikom transferom u osiguravajuće pokriće. Na bazi primene statističkih okvira i aktuarskih procesa, moguće je utvrditi odnose koristi i troškova pojedinih alternativa i na toj osnovi doneti odluke o prihvatanju ili ne prihvatanju određenih rizika sa relativno visokim stepenom pouzdanosti.

Ukazana regularnost u ostvarivanju šteta, nije međutim karakteristika ostvarenja događaja koji imaju potencijal za ostvarenje katastrofalnih šteta. Događaji koji izazivaju katastrofalne štete se dešavaju bez određene regularnosti, odnosno najčešće izuzetno retko. Neki događaji koji izazivaju katastrofalne štete se dešavaju jednom u sto ili više godina te njihovu regularnost u ispoljavanju nije moguće egzaktno predvideti. Osim toga, konstantno se povećava verovatnoća ostvarenja i intenzitet štetnih posledica.

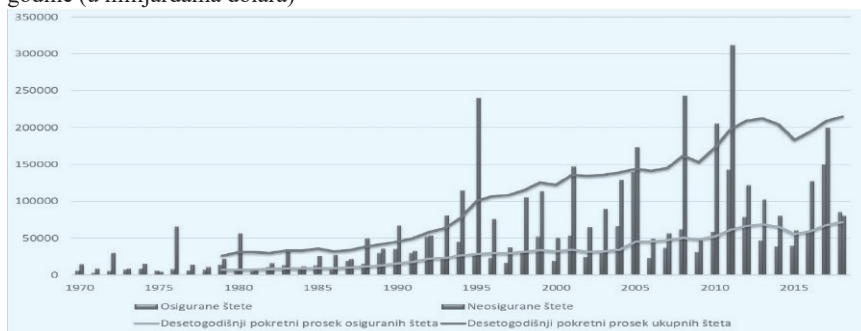
Koncentracija ljudi, zgrada, fabrika i infrastrukture po jedinici zemljišta kombinovana sa povećanjem populacije, vrednosti materijalnih dobara, tehnološkim razvojem i procesom globalizacije, do kojih je došao svet današnjice, dovodi do toga da ekonomski štetni događaji istog intenziteta mogu da ugroze sve veći broj ljudi i izazovu veću imovinsku štetu nego ikada do sada. prema procenama OECD-a , ponavljanje zemljotresa u Tokiju iz 1923. godine izazvalo bi štete veličine i do 75% Japanskog bruto domaćeg proizvoda, odnosno štete u visini do 3000 milijardi dolara.⁹ Grafikonom 1 predstavljen je rastući uticaj, u pogledu veličine materijalnih šteta, katastrofalnih događaja na tržište osiguranja u periodu od 1970. do 2019. godine.

⁸ B. Marović, N. Žarković, *Leksikon osiguranja*, DDOR Novi Sad i Budućnost, 2007, 110.

⁹ *Emerging Systemic Risks in the 21st Century: An Agenda for Action*, OECD, Paris 2003, 37.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

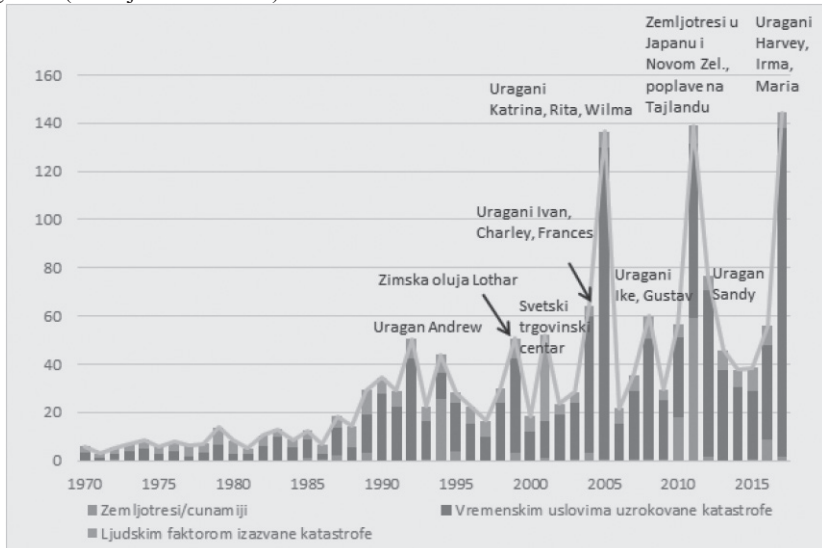
Grafikon 1: Osiguranjem pokrivena šteta katastrofalnih događaja u periodu 1970. – 2019. godine (u milijardama dolara)



Izvor podataka: Bevere, L. et al: *Natural catastrophes and man-made disasters in 2018: "secondary" perils on the frontline*, Sigma No. 2, Swiss Re, Zurich, 2019.

Pored rasta broja katastrofalnih događaja i rasta uticaja katastrofalnih šteta na osiguranje, uviđa se dominantan uticaj šteta uzrokovanim prirodnim faktorim, odnosno vremenskim uslovima, zahvaljujući ispoljavanju klimatskih promena. Ove tendencije prikazane su na grafikonu 2.

Grafikon 2: Vrste katastrofalnih događaja pokrivenih osiguranjem u periodu 1970. – 2018. godine (u milijardama dolara)



Izvor podataka: Bevere, L., Schwartz, M., Raajev, S. and Zimmerli, P.: *Natural catastrophes and man-made disasters in 2017: a year of record-breaking losses*, Sigma No. 1, Swiss Re, Zurich 2018.

Podaci sa grafikona svedoče o kontinuiranom povećanju, posebno u poslednjoj dekadi, štetnih posledica ostvarenja katastrofalnih događaja. Posebno je evidentno povećanje uticaja prirodnih katastrofa koje su izazvane vremenskim prilikama, odnosno koje uzrokuju klimatske promene. Podaci o povećanju broja katastrofalnih događaja i njihovom intenzitetu nedvosmisleno potvrđuju uticaj klimatskih promena i povećane koncentracije stanovništva i materijalnih vrednosti. Rizici koje prihvataju osiguravajuća društva u osiguravajuće pokriće idealno bi trebalo da nisu katastrofalnog karaktera. Međutim, pojava katastrofalnih šteta moguća je i u uslovima kada su u osiguranje prihvaćeni rizici koji nemaju potencijal za ostvarenje katastrofalnih šteta.

Tradicionalno postupanje osiguravajućih društava u pogledu osigurljivosti rizika sa velikim intenzitetom negativnih posledica bila je diverzifikacija rizika, po granama osiguranja, po geografskoj lokaciji i sl. Osim toga, prenosom u reosiguravajuće pokriće obezbeđivala se geografska distribucija rizika imajući u vidu da je reosiguranje po svojoj prirodi međunarodni posao. Međutim, katastrofalni rizici su karakteristični po tzv. nagomilavanju, odnosno kumuliranju rizika iz više grana osiguranja pri čemu su rizici pozitivno međusobno korelisani, a često zahvataju i široka geografska područja, što ograničava primenu limitiranja rizika putem njegove diverzifikacije.

Tipičan primer ograničene osigurljivosti rizika koji izazivaju katastrofalne štete i ograničenosti osiguravajućeg pokrića za ove rizike jeste primer osiguranja ovih rizika na Floridi nakon sezone uragana u SAD iz 2005. godine. Naime, nakon ove sezone uragana, koja predstavlja godinu sa najvećim katastrofalnim štetama za tržište osiguranja i reosiguranja od kada se ove delatnosti obavljaju na organizovan način, dovela je do povećane potrebe za kapitalom u osiguravajućim društvima. Veći iznos kapitala zahteva veće kapitalne troškove, zbog ograničenosti njegove alternativne upotrebe, a to u krajnjoj liniji dovodi do znatnog povećavanja premija osiguranja. Time se ugrožavaju osnove na kojima počiva osiguranje. Međutim, u Floridi je nakon sezone uragana iz 2005. godine gotovo u potpunosti ograničena raspoloživost osiguravajućeg pokrića što je zahtevalo državnu intervenciju, odnosno osnivanje fonda za pokriće rizika uragana (Florida Hurricane Catastrophe Fund). Tom ograničavanju ponude, a ne samo povećanju premije osiguranja koje predstavlja tradicionalan način suočavanja sa ovakvom problematikom osiguravajućih društava, bila je uslovljena i povećavanjem cena reosiguravajućeg pokrića a tržište retrocesija gotovo da je prestalo da postoji. Takođe, rejting agencije, kompanije koje procenjuju finansijsku stabilnost i kreditnu sposobnost osiguravajućih društava, sve više zahtevaju od osiguravača da za pružanje usluga osiguravajuće zaštite u ovim oblastima, koji su izloženi čestom dejstvu ostvarenja katastrofalnih događaja, povećaju iznos potrebnog kapitala. Kombinovanjem navedenih faktora došlo je do potpunog nestanka ponude osiguravajućeg pokrića za katastrofalne rizike u Floridi. Ovakvo reagovanje osiguravajućih društava u potpunosti je opravdano jer ona funkcionišu na tržišnim principima.

Ostvarivanje sve češćih katastrofalnih šteta sa sve intenzivnijim posledicama dovelo je do problema upravljanja velikim brojem odštetnih zahteva ali pre

svega do problema ograničenosti kapaciteta tradicionalnog reosiguranja i retrocesija. Tipičan odgovor osiguravajućih društava na katastrofalne događaje, posebno one koji uzrokuju potrebu ponovnog utvrđivanja njihovih procena verovatnoće nastanka i intenziteta mogućih posledica, jeste ograničavanje ponude osiguravajuće zaštite i povećanje cena ograničenog pokrivača koje je na raspolaganju. U tim slučajevima potrebno je uključivanje šire društvene zajednice u pokrivače mogućih negativnih posledica ostvarenja katastrofalnih rizika.

Ostvarenje katastrofalnih šteta uz sve češće njihovo ostvarenje, jednim delom uzrokovano zbog evidentnosti klimatskih promena, i uz sve veće materijalne štete, zbog rastuće koncentracije materijalnih bogatstava u katastrofalnim događajima izloženim područjima, dovodi do velikog negativnog uticaja na ekonomije i posebno na delatnost osiguranja i reosiguranja. Svi principi na kojima se bazira primena osiguranja su poništeni ostvarenjem katastrofalnih šteta. Narušena je i osigurljivost i reosigurljivost.

4. Državni osiguravači i obaveznost osiguranja?

Država na tržištu osiguranja, osim kreiranja regulatornog okvira, uobičajeno učestvuje putem unapređenja svesnosti o postojanju i značaju osiguranja kao i unapređenja poverenja u instituciju osiguranja. Uobičajeno je da u nekim vrstama osiguranja država obezbeđuje subvencije za premije osiguranja kako bi se obezbedilo podsticanje privatnog sektora. Subvencije su čest instrument državne podrške razvoju privatnog sektora osiguranja, posebno značajan u inicijalnim fazama razvoja, bilo u cilju podsticanja osiguranika na zaključenje osiguranja bilo u pogledu podrške inicijalnih procena rizika, prikupljanja podataka i utvrđivanja premija osiguranja. Naglašavamo da su subvencije namenjene razvoju privatnog sektora osiguranja kada ne postoji dovoljna tražnja za određenom vrstom osiguranja, kada država ne želi direktno da finansira štete iz budžeta već stimuliše participaciju svih ugroženih istoj vrsti opasnosti. Ovakvo mešanje države na tržište osiguranja smatramo opravdanim u određenim fazama razvoja privatnog osiguranja uopšte i posebno u slučaju povećanja tražnje određenih vrsta osiguranja, kao što je osiguranje useva i plodova i osiguranje domaćih životinja.

Zahvaljujući sve snažnijem ostvarenju katastrofalnih šteta, odnosno kontinuiranom povećanju broja i intenziteta štetnih posledica katastrofalnih događaja, javlja se potreba za intervencijom države i to ne samo posrednom, regulatornom i nadzornom, već i neposrednom.

Država na tržištu osiguranja može neposredno intervenirati u vidu zakonskog regulisanja obaveznosti određenih vrsta osiguranja. Istorijski posmatrano, sve vrste privatnih osiguranja bile su bazirane isključivo na dobrovoljnosti zaključivanja. Osiguranici su u zavisnosti od potreba za obezbeđenjem od rizika zaključivali prvo ugovore o pomorskom, životnom i osiguranju od rizika požara a zatim i ugovore o drugim vrstama osiguravajućeg pokrivača. U savremenim uslovima situacija je gotovo identična, najveći broj osiguranja u svetu, koja se zaključuju sa privatnim osiguravajućim društvima, jesu dobrovoljna osiguranja. Odnosi između tržišnih

učesnika, dakle, uspostavljaju se na principima dobrovoljnosti. U zavisnosti od individualne tolerancije na rizik, odnosno spremnosti da se rizik prihvati i samostalno finansiraju posledice njegovog ostvarenja, zavisi postojanje tražnje za uslugama osiguranja i uspostavljanje odnosa između tražilaca usluga osiguranja i osiguravajućih društava.

Specifičnost tržišta osiguranja je u činjenici da odnosi između tržišnih učesnika na tržištu osiguranja mogu biti uspostavljeni i kao posledica zakona i ugovora. Zaključivanjem ugovora o različitim vrstama kredita korisnici kredita se mogu obavezati i na zaključenje ugovora o osiguranju kredita a u pojedinim slučajevima i riziko životnog osiguranja. Za pojedine vrste osiguranja zakonom se može uspostaviti obaveznost zaključivanja ugovora. Naime, sa ekonomskim razvojem nastaje potreba da se regulatorno odredi obaveznost zaključenja određenih vrsta osiguranja. Uobičajena je praksa u svetu regulatornog određivanja obaveznosti zaključenja određenih vrsta osiguranja od odgovornosti, najčešće autoodgovornosti, ali su poznati i slučajevi kada je obaveznost zaključivanja određena za druge vrste osiguranja (na primer, osiguranje od rizika požara obavezno je u Argentini i Južnoj Koreji).

Postavlja se pitanje opravdanosti uvođenja obaveznosti osiguranja za rizike koji imaju potencijal za ostvarenje katastrofalnih šteta. Povećana verovatnoća nastanka katastrofalnih događaja tokom poslednje decenije skrenula je pažnju na limite osigurljivosti u okviru tržišne ekonomije i ka relevantnosti javne intervencije na slobodnom tržištu deljenja rizika, odnosno tržištu osiguranja. Država je preko institucija koje je personifikuju zainteresovana da obezbedi osiguravajuću zaštitu za sve rizike i sve osiguranike, a u uslovima kada je ponuda osiguranja za katastrofalne rizike od privatnog sektora ograničena, država se po pravilu direktno uključuje u poslove osiguranja. Direktna uloga države na tržištu osiguranja ostvaruje se osnivanjem državnih osiguravajućih društava ili putem finansijske podrške privatnom sektoru kada država ima ulogu (re)osiguravača u krajnjoj instanci. U zemljama regiona, na primer, osiguravajuća društva godinama ostvaruju loše rezultate u oblasti osiguranja poljoprivrede¹⁰ te je oblik državne intervencije, koji se ostvaruje u vidu državnih subvencija za premije osiguranja, neophodan u ovoj sferi. Međutim, neposredan oblik državne intervencije u vidu nadoknade štete koji se javlja u zemljama regiona nije opravdan, s obzirom da postoji mala zainteresovanost za osiguranjem, koje bi trebalo biti primarni oblik posredne zaštite od šteta. Uvođenje obaveznosti osiguranja za katastrofalne štete do sada je imalo različite efekte, od pozitivnih za obavezno osiguranje rizika zemljotresa u Turskoj do negativnih u Rumuniji. Dosadašnje iskustvo sprovođenja osiguranja u Srbiji ukazuje da se obavezno osiguranje razvija (prvenstveno obavezno osiguranje autoodgovornosti) s tim što moraju postojati adekvatna obrazloženja značaja obaveznosti osiguranja. To je posebno značajno imajući u vidu preveliko oslanjanje na naknadu štete iz budžeta države umesto iz osiguranja.

Država može da direktno nadoknađuje nastale štete iz budžetskih sredstava. Međutim, problem za države ne predstavlja samo izloženost direktnim posledicama,

¹⁰ V. Njegomir, R. Pejanović, „Importance and current issues in agricultural insurance in Serbia“, *Contemporary Agriculture*, Vol. 60, Br. 1-2, 38-45.

u vidu potrebe finansiranja nastalih šteta, već za čitave javne finansije, odnosno mogućnost održavanja ravnoteže spoljne zaduženosti. Problem spoljnog duga iako prisutan i kod razvijenih zemalja posebno je naglašen kod zemalja u razvoju. Ove zemlje imaju veoma malu penetraciju i gustinu osiguranja, posebno je malo a često je i u potpunosti odsutno ulaganje u osiguravajuće pokriće pojedinaca i privrednih subjekata u cilju zaštite od katastrofalnih šteta. Problem leži u činjenici što oni očekuju da će država pokriti troškove katastrofalnih šteta, ne samo na infrastrukturi već i na privrednim i privatnim objektima. S druge strane, česta je pojava da na državnom nivou prevladuje svest o mogućnosti finansiranja iz međunarodnih izvora, odnosno pokrića budžetskih deficita po osnovu stranog donatorstva. Takođe, u nekim zemljama postoji i nezainteresovanost vladajuće elite za osiguravajuće pokriće na državnom nivou s obzirom da osiguranje zbog svojih karakteristika, značajnih inicijalnih troškova u cilju obezbeđenja uslovnog obeštećenja kada i ako u budućnosti nastupe katastrofalne štete, predstavlja mali podsticaj za one koji u budućnosti mogu ostati i bez vlasti.

Međutim, obim posledica koje katastrofalne štete nanose pojedinim državama je ogroman i nije ograničen na direktne troškove saniranja. Naime, istraživanja ukazuju da osim direktnih troškova saniranja oštećenja ili uništenja imovinskih dobara postoje i troškovi povezani sa:¹¹ 1) pogoršanjem fiskalne pozicije s obzirom da se vrši plaćanje rekonstrukcije a izvori prihoda su poremećeni, 2) pogoršavanjem se trgovinskog bilansa s obzirom da je izvoz ugrožena a uvoz, usled potreba za rekonstrukcijom, povećan, 3) pritiscima na pad deviznog kursa s obzirom na pogoršavanje trgovinskog bilansa kao i zabrinutosti međunarodnih investitora u pogledu mogućnosti zemlje da izmiruje svoje dugove i 4) inflatornim pritiscima.

Jedan od ključnih uzroka nastanka niske tražnje u regionu jeste upravo državno finansiranje nastalih šteta. U Srbiji se na primeru zemljotresa u Kraljevu, suša iz 2012. godine i poplava 2014. godine videlo da naknada šteta iz budžeta nije adekvatno rešenje ni za državu, ni oštećene ni ostale građane. Ovo rešenje nije ni pravedno. Pravednije i celishodnije rešenje jeste podsticanje privatnog sektora kroz različite forme javno-privatnih partnerstava.

5. Javno-privatna partnerstva u osiguranju

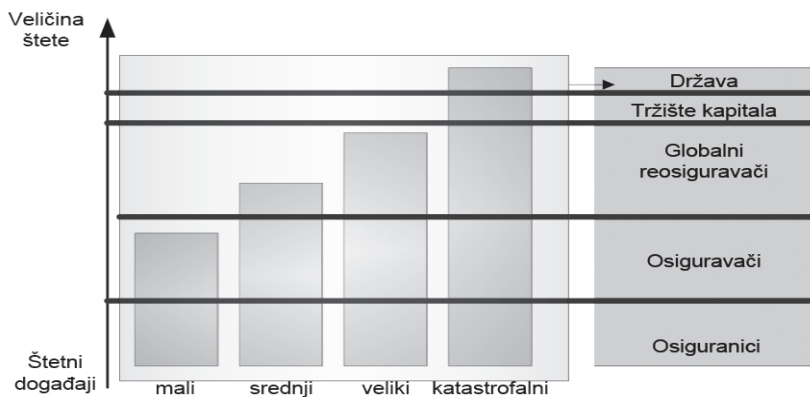
Javno-privatna partnerstva predstavljaju najnoviji trend ispoljen na tržištu osiguranja. U Srbiji je 2011 godine usvojen Zakon o javno-privatnom partnerstvu („Sl. glasnik RS“, br. 88/2011) kojim su stvorene regulatorne pretpostavke za sprovođenje javno-privatnog partnerstva. Javno-privatno partnerstvo, u skladu sa ovim Zakonom, jeste dugoročna saradnja između javnog i privatnog partnera radi obezbeđivanja finansiranja, izgradnje, rekonstrukcije, upravljanja ili održavanja infrastrukturnih i drugih objekata od javnog značaja i pružanja usluga od javnog značaja, koje može biti ugovorno ili institucionalno. Ovaj zakon, međutim, ne predstavlja pravnu osnovu za uspostavljanje javno-privatnog partnerstva u osiguranju koje bi podrazumevalo podršku javnog sektora komercijalnim aktivnostima osiguravača. Naime, javno-privatno partnerstva u osiguranju podrazumevaju

¹¹ P. K. Freeman, M. Keen, and M. Mani, *Dealing With Increased Risk of Natural Disasters: Challenges and Options*, IMF Working Paper, No. 03/197, 2003.

direktno učešće države na tržištu osiguranja ali kroz partnerstvo sa privatnim osiguravačima. U principu, postoje više razloga za razvoj javno-privatnog partnerstva u osiguranju među kojima su najznačajniji povećanje finansijskog uticaja katastrofalnih šteta, ograničenost kapaciteta osiguravajućih i reosiguravajućih društava i nedovoljna razvijenost privatnog osiguranja u zemljama u razvoju.

Uloga države postala je neophodna u slučaju katastrofalnih događaja širokih razmera koji uzrokuju nemogućnost tržišta osiguranja i reosiguranja da absorbuje štete uzrokovane takvim događajima. Međutim, posmatrano sa ekonomskog aspekta, uloga države može biti i kontraproduktivna. Tipičan primer jeste državno sponzorisano osiguravajuće društvo Citizens Property Insurance Company, kod kojeg se javila paradoksalna situacija, zahvaljujući proširivanju njegove uloge i zamrzavanjem premija osiguranja, da ovo društvo dobije ulogu prvog izbora umesto "poslednjeg utočišta". Prodaja osiguravajućeg pokrića za katastrofalne rizike ispod tržišne cene, finansiranjem razlike prihodima od premija iz drugih vrsta osiguranja ili novcem poreskih obveznika, stvorila je probleme za privatni sektor osiguranja. Takođe, osim problematike dugoročne neodrživosti, ovakvim pristupom se ne podstiču građani da prekinu sa investiranjima u oblastima izloženim dejstvu katastrofalnih rizika. Direktna uloga države prema predlogu Swiss Re-a bi se trebala ograničiti na tzv. vrhove rizika, kao što pokazuje grafikon.

Grafikon 3: Potreba deljnja rizika između javnog i privatnog sektora



Izvor: Schnarwiler, Reto: *Public Private Partnerships in Disaster Risk Management*, Swiss Re, prezentacija na skupu u organizaciji Svetske banke pod nazivom "Dialogue on Private-Public Partnerships for Disaster Risk Reduction", Washington, DC, 22 February 2007

Slično kao što se centralne banke pojavljuju u ulozi banke kao poslednjeg utočišta sa ciljem obezbeđenja likvidnosti u bankarskom sistemu, država se putem svojih institucija može pojaviti u ulozi (re)osiguravača u krajnjoj instanci

kada za privatni sektor osiguranja može obezbeđivati reosiguravajuće pokriće, dakle pružati reosiguranje za prethodno osigurane rizike od strane privatnog sektora, ili se može javiti u ulozi neposrednog pružaoca usluga osiguranja. Pri tome, neophodno je razlikovati ovu od uloge države kao pružaoca usluga socijalnog osiguranja ili drugih vrsta osiguranja gde se prednost daje državnom organizovanju. Država se u ovoj ulozi javlja s ozbirom na delimičnu ili potpunu nesposobnost delovanja tržišnih mehanizama, odnosno usled neuspeha privatnog sektora. Reč je o situacijama u kojima dolazi do ostvarenja rizika koji ne ispunjavaju osnovne uslove osigurljivosti ili postoji nemogućnost osiguravajućih društava da pod regularnim uslovima obezbede reosiguravajuće pokriće za prihvaćene rizike.

Uloga države kao osiguravača u krajnjoj instanci se najefikasnije može ostvariti putem formiranja nacionalnih pulova. Nacionalni pulovi predstavljaju pulove, osiguravajućih i reosiguravajućih društava, sa državnom podrškom. Ovi pulovi formiraju se za obezbeđenje osiguravajućeg pokrića za velike rizike, kao što su zemljotresi i poplave, koji se smatraju fundamentalnim i koji su izvan kontrole pojedinaca ili grupa i imaju izuzetno negativne posledice na čitavu populaciju, privredu i infrastrukturu. Način funkcionisanja ovih pulova sličan je načinu funkcionisanja klasičnih osiguravajućih pulova, s osnovnom razlikom što su ovi pulovi finansijski podržani i od strane države ili međunarodne institucije. Na primer, u Velikoj Britaniji postoji državno sponzorisan program podrške u vidu pula pod nazivom Pool Reinsurance Co. Ltd, u Španiji za osiguranje terorizma postoji Consorcio Compensacion de Seguros, u Francuskoj za osiguranje terorizma postoji takođe državno podržani pul GAREAT Tipičan primer pula sa državnom podrškom je EXTREMUS, pul 16 osiguravača i reosiguravača za reosiguranje rizika terorizma u Nemačkoj. Privatni sektor osiguranja i reosiguranja u okviru ovog pula obezbeđuje sredstva u visini od 2 milijarde evra a državnim garancijama obezbeđeno je dodatnih 8 milijardi evra.

Jedan od problema sa kojim se suočavaju zemlje u razvoju jeste nedovoljna zastupljenost privatnog osiguranja, bilo zbog neraspoloživosti određene vrste pokrića bilo zbog nezainteresovanosti osiguranika, pojedinaca i privrednih subjekata, koji se nadaju državnoj pomoći u slučaju ostvarenja katastrofalnih slučajeva. Takve tendencije prisutne su i u zemljama regiona. Na primer, za sve zemlje u regionu rizik poplava i rizik zemljotresa predstavljaju rizike sa potencijalno najznačajnijim posledicama.

Prema podacima Katoličkog univerziteta u Louvain-u u Belgiji poplave iz 2010. i 2014. godine poplave su među prvih deset najkatastrofalnijih prirodnih katastrofa ikada ostvarenih i u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini i Srbiji. Uprkos tome, u Hrvatskoj je svega oko 6% građana osigurano sa ugovorenim dopunskim pokrićem od rizika poplava a u Srbiji je u svega 0.8% imovinskih osiguranja ugovoreno dopunsko pokriće za rizik zemljotresa i rizik poplava. Smatramo da se mnogo bolji način direktnog učešća budžetskih sredstava u finansiranju šteta nastalih ostvarenjem katastrofalnih događaja može ostvariti putem partnerstava javnog i privatnog sektora kao i obezbeđenju finansijske kompenzacije oštećenih u slučaju ostvarenja rizika koji ne ispunjavaju uslove osigurljivosti postavljene

od strane privatnog sektora. Prednost partnerstava javnog i privatnog sektora je u činjenici da se na taj način može unaprediti 1) sposobnost modeliranja katastrofalnih šteta, 2) identifikacija efektivnih mera za smanjenje verovatnoće ostvarenja i negativnog uticaja u slučaju kada se štete već dese, kao i 3) unapređenje kapaciteta za prihvatanje rizika.

Osim javno-privatnog partnerstva u okviru jedne države nastanak ekstremnih katastrofalnih događaja, tzv. megakatastrofa u novije vreme, katastrofa koje prevazilaze ne samo kapacitete tržišta osiguranja, već čak i pojedinih država, predstavlja jasan signal potrebe za postojanjem partnerstva javnog i privatnog sektora i na međunarodnom planu (OECD, Svetska banka).

6. Zaključak

Institucije države se na tržištu osiguranja pojavljuju kao regulatori, osiguravači i poreznici. Uloga institucija države kao osiguravača trebala bi biti svedena na najmanju moguću meru. Iskustva bivših socijalističkih zemalja nedvosmisleno upućuju na posledice prekomernog direktnog učešća državnog kapitala u pružanju usluga osiguranja. Država bi kao osiguravač na tržištu osiguranja trebala biti pristupa samo kada zakažu tržišni mehanizmi, u slučaju potrebe pružanja podrške privatnom sektoru u pokriću rizika za koje ne postoji značajnije interesovanje privatnog sektora. Najznačajnija uloga institucija države jeste uloga regulacije tržišta osiguranja.

Institucije države kao regulatori na tržištu osiguranja odgovorne su za utvrđivanje i implementaciju pravila poslovanja. Cilj regulatornih organa jeste obezbeđenje efektivnog i efikasnog funkcionisanja tržišta osiguranja, pri čemu se posebna pažnja usmerava na kontrolu održavanja solventnosti osiguravajućih društava i zaštitu osiguranika. Ovlašćenja regulatornih organa uobičajeno uključuju izdavanje dozvola za rad društvima i pojedincima na tržištu osiguranja, uključujući ne samo društva za osiguranje već i druge subjekte kao što su posrednici, zastupnici i agencije za pružanje drugih usluga u osiguranju, redovni finansijski i statistički nadzor nad radom subjekata na tržištu osiguranja i druge aktivnosti usmerene u pravcu stvaranja i održavanja regulatornog okvira koji omogućava maksimiziranje poverenja osiguranika u sektor osiguranja i efikasnosti sprovođenja delatnosti osiguranja.

Pored evidentne neophodnosti intervenisanja države na tržištu osiguranja ova intervencija bi trebala biti ograničena, imajući u vidu da uvek treba dati prednost delovanju tržišnih mehanizama a intervenciju primeniti samo u uslovima kada tržišni mehanizmi ispolje neefikasnost. Regulacija delatnosti osiguranja uslovljava nastanak značajnih troškova prilagođavanja, koje u krajnjoj liniji plaćaju osiguranici. Ovi troškovi uključuju i indirektno troškove, s obzirom da regulativa predstavlja i svojevrsnu barijeru za ulazak novih konkurenata čime se sprečava unapređenje konkurencije a time omogućava određivanje viših premija osiguranja. Takođe, indirektno se favorizuju velika osiguravajuća društva, imajući u vidu da je relativno učešće troškova regulacije u ukupnom prihodu za njih manje nego za manja

osiguravajuća društva. Pored uzrokovanja troškova, regulacija može onemogućiti osiguravajuća društva u primeni inovacija koje su neophodne u uslovima stalno menjajućeg okruženja i nastajanja novih rizika.

U uslovima sve češćeg ostvarenja katastrofalnih šteta sa sve većim posledicama dolazi do ograničenja u funkcionisanju privatnog osiguranja. Naime, osiguravajuća društva podižu premije osiguranja ili u potpunosti prestaju sa ponudom određenih vrsta osiguranja. Državna uloga postaje ključna i država iz sredstava budžeta nastoji da nadoknadi nastale štete. Kao posledica javlja se nedovoljna tražnja za osiguranjem i oslanjanje na budžetska sredstava. Država može da reaguje i osnivanjem državnih osiguravajućih društava. Međutim, oba pristupa nisu adekvatna s obzirom da privatna osiguravajuća društva treba da budu ključni subjekti ponude osiguranja dok država treba da bude regulator i supervizor rada osiguravajućih društava.

Moguće je da država u cilju podrške razvoja privatnom sektoru daje subvencije za podsticanje tražnje, da zakonski uvede obaveznost zaključenja osiguranja ili da sa osiguravajućim društvima formira javno-privatna partnerstva. Imajući u vidu da iskustva u pogledu uvođenja obaveznosti osiguranja nisu jedinstvena, negde su uspešna a negde ne, kao i činjenicu da subvencije takođe mogu ali i ne moraju da utiču na povećanje tražnje (karakterističan primer za Makedoniju gde su subvencije za osiguranje useva i plodova 60% premije a tražnja najniža u regionu) smatramo da je najbolje rešenje javno-privatno partnerstvo, putem koga bi država samo podržavala privatnu inicijativu. Na taj način bi vremenom moglo doći do rasta tražnje za osiguranjem što bi uticalo na razvoj osiguravajućih društava ali i na smanjenje budžetskih rashoda. Jedan od mogućih modela jeste podrška rastu tražnje osiguranja od poplava u Srbiji uz podršku države. Buduća istraživanja bi trebala da razmatraju modele primene javno-privatnih partnerstava.

* * *

COUNTRY (STATE INSTITUTIONS) AND INSURANCE MARKET

Summary

Insurance is an area of wider social interest since it protects people against the financial consequences of losses, but also because of the role of insurance companies as institutional investors. Because of the importance of insurance and in order to protect the insured, the state, or its institutions, influence the insurance business and market. The question we ask in the paper is whether the state through the institutions should only provide the framework for business or it should introduce insurance as obligatory or be directly involved in insurance business, especially in conditions of catastrophic losses that impair the implementation of private insurance. The aim of the paper is to provide an answer to the

above question and pointing to the optimal role of state institutions in charge of the insurance business and the insurance market. In this context, we first consider the traditional role of the state in the insurance market, the changes that result from the catastrophic losses, the existence of state insurers and the possibility of introducing the obligatory insurance and public-private partnerships of the state and private insurance companies.

Keywords: state, market, insurance.

Dragan Mrkšić¹
Marija Mijatović²

AKTUELNA PITANJA DEFINISANJA PRAVNOG POLOŽAJA EVROPSKOG AKCIONARSKOG DRUŠTVA POSEBNO U OBLASTI OSIGURANJA

Apstrakt

U Zakonu o osiguranju iz 2014. godine određeno je da se društvo za osiguranje može osnivati u formi akcionarskog društva za osiguranje i društva za uzajamno osiguranje. Ipak, na osnovu poslednjih kapitalnih promena Zakona o privrednim društvima iz 2018. godine, predviđeno je da se od 1. januara 2022. godine počne sa primenom normi koje se odnose, između ostalog i na Evropska akcionarska društva (*Societas Europaea* – SE). Stoga je potrebno već sada razmotriti kakvu primenu će ovaj novi institut komunitarnog prava imati u delatnosti osiguranja u Srbiji, imajući u vidu ulogu ovakvih formi privrednih društava uopšte, i posebno u oblasti osiguranja u Evropskoj uniji. U tom kontekstu posebno je značajno pitanje da li će se odredbe Zakona o privrednim društvima primenjivati neposredno u statusnom delu osiguranja ili je optimalnije da se, sledeći pravnu logiku Zakona o osiguranju - kao posebnog zakona u odnosu na opšti Zakon o privrednim društvima - izvrše izmene i dopune Zakona o osiguranju. U radu ćemo nastojati da pored davanja odgovora na pomenuto pitanje, ukažemo i na novine u Zakonu o privrednim društvima koje se odnose na Evropsko akcionarsko društvo, imajući, pre svega, u vidu njegovu primenu u delatnosti osiguranja.

Ključne reči: Evropsko akcionarsko društvo, osnivanje privrednog društva, osiguranje i reosiguranje, Zakon o privrednim društvima, Zakon o osiguranju, korporativno pravo.

1. Perspektiva recepcije instituta *Societas Europaea* u Srbiji imajući u vidu iskustvo Evropske unije

Evropsko akcionarsko društvo, odnosno *Societas Europaea* (u daljem tekstu: SE) predstavlja *sui generis* institut komunitarnog prava - vrstu akcionarskog

¹ Prof. dr Dragan Mrkšić, Fakultet tehničkih nauka, Univerzitet u Novom Sadu, email: draganmrksic@uns.ac.rs

² Doc. dr Marija Mijatović, Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad, Univerzitet Union, email: marija.mijatovic@fv.edu.rs

društva koja privrednom subjektu omogućava poslovanje u različitim evropskim zemljama u skladu s jedinstvenim skupom pravila. Ovaj institut uveden je u pravo Evropske unije (u daljem tekstu: EU) Uredbom Saveta br. 2157/2001 od 8. oktobra 2001. o Statutu evropskog društva (SE),³ koja je stupila na snagu 8. oktobra 2004. godine (u daljem tekstu: Uredba).⁴ Ističe se nekoliko prednosti osnivanja privrednog društva u formi SE:

- jednostavnije poslovanje ako se društvo proširi u više zemalja EU: moguće je reorganizovati poslovanje pod jedinstvenim evropskim poslovnim imenom i poslovati bez uspostavljanja mreže društava kćeri;
- veća mobilnost na jedinstvenom tržištu: npr. moguće je izvršiti transfer sedišta privrednog društva u drugu državu bez neophodnosti gašenja kompanije;
- uspostavlja se okvir i sistem za uključivanje zaposlenih iz više država u poslovanje/rukovođenje privrednim društvom;
- postoji mogućnost osnivanja jednog ili više društava kćeri, koja bi takođe imala status SE.⁵

U sličnom, afirmativnom tonu, navodi se da se putem osnivanja SE potvrđuje ili promovise evropski karakter i identitet kompanije, kroz marketinško, pa i političko orijentisano iskorišćavanje onog „evropskog“ u odrednici SE. Na primer, predstavnici Allianz SE isticali su da je ova kompanija evropska „u srcu“; slično, kompanija Arcelor (pre spajanja sa kompanijom Mittal) planirala je da postane SE da bi akcenat bio na evropskom identitetu kompanije (a na uštrb pojedinačnog francuskog, luksemburškog ili španskog identiteta).⁶ Upravo u interesu poprimanja transnacionalnog, komunitarnog karaktera kompanije, moguće je naći komponentu koja će biti među najznačajnijim razlozima za osnivanje ovakvog privrednog društva u Srbiji. Takođe, kako je već navedeno, kao primarna beneficija SE ističe se pokretljivost unutar same EU, štaviše, apostrofira se mobilnost SE bez premca u odnosu na „konkurentne“ pravne forme.⁷ Nadalje, SE se određuje kao sredstvo racionalizacije internih struktura, te kao instrument spoljnog razvoja i promocije prekogranične kooperacije.⁸

³ Uredba Saveta br. 2157/2001 od 8. oktobra 2001. o Statutu evropskog društva (SE), *Official Journal of the European Communities*, dostupno na adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001R2157&from=HR>, 21.05.2019.

⁴ Uredba Saveta o Statutu evropskog društva inspirisana je nemačkim kompanijskim pravom. Ta činjenica se smatra i uzrokom situacije u kojoj je u prvih par godina od omogućavanja osnivanja SE, čak 40 posto svih subjekata ove vrste bilo registrovano u Nemačkoj.

⁵ Your Europe, European Union, Setting Up a European Company (SE), dostupno na adresi: https://europa.eu/youreurope/business/running-business/developing-business/setting-up-european-company/index_en.htm, 19.05.2019.

⁶ N. Lenoir, “The Societas Europaea (SE) in Europe – A promising start and an option with good prospects,” *Utrecht Law Review*, Vol. 4, Issue 1, 2008, 15.

⁷ N. Lenoir, 15.

⁸ N. Lenoir, 18-19.

Ipak, prema poslednjim podacima Evropske kompanijske baze podataka (eng. *European Company (SE) Database – ECDB*)⁹ iz maja 2019. godine, od 2004. godine registrovano je svega 3185 SE u EU,¹⁰ dok je još 20 privrednih društava u postupku registracije.¹¹ Dati statistički podaci, pak, imaju ambivalentnu prirodu, odnosno upućuju na dvojake zaključke. S jedne strane, potvrđuju da SE ne predstavlja formu privrednog subjekta koja je opravdala početna očekivanja zbog relativno malog broja poslovnih subjekata koji su se odlučili za poslovanje u okviru ovako postavljenog komunitarnog pravnog instituta, a posebno imajući u vidu potencijale jedinstvenog EU tržišta. Nadalje, kompromisnim karakterom Uredbe (nastale posle višegodišnjih raspava) delegirano je državama članicama da po sopstvenom nahođenju urede značajan broj pitanja (npr. likvidaciju, stečaj, prekid plaćanja),¹² a što je posledično (pa i paradoksalno s obzirom na postojanje Uredbe kao instrumenta unifikacije prava) dovelo do neujednačene regulacije SE od države do države. Štaviše, u teoriji se ističe da SE u suštini predstavlja hibridni, polu EU - polu nacionalni institut.¹³ Takođe, od ukupnog broja SE u Evropskoj uniji, čak 2163 SE (oko 68 procenata od ukupnog broja) su iz Češke Republike i predstavljaju većinom tzv. *shell* ili prazne kompanije.

Statistički podaci Evropske kompanijske baze podataka o nevelikom broju SE u EU, sa druge strane, ne pružaju suštinski uvid u njihov uticaj. Naime, neophodno je imati u vidu da predstavljeni „mali“ broj SE uključuje i gigante poput kompanija Airbus, Allianz, BASF, E. ON, Fresenius, LMVH, Môtet Hennessy, Loius Viutton, Porsche, SAP, Schneider Electric, Unibail – Rodamco, i tako dalje (isključujući Porsche, sve navedene kompanije uključene su u Euro Stoxx 50 index),¹⁴ dok se ukupan broj zaposlenih u ovakvim privrednim subjektima meri u milionima. S obzirom na to, faktički značaj i uticaj ovakvih kompanija u EU, pa i svetskom tržištu ne može se dovesti u pitanje. Takođe, s obzirom na to da je postavljeni minimum kapitala za osnivanje SE 120 000 evra, te da je u osnovi instituta SE ideja o poslovanju privrednog društva izvan granica jedne države, nikada nije bila ni opravdana projekcija, pa ni optimizam da će broj ovakvih subjekata biti masovan.

Sa obzirom na iznete podatke, ali i na dosadašnje izazove u harmonizaciji sa komunitarnim pravom, s razlogom se sumnja u to kolike će praktične koristi

⁹ Evropska kompanijska baza podataka formirana je od strane Evropskog instituta sindikata trgovine i predstavlja nezvanican, ali u ovom momentu najreferentniji izvor informacija, pre svega s obzirom na to da ne postoji centralni registar SE u EU.

¹⁰ European Company (SE) Database – ECDB, dostupno na adresi: http://ecdb.worker-participation.eu/show_overview.php?letter=A&orderField=se.se_name&status_id=3&title=Established%20SEs,19.05.2019.

¹¹ Najveći broj privrednih društava koja su započela sa procesom registracije u SE su iz Nemačke (6), Francuske (4) i Kipra (2), dok je po jedno SE u postupku registracije iz Holandije, Luksemburga i Litvanije. Dostupno na adresi: http://ecdb.worker-participation.eu/show_overview.php?letter=A&orderField=se.se_name&status_id=2&title=Planned%20SEs,19.05.2019.

¹² Ől. 63 Uredbe Saveta br. 2157/2001.

¹³ N. Lenoir, 13.

¹⁴ Euro Stoxx 50 index, podaci dostupni na adresi: <https://www.stoxx.com/index-details?symbol=SX5E,23.05.2019->

biti od uvođenja/recipiranja instituta SE u Srbiji izmenama Zakona o privrednim društvima iz 2018. godine (u daljem tekstu: ZPD).¹⁵ Naime, prema referentnim podacima Agencije za privredne registre od 19. maja 2019. godine, u Srbiji je registrovano 149 766 privrednih društava,¹⁷ od čega je međutim tek približnih 1 posto akcionarskih društava.¹⁸ Takvo stanje govori o nerazvijenoj kulturi akcionarstva u Srbiji,¹⁹ pa je logično zapitati se koliko će i da li će uopšte biti primamljiva opcija osnivanja SE, ukoliko je i prisustvo „prostog“ akcionarsko društva u privredi Srbije većinom rezultat procesa privatizacije ili zakonskih obaveza da npr. banke i društva za osiguranje posluju u ovoj pravnoj formi.

Ipak, u oblasti osiguranja/reosiguranja perspektiva SE u domaćim uslovima se može pokazati nešto drugačijom. Naime, kao i kod drugih vrsta finansijskih usluga, i u ovom sektoru je sveprisutna internacionalizacija. Štaviše, s obzirom na to da po prirodi osiguravajućeg posla nije neophodno da se pružalac usluge i klijent sretnu da bi transakcija bila izvršena, omogućava se velikim multinacionalnim kompanijama da pružaju usluge u nekoliko država. Međutim, različite nacionalne norme kojima se regulišu pojedina tržišta mogu biti prepreka neometanom poslovanju takvih osiguravača.²⁰ Upravo imajući u vidu potrebu za ublažavanjem jurisdikcionih razlika, te potrebu za jednostavnijim funkcionisanjem prekograničnih osiguravajućih procesa – osnivanje osiguravajućih kompanija u SE obliku može predstavljati adekvatnu opciju,²¹ jer kako je već naglašeno, SE omogućuje poslovanje u različitim evropskim zemljama u skladu s jedinstvenim skupom pravila. Štaviše, čak 15 posto svih SE čine kompanije koje pružaju finansijske usluge, pa tako i usluge u osiguranju/reosiguranju.²² Konkretnije, 37 SE kompanija (od tog broja 10 ih je registrovano u Nemačkoj) se bave delatnostima osiguranja i reosiguranja, među kojima su najreprezentativniji giganti poput Allianz, AXA XL Insurance Company, HDI Global Specialty (nekadašnji Inter Hannover), Balcia Insurance, Swiss RE, SCOR, ERGO Insurance itd.

¹⁵ Zakon o privrednim društvima - ZPD, *Sl. glasnik RS*, br. 36/11, 99/11, 83/14 - dr. zakon, 5/15, 44/18 i 95/2018.

¹⁶ Na primer, u Sloveniji je prvo i jedino SE registrovano tek u maju 2018. godine, dok na Islandu, u Rumuniji, i što je još referentnije za slučaj Srbije - u Hrvatskoj još uvek nema registrovanog SE.

¹⁷ Agencija za privredne registre, dostupno na adresi <https://apr.gov.rs/0%D0%BF%D0%BE%D1%87%D0%B5%D1%82%D0%BD%D0%B0.3.html>, 19.05.2019.

¹⁸ Milica Rilak, Akcionarska društva u Srbiji: Naših 1%, *Biznis i finansije*, Biznis top 2014/15, dostupno na adresi: <http://bif.rs/2015/06/akcionarska-drustva-u-srbiji-nasih-1/>, 19.05.2019.

¹⁹ Kao neki od faktora koji doprinose nerazvijenosti kulture akcionarstva u Srbiji navode se: bankocentrični sistem, tzv. „plitkost“ domaćeg tržišta kapitala (osim relativno malog broja akcija preduzeća, par municipalnih i obveznica stare devizne štednje, nema prave ponude za zainteresovane investitore), neprimenjivanje vesting-a (obećanje zaposlenima da će posle određenog vremena provelog u kompaniji dobiti ugovoreni vlasnički udeo) itd. *Ibid.*

²⁰ U oblasti osiguranja EU, statusni deo je više harmonizovan nego što je to slučaj sa korespondentnim dinamičnim ugovornim pravom osiguranja.

²¹ O. Khomenko, “The European Company (Societas Europaea) and its application in the insurance industry”, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 3/2017, 15.

²² A. Carlson, SE Companies, 7, dostupno na adresi: <file:///C:/Users/mrksi/Downloads/SE-FactsFigures-2018-03-13%20Bologna.pdf>, 22.05.2019.

Na osnovu do sada iznetih podataka, smatramo da postoji verovatnoća da u privrednom prostoru Srbije, i upravo u oblasti finansijskih usluga, te uže u oblasti osiguranja i reosiguranja, bude prepoznat potencijal SE forme privrednog društva. Stoga je, pored čisto dogmatske zainteresovanosti za analizu novih odredbi ZDP-a kojima je omogućeno osnivanje SE u Srbiji, značajno analizirati, pa i implicirati eventualne buduće specifičnosti ove pravne forme u delatnosti osiguranja i reosiguranja. U tom kontekstu ćemo u daljem tekstu analizirati odredbe ZPD-a koje se odnose na SE.

2. Pojam Evropskog akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima i predlozi za zakonsko uvažavanje specifičnosti ovog subjekta u oblasti osiguranja

Proces harmonizacije prava privrednih društava Srbije sa analognom oblašću komunitarnog prava predstavlja jedan od prioritarnih nacionalnih legislativnih ciljeva. Naime, kako je bilo i predviđeno Nacionalnim programom za usvajanje pravnih tekovina Evropske unije (u trećoj revidiranoj verziji iz 2018. godine),²³ u junu 2018. godine (i u manjem obimu u decembru iste godine) izvršene su promene Zakona o privrednim društvima radi usklađivanja sa, pored ostalim EU propisima, pomenutom Uredbom br. 2001/2157/EZ o statutu Evropskog društva (SE) i Uredbom Saveta 1985/2137/EEZ o Evropskoj ekonomskoj interesnoj grupaciji (EEIG). Na osnovu usklađivanja sa datim komunitarnim aktima u srpsko zakonodavstvo unete su kapitalne promene po korporativnu oblast. Među najznačajnijim novinama je formiranje pravnog okvira putem ZDP-a kojim se omogućava osnivanje, te poslovanje Evropskog akcionarskog društva i Evropske ekonomske interesne grupacije, kao novih, recipiranih pravnih formi privrednih društava u Srbiji. U narednom periodu, odnosno do 1. januara 2022. godine kada će stupiti na snagu norme koje se odnose na navedene novine, uslediće tranziciona priprema tla za odgovarajuće prilagođavanje planiranim institutima. Među osnovnim pripremnim merama, prema našem mišljenju, trebalo bi staviti akcenat na podizanje svesti privrednika o beneficijama osnivanja ovakvih privrednih subjekata. Ipak, u svetlu uočenog disbalansa između prethodno postavljenih mogućnosti kroz adekvatne pozitivnopravne propise (npr. pre svega kroz zakonsko regulisanje instituta akcionarskog društva u našoj privredi) i stvarnog iskorišćavanja takvih potencijala u privrednopravnoj praksi (pomenut je nizak broj osnovanih akcionarskih društava u Srbiji), smatramo adekvatnim zauzimanje umereno optimističkog stava prema budućoj suštinskoj inkorporaciji ove pravne kategorije u srpsku privrednu praksu.

U ZPD-u se određuje da se u Republici Srbiji može osnovati Evropsko akcionarsko društvo - SE.²⁴ SE se osniva u pravnoj formi akcionarskog društva, čiji je osnovni kapital podeljen na akcije koje ima jedan ili više akcionara, a koji ne odgovaraju za obaveze društva, osim u slučajevima probijanja pravne ličnosti. To

²³ Nacionalni program za usvajanje pravnih tekovina Evropske unije, dostupno na adresi: http://www.mei.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/npaa/npaa_2018_2021.pdf, 20.05.2019.

²⁴ SE je regulisano u XI delu ZPD-a, u članovima 577a-577š.

znači da će akcionar SE odgovarati za obaveze društva ukoliko zloupotrebi pravilo o ograničenoj odgovornosti koje postoji ukoliko: upotrebi društva za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen, koristi imovinu društva ili njome raspolaže kao da je njegova lična imovina, koristi društvo ili njegovu imovinu u cilju oštećenja poverioca društva, radi sticanja koristi za sebe ili treća lica, umanjí imovinu društva, iako je znalo ili moralo znati da društvo neće moći da izvrši svoje obaveze.²⁵

S obzirom na to da se u čl. 245 ZPD-a definiše da je akcionarsko društvo – društvo čiji je osnovni kapital podeljen na akcije koje ima jedan ili više akcionara, koji ne odgovaraju za obaveze društva (osim u slučajevima probijanja pravne ličnosti), postavlja se pitanje zašto su definicije akcionarskog društva i SE identične. Naime, mišljenja smo da je već u definisanju SE trebalo istaći njegovu specifičnost kroz naglašavanje prisutnosti inostranog elementa. Takođe smo mišljenja da bi izmenama i dopunama Zakona o osiguranju (u daljem tekstu: ZO)²⁶ trebalo konkretnije odrediti, da pored postojanja akcionarskog društva za osiguranje i društva za uzajamno osiguranje, postoji mogućnost obavljanja delatnosti osiguranja, ali i reosiguranja u pravnoj formi SE za osiguranje odnosno reosiguranje.

3. Način osnivanja Evropskog akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima

U ZPD je u članu 577 g definisano da se SE može osnovati:

- 1) Pripajanjem, odnosno spajanjem akcionarskih društava, od kojih je najmanje jedno registrovano na teritoriji Republike Srbije a drugo na teritoriji druge države članice, pri čemu se:
 - a) Jedno ili više akcionarskih društava pripajaju akcionarskom društvu registrovanom na teritoriji RS, prenošenjem na to društvo celokupne imovine i obaveza, čime društva koja se pripajaju prestaju da postoje bez sprovođenja postupka likvidacije, a društvo sticalac menja pravnu formu u formu SE, ili
 - b) Dva ili više društva spajaju uz osnivanje SE prenošenjem na to društvo celokupne imovine i obaveza, čime društva koja se spajaju prestaju da postoje bez sprovođenja postupka likvidacije;
- 2) kao holding koga osnivaju:
 - a) najmanje dva društva, od kojih je najmanje jedno, društvo kapitala (društvo s ograničenom odgovornošću ili akcionarsko društvo) registrovano na teritoriji Republike Srbije i najmanje jedno, društvo kapitala registrovano na teritoriji druge države članice, ili
 - b) najmanje dva društva kapitala registrovana na teritoriji Republike Srbije od kojih svako, u periodu od najmanje dve godine, na teritoriji druge države članice ima registrovan ogranak ili kontrolisano društvo čiji je isključivi vlasnik;²⁷

²⁵ Čl. 18 ZPD.

²⁶ Zakon o osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br. 139/2014.

²⁷ U slučaju nastanka SE kao holdinga, društva koja osnivaju SE nastavljaju da postoje.

- 3) osnivanjem kontrolisanog društva u formi evropskog društva, koga osnivaju:
 - a) najmanje dva društva, od kojih je najmanje jedno, društvo kapitala registrovano na teritoriji Republike Srbije i najmanje jedno, društvo kapitala registrovano na teritoriji druge države članice ili
 - b) najmanje dva društva kapitala registrovana na teritoriji Republike Srbije od kojih svako, u periodu od najmanje dve godine, na teritoriji druge države članice ima registrovan ogranak ili kontrolisano društvo čiji je isključivi vlasnik;
- 4) promenom pravne forme akcionarskog društva koje u periodu od najmanje dve godine, na teritoriji druge države članice ima registrovano kontrolisano društvo čiji je isključivi vlasnik; promena pravne forme u ovom slučaju ne utiče na pravni subjektivitet akcionarskog društva i nema za posledicu osnivanje novog pravnog lica.

Dakle, postoje četiri načina osnivanja SE:

- 1) Pripajanjem, odnosno spajanjem akcionarskih društava;
- 2) Osnivanjem holdinga;
- 3) Osnivanjem kontrolisanog društva;
- 4) Promenom pravne forme akcionarskog društva.

Kada uporedimo odredbe ZPD-a, koje se odnose na statusne promene uočavamo da od četiri modela statusnih promena (1.pripajanje, 2.spajanje, 3.podela, 4.izdvajanje) koje se odnose na privredna društva uopšte, svoju primenu kod osnivanja SE nalaze pripajanje i spajanje, ali ne i podela i izdvajanje. Dakle, pripajanje i podela kao vrste statusnih promena uopšte privrednih društava nalaze svoju primenu u formi prvog modela načina osnivanja SE, tj. kada SE nastaje pripajanjem, odnosno spajanjem akcionarskih društava, od kojih je najmanje jedno registrovano na teritoriji RS, a drugo na teritoriji druge države članice.

Drugi i treći model osnivanja SE - osnivanjem holdinga i kontrolisanog društva imaju tu posebnost da u postupku osnivanja učestvuju najmanje dva društva, od kojih je barem jedno registrovano na teritoriji RS, a drugo društvo kapitala je registrovano na teritoriji druge države, odnosno da su najmanje dva društva registrovana na teritoriji RS, od kojih svako, u periodu od najmanje dve godine na teritoriji druge države članice ima registrovani ogranak ili kontrolisano društvo čiji je isključivi vlasnik.

Četvrti model nastanka SE promenom pravne forme akcionarskog društva koje je u periodu od najmanje dve godine na teritoriji druge države članice ima registrovano kontrolisano društvo čiji je isključivi vlasnik ima takođe specifičnost u navedenom inostranom elementu, koji se inače ne pominje u ZPD kada se definiše u čl. 478. da promenom pravne forme društvo prelazi iz jedne pravne forme u drugu pravnu formu, a što ne utiče na pravni subjektivitet tog društva.

Bitna novina u ZPD (čl. 577d) odnosi se na određivanje osnovnog kapitala SE koji se izražava u evrima i iznosi najmanje 120 000 evra u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan uplate. U ovom

kontekstu napominjemo da bi izmenama i dopunama Zakona o osiguranju ova regulativa morala biti bliže regulisana. Naime, u čl. 27 ZO definisano je da osnovni kapital akcionarskog društva za osiguranje/reosiguranja ne može biti manji od dinarske protivvrednosti i to za:

- 1) životna osiguranja 3 200 000 evra;
- 2) pojedine vrste neživotnih osiguranja 2 200 000 evra;
- 3) sve vrste neživotnih osiguranja 3 200 000 evra;
- 4) reosiguranje – 3 200 000 evra.

S obzirom na to da se zalažemo za primenu ZPD-a u delu koji se odnosi na SE i u delatnosti osiguranja/reosiguranja napominjemo da bi blagovremeno, a svakako pre 1. januara 2022. godine, trebalo izvršiti dopune i izmene ZO-a, jer je propisani najmanji iznos osnovnog kapitala SE od 120 000 evra u dinarskoj protivvrednosti prema ZPD nedovoljan kada se imaju u vidu buduća SE u osiguranju/reosiguranju. U prilog ovom stavu napominjemo da su iznosi za akcionarska društva u osiguranju/reosiguranju određeni u ZO iz 2014. godine bitno veći nego što je to propisano za opšta akcionarska društva u ZPD-u. Drugim rečima, kao što su minimalni iznosi osnovnog kapitala bitno veći kada su u pitanju akcionarska društva u osiguranju/reosiguranju u odnosu na opšta akcionarska društva, tako bi trebalo odrediti i veći minimalni iznos osnovnog kapitala SE u osiguranju/reosiguranju u odnosu na iznos od 120 000 evra u dinarskoj protivvrednosti koji važi za opšta SE. To podrazumeva da se izmenama i dopunama ZO-a odredi neki drugi minimalni iznos osnovnog kapitala SE u oblasti osiguranja i reosiguranja. Mogućnost da se nacionalnim propisima država članica odredi veći iznos osnovnog kapitala predviđen je i samom Uredbom.²⁸

U ZPD-u je takođe definisano šta zajednički nacrt ugovora o pripajanju treba da sadrži, kako se nacrt objavljuje, šta treba da sadrži izveštaj revizora o pripajanju, na koji se način nacrt usvaja na skupštini svakog od društava koji učestvuje u pripajanju. Takođe, određeno je da na zahtev društva koje je registrovano na teritoriji RS, a koje je učestvovalo u pripajanju javni beležnik izdaje javno beležničku ispravu o tome da su sve radnje i aktivnosti u vezi sa pripajanjem sprovedene u skladu sa zakonom, odnosno da su ispunjeni svi propisani uslovi za pripajanje. Određen je i postupak registracije SE, kao i pojednostavljen postupak osnivanja SE pripajanjem. Izričito se navodi da osnivanjem SE pripajanjem nastupaju pravne posledice iz čl. 505. ZPD-a, a to znači one pravne posledice koje nastaju nakon sprovedenih statusnih promena. Posebno je značajno da se u ZPD-u izričito navodi da zaposleni u društvima koja učestvuju u pripajanju imaju pravo da učestvuju u odlučivanju u SE koje je registrovano na teritoriji RS. Naglašavamo da zaposleni ne odlučuju, nego učestvuju u odlučivanju, što bi po našem mišljenju odgovaralo tzv. participaciji u odlučivanju, s obzirom da SE ima svoje organe. U ZPD je razrađen, inače, postupak osnivanja SE pripajanjem, dok se na postupak osnivanja SE spajanjem primenjuje propisani postupak za pripajanje.

²⁸ Čl. 4 Uredbe Saveta br. 2157/2001.

Pored plana promene, jedan ili više direktora odnosno odbor direktora, dužan je da pripremi i izveštaj o potrebi sprovođenja postupka promene pravne forme, koja obavezno, shodno zakonu, treba da sadrži razloge i analizu očekivanih efekata promene pravne forme, kao i objašnjenje pravnih posledica promene pravne forme na akcionare i zaposlene. Ujedno, odluka o promeni pravne forme donosi se tročetvrtinskom većinom glasova prisutnih akcionara ako statutom nije određena veća većina. Takođe je definisano da prenos sedišta akcionarskog društva registrovanog na teritoriji RS u drugu državu članicu se ne može vršiti istovremeno sa promenom pravne forme u SE.

Kao što je ZPD-om predviđeno da se može izvršiti promena pravne forme akcionarskog društva u SE predviđeno je i da se može izvršiti promena pravne forme SE u akcionarsko društvo, s tim da se ova promena može sprovesti tek nakon isteka roka od dve godine od dana osnivanja, odnosno nakon usvajanja dva godišnja finansijska izveštaja. Na postupak promene pravne forme SE u akcionarsko društvo shodno se primenjuju odredbe koje se odnose na promenu pravne forme akcionarskog društva u SE.

U ZPD je, takođe, definisan prenos sedišta SE registrovanog na teritoriji RS u drugu državu članicu. U okviru ovog postupka poseban značaj imaju dva akta – plan prenosa sedišta, kao i javnobeležnička potvrda.

Što se tiče upravljanja SE u ZPD se određuje da upravljanje SE, koje je registrovano u RS se može organizovati kao jednodomno ili dvodomno, pri čemu se neposredno primenjuju odredbe ZPD-a koje se odnose na jednodomno i dvodmno upravljanje. Izuzetak je samo predviđena obaveza da se u SE mora obrazovati odbor direktora, kao i da se sednice odbora direktora SE moraju održavati najmanje jednom u tri meseca. Prema statistici Evropske kompanijske baze podataka u čak 83 posto slučajeva u EU, upravljanje u SE se organizuje kao dvodomno.²⁹

U vezi sa prestankom SE u ZPD se samo određuje da se odredbe zakona koje se odnose na likvidaciju i stečaj shodno primenjuju i na likvidaciju i stečaj SE. Takođe je definisano da se registar privrednih subjekata u roku od mesec dana od dana registracije osnivanja SE, brisanja SE iz registra i prenosa sedišta, dostavlja Kancelariji za zvanična izdaja Evropskih zajednica radi objavljivanja u „Službenom listu Evropske unije“.

Imajući u vidu delatnost osiguranja/reosiguranja smatramo da će SE naći svoju primenu i u ovoj oblasti. Pri tome će, po našem mišljenju, posebno biti korišćen postupak pripajanjem, odnosno spajanjem akcionarskih društava, kao i postupak promenom pravne forme akcionarskog društva. Čini se da će postupak osnivanjem holdinga biti nešto ređe primenjivan (što je slučaj i u kontekstu EU),³⁰ kako zbog svoje složenosti, tako i zbog toga što delatnosti osiguranja/reosiguranja više odgovara postupak pripajanja, odnosno spajanja akcionarskih društava, kao i promena pravne forme akcionarskih društava.

Smatramo, takođe, da je nakon sprovedenog, gotovo u potpunosti procesa privatizacije domaćih društava za osiguranje, bolji model, pogotovo za ulaganje

²⁹ A. Carlson, 8, dostupno na adresi: <file:///C:/Users/mrksi/Downloads/SE-FactsFigures-2018-03-13%20Bologna.pdf>, 27.05.2019.

³⁰ Prema podacima Evropske kompanijske baze podataka, tek 13 SE je u EU organizovano kao holding.

stranog kapitala u delatnost osiguranja/reosiguranja, osnivanje SE za osiguranje i reosiguranje. Naše mišljenje je da je bolje primeniti model spajanja, u krajnjem domaćeg i stranog kapitala i u delatnosti osiguranja/reosiguranja, nego jednostavno prodati domaći kapital čime on postaje isključivo ili većinski strani kapital. Kako nam je strani kapital potreban i u oblasti osiguranja/reosiguranja, što sa sobom donosi nova znanja i iskustva, smatramo da je upravo u ovoj oblasti bitno stvoriti pretpostavke za osnivanje SE za osiguranje odnosno reosiguranje. U prilog tome navodimo da pored klasičnih funkcija osiguranje i reosiguranje imaju izrazito značajnu i međunarodnu funkciju i karakter. U toj funkciji je i naše zalaganje da se pristupi blagovremeno izmenama i dopunama Zakona o osiguranju, jer samo shodna i neposredna primena odredbi Zakona o privrednim društvima nije dovoljna, s obzirom na specifičnosti delatnosti osiguranja i reosiguranja, koja je u krajnjem rezultirala donošenjem, odnosno postojanjem posebnog Zakona o osiguranju.

4. Zaključak

Jedna od najvećih novina u izmenjenom i dopunjenom Zakonu o privrednim društvima odnosi se na definisanje Evropskog akcionarskog društva. S obzirom na činjenicu da je primena normi koje se odnose na ovaj institut komunitarnog korporativnog prava predviđena za 1. januar 2022. godine, neophodno je pristupiti pripremama za implementaciju u naš pravni sistem ove nove pravne forme privrednih društava. To se pogotovo odnosi na delatnost osiguranja/reosiguranja, gde smatramo da će ovaj pravni oblik naći svoju primenu, kako zbog potrebe povezivanja domaćeg i stranog kapitala, tako i zbog izrazitog međunarodnog karaktera delatnosti osiguranja/reosiguranja. Pri tome, samo shodna primena odredbi Zakona o privrednom društvu u delatnosti osiguranja i reosiguranja nije dovoljna, nego je potrebno blagovremeno izvršiti izmene i dopune Zakona o osiguranju. Isti argumenti zbog kojih je bilo potrebno doneti poseban Zakon o osiguranju, i pored postojanja Zakona o privrednim društvima, su prisutni i kada se zalažemo da se posebno definiše pravni položaj SE u osiguranju i reosiguranju. Društva za osiguranje imaju svoje posebnosti u odnosu na opšta privredna društva, pogotovo u domenu osnivanja, delokruga rada organa, minimalnog iznosa osnovnog kapitala akcionarskog društva za pojedine vrste osiguranja, odnosno reosiguranja, nadzora Narodne banke Srbije, tako da to podrazumeva da se definišu specifičnosti Evropskog akcionarskog društva za osiguranje i reosiguranje i to izmenama i dopunama Zakona o osiguranju.

* * *

***THE CURRENT QUESTIONS OF DEFINING SOCIETAS
EUROPAEA'S LEGAL STATUS ESPECIALLY
IN INSURANCE BUSINESS***

Summary

Insurance Law of 2014 establishes that insurance company can be founded in the form of public limited company or mutual insurance company. However, due to the last capital amendments of the Companies Law in 2018, entering into force of the norms regulating European company (Societas Europaea - SE) is scheduled for January 1, 2022. Therefore, it is necessary to consider what kind of effect will this new institute have on insurance industry in Serbia, having in mind the general role of this kind of business entity in European Union, but also having in mind its specific role in European Union's insurance industry. In that context, the question of whether the norms of Companies Law will be applied directly to the Insurance Company Law is of special relevance. It is perhaps optimal to follow the legal logic of Insurance Law – as *lex specialis* in relation to Companies Law as *lex generalis* – and to amend Insurance Law. In this paper the authors will strive to give the answer to the aforementioned question, but also to point out to the norms of Companies Law that cover Societas Europaea, considering, above all else, its usage in insurance industry.

Key words: Societas Europaea, Insurance and Reinsurance, Formation of Business Entity, Companies Law, Insurance Law, Corporate Law.

dr Nataša Petrović Tomić¹

UGOVOR O POSREDOVANJU U OSIGURANJU - NEKE SPECIFIČNOSTI SEKTORSKOG PRUSTUPA -

Apstrakt

Autorka se bavi analizom posredovanja u osiguranju, sa akcentom na ugovorna pitanja. Polazeći od definicije posredovanja u Zakonu o obligacionim odnosima, autorka nastoji da istakne sve osobenosti specijalnog režima ustanovljenog sektorskim zakonodavstvom. Osnovna razlika koju je autorka detaljno obradila je da posrednik u osiguranju nije ograničen samo na dovođenje u vezu zainteresovanih lica. On je ex lege zadužen za pripremljene radnje za zaključenje ugovora, kao i radnje koje su od značaja za očuvanje, odnosno ostvarivanja prava iz osiguranja, naročito u vezi sa odštetnim zahtevom. Ovaj specijalizovani posrednik involviran je snagom zakona u život ugovora o osiguranju koji je zaključen njegovim posredovanjem. Složenost predmetnog ugovora, s jedne strane, i neukost lica koje pribavlja uslugu osiguranja, s druge strane, diktiraju ovakvo rešenje. Potrošač usluga osiguranja je dodatno zaštićen uvođenjem obaveze posrednika da ga savetuje ne samo pre zaključenja ugovora, već i za vreme njegovog trajanja. Autorka zaključuje da je srpski regulatorni okvir posredovanja u osiguranju podnormiran, naročito u pogledu regulative sporednih obaveza posrednika. To potencijalno šteti potrošačima usluga osiguranja. Autorka se zalaže za usvajanje još jednog lex specialis propisa u oblasti osiguranja, koji bi u ovom trenutku najzgodnije bilo nazvati Zakon o distribuciji osiguranja. Njime bi na detaljan i sveobuhvatan način trebalo urediti sva pitanja posredovanja i zastupanja u osiguranju, statusna i ugovorna. Time bi nastao podsticajan regulatorni okvir osiguranja.

Gljučne reči: *posredovanje u trgovinskom pravu, posredovanje u osiguranju, podnormiranost, zaštita potrošača usluga osiguranja, Zakon o distribuciji osiguranja.*

1. Uvodna izlaganja

Posredovanje u osiguranju, kao i zastupanje u osiguranju, imaju izvanredan značaj za razvoj tržišta osiguranja. Reč je o delatnostima koje doprinose boljem iskorišćavanju kapaciteta tržišta osiguranja, zbog čega je regulativa koja se odnosi na

¹ Autorka je vanredna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, nataly@ius.bg.ac.rs

njih značajan segment zakonodavstva osiguranja. Mreža posrednika u osiguranju shvaćena u širem smislu ima dvostruku funkciju iz ugla osiguravača. Ona, najpre, olakšava osiguravačima pristup tržištu i omogućava im da formiraju kritičan portfolio osiguranja, bez troškova koji bi inače pratili uspostavljanje sopstvene distributivne mreže. S druge strane, posrednici učestvuju i u likvidaciji odštetnih zahteva, što dodatno opravdava troškove njihovog angažovanja.² Iz ugla potrošača posrednici u osiguranju su neka vrsta savetnika, koji im pomažu da izaberu onaj oblik osiguranja koji najviše odgovara njihovim potrebama i mogućnostima u pogledu visine premije osiguranja.

Međutim, kada je reč o pravnom uređenju delatnosti posredovanja u osiguranju (isto važi i za zastupanje u osiguranju) primećuje se razlika između normiranja statusnih i ugovornih pitanja. Dok je statusno pravo posredovanja iole razvijeno, o ugovornom pravu posredovanja teško je govoriti. Naime, u većini zakonodavstava statusna pitanja posredovanja u osiguranju uređuju se zakonom o osiguranju ili posebnim zakonom o posredovanju i zastupanju u osiguranju. Zakonodavci nastoje da uredi uglavnom specifičnosti kompanijskog položaja društava za posredovanje u osiguranju, uz upućivanje na opšti režim kompanijskog prava.

Ugovorni segment posredovanja u osiguranja je u većini prava prilično zastavljen. Zapravo, kada se analiziraju strana zakonodavstva dolazi se do razlike između onih pravnih sistema koji poznaju *lex specialis* propis tj. zakon o posredovanju i zastupanju u osiguranju (ili u novije vreme zakon o distribuciji osiguranja) i onih koji imaju samo odeljak u zakonu o osiguranju posvećen posredovanju u osiguranju. U prvoj grupi država ugovorna pitanja posredovanja u osiguranju su detaljnije uređena, sa osloncem na Direktivu o posredovanju u osiguranju,³ odnosno sada Direktivu o distribuciji osiguranja.⁴ Mora se primetiti da ovaj pristup neguju do jučerašnje socijalističke države, poput Češke i Slovačke. Kao što ćemo u daljem radu pokazati, taav pristup je opravdan i ima u vidu nedovoljno iskustvo nekadašnjeg socijalističkog pravnog uređenja po pitanju distributivnog sistema osiguranja. Druga grupa zemalja nema posebnu regulativu ugovornog dela posredovanja u osiguranju. Takvo rešenje izaziva različite pravne posledice, već prema tome da li je reč o državama koje imaju određena iskustva i praksu u vezi sa ovim ugovorima ili ne. Ako je reč o nekoj od država članica EU, postoji već formirana praksa posredovanja u osiguranju i dobri običaji, te se nedostatak posebnih pravila ne oseća na isti način kao u državama koje tek razvijaju tržište osiguranja. Eventalne praznine se popunjavaju na osnovu dobrih običaja ili opštih pravila ugovora o

² Uspostavljanje mreže posrednika i zastupnika u osiguranju i regulativa svih pitanja koja se tiču njihovog položaja izraz je načela ekonomičnosti u osiguranju. Ako se zna da su i pored implementacije Direktive 2002/92 o o posredovanju u osiguranju postoje značajne razlike između nacionalnih zakonodavstva država članica EU, jasan je motiv koji stoji iza projekta koji je nazvan Direktiva o distribuciji osiguranja. Detaljnije: N. Petrović Tomić, „Direktiva o distribuciji osiguranja i personalizovano savetovanje – sa osvrtom na koncept procene adekvatnosti“, u: V. Radović (ured.), *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2018, 417-418.

³ Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation, OJ L 9, 3-10.

⁴ Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on Insurance Distribution, OJ L 26, 19-59.

posredovanju. S druge strane, u državama poput Srbije, podnormiranost regulatornog okvira osiguranja u pogledu ugovornog prava posredovanja dovodi do pravne nesigurnosti i neadekvatne zaštite potrošača usluga osiguranja. Podnormiranost je naročito izražena u pogledu uređenja sporednih obaveza distributera osiguranja. Tada su akteri ovog posla primorani da sve nedostatke i praznine regulatornog okvira osiguranja popunjavaju primenom opštih pravila o ugovoru o posredovanju. Kako je kod nas opšti režim posredovanja u trgovinskom pravu isti poslednje četiri decenije, to se može postaviti pitanje koliko je podoban za popunjavanje praznina ugovora o posredovanju za koji važi specijalni režim.

Imajući u vidu prethodno rečeno namera nam je da analiziramo odredbe Zakona o osiguranju koje se odnose ugovor o posredovanju u osiguranju. Na osnovu toga ćemo dati ocenu stepena podnormiranosti našeg pravnog okvira i predloge za njegovo unapređenje.

2. Definicija posredovanja u osiguranju

ZO kaže da poslovi posredovanja obuhvataju poslove posredovanja u osiguranju i u reosiguranju. To je novina u odnosu na raniji ZO, koji se bavio samo poslovima posredovanja u osiguranju. Smatramo da je nesuvislo pominjanje u istom članu posredovanja u osiguranju i posredovanja u reosiguranju. Iako je praktični značaj posredovanja u vezi sa reosiguranjem ogroman, regulativa građanskopravnih pitanja dve suštinski različite vrste posredovanja ne može biti identična. Posredovanje u vezi sa ugovorom o reosiguranju je specijalizovana vrsta posredovanja u osiguranju, koju danas vrše brokerske kompanije etablirane na svetskom tržištu reosiguranja. Ovaj segment posredovanja u vezi sa delatnošću osiguranja je uređen uslovima poslovanja brokerskih kompanija, a značajan izvor prava su i dobri običaji koji važe na ovom tržištu, poslovna etika i načelo savesnosti i poštenja.⁵

Za pitanje koje razmatramo bitnija je *definicija poslova posredovanja* u osiguranju. Ona je poboljšana u odnosu na onu iz ranijeg zakona. Posredovanje u osiguranju definisano je kao *dovođenje u vezu osiguranika, odnosno ugovarača osiguranja i društva za osiguranje radi pregovaranja o zaključenju ugovora o osiguranju, priprema za zaključenje ovih ugovora, kao i pružanje pomoći pri izvršavanju prava iz tih ugovora, a naročito pri rešavanju odštetnih zahteva*.⁶ Prvi deo definicije poklapa se sa pojmom posredovanja iz ZOO (svodi se na dovođenje u vezi zainteresovanih lica).⁷ Ali, ZO je uvažavajući koncepciju posredovanja u osiguranju, otišao korak dalje u odnosu na ZOO i dodao dve vrste poslova, koji se inače ne pominju u ZOO. To su priprema za zaključenje ugovora i pružanje pomoći pri izvršavanju prava iz ugovora. Pozdravljamo izričito

⁵ Naime, reosiguranje se ubraja u one oblasti koje po pravilu nisu zakonski regulisane u onoj meri u kojoj je to slučaj sa direktnim osiguranjem. U većini uporednopravnih zakonodavstava propisi koji se odnose na direktna osiguranja nisu primenjivi na reosiguranje. To se po pravilu odnosi i na posredovanje u vezi sa reosiguranjem.

⁶ Čl. 85, st. 1 Zakona o osiguranju - ZO, *Sl. glasnik RS*, br. 139/2014. Detaljnije o poslovima posredovanja: C. Henley, *The Law of Insurance Broking*, Longman Group, London 1990, 3-8.

⁷ Čl. 813 Zakona o obligacionim odnosima - ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna Povelja.

pominjanje priprema za zaključenje ugovora, kao i pružanje pomoći pri izvršavanju prava iz tih ugovora, a naročito pri rešavanju odštetnih zahteva kao poslove posredovanja.⁸ Naime, suština posredovanja se najlakše može shvatiti ako se pođe od definicije posla posredovanja iz ZOO. Kao bilo koji drugi posrednik, on dovodi u vezu lice koje želi da se osigura od određenog rizika i lice koje se bavi osiguranjem rizika. Posrednik osiguranja se, dakle, nalazi između (u engleskom pravu se koristi izraz *go between* da bi se opisala uloga brokera!) prodavca usluge (osiguravača) i kupca (potrošača) sa ciljem da omogući realizaciju kupoprodaje ove složene usluge i da inkasira određenu proviziju. Ali, on nije "običan" posrednik u tom smislu što pružajući uslugu ne može ostati potpuno neutralan kako se inače očekuje od posrednika. Zakon ga obavezuje da prilikom posredovanja vodi računa prvenstveno o interesima ugovarača osiguranja; zbog čega je posredovanje u osiguranju u većini pravnih sistema uređeno zakonima koji se odnose na društva za osiguranje ili čak *lex specialis* propisima.

Zakonodavac je uveo *funkcionalnu definiciju* po ugledu na Direktivu 2002/92 o posredovanju u osiguranju. Ovim se naglašava da posredovanje, zapravo, podrazumeva dve operacije: distribuciju (u smislu predstavljanja i krajnjeg cilja – prodaje usluga osiguranja) i pružanje kompletne pomoći osiguraniku u vezi sa zaključenim ugovorom. Šamim tim, *posredovanje je glavna i kontinuirana, a ne sporadična aktivnost*. Što se tiče formulacije „pružanje pomoći pri izvršavanju prava iz ugovora o osiguranju“, nje sadržaj se može utvrditi na osnovu sistemskog tumačenja ovog i člana koji nosi naslov posebna obaveza posrednika u osiguranju. Tim članom uvedena je dužnost posrednika da savetuje klijenta pre zaključenja ugovora o osiguranju.⁹ Analizom i tumačenjem dužnosti savetovanja dolazi se do saznanja koje konkretne obaveze ima posrednik od trenutka kada je doveo u vezu klijenta i osiguravača do trenutka kada nastane osigurani slučaj ili ugovor prestane iz nekog razloga. Nakon ciljnog tumačenja dela zakona koji se odnosi na odeljak o posredovanju u osiguranju i poređenja sa rešenjima iz ZOO, videćemo u kojoj meri posredovanje u osiguranju prevazilazi okvire „običnog“ posredovanja.

Ovakva definicija poslova posredovanja u osiguranju se uklapa u tradicionalnu podelu poslova posredovanja na tri faze.¹⁰ Prvo, proučavanje osiguravajuće situacije konkretnog potrošača i individualizacija rešenja prema njegovim potrebama i željama. Drugo, vođenje pregovora sa osiguravačem za račun ugovarača osiguranja. Treće, pomoć osiguraniku tokom trajanja ugovora o osiguranju. Zadatak posrednika je da svog klijenta dovede u vezu sa osiguravačem koji nudi najpovoljnije pokriće. I da mu u tom postupku pomogne (popunjava obrazac ponude, daje

⁸ S. Jovanović, „Uloga posrednika i zastupnika osiguranja u zaključivanju, izvršavanju i produženju ugovora o osiguranju i prirodi i sadržini ugovora koje oni zaključuju sa klijentima u pravu velike Britanije i srpskom pravu“, *Posrednici i zastupnici osiguranja u pravu EU i srpskom pravu*, Intermeks, Beograd 2007, 84-87; M. Fontaine, *Droit des assurances*, 5 édition, Larcier, Bruxelles 2016, 631.

⁹ N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja – Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015, 202-229.

¹⁰ M. Curković, „Zastupanje i posredovanje u osiguranju prema Zakonu o osiguranju“, *Novi propisi iz osiguranja - Zakon o osiguranju i Zakon o obveznim osiguranjima u prometu*, Inženjerski biro, Zagreb 2006, 52.

obaveštenja o osiguravačima na tržištu osiguranja, njihovim uslovima i tarifama). Posrednik *ex lege* nije ovlašćen da u ime i za račun ugovarača osiguranja zaključi ugovor.¹¹ Takvo ovlašćenje može da proizlazi iz nekog drugog ugovora (npr. ugovora o punomoćju). Nakon upoznavanja sa potrebama i mogućnostima osiguravani-ka u pogledu osiguravajuće zaštite, posrednik stupa u kontakt sa osiguravačima tj. traži ponudu za osiguranje. U poslovima dovođenja u vezu osiguravača i klijenta posrednici istupaju nezavisno od osiguravača, tj. u svoje ima i za svoj račun. Naglašavamo da ne mora svaki posrednik da obavlja sve faze posredovanja. U skladu sa odredbama Direktive o posredovanju 2002/92, posrednikom se ne smatra lice koje obavlja samo jednu fazu posredovanja (napr.: samo upravljanje, procena ili pružanje pomoći nakon nastupanja osiguranog slučaja).¹²

3. Ugovor o posredovanju po Zakonu o obligacionim odnosima – sličnosti i razlike u odnosu na poseban režim iz ZO

Da bismo opravdali opravdanost sektorskog uređenja posredovanja u osiguranju, napravićemo poređenje ZOO i ZO. U čemu se ogleđaju ključne razlike između opšteg režima ugovora o posredovanju i specijalnog režima uvedenog ZO?

Definicija posredovanja u osiguranju je već na prvi pogled šira od definicije posredovanja iz ZOO. ZOO definiše ugovor o posredovanju kao ugovor na osnovu koga se jedna strana (posrednik) obavezuje da nastoji naći i dovesti u vezu sa nalogodavcem lice koje bi s njim pregovaralo o zaključenju određenog ugovora, a nalogodavac se obavezuje da mu isplati određenu naknadu ako taj ugovor bude zaključen.¹³ Primenjeno na ugovor o osiguranju, zadatak posrednika u osiguranju je da poveže svog klijenta sa osiguravačem koji mu može ponuditi traženu osiguravajuću zaštitu. Tu bi se njegova uloga završila da ZO nije uveo širu koncepciju posredovanja u osiguranju.

Obaveza posrednika da traži priliku za zaključenje ugovora za svog nalogodavca

Po ZOO posrednik ima obavezu da traži pažnjom dobrog privrednika priliku za zaključenje određenog ugovara i da ukaže na nju nalogodavcu (čl. 818 st. 1). Suština posla posredovanja u trgovinskom pravu je u traženju prilika tj. modernim rečnikom rečeno kontakata za nalogodavca. Zakon se nije direktno izjasnio o tome kakva prilika treba da bude. Samo je naglasio obavezu posrednika da priliku traži

¹¹ J. Pak, „Pravni položaj lica koja se bave posredovanjem u osiguranju“, u Zdravko Petrović (ur.), *Bezbednost saobraćaja, osiguranje i naknada štete*, Beograd 2015, 291.

¹² Ako se aktivnost nekog lica sastoji samo u upravljanju, proceni ili likvidaciji osiguranog slučaja to lice se ne može nazvati posrednikom osiguranja! Tako i: H. Groutel *et al.*, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris 2008, 27; M. Čurković (2006), 52; J. Bonnard, *Droit des assurances*, 4 édition, LexisNexis, Paris 2012, 62.

¹³ Čl. 813 ZOO.

pažnjom dobrog privrednika.¹⁴ Specijalizovani posrednik ima drugačije formulisanu obavezu. O sadržini te obaveze zaključujemo uzevši u obzir odredbe o dužnosti savetovanja. On, naime, treba da posreduje, radi pregovaranja o zaključenju ugovora s društvom za osiguranje, koje s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja, nudi najbolje pokriće. Posrednik u osiguranju se ne sme zadovoljiti time da nađe bilo kakvu priliku za zaključenje ugovora, već treba da posreduje za osiguravača koji je najbolja prilika, imajući u vidu okolnosti pojedinog slučaja. Treba primetiti da ZO ne ponavlja formulaciju ZOO (ne govori da posrednik treba da nastoji da nađe zainteresovana lica), već upotrebljava formulaciju posreduje radi pregovaranja. Iako bi se čisto jezički posmatrano moglo pomisliti da je zakonodavac imao nameru da uvede obavezu cilja, takvo tumačenje bi bilo ishitreno. ZO očekuje od posrednika u osiguranju da svog klijenta poveže sa osiguravačem koji s obzirom na njegove zahteve i potrebe – sa kojima se posrednik prethodno upoznao – nudi najbolje pokriće. Međutim, realnost je da su posrednici često trajno vezani za određene osiguravače, od kojih dobijaju određeni procenat provizije. Ako je tako (ako od određenih ili od određenog osiguravača posrednik dobija 35 % godišnje provizije), smatra se da je posrednik zavistan od određenog osiguravača. Radi adekvatne zaštite interesa potrošača, evropska dobra praksa u takvoj situaciji nalaže upoznavanje potrošača sa okolnostima koje stvaraju sumnju u nepristrasnost posrednika.¹⁵

Obavezu posrednika da posreduje radi zaključenja ugovora sa društvom za osiguranje koje nudi najbolje pokriće uvedeno je *odstupanje od opšteg režima posredovanja* u smislu podizanja stepena pažnje koji se zahteva od posrednika u osiguranju (podvukla N. P. T.). Dok je za posrednika u trgovinskom pravu dovoljno da se ponaša pažnjom dobrog privrednika i preporuči svom klijentu određena lica (uz ograničenje da ne sme da preporuči lica za koje je znao ili morao znati da neće moći da izvrši obaveze iz tog ugovora),¹⁶ posrednik u osiguranju treba da preporuči svom klijentu najboljeg osiguravača, kao i da obrazloži zašto je pružio određene savete i predložio određeno društvo za osiguranje.

Ovakvim koncipiranjem osnovne obaveze posrednika u osiguranju zakonodavac je generalno posmatrano *podigao standarde obavljanja delatnosti posredovanja u osiguranju*. To je u skladu sa evropskim tendencijama licenciranja i permanentnog nadzora nad obavljanjem ove delatnosti.¹⁷ Posrednik u osiguranju treba da ispuni niz uslova da bi mogao da pristupi ovoj delatnosti. Da bi ostao u njoj, takođe treba da prolazi program kontinuirane edukacije i da ostane *fir and proper* u smislu profesionalnog i moralnog integriteta. Složenost osiguranja

¹⁴ Ovakvo rešenje nije usklađeno sa čl. 18 st. 2 ZOO, koji uvodi obavezu profesionalaca da postupaju pažnjom dobrog stručnjaka. Tako i: I. Jankovec, *Privredno pravo*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni list SRJ, Beograd 1999, 437.

¹⁵ N. Petrović Tomić, „Poslovna praksa i etika u osiguranju“, u: Nataša Petrović Tomić (ured.), *Priručnik za obuku za polaganje stručnog ispita za sticanje zvanja ovlašćenog posrednika i ovlašćenog zastupnika u osiguranju*, Privredna komora Srbije, Beograd 2018, 255-256.

¹⁶ Čl. 820, st.1 ZOO.

¹⁷ M. Fontaine, 1628 ; M. Ćurković, „Evropsko pravo posredovanja u osiguranju“, Z. Petrović, N. Mrvić Petrović (ur.), *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku*, Zlatibor 2012, 33-34; M. Glintić, „Stručne kvalifikacije zastupnika i posrednika u pravu osiguranja Republike Srbije“, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2016, 636-649.

i zaštita potrošača usluga osiguranja zahtevaju da poslovima posredovanja mogu da se bave samo lica koja poseduju znanja o osiguranju, a koja, uz to, ispunjavaju i uslov moralnog kredibiliteta.¹⁸ Pri tom, ispunjenost ovih uslova kontroliše NBS, što je takođe tekovina modernog osiguranja. Od tako kompetentnog lica se s razlogom očekuje više nego od „običnog“ posrednika iz ZOO. Stručnost i poznavanje tržišta osiguranja omogućavaju posredniku u osiguranju da za svog klijenta pronađe osiguravača koji nudi najbolje pokriće. Osim toga, razlika u koncepciji je sigurno povezana i sa potrebama klijenta. Dok klijent posrednika u trgovinskom pravu najčešće nije slabija ugovorna strana, klijent posrednika u osiguranju jeste potrošač, kome treba olakšati izbor saugovarača. Treba primetiti da ZO koristi jasnu formulaciju najbolje pokriće, a ne najpovoljnije pokriće. Time se posredniku prepušta da za svog klijenta izabere osiguravača koji nudi najbolje pokriće, koji ne mora uvek biti i najpovoljnije u finansijskom smislu.

Obaveza posrednika da nastoji da dođe do zaključenja ugovora

Po ZOO posrednik je dužan posredovati u pregovorima i nastojati da dođe do zaključenja ugovora ako se na to posebno obavezao. On ne odgovara ako i pored potrebne brižljivosti ne uspe u svom nastojanju (čl. 818 st. 2 i 3). ZOO je u izvesnoj meri kontradiktoran u pogledu koncepcije posredovanja. Ovo se najbolje vidi kada se dovedu u vezu pomenuta obaveza i momentat dospevača provizije. Iako posrednik *ex lege* nema obavezu da učestvuje u samim pregovorima, već tu obavezu može preuzeti na osnovu konkretnog ugovora, stiče pravo na proviziju u času zaključenja ugovora za koji je posredovao, ako nešto drugo nije ugovoreno (čl. 823 st. 1). Sledeći logiku ZOO ispada da posrednik u trgovinskom pravu stiče pravo na proviziju tek kada se zaključi ugovor, iako ne učestvuje *ex lege* u samom pregovaranju i zaključenju ugovora u užem smislu. Što se tiče posrednika u osiguranju, ni on nije *ex lege* ovlašćen da u ime i za račun ugovarača osiguranja zaključi ugovor.¹⁹ Takvo ovlašćenje može da proizlazi iz nekog drugog ugovora (npr. ugovora o punomoćju).

Ovo je jedno od najznačajnijih pravila, koje treba da doprinese *smanjenu sukoba nadležnosti posrednika i zastupnika u osiguranju*. Nakon upoznavanja sa potrebama i mogućnostima osiguravanih u pogledu osiguravajuće zaštite, posrednik stupa u kontakt sa osiguravačima tj. traži ponudu za osiguranje. U poslovima dovođenja u vezu osiguravača i klijenta posrednici istupaju nezavisno od osiguravača, tj. u svoje ima i za svoj račun. Ali, kada dođe do samog čina zaključenja ugovora, oni su po ZO van tog postupka.²⁰ Dakle, ideja zakonodavca je da posrednik u osiguranju obavi sve pripremne radnje, ali ne i da zaključi ugovor u ime i za

¹⁸ Niz pravila koja se odnose na posrednike osiguranja uvedeno je sa ciljem povećanja stepena zaštite potrošača: o stručnoj osposobljenosti, solventnosti, osiguranju od odgovornosti, obavezni informisanja i savetovanja. V. M. Fontaine, 1628.

¹⁹ J. Pak, 291.

²⁰ Ovo zato što ima radnji koje su u *isključivoj nadležnosti zastupnika osiguranja*. To su: popunjavanje i potpisivanje polise osiguranja, ovlašćenje da menja ili produžava ugovor, da isti raskine. Čak i da ugovorom nisu predviđena ova ovlašćenja zastupnika osiguranja, on ih ima na osnovu ZOO.

račun ugovarača osiguranja. U toku te faze treba da ostane pasivan. Ako nekom klijentu odgovara da posredniku poveri i ovaj deo posla, za to mora postojati posebno ovlašćenje. Ali, kada se ugovor zaključi, posrednik ponovo prelazi u aktivan status.

Obaveza obaveštavanja klijenta o okolnostima od značaja za nameravani posao

Po ZOO posrednik je dužan da *obavešti nalogodavca o svim okolnostima od značaja za nameravani posao koje su mu poznate ili su mu morale biti poznate*. Po ZOO posrednik ima generalnu obavezu obaveštavanja klijenta. Postavlja se pitanje da li bi ta obaveza bila dovoljna za tvrdnju da posrednik u osiguranju već po opštim propisima ima obavezu da klijentu saopšti sve što zna ili bi morao da zna, a što utiče na ugovor o osiguranju. Smatramo da je formulacija ZOO suviše apstraktna i da ne odgovara potrebama jedne tako specifične vrste posredovanja kao što je posredovanje u osiguranju. Osiguranik pribavlja uslugu osiguranja, koja je apstraktna i neopipljiva, te je za njegovu predstavu o njoj ključno to koje informacije će mu posrednik dostaviti o polisi osiguranja koja mu je ponuđena.²¹ Pravni poredak ne može da prepusti posredniku da sam, tj. od slučaja do slučaja, određuje koje su to informacije koje će dostaviti potrošaču o preporučenom modelu osiguravajuće zaštite. Za zaštitu potrošača usluga osiguranja sa kojima posrednik zaključuje ugovore, dragoceno je da se zakonom detaljno i konkretno uredi na šta se odnosi ta dužnost obaveštavanja. Sektorski zakonodavac je to učinio uvođenjem dve obaveze posrednika: prva je obaveza informisanja, druga je obaveza savetovanja klijenta.

Zbog specifične prave prirode ugovora povodom koga posreduje, kao i neukosti klijenta, ZO je opteretio podrednika dvema komplementarnim obavezama. On je ne samo dužan da pruži taksativno nabrojane informacije klijentu pre zaključenja ugovora,²² već je dužan i da mu razjasni sve nedoumice oko nameravane osiguravajuće zaštite. Pod tim podrazumevamo sledeće. Prvo, posrednik treba da posreduje radi zaključenja ugovora sa osiguravačem koji nudi najbolje pokriće i da *predloži odgovarajuće pokriće*.²³ Da bi mogao da odredi koje pokriće je odgovarajuće za jednog klijenta, posrednik treba da se raspita o njegovim potrebama i zahtevima.²⁴ Naglasak je na tome da klijent dobije ono pokriće koje je imao u vidu, odnosno pokriće koje najbolje odslikava njegove želje i potre-

²¹ W. Rohrbach, „Razmišljanja o pojmu kvaliteta u osiguranju“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 4/2014, 36-39.

²² Posrednik i zastupnik su po našem ZO dužni da pruže određene informacije ugovaraču osiguranja pre zaključenja ugovora, prilikom izmena ili dopuna, kao i produženja ugovora (čl. 111). Detaljnije o ovoj obavezi: M. Boschet, *et al.*, „The Obligation to Provide Information of the Insurance Intermediary“, *Insurer's Precontractual Information Duty*, Turkish Chapter of AIDA, Istanbul 2013, 47-50.

²³ R. Hodgins, „Requirements of Best Advice in Insurance Law, The English Position“, u: J. Basedow, R. Donath, U. Meyer, D. Rückle, H. Schwintowski (hrsg.), *Anleger- und objektgerechte Beratung, Private Krankenversicherung, Ein Ombudsmann für Versicherungen*, Band 11, Nomos, Baden-Baden, 1999, 59-65.

²⁴ H. Khoury, *L'Information et le Conseil dus au Preneur d'Assurance*, Collection de l'Institut de Droit des Assurances, Press Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2011, 90.

be.²⁵ Nakon razgovora sa budućim osiguranikom posrednik na osnovu poznavanja tržišta osiguranja predlaže osiguravača čiju ponudu ocenjuje kao najbolje pokriće. On, zapravo, daje savet klijentu da zaključi ugovor sa osiguravačem čije pokriće je ocenjeno kao najbolje. Po ZO posrednik treba da navede razloge za date savete u vezi sa predloženim ugovorom, odnosno da obrazloži zašto je predložio određenog osiguravača. Kada pruži određeni savet ugovaraču osiguranja, posrednik mu istovremeno mora navesti i razloge zašto smatra da je konkretni vid osiguravajuće zaštite za njega bolja opcija od drugih (alternativnih) oblika osiguranja.²⁶ Time je ZO konkretizovao opštu dužnost obaveštavanja iz ZOO. Pri tom treba uočiti razliku između obaveze posrednika da pronadje osiguravača koji generalno posmatrano nudi najbolje pokriće za određenog klijenta i njegove obaveze da predloži odgovarajuće pokriće za tog klijenta. Pojam odgovarajuće pokriće treba shvatiti kao pomoć pri izboru najbolje usluge iz ponude osiguranja konkretnog osiguravača, imajući u vidu odnos između želja i mogućnosti osiguranika. Adekvatno izvršenje obaveze savetovanja svakako podrazumeva da se predloži odgovarajuće pokriće.²⁷

Drugo, posrednik treba da *ponudi osiguraniku polis osiguranja, odnosno ugovor i da ga upozna sa pravilima za izračunavanje premije osiguranja*. I da ZO nije detaljno objasnio šta sve posrednik treba da preduzme u postupku zaključenja ugovora, ova obaveza bi svakako bila nesporna. Naime, dovođenje u vezu zainteresovanih strana je suština posredovanja. Kako je plaćanje premije osiguranja osnovna obaveza budućeg osiguranika, to se pružanje informacije o pravilima za izračunavanje premije smatra jednim od najbitnijih podataka o budućem ugovoru.

Treće, posrednik treba da *proveri sadržinu polise osiguranja*. Ponavljamo, on nema ovlašćenje da popunjava polis osiguranja, to je ovlašćenje zastupnika. Ali, nakon što osiguravač ili njegov zastupnik sačine polis, a pre nego što je potpiše ugovarač osiguranja, posrednik bi trebalo da proveri njenu sadržinu. Ovo najviše zbog uočavanja eventualnih izmena koje bi osiguravač mogao uneti u polis, a kojima se odstupa od sadržine usmenog dogovora. Ako ugovarač u određenom roku nakon ispostavljanja polise ne uputi primedbe osiguravaču u pogledu odstupanja, važi pretpostavka da polisa odgovara sadržini postignutog sporazuma.

Četvrto, posrednik po ZO ima obavezu da pruža pomoć osiguraniku pri izvršavanju prava iz ugovora o osiguranju, a naročito pri rešavanju oštetnih

²⁵ Po ugledu na nemačku teoriju, smatramo da se savetovanje može podeliti na tri konkretnije dužnosti: 1) dužnost ispitivanja (istraživanja) lične situacije ugovarača osiguranja (nem.: *Befragungspflicht*); 2) dužnost savetovanja i obrazloženja datog saveta (*Beratungspflicht und Begründungspflicht*) i 3) dužnost dokumentovanja izvršenog savetovanja (*Dokumentationspflicht*). Savetovanje, dakle, sublimira tri različite, ali međusobno povezane dužnosti, koje se različito manifestuju prema tome ko je potencijalni osiguranik i koje u sadejstvu određuju kakav savet treba pružiti ugovaraču osiguranja. M. Wandt, *Versicherungsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2010, 103.

²⁶ R. Rixecker, „Beratungspflichten des Versicherers“, u: R. Beckmann, A. Matusche-Beckmann (hrsg.), *Versicherungsrechts-Handbuch*, Verlag C. H. Beck München 2009, 959.

²⁷ Detaljnije: N. Petrović Tomić, „Još jedan Nacrta Zakona o osiguranju - ključne slabe tačke predloženog regulatornog okvira osiguranja –“, u: V. Radović (ured.), *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2016, 268-269.

zahteva. Po ovome se posredovanje u osiguranju najviše razlikuje od posredovanja u trgovinskom pravu. To doslovno znači da je *posrednik u osiguranju involviran u život ugovora zaključenog njegovim posredovanjem*. Drugim rečima, njegova uloga se ne završava dovodjenjem u vezu zainteresovanih lica, niti samim zaključenjem ugovora kako bi to proizlazilo iz ZOO. Posrednik po ZO treba da bude prisutan za sve vreme trajanja ugovora o osiguranju, da prati njegovo izvršavanje i da pomaže osiguraniku pri vršenju prava iz ovog ugovora, sa akcentom na pomoć u vezi sa odštetnim zahtevom. Iako *ex lege* nema ovlašćenje da zaključi ugovor u ime i za račun ugovarača osiguranja, posrednik *ex lege* ima sledeće obaveze: da ponudi pomoć ugovaraču osiguranja, odnosno osiguraniku za vreme trajanja ugovora, kao i pre i posle nastupanja osiguranog slučaja, a naročito da vodi računa o tome da *osiguranik u utvrđenim rokovima izvrši radnje koje su od značaja za očuvanje, odnosno ostvarivanje prava iz ugovora o osiguranju*.

Postavlja se pitanje na koje sve oblike pomoći posrednika osiguraniku ili ugovaraču osiguranja je zakonodavac mogao misliti kada je normirao ovako ekstenzivnu obavezu posrednika. U kontekstu izvršenja ove obaveze, posrednik je najpre dužan da, u kontaktu sa ugovaračem osiguranja, ukaže na posledice davanja netačnih informacija o riziku. S obzirom na to da je u našem pravu još uvek zastupljena tzv. spontana dužnost prijavljivanja okolnosti od značaja za ocenu rizika, posrednik mora jasno predočiti osiguraniku pravne posledice netačnog ili nepotpunog prijavljivanja rizika.²⁸ Pošto po ZO posrednik treba da *prati izvršavanje ugovora o osiguranju*, koji je osiguranik zaključio uz njegovo posredovanje, to podrazumeva ukazivanje osiguraniku na pravne posledice neplaćanja premije o roku,²⁹ kao i na posledice neblagovremene prijave promene rizika, itd.³⁰ Pošto ga zakon čini odgovornim za to da osiguranik preduzme sve radnje koje su od značaja ne samo za ostvarivanje, već i za očuvanje prava osiguranika, posrednik treba najviše pažnje da obrati na one obaveze čije neispunjenje može ugroziti ili smanjiti prava osiguranika. Ovo zato što neispunjenje obaveze predstavlja osnov odgovornosti posrednika u osiguranju.

Njegov je zadatak naročito značajan kada nastupi osigurani slučaj. Osiguraniku treba skrenuti pažnju na značaj blagovremene prijave osiguranog slučaja

²⁸ U uporednom pravu postoje dva sistema: sistem spontane prijave (koji je prilično zastareo i u većini država se radi na reformisanju ovog sistema, pod uticajem zaštite potrošača) i sistem upitnika (koji više odgovara interesima ugovarača osiguranja). Sistem upitnika danas postoji u Francuskoj (J. Kullmann, „La déclaration du risque”, *Lamy assurances* 2015, 327–345), Španiji (M. Motos, *Albaladejo, Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial, Ley de Contrato de Seguro*, vol. I, Madrid 1984, 162–173); Švajcarskoj (A. Maurer, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Bern 1995, 251–256), Velikoj Britaniji, Nemačkoj (M. Wandt, 277–287), itd.

²⁹ U tom pogledu treba praviti razliku između obaveze posrednika u osiguranju imovine i obaveze u životnom osiguranju. Pošto u prvom slučaju osiguravač ima pravo na prinudnu naplatu premije osiguranja i raskid ugovora zbog neplaćanja premije, uloga posrednika je utoliko značajnija. Detaljnije: P. Šulejić, „Ugovor o osiguranju“, u: S. Perović (gl. redaktor), *Komentar ZOO - II knjiga*, Savremena administracija, Beograd 1995, 1490.

³⁰ J. Kullmann, „La déclaration de risque”, u: J. Bigot (ed.), *Traité de droit des assurance, Le contrat d'assurance*, Tome 3, 2 édition, L. G. D. J., 2014, 629–630.

i podnošenje dokumentovanog odštetnog zahteva.³¹ Takođe, u oblasti osiguranja imovine posrednik bi trebalo da podseti osiguranika na značaj blagovremenog preduzimanja mera spasavanja, kao i pravne posledice sa kojima se može suočiti u slučaju nepreduzimanja ovih mera.³² Najzad, posrednik treba da *izradi predlog za izmenu zaključenog ugovora, radi veće sigurnosti i zaštite osiguranika*. Posrednik treba da prati potrebe osiguranika u toku trajanja ugovora o osiguranju i da predloži izmene ugovora, ako je to potrebno radi zaštite interesa osiguranika pri izmenjenim okolnostima.³³ Dakle, posrednik je involviran u život ugovora o osiguranju počev od preduzimanja pripremnih radnji za njegovo zaključenje do iznošenja predloga za njegovu izmenu ako je to u interesu osiguranika.

Iz svega što je do sada rečeno o dužnosti savetovanja koju po ZO ima posrednik jasno proizlazi još jedna značajna razlika između sektorskog i opšteg režima posredovanja. Posrednik u trgovinskom pravu u načelu obavlja faktičke radnje,³⁴ dok se isto ne bi moglo tvrditi za posrednika u osiguranju. On na osnovu ZO treba da preduzme niz pravnih radnji. Stoga je koncepcija posredovanja u osiguranju takva da posrednik ima ovlašćenje da preduzima neke radnje koje inače preduzima trgovinski zastupnik po ZOO, ali ne i radnje koje po ZOO može da preduzima samo zastupnik u osiguranju (sic!).

Nalog za posredovanje *ex lege* ne sadrži ovlašćenje posrednika da za nalogodavca primi ispunjenje obaveze iz ugovora zaključenog njegovim posredovanjem. Za to je potrebno pismeno punomoćje (čl. 815). Po ZO posrednik nije ovlašćen da u ime i za račun ugovarača osiguranja ili osiguranika primi naknadu iz osiguranja ili sumu osiguranja. Iako je on *ex lege* ovlašćen da pruža pomoć klijentu u vezi sa odštetnim zahtevom, iz sistemskog tumačenja ZO i ZOO proizlazi da mu je za prijem ispunjenja potrebno pismeno punomoćje klijenta. Ovim je izvršeno zakonsko razgraničenje ovlašćenja posrednika i zastupnika u osiguranju, kao i usklađivanje rešenja ZOO i ZO.

Momenat dospuća provizije i ko plaća proviziju

Po načinu na koji je uređeno plaćanje provizije u ZOO – momenat zaključenja ugovora – naslućuje se *zastupnički karakter posredovanja*. Ovo je svoje-

³¹ M. Houbben, „La déclaration du sinistre au sens de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre: nature juridique et sanction”, *RGDC*, 2010, 184-190; N. Petrović Tomić, „Evropski okvir vanskudskog rešavanja iz osiguranja od odgovornosti imalaca motornih vozila i srpsko pravo“, Palić, 2017, 79-82.

³² U uporednom pravu je u pogledu mera spasavanja usvojen različit pristup: u nekim pravima je preduzimanje ovih mera zakonska, a u drugim pravima ugovorna obaveza. U francuskom pravu ne postoji zakonska obaveza osiguranika u kopnenom osiguranju, za razliku od transportnog osiguranja. Ona može biti predviđena ugovorom i ima za predmet nametanje ili zabranu osiguraniku određenog postupanja u cilju minimizacije posledica osiguranog slučaja. Ona se, stoga, posmatra kao akcesorna obaveza. V. S. Abravanel-Jolly, *Droit des assurances*, *Paris* 2016, 187; J. Bigot, „La prévention et le sauvage”, u: J. Bigot (ed.), *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Tome 3, 2 édition, L. G. D. J., 2014, 724; H. Groutel *et al.*, 520.

³³ R. Rixecker, 962.

³⁴ M. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, trinaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet, Beograd 2012, 131.

vrсни *contradictio in adiecto*, imajući u vidu činjenicu da se posrednik obavezuje da nastoji da dođe do zaključenja ugovora. Da je ovakvo tumačenje ispravo potvrđuje član u kome se upućuje na shodnu primenu odredaba koje se odnose na ugovor o delu. Kada je ugovoreno da će posrednik imati pravo na određenu naknadu i ako njegovo posredovanje ostane bez rezultata, o takvom ugovoru sudiće se prema odredbama koje važe za ugovor o delu.³⁵

Što se tiče provizije, postoji još jedna suštinska razlika između opšteg režima i specijalnog režima posredovanja iz ZOO. Po ZOO nalagodavac *ex lege* plaća proviziju, dok po ZOO proviziju skoro uvek plaća osiguravač. Ovo je, inače, jedno od najstarijih (običajnih) pravila u oblasti osiguranja, koje je nastalo u pomorskom osiguranju, a danas se primenjuje u delatnosti posredovanja u osiguranju kao opšte pravilo.³⁶ ZO legalizuje tradicionalno pravilo u oblasti osiguranja po kome je osiguravač taj koji plaća proviziju posredniku i time odstupa od režima koji proizlazi iz ZOO. Društvo za posredovanje u osiguranju, odnosno posrednik u osiguranju nema pravo da zahteva plaćanje provizije od ugovarača osiguranja, osim ako nije ugovorom sa njim izričito drugačije ugovoreno. Ako je ugovorom sa ugovaračem osiguranja izričito ugovoreno da društvo za posredovanje u osiguranju, odnosno posrednik u osiguranju, ima pravo na proviziju ili bilo kakvu drugu korist, on nema pravo da od društva za osiguranje zahteva proviziju po istom ugovoru o osiguranju u kome je posredovao. Zabranjeno je, dakle, kumuliranje provizija. Za obaveze koje prevazilaze one koje posrednik uobičajeno ima na osnovu zakona i ugovora plaća se posebna naknada. Isto važi i za zastupnika u osiguranju.

4. O opravdanosti sektorskog pristupa – zakonom projektovana pristrasnost posrednika u osiguranju

Značaj definicije poslova posredovanja u statusnom izvoru prava osiguranja je veliki. Ovo utoliko pre što Prednact GZ uopšte ne pominje posrednike u osiguranju. Iako bi se posao posredovanja u osiguranju mogao odrediti i primenom definicije iz ZOO, smatramo da specifičnost delatnosti posredovanja u osiguranju i sprečavanje sporova zahtevaju da se limitiraju ovlašćenja posrednika u osiguranja (kao jednog specifičnog posrednika), posebno u odnosu na ovlašćenja zastupnika. Ona nesporno jesu veća od ovlašćenja „običajnog“ posrednika iz ZOO, upravo zbog specifičnog položaja klijenata, s jedne strane, i kompleksnosti posla povodom koga se posreduje, s druge strane. Dakle, ono što daje *sui generis* karakter posredovanju u osiguranju su klijent osiguranja i posao povodom koga se posreduje. Polazeći od ZOO posao posredovanja se završava dovođenjem u vezu zainteresovanih lica. Znajući da bi to bilo previše restriktivno za obavljanje delatnosti posredovanja u osiguranju (i da u praksi najčešće posrednici obavljaju širi dijapazon poslova), ZO involvira posrednika u osiguranju u sam pos-

³⁵ Čl. 814 ZOO.

³⁶ Sa njim je povezano i drugo običajno pravilo: da osiguravač ne može da zaključi ugovor direktno sa klijentom posrednika u osiguranju, niti da izmeni ili obnovi ugovor o osiguranju, a da prethodno o tome ne obavesti posrednika.

tupak zaključenja ugovora (stoga pominje pripreme za zaključenje ugovora), kao i u život ugovora zaključenog njegovim posredovanjem. Posrednik *ex lege* sve vreme prati sudbinu zaključenog ugovora o osiguranju tj. pruža pomoć pri izvršavanju prava iz ugovora, uz naglašavanje njegove uloge pri rešavanju odštetnih zahteva. Zakonodavac je imao intenciju da prisustvom posrednika „pokrije“ sve ugovorne faze: od predugovorne do nastanka osiguranog slučaja. Razlika u odnosu na posrednika iz ZOO je utoliko pre uočljivija što su sve nabrojane aktivnosti posrednika zakonskog karaktera.

Znajući dijapazon ovlašćenja posrednika u osiguranju, krucijalno je da se razgraniče njegova ovlašćenja od ovlašćenja zastupnika, čime će se – samo u izvesnoj meri – napraviti razlika između posredovanja i zastupanja u osiguranju. Prema ideji ZO, posrednik bi trebalo da nakon dovođenja u vezu ugovarača sa društvom za osiguranje (ili reosiguranje) i preduzimanja svih radnji koje se mogu nazvati pripremnim, posreduje pri zaključenju istog i nastavi da pruža pomoć pri vršenju prava iz ugovora, a posebno pri rešavanju odšetnog zahteva. Što se zastupnika tiče, njegov je zadatak da obavi sve radnje vezane za zaključenje ugovora o osiguranju u ime i za račun društva za osiguranje. Zarad postavljanja jasnog limita ovlašćenja posrednika – a još više sprečavanja sukoba nadležnosti sa zastupnikom osiguranja – u ZO je trebalo uneti *izričitu odredbu o tome da i kada je nalog za posredovanje dobio od osiguravača, odnosno reosiguravača, posrednik nije ovlašćen na zaključenje ugovora i radnje povezane sa zaključenjem* (ugovaranja izmena, produženja, izdavanje polisa, likvidaciju).³⁷

Jedna od najuočljivijih razlika između posrednika i zastupnika u osiguranju je što se *posrednik prvenstvo stara o zaštiti interesa ugovarača osiguranja* (ne zanemarujući, pri tom, ni interese osiguravača), dok zastupnik zastupa i štiti interese osiguravača.³⁸ U teoriji se, stoga, često sreće tvrdnja da su posrednici nepristrasni (što svakako proizlazi iz regulative ugovora o posredovanju u ZOO!), dok su zastupnici u osiguranju pristrasni i usmereni ka zaštiti interesa principala.³⁹ Kao što smo u prethodnom izlaganju videli, iako bi posrednik po ZOO trebalo da bude nepristrasan (i da se stara o zaštiti interesa obe strane!), specifičnost materije osiguranja, s jedne strane, i neukost prosečnog potrošača, s druge strane, doveli su do odstupanja od opštih pravila obligacionog prava u materiji posredovanja u osiguranju.⁴⁰ Zapravo, posrednik u osiguranju je, kada je nalog za posredovanje primio od ugovarača osiguranja ili osiguranika, po ZO dužan da pruža objašnjenja i savete koji su od značaja za zaključenje ugovora i vršenje prava iz ugovora o osiguranju. Tako ovaj specijalizovani posrednik postaje snagom zakona tj. za

³⁷ J. Slavnić, „Kritički osvrt na regulativu Zakona o osiguranju o obligaciono-pravnim odnosima posrednika osiguranja“, *Posrednici i zastupnici osiguranja u pravu EU i srpskom pravu*, Intermeks, Beograd 2007, 58.

³⁸ H. Groutel *et al.*, 28-29.

³⁹ Kao što posrednik nije potpuno nepristrasan, ni zastupnik nije uvek predodređen samo na jednog osiguravača. Ako za to ima saglasnost osiguravača sa kojim ima zaključen zastupnički ugovor, zastupnik može da posreduje kod drugih osiguravača u cilju pribavljanja pokrića za ugovarača osiguranja (ovo obično u situaciji kada pokriće ne može da pruži „njegov“ osiguravač).

⁴⁰ S. Carić, „Ugovor o posredovanju“, u: S. Perović, D. Stojanović (ured.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga II, Gornji Milanovac- Kragujevac 1980, 660.

potrebe ispunjenja zakonske dužnosti savetovanja potrošača pristrasan. Od njega se očekuje da se davanjem saveta stara o zaštiti interesa svog klijenta. Naglašavamo da zakonom projektovanu pristrasnost posrednika treba shvatiti kao izraz namere zakonodavca da obaveže posrednika da primarno rukovodno načelo u njegovom poslovanju bude princip zaštite interesa potrošača. Pošto je i svrha nadzorne funkcije Narodne banke Srbije zaštita interesa potrošača,⁴¹ to se ovakvim koncipiranjem obaveza posrednika u osiguranju njemu nedvosmisleno pripisuje pojačana odgovornost za zaštitu interesa ove posve osobene grupe *stakeholdera*. Ali, briga o zaštiti interesa potrošača ne znači da posrednik sme da u potpunosti zanemari interes osiguravača. Iz opštih propisa proizlazi da on treba da se stara i o zaštiti njegovih interesa

Da je sektorski zakonodavac imao nameru da posrednika u osiguranju pretvori u čuvara interesa potrošača usluga osiguranja svedoče odredbe o sukobu interesa. Evidentno je da je položaju posrednika osiguranja, kao subjekta koji je povezan i sa osiguravačem i sa budućim osiguranikom, imanentan svojevrsan sukob interesa. On je dužan da u interesu svog klijenta, nakon upoznavanja sa njegovim potrebama i mogućnostima, njega upozna sa ponudom na tržištu osiguranja i da ga savetuje oko izbora određene usluge osiguranja. Da bi to mogao da učini *lege artis*, pravni poredak ga obavezuje da obelodani sukob interesa ili eventualni lični interes u vezi sa osiguravačem koga je preporučio klijentu. Dužnost savetovanja, zapravo, i tome služi. On, naime, ne bi mogao na zakonom usmereni način da se stara o zaštiti interesa potrošača ako u istom poslu ima lični interes. Stoga je zakonodavac uredio i ovo pitanje.

Naime, društvo za posredovanje u osiguranju dužno je da ugovarača osiguranja, odnosno osiguranika upozna sa svim pravnim i ekonomskim vezama sa društvom za osiguranje, koje mogu uticati na njegovu nepristrasnost u izvršavanju obaveza prema tom licu.⁴² Precizirano je šta se smatra pravnim i ekonomskim vezama sa društvom za osiguranje: to su odredbe ugovora o posredovanju zaključenog između društva za posredovanje u osiguranju i društva za osiguranje/reosiguranje, na osnovu kojih je: 1) društvo za posredovanje dužno da posreduje isključivo u zaključenju ugovora o osiguranju sa određenim društvom za osiguranje ili 2) je ugovorilo pravo na uvećanu proviziju u odnosu na uobičajenu proviziju za posredovanje kod određenih vrsta osiguranja. Dakle, ako društvo za posredovanje u osiguranju ima ekskluzivni ugovor o posredovanju sa određenim osiguravačem ili je ugovorilo uvećanu proviziju sa određenim osiguravačem dužnost lojalnosti nalaže da sa tim okolnostima upozna potrošača usluga osiguranja. Ovo zato što navedeni slučajevi stvaraju opravdanu sumnju u nepristrasnost posrednika i izvršenje zakonske dužnosti savetovanja *lege artis*.

⁴¹ Čl. 13, st. 1 ZO.

⁴² Čl. 95, st. 4, 5 ZO. Inače, dobra evropska praksa posredovanja u osiguranju to nalaže. U. C. Verdure, „Les notions de transparence et de conflits d'intérêt en intermédiation en assurances: examen de la proposition de nouvelle directive IMD2“, *RGAR*, 2013, 15007; Y. Lambert-Faivre, L. Laveleur, *Droit des assurances*, Dalloz, Paris 2011, 182.

5. O posredovanju u osiguranju u svetlu Direktive o distribuciji osiguranja

Direktiva o distribuciji osiguranja upotrebljava termin distribucija osiguranja. Sam pojam distribucija je definisan kao „delatnost predlaganja ugovora o osiguranju, savetovanja o njima ili obavljanja drugih pripremnih radnji pre zaključenja ugovora o osiguranju, zaključenje takvih ugovora ili pomaganje u upravljanju takvim ugovorima i izvršavanju tih ugovora...”⁴³ Iz definicije se da naslutiti da savetovanje ima centralnu ulogu u distribuciji osiguranja. Zapravo, terminološka izmena u nazivu direktive izraz je nastojanja da se u prvi plan stavi obaveza osiguravača/posrednika/distributera da pruži savet potrošaču, imajući u vidu njegove potrebe i zahteve za osiguravajućim pokrićem. Dok je po Direktivi 2002/92 obaveza savetovanja bila uređena posebnom odredbama (čl. 12), ali nije pomenuta u samoj definiciji posredovanja u osiguranju, DDO uključuje savetovanje u sam pojam posredovanja. To je izraz promene do koje je došlo u novom regulatornom okviru osiguranja. Evropska komisija je imala u vidu rezultate implementacije DPO direktive, koji su pokazali da u mnogim situacijama ni pored jasno definisane dužnosti informisanja i savetovanja potrošači nisu pribavili željene proizvode osiguranja.

Stoga je jedan od programskih ciljeva DDO direktive *borba protiv nepošteno prodaje proizvoda osiguranja*. Od kada je doneta Direktiva 2002/92 do danas u evropskoj praksi osiguranja uočeni su različiti modaliteti nepošteno prodaje osiguranja. Mi smatramo da se svi pojavni oblici mogu svrstati u jedan od dva oblika: namerna i nepažljiva prodaja neodgovarajućih proizvoda osiguranja. Kod pojma nepošteno prodaje usluga osiguranja akcenat je na tome da je finalni proizvod koji je pribavio potrošač neodgovarajući, odnosno da se ne poklapa sa onim što je on želeo da pribavi.⁴⁴ Pri tom, problem *nepoklapanja* kupljenog proizvoda osiguranja sa onim što je potrošač imao u vidu može biti posledica neadekvatnosti samog proizvoda ili pruženih informacija o njemu u odnosu na tačno određenog potrošača. Kako je kod složenih proizvoda osiguranja neukom potrošaču teško ili skoro nemoguće da bez oslonca na profesionalni savet distributera osiguranja odabere odgovarajuće osiguranje, to je ključna novina DDO direktive postalo savetovanje. U opisanom kontekstu treba posmatrati uvođenje *redefinisano koncepta savetovanja potrošača, sa posebnim akcentom na tzv. personalizovano savetovanje*. Niko ne može ispravno da distribuira proizvod osiguranja ako nema minimum potrebnih znanja i ako ne daje adekvatne informacije o proizvodu osiguranja. Ali, davanje informacija ne treba da bude paušalno i bez uzimanja u obzir zahteva i potreba konkretnog potrošača.

⁴³ Čl. 2 st 1 tač. 1DDO.

⁴⁴ Prodaja je nepoštena u sledećim situacijama: kada distributer osiguranja ima prevarnu nameru (najuže shvatanje); namerna prodaja neodgovarajućih proizvoda radi sticanja dobiti na račun nekih klijenata; prodaja proizvoda koji su beskorisni određenom potrošaču, itd.

6. Zaključak

Na osnovu svega do sada rečenog smatramo da bi porodicu prava osiguranja u Srbiji trebalo obogatiti usvajanjem još jednog *lex specialis* propisa. To bi bio Zakon o distribuciji u osiguranju. Ne bi bilo pogrešno ni da se nazove Zakon o posredovanju i zastupanju u osiguranju. Ali, ako želimo da koristimo terminologiju koja je trenutno aktuelnija u pravu EU, bolji izbor je Zakon o distribuciji osiguranja. Opravdanost usvajanja ovog posebnog zakona najviše proizlazi iz potrebe detaljnog pravnog uređenja ugovornih pitanja posredovanja u osiguranju. Osim definicije posredovanja u osiguranju, zakonom bi trebalo urediti prava i obaveze posrednika u osiguranju, sa akcentom na sporedna prava i obaveze. Najveći deo tih normi bi trebalo da bude imperativan.

Napominjemo da nemaju sve države članice EU *lex specialis* za pitanja posredovanja i zastupanja u osiguranju. One države koje imaju dužu tradiciju tržišta osiguranja (poput Nemačke ili Francuske) nemaju potrebu za dodatnom regulativom, koja bi uredila samo posredovanje i zastupanje u osiguranju. U ovim pravnim sistemima značajnu ulogu imaju i običaji nastali dugogodišnjom praksom posredovanja i zastupanja u osiguranju. Poseban propis je bio potreban državama poput Češke ili Slovačke, koje su uporedive sa Srbijom u pogledu društveno-ekonomskog uređenja pre tranzicije. One su upravo u procesu tranzicije usvojile set zakona koji se odnosi na osiguranje, napravivši iskorak u pozitivnom smislu usvajanjem *lex specialis* zakona, koji povezuje materiju posredovanja i zastupanja u osiguranju. Smatramo da bi i Srbija trebalo da sledi ovaj primer. Samo takvim pristupom može se pretendovati na detaljno pravno uređenje ne samo svih statusnih pitanja posredovanja, odnosno zastupanja u osiguranju, već i građanskopravnih efekata ovih delatnosti. Utoliko pre što odredbe ZOO o ovim pravnim poslovima nisu dovoljne za popunjavanje eventualnih praznina u materiji osiguranja.

* * *

INSURANCE MEDIATION CONTRACT - Some specificities of sectorial approach -

Summary

Author is dealing with the analysis of insurance mediation contract, with the emphasis on contractual issues. Starting from the general definition of mediation contract in Law on Obligations author strives to highlight all the peculiarities of special regime introduced by *lex specialis* legislation. Basic difference between general and special regime is that insurance intermediary is not limited only to connect potentially interested people. According to the Law on Insurance mediation activities are the activities of introducing, proposing or carrying out other

work preparatory to the conclusion of contract of insurance, or of assisting in the administration and performance of such contracts, in particular in the event of a claim. This specialized intermediary is involved in the life of contract of insurance concluded due to his mediation service. There are two reasons for this solution: complexity of insurance contract and typical consumer position of the person seeking for insurance. Consumer of insurance services is additionally protected by introduction of the duty of insurance broker to advise him. Author concludes that Serbian regulatory framework of mediation contract in insurance is insufficiently regulated, especially regarding secondary obligations of insurance intermediaries. That potentially affects consumers of insurance services. That is why author is advocating for implementation of Law on distribution in insurance. This law should regulate in detail and comprehensively all issues of insurance distribution, contractual as well as status. This is a way to improve regulatory framework of insurance.

Keywords: mediation contract, mediation in insurance, protection of consumers of insurance, Law on distribution in insurance.

Ilija Smiljanić¹
Milan Počuča²

EKONOMIČNOST OSIGURANJA POLJOPRIVREDNE PROIZVODNJE U SRBIJI

Apstrakt

Predmet razmatranja ovog rada je analiza strukture i stanja u poljoprivredi Srbije, kao i uticaj klimatskih promena i rizika koji prate proizvodnju u ovoj delatnosti. Razmotriće se struktura i stanje poljoprivrednih površina, način obrade i zaštite od elementarnih nepogoda u toku proizvodnje.

Poseban osvrt je dat na zaštitu poljoprivredne proizvodnje putem osiguranja gazdinstava, kao i nivo osiguranja u današnjim uslovima. Ukažeće se na uzroke niskog nivoa osiguranja, kao i njihove troškove. Na kraju rada, pre zaključnih razmatranja, biće izneti predlozi mera za unapređenje osiguranja poljoprivredne proizvodnje u Srbiji.

Ključne reči: poljoprivreda, rizici, zaštita, podsticaj, osiguranje, premija osiguranja.

1. Uvod

Efekte klimatskih promena dodatno utiču na frekvenciju i intenzitet ostvarenja rizika u poljoprivrednoj proizvodnji u Srbiji. Određeni rizici (grad, prolećni mraz, prolećni sneg, poplava, suša) koji su u prethodnim vremenima sledili određen vremenski period, sada su postali učestali i nepredvidivi kako po vremenu nastanka, tako i po intenzitetu. Posledice su velike štete u poljoprivredi.

Sa ovim problemom delatnici u poljoprivredi, kako kod nas tako i u svetu, ne mogu se sami izboriti, te se dešava da ovakvi oblici štete redovno padaju na teret budžeta države. Stoga država Srbija mora, pre svega, podsticajnim i preventivnim, a potom i represivnim merama ove vrste rizika u poljoprivrednoj proizvodnji, odnosno troškove saniranja njihovog nastanka preneti sa budžeta na društva za osiguranje.

Analizom sadašnjeg stanja, u poljoprivrednoj proizvodnji, kao i stanjem u drugim zemljama, ukazaće se na pravce i načine delovanja, u svrhu rešavanja problema šteta u poljoprivredi.

¹ Dr Ilija Smiljanić, Društvo za posredovanje u osiguranju "NORDAL DIV", Beograd, mejl: nordaldiv@gmail.com, ilijadsmoljanic@gmail.com

² Prof.dr Milan Počuča, redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, mail: pocucabmilan@gmail.com

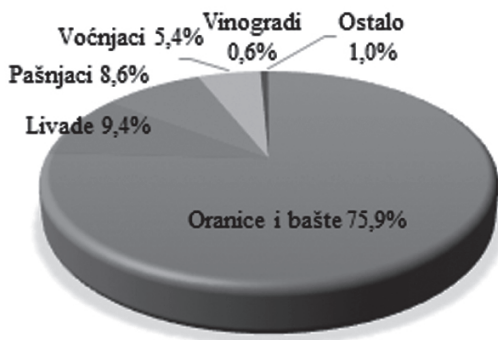
2. Resursi poljoprivrede u Srbiji

Ekonomski i socijalni značaj, delatnost poljoprivredne proizvodnje, svrstava u jednu od najznačajnijih privrednih grana Srbije i suštinskog nosioca ruralnog razvoja, što karakteriše i druge zemlje sličnog nivoa razvoja. Udeo poljoprivredne proizvodnje u bruto domaćem proizvodu (BDP) Srbije u 2017. godini iznosio je 6%, a udeo zaposlenosti i dalje visokih 20%³.

Objašnjenje treba potražiti u visokom udelu sezonske radne snage, niskom stepenu udela mehanizacije i njenoj starosti. Kada se tome doda još uvek nizak stepen subvencije od strane države, ne iznenađuje podatak koji pokazuje nekonkurentnost naših poljoprivrednih proizvoda na svetskom tržištu. Slična je situacija i u zemljama regiona, bolje rečeno u svim siromašnima zemljama. Nobelovac Teodor Sulc, agroekonomista, o značaju poljoprivrede slikovito kaže: “Siromaštvo je pokazatelj nepoznavanja ekonomike poljoprivrede”⁴.

3. Struktura i stanje u sektoru poljoprivrede

Republika Srbija raspolaže sa 5,077 miliona hektara poljoprivrednog zemljišta, od čega 68% otpada na poljoprivredu, a 32% na površine pod šumom. Od 3,44 miliona hektara, koliko otpada na poljoprivredu, 71% površina koristi se na intenzivan način (u vidu oranica, voćnjaka i vinograda), dok 29% poljoprivrednih površina čine prirodni travnjaci (livade i pašnjaci).



Dijagram 1. Struktura korišćenih poljoprivrednih površina u Srbiji u 2017. godini
Izvor: Izradio autor na osnovu podataka iz Statističkog godišnjaka Srbije za 2017. godinu

U ukupnoj vrednosti poljoprivredne proizvodnje u 2017. godini biljna proizvodnja je učestvovala sa 61,7%, a stočarska sa 38,3%.

Površina zemljišta pod šumom u iznosu 2, 237 miliona hektara je ra-

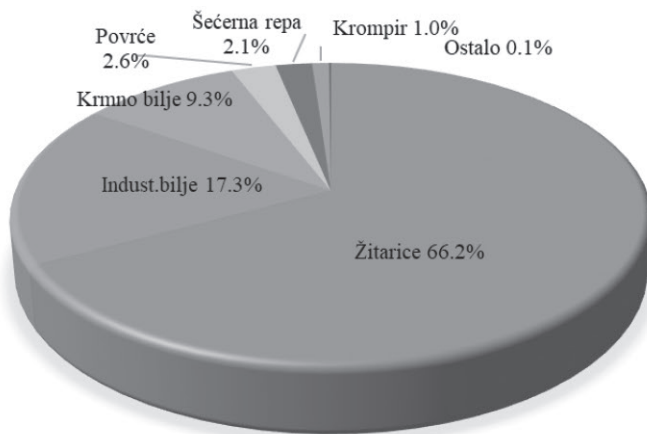
³ Republički zavod za Statistiku, *Statistički godišnjak Republike Srbije za 2017. godinu*, Beograd 2018.

⁴ Marović B., i drugi, *Osiguranje poljoprivrede u uslovima Solventnosti II i klimatskih promena*, Sors 28, Sarajevo 2017, 44.

spoređena u državnom sektoru 963.458 ha, što iznosi oko 43%, a 57% površine, odnosno 1.275.090 hektara nalazi se u privatnom sektoru⁵.

Preovlađujući deo od oko 3,44 miliona hektara, odnosno 65%, koji otpada na poljoprivredu koristi se u vidu: oranica i bašta 75,9%, livada 9,4%, pašnjaka 8,6%, voćnjaka 5,4% i vidograda 0,6%, *Dijagram 1*⁶.

Preovlađujući deo poljoprivrednih površina, oko 3,3 miliona hektara odnosno 65%, koristi se u vidu oranica, od čega se oko 7% godišnje se ne koristi (ostaje u vidu ugara ili neobrađenog zemljišta). Pored površina koje se ostavljaju za ugar, značajan deo površina pod livadama i pašnjacima se ne koristi zbog nepristupačnosti, zakorovljenosti ili usled ekonomske neisplativosti. Procene su da svake godine ostane neobrađeno između 200 i 350 hiljada hektara oranica i livada, dok je površina nekorišćenog poljoprivrednog zemljišta sa pašnjacima znatno veća.



Dijagram 2. *Struktura zasejanih poljoprivrednih površina u Srbiji u 2017. godini*

Izvor: Izradio autor na osnovu podataka iz Statističkog godišnjaka Srbije za 2017. godinu

Posmatrano po zasejanim kulturama, struktura poljoprivrednih površina u 2017. godini u Srbiji sadrži: žitarice 66,2%, industrijsko bilje 17,3%, krmno bilje 9,3%, šećerna repa 2,1%, povrće 2,6% i krompir 1,0%, *Dijagram 2*.

Nesklad se uočava i u strukturi stvorene vrednosti, gde u Srbiji 70% potiče iz biljne proizvodnje, a 30% iz stočarske proizvodnje, s tim što učešće biljne proizvodnje raste, a učešće stočarske, opada. U zemljama EU, 70% vrednosti u poljoprivredi potiče iz stočarske, a 30% iz biljne proizvodnje.

Prosečna ekonomska veličina poljoprivrednog gazdinstva u Srbiji je oko šest puta manja od gazdinstava u Evropskoj uniji. Loše stanje u poljoprivrednoj proizvodnji u Srbiji je, pre svega, posledica:

⁵ Republički zavod za Statistiku, *Statistički godišnjak Republike Srbije za 2017. godinu*, Beograd 2018, 208-228.

⁶ Republički zavod za Statistiku, *Statistički godišnjak Republike Srbije za 2017. godinu*, Beograd 2018, 207.

- zastarelosti mehanizacije i nemogućnost znavljanja iste zbog slabih ekonomskih mogućnosti;
- niskog nivoa stručnosti i obrazovanja;
- minimalne primene agrotehničkih mera, usled nedostatka sredstava;
- velikog udela mešovitih gazdinstva;
- malog udela površina pod sistemom navodnjavanja;
- niskog udela površina pod staklenicima i plastenicima;
- niskog stepena subvencije od strane države;
- niskog nivo udruživanja (zadugarstva).

Dok se ne reše, osnovni navedeni problemi nije moguće očekivati da se značajno poveća ekonomska veličina gazdinstava niti da naši poljoprivredni proizvodi budu konkurentni na svetskom tržištu.

4. Rizici u poljoprivrednoj proizvodnji

U današnjem procesu poljoprivredne proizvodnje višestruka je prisutnost osnovnih skupina rizika: proizvodni, operativni, tržišni, finansijski, tehnološki, institucionalni i regulatorni, infrastrukturni, kao i rizik neorganizovanosti.

Proizvodni rizik je posebno interesantan za ovaj rad, obzirom da utiče na smanjenje kvaliteta i količine proizvoda, ili jedno od navedenog, a ostvaruje se kroz:

Prirodne katastrofe: poplave, bujice i visoke vode koje se javljaju kao posledica velike količine padavina u kratkom vremenskom razdoblju, ali i nepročišćenosti odvodnih kanala, olujno nevreme, sneg u periodu početka vegetacije, grad, požar usled nehata ili nesavesnog paljenja ostatka strnike.

Nedostatak ili višak vode: neosporno je da su klimatske promene u toku i da se njihov efekat negativno odražava na poljoprivrednu proizvodnju, bilo kao suša ili prekomerna količina padavina u periodu neprikladnom za vegetaciju. Mere za ublažavanje efekta suše gotovo da ne postoje, obzirom da je sistemima navodnjavanja obuhvaćeno nešto manje od 2% obradivih površina i to većim delom u voćarstvu i vinogradarstvu. S druge strane kanali za odvodnjavanje su zamuljeni, obrasli u korov i neupotrebljivi.

Urbanizacija: neminovno uzima danak i veliki deo poljoprivrednih površina, naročito uz saobraćajnice i u blizini urbanih područja, pretvara u građevinsko zemljište.

Operativni rizik: - koga karakteriše:

Nedostatak radne snage: problem koji je generalno prisutan u razvijenom delu sveta zahvata i Srbiju.

U poslednje vreme je primetna nezainteresovanost za sezonske poslove u poljoprivredi bez obzira što su dobro plaćeni. Odseljavanje mladih u gradove i strane zemlje je svakako dodatni problem.

Kvarovi mehanizacije: starosna dob poljoprivredne mehanizacije u Srbiji se, prema nekim procenama, kreće oko 20 godina. Ovaj podatak govori da zemlju obrađujemo sa zastarelom mehanizacijom, što za posledicu ima više uloženog rada i veći broj nezgoda i čestih kvarova. Usled niske kupovne moći poljoprivrednici se i dalje u više slučajeva opredeljuju za kupovinu polovne mehanizacije

nego nove.

Tržišni rizik: - uticaj oscilacija cena na tržištu je dosta visok, kako zbog kretanja proizvodnje u svetu, tako i zbog neorganizovanosti proizvođača, čije slabosti koriste razni drugi nakupci i preprodavci i uvoznički lobi, a država, obzirom da se opredelila za liberalni kapitalizam ostaje po strani, iako se radi o proizvodnji hrane za sopstveno stanovništvo.

Finansijski rizik: - hroničan nedostatak finansija prisiljava proizvođače da koriste kredite sa visokom kamatnom stopom, koje poljoprivredna proizvodnja od svojih prihoda ne može servisirati. Isplate subvencija se vrše nakon angažovanja sopstvenog kapitala, u obliku povrata, što dodatno otežava finansijsku likvidnost.

Tehnološki rizik: - nužno je praćenje savremene tehnologije u cilju očuvanja konkurentnosti, ali ono podrazumeva stručnu radnu snagu i finansijsku solventnost.

Institucionalni i regulatorni rizik: - obzirom da je uvezno izvozna politika u Srbiji u velikom delu liberalizovana, odnosno oslobođena zaštitnih carinskih stopa, ona ide na štetu domaće poljoprivredne proizvodnje, obzirom da ona nije konkurentna stranoj, koja na ovaj način zauzima značajan udeo na domaćem tržištu. Prodajni lanci sa stranim kapitalom dodatno favorizuju inostrane proizvode.

Infrastrukturni rizik: - rizik neadekvatne infrastrukture za proizvodnju, nemogućnost skladištenja ili skladištenje u neodgovarajućim uslovima usled nedostatka adekvatnih kapaciteta (silosi, hladnjače i sl), kao i sam distribucija proizvoda.

5. Upravljanje rizicima u poljoprivrednoj proizvodnji

Još od srednjeg veka, kao pristup upravljanju rizikom u poljoprivredi koristi se prostorna diverzifikacija⁷. Tek od pedesetih godina dvadesetog veka ekonomisti počinju ovom obliku upravljanja rizikom pridavati pažnju, analizirajući mogućnosti njegove primene upravo u poljoprivrednoj proizvodnji. Suštinski je reč o pristupu unošenja raznolikosti, kojim se obezbeđuje redukcija standardne devijacije zamenom jednog sa više međusobno nepovezanih, manjih rizika.

Diverzifikacija rizika u poljoprivredi može se ostvariti prostorno, što podrazumeva obavljanje proizvodnje na različitim lokacijama, i proizvodno što podrazumeva gajenje više različitih vrsta useva. Ovakav pristup, kontrole rizika, najbolje ilustruje poznata izreka našeg domaćina "ne stavljaš sva jaja u jednu korpu" ili „ne držiš sav novac u jednoj kesi“.

U današnje vreme kada je poljoprivredna proizvodnja izložena klimatskim i društvenim turbulencijama najefikasniji način upravljanja rizikom, jeste putem osiguranja. Društva za osiguranje su organizacije specijalizovane za zaštitu čoveka i njegove imovine, obzirom da su tehnički, kadrovski i finansijski opremljena da mogu uspešno upravljati rizicima, odnosno pružiti potrebnu zaštitu imovine i lica.

Većina rizika sa kojima se danas susreću akteri u poljoprivrednoj proizvodnji nalaze se u ponudi društava za osiguranje. Kao osnovni rizici u ponudi su: požar, udar groma i grad, dok se kao dopunski rizici nude: prolećni mraz, popla-

⁷ D. N. McCloskey, "English Open Fields as Behavior Towards Risk", Research in Economic History, Vol.1., 1976, 124-170.

va, oluja, suša, prekomerne padavine, gubitak prihoda, zimski mraz, proizvodnja u staklenicima i plastenicima, gubitak semenskog kvaliteta usled zimskog mraza (kukuruz), gubitak količine i kvaliteta (stono grožđe), osiguranje mladih zasada i osiguranje zasada u rodu, osiguranje od zimskog izmrzavanja npr. uljane repice⁸.

Pored navedenih rizika, današnji uslovi privređivanja u poljoprivrednoj proizvodnji, koji su delom izmenjeni i usled klimatskih promena, zahtevaju i neke nove ponude na tržištu osiguranja. U svetu su već odavno u ponudi posebno definisani postojeći rizici kao i novi. Tako postoji mogućnost da se zaključí: osiguranje od jednog rizika navedenog u polisi (npr. grada); osiguranje od više rizika koji su navedeni u polisi; osiguranje od svih rizika osim onih koji su navedeni u polisi (ol risk); osiguranje prinosa – aktivira se u slučaju prinosa koji je manji od prosečnog; parametarsko osiguranje – aktivira se u slučaju da neki unapred utvrđeni parametar (npr. količina padavina ili broj sušnih dana) dostigne ili premaši određenu vrednost, bez obzira na stvarni gubitak.

6. Osigurani rizici i štete u poljoprivrednoj proizvodnji

Nizak stepen razvijenosti tržišta osiguranja u Srbiji⁹ prenosi se i na osiguranje u poljoprivredi, kao uostalom i u svim siromašnim zemljama. Stoga ne iznenađuje činjenica da je u Srbiji u 2017. godini bilo osigurano svega 447.500 hektara, što čini oko 13% ukupne površine korišćenog poljoprivrednog zemljišta. Analize ranijih godina, koje su se kretale ispod 10%, ukazuju na izvestan porast osiguranja, ali je on još uvek na veoma niskom nivou¹⁰.

Slična situacija je i u hrvatskoj poljoprivredi. Koja se sa 18% osiguranih površina u 2017. godini, nalazi na samom dnu zemalja članica EU. Ništa drukčije nije ni u ostalim zemljama u regionu. Činjenica je da su subvencije u navedenim zemljama niže nego u zemljama Evropske unije, ali se ne može kazati, ako se kreću od 30 do 70 procenata da su beznačajne. Očigledno razloge treba tražiti u drugim faktorima. Da li je to nepoverenje poljoprivrednika, naročito manjih, u polisu osiguranja, ili je prisutna ona narodna „neće baš mene“. U svakom slučaju izgovor da je polisa osiguranja skupa, ne može se prihvatiti kao realan.

S druge strane neumoljiva statistika pokazuje da su štete u poljoprivredi Srbije veoma prisutne. Tako je 2012. godina ostala zapamćena kao godina u kojoj su buktali požari, pričinivši štetu na površini od 4.921,85 hektara, a iznosila je, ukupno¹¹ oko 111,5 miliona dolara (85,7 miliona evra)¹². U 2014. godini poplavama je bilo pogođeno 72 opštine od 155 koliko ih ima u Srbiji, a šteta je procenjena na 1.711,2 miliona dolara (1.525 miliona evra) od čega se na poljoprivredu odnosilo 256 miliona dolara (228 miliona evra) ili 15%. Društva za osiguranje su od 993,3 miliona dolara

⁸ Opšti i posebni uslovi za osiguranje useva i plodova društava za osiguranje: Dunav, DDOR, Tri-
glav i Đeneralí.

⁹ Opširnije vidi: I. Smiljanić, *Tržište osiguranja u Srbiji*, Beograd 2016.

¹⁰ Analiza autora na osnovu podataka pet vodeći društava za osiguranje useva i plodova u Srbiji.

¹¹ U ukupnu visinu štete uračunate su: direktne štete, štete od izgubljenog prinosa, ekološke štete, troškovi gašenja požara i troškovi sanacije prostora zahvaćenog požarom.

¹² G. Jančić, Šume, Šumski požari obeležili 2012. godinu, Srbijašume, XX god, br. 117-118, Beograd 2012, 8.

(885,2 miliona evra), koliko je iznos direktnih šteta isplatila 29.413.000 miliona dolara (26.275.000 evra), što iznosi 3%¹³.

Pet poslednjih sušnih godina prouzrokovalo je oko pet milijardi dolara štete u poljoprivredi, što je vrednost jednogodišnje poljoprivredne proizvodnje u Srbiji, iznosi član odbora za selo Srpske akademije nauka i umetnosti (SANU), Branislav Gulan i ukazuje na posledice činjenice da je od 18 poslednjih godina osam bilo sušnih¹⁴.

Srbija danas za ovakav izazov nije spremna, obzirom da se efektivno navodnjava manje od 2% obradivih površina¹⁵ po čemu smo zajedno sa Albanijom na dnu evropske liste, dok se u svetu u proseku navodnjava 17%. Nekada grandiozan projekat kanal Dunav – Tisa – Dunav, koji je 2017. godine obeležio 40 godina od izgranje i koji je obećavao da će služiti za navodnjavanje oko 510.000 hektara i odvodnjavanje oko 1.060.000 hektara, danas ne služi ni jednoj od dve pomenute namene¹⁶. Projekat navodnjavanja nikada nije ostvaren, a projekat odvodnjavanja, koji je u početku funkcionisao, od 2008. godine nije u funkciji, obzirom da su odvodni kanali zamuljeni i obrasli šibljem i korovom.

U periodu od 2013 do 2017. godine, prosečne godišnje štete u šumskom fondu, nastale kao posledica elementarnih nepogoda (vetar, kiša, grad, sneg) i požara iznosile su oko 78.000 m³ zapremine drveta¹⁷, što preračunato iznosi 4.366.000 dolara¹⁸. U 2018. godini beleži se porast štete u šumskom fondu, koja iznosi oko 102.000 m³ zapremine drveta, što preračunato iznosi oko 5.709.000 dolara, od čega na državne šume otpada 44.000 m³, preračunato 2.463.000 dolara, a na šume u privatnom vlasništvu 58.000 m³, preračunato 3.246.000 dolara.

U Hrvatskoj su, prema službenim podacima, objavljenim u časopisu „Agrobiznis“ u 2016. godini prijavljene štete u poljoprivredi iznosile oko 225 miliona dolara, a u 2017. taj iznos se popeo gotovo do 288 miliona dolara¹⁹. Iako se podatak odnosi na prijavljene, a ne konačno procenjene štete, on je svakako zabrinjavajući.

Osiguranje useva u Evropskoj uniji razlikuje se u odnosu na ono u Srbiji. U najvećem broju država osiguranje je obavezno u ostvarivanju prava na dobijanje subvencija, a postoji i više mera koje se odnose na razvoj instrumenata za kontrolu rizika kao što su uspostavljeni javno-privatni fondovi za nadoknadu štete.

¹³ Izveštaj Vlade Republike Srbije o poplavama od 15.07.2014. opširnije vidi: S. Samardžić, I. Smiljanić, „Postaje li poplava izvestan rizik“, *Tržište Kapital Novac*, Privredna Komora Srbije, Beograd, br. 4, 2014, 36 – 48.

¹⁴ B. Gulan, „Lucifer“ je tek početak: Srbija bi mogla da postane pustinja, intervju za agenciju „Sputnjik“, 08.08.2017. Beograd, <https://rs-lat.sputniknews.com/analize/201708081112204752-klima-susa-poljoprivreda-steta/>, pristupljeno 12.11.2018.

¹⁵ U Srbiji se, prema podacima JVP Vode Vojvodine, trenutno navodnjava oko 80.000 hektara. Ukupan kapacitet sistema za navodnjavanje iznosi oko 180.000 ha, ali su kapaciteti za oko 100.000 ha neupotrebljivi zbog zapuštenosti.

¹⁶ JVP Vode Vojvodine, Hidrosistem Dunav-Tisa-Dunav, www.vodevojvodine.com/Kategorije/Kategorija/4-Xc_DTD, pristupljeno 06.11.2018.

¹⁷ Republički zavod za Statistiku, *Statistički godišnjak Republike Srbije za 2017. godinu*, Beograd, 2018, 234.

¹⁸ JP Srbijašume, *Cenovnik osnovnih proizvoda šumarstva – drvnih sortimenata za 2017. godinu*, Beograd, kalkulacija autora, 2017.

¹⁹ Agro biznis konsalting, magazin Agrobiznis, Beograd, oktobar 2018, godina 9, br.92.

U Austriji je osiguranjem pokriveno 78% poljoprivrednih površina, Mađarska osigurava 52% površina, dok je prosek EU 35%. Zahvaljujući visokim državnim subvencijama, najveći procenat osiguranja useva je u Španiji i Nemačkoj. Kreće se od 60 do 70 odsto ukupnog broja gazdinstava²⁰.

Interesantan je podatak da zemlje kao što su: Belgija, Holandija, Češka, Španija i druge, bez obzira na visok procenat osiguranja u poljoprivredi, pažnju poklanjaju i preventivnoj zaštiti, posebno od grada. Uvidevši da je sistem protivgradnih raketa zastareo i dosta nepouzdan, u primenu su uveli protivgradne topove. Uređaje koji među gradonosne oblake ispaljuju vreo vazduh, nastao palenjem acetilena i na taj način sprečavaju formiranje leda. Jedan protivgradni top štiti površinu od oko 80 hektara. Posедуje sopstveno napajanje, a njime se upravlja putem mobilnog telefona. Druga mu je prednost što je mobilan (na prikolici) i može se premeštati po potrebi. Znatno je ekonomičniji i od protivgradnih mreža.

7. Subvencije i udeo premije osiguranja u ukupnim troškovima poljoprivredne proizvodnje

Srbija je u 2017. godini između ostalih podsticaja, subvencionisala i osiguranje poljoprivredne proizvodnje sa 40% - 45% od plaćene premije osiguranja, s tim da su maksimalni iznosi podsticaja iznosili:

- za osiguranje ratarskih kultura – 100.000 dinara
- za osiguranje povrtarskih kultura – 500.000 dinara
- za osiguranje voćarskih kultura, vinove loze i hmelja – 1.000.000 dinara
- za osiguranje rasadnika i/ili mladih višegodišnjih zasada pre stupanja na rod – 500.000 dinara
- za osiguranje životinja – 2.000.000 dinara

Ukupno za sve vrste podsticaja maksimalan iznos je 2.500.000 dinara²¹.

Pored toga, postoje subvencionisani krediti Ministarstva poljoprivrede u saradnji sa komercijalnim bankama i društvima za osiguranje.

Lokalne samouprave imaju mogućnost dodatnog subvencionisanja osiguranja poljoprivrede, tako da ima slučajeva da u nekim Opštinama ukupna sobvencija iznosi i do 100%²².

Društva za osiguranje, na osnovu Zakona o odbrani od grada, izdvajaju 10% od naplaćene premije osiguranja useva i plodova. Izdvajanje se odnosi isključivo na naplaćenu premiju osiguranja registrovanih parcela, registrovanih poljoprivrednih

²⁰ V. Kovačević V., *Senka nepoverenja nad polisama*, časopis Poljoprivrednik br. 2641, od 25.05.2018., Novi Sad 2018.

²¹ Pravilnik o uslovima, načinu i obrascu zahteva za ostvarivanje prava na podsticaje za premiju osiguranja useva, plodova, višegodišnjih zasada, rasadnika i životinja, Službeni glasnik RS, broj 61/17.

²² U velikom broju slučajeva, pored podsticaja koji dodeljuje država Srbija, lokalne samouprave, ovisno o materijalnim mogućnostima i učestalosti ostvarenja određenih vrsta rizika na svojim područjima dodeljuju dodatni podsticaj koji se kreće od 20-60 procenata, tako da imamo slučajeve da je osiguranje poljoprivredne proizvodnje, u opštinama kao što su Indija, Kraljevo i još neke koje dodeljuju podsticaj 60%, osiguranje besplatno.

gazdinstava (RPG). Sredstva su namenjena za finansiranje sistema odbrane od grada, kao preventivno delovanje²³.

U svetu su mehanizmi za podsticaj osaguranja poljoprivredne proizvodnje uspostavljeni na različite načine. Kreću se od obaveznog do neobaveznog osiguranja i od visokih nivoa podsticaja pa do onih gde nema podsticaja. Svaka zemlja je uspostavila sistem koji najviše odgovara njenoj nacionalnoj poljoprivredi i uslovima pod kojima se odvija proizvodnja, *Tabela 1*.

Cena osiguranja poljoprivredne proizvodnje u Srbiji je za poljoprivrednike, moglo bi se kazati zagonetka koja rezultira izrekom „to je za nas skupo“. Da li je stvarno tako i šta govore činjenice i primeri kalkulacije?

Cena osiguranja je mnogo manja nego što, na primer, jedan kombajn napravi štetu prilikom žetve, što je uobičajeno i smatra se tehnološkim gubitkom.

Kada se uzmu u obzir podsticaji koje država daje direktno i preko lokalnih samouprava za osiguranje poljoprivredne proizvodnje, cena osiguranja ne prelazi 1% vrednosti useva u odnosu na štetu koju kombajn napravi u žetvi i koja se kreće od 3-6 odsto, ovisno o starosti kombajna.

Država	Podsticaj	Način osiguranja
Kipar	50%	Država je nosilac osiguranja, preko državnog društva za osiguranje - osiguranje je obavezno
Bugarska	-	Komercijalno osiguranje bez udela države
Finska	-	
Danska	-	
Švedska	-	
Belgija	-	
Grčka	-	
Australija	-	
Španija	60-70%	Državna korporacija osiguranja poljoprivrede - davalac podsticaja u vidu saosiguranja
Portugal	45-85%	Komercijalno osiguranje uz podsticaj i kontrolu države
SAD	50-75%	
Austrija	50%	Komercijalno osiguranje uz podsticaj države
Italija	50-80%	
Francuska	10-30%	
Češka	30%	
Rusija	50%	
Slovenija	30-50%	
Holandija	75%	
Nemačka	60-70%	
Hrvatska	70%	
Federacija BiH	50%	
Republ. Srpska	50%	
Srbija	40-45%	

Tabela 1. Način osiguranja i visina podsticaja u nekim zemljama u svetu

Izvor: Podaci iz nacionalnih zakona, uredbi i odluka kao i časopisa *Sigma (Swiss Re)* za 2017. godinu

²³ Član 15, *Zakon o odbrani od grada*, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 54/2015, Beograd.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

Primeri iz *Tabele 2.* bi trebalo da opovrgnu mišljenje da je osiguranje u poljoprivredi skupo. Ako bi se proizvođač opredelio za osiguranje od osnovnog rizika: grada, požara ili udara groma, prikazana je kalkulacija za vrste proizvoda koji su najzastupljeniji u poljoprivrednoj proizvodnji u Srbiji.

Primer obračuna premije osiguranja za osiguranje pšenice po jednom hektaru površine na prosečan trogodišnji prinos od 4,1 tone po hektaru²⁴ i planiranoj ceni od 20 dinara po kilogramu iznosi 2.350 dinara, a kukuruza na prinos od osam tona po hektaru i planiranoj ceni od 15 dinara po kilogramu iznosi 3.036 dinara.

Ukoliko se uzme minimalan podsticaj od 40% koji daje država, cena polise osiguranja pšenice za hektar bi iznosila 1.410,00 dinara, a kukuruza 1.822,00 dinara, što u naturi iznosi 71 kg pšenice, odnosno 121 kg kukuruza²⁵. Ukoliko se uzme u obzir podsticaj lokalnih samouprava cena je još niža.

Kultura	Prinos t/ha	Planirana cena/ha	Suma osiguranja	Premija/h a	Premija/ toni	Premija subvenc. 70% /ha	Subvenc. Premija kg/toni
Pšenica	4.1	20.00	82,000.00	2,350.00	573.17	705.00	35
Kukuruz	8.0	15.00	120,000.00	3,036.00	379.50	910.80	61
Indust. bilje	3.0	35.00	105,000.00	3,465.00	1,155.00	1,039.50	30
Krmno bilje	14.0	7.00	100,000.00	27,720.00	1,980.00	8,316.00	1,188
Šećerna repa	50.8	4.00	203,200.00	4,023.00	79.19	1,206.90	302
Krompir	16.2	20.00	324,000.00	6,415.00	395.99	1,924.50	96
Povrće	13.5	15.00	202,500.00	11,880.00	880.00	3,564.00	238
Jagoda	4.4	100.00	440,000.00	30,492.00	6,930.00	9,147.60	91
Malina	5.5	120.00	660,000.00	32,670.00	5,940.00	9,801.00	82
Šljiva	5.3	20.00	106,000.00	7,346.00	1,386.04	2,203.80	110
Jabuka	16.5	30.00	495,000.00	34,305.00	2,079.09	10,291.50	343
Kajsija	12.0	50.00	600,000.00	41,580.00	3,465.00	12,474.00	249
Kruška	15.0	40.00	600,000.00	41,580.00	2,772.00	12,474.00	312
Višnja	5.8	30.00	174,000.00	12,060.00	2,079.31	3,618.00	121
Grožđe	8.0	40.00	320,000.00	34,850.00	4,356.25	10,455.00	261

Tabela 2. Kalkulacija premije osiguranja najrasprostranjenijih poljoprivrednih kultura u Srbiji
Izvor: Kalkulacija autora na osnovu ponuda tri društva za osiguranje u Srbiji.

Što se tiče osiguranja plodova voća, na prinos od 1.000 kilograma, a po otkupnim cenama od ove sezone, iznosi premije su sledeći: za šljive 1.386 dinara, za jabuke 2.079 dinara a za jagode 6.930 dinara, bez subvencija. Ukoliko se uzmu u obzir samo državne subvencije tada to iznosi: za šljive 832 dinara, za jabuke 1.247 dinara, i za jagode 4.158 dinara.

²⁴ Republički zavod za Statistiku, *Statistički godišnjak Republike Srbije za 2017. godinu*, Beograd 2018, 205-236.

²⁵ Kalkulacija autora na osnovu ponuda tri društva za osiguranje u Srbiji i prosečnog trogodišnjeg prinosa.

Na bazi osigurljivosti od 80%, površina i niva od 70% subvencije, država bi morala godišnje na ime subvencija da izdvoji oko 96 miliona dolara (84 miliona evra). Kada se ukalkuliše povrat²⁶ od ukupno 25% realni troškovi subvencije bi iznosili oko 72 miliona dolara (63 miliona evra). Ukoliko se ovaj iznos uporedi sa iznosom koji država svake godine izdvoji za pomoć na ime šteta u poljoprivredi jasno je da je osiguranje u poljoprivredi isplativo i za državu i za vlasnike gazdinstava.

	Lišnjari	Četinari
Prinos tona / hektaru	161.0	161.0
Prosečna cena na panju /m ³	5,900.00	5,900.00
Suma osiguranja	949,900.00	949,900.00
Premija / hektaru	1,576.83	2,650.22
Premija / ha subvencionisana 70%	473.05	795.07
Udeo premije u ceni 1m ³ drveta	27%	45%
Udeo subv. premije u ceni 1m ³ drveta	8%	13%

Tabela 3. Kalkulacija premije osiguranja od osnovnih rizika za šume u Srbiji

Izvor: Kalkulacija autora na osnovu ponuda tri društva za osiguranje u Srbiji.

Analiza osiguranja šuma u Srbiji takođe ukazuje na isplativost osiguranja. Iz podataka u *Tabeli 3.* vidljivo je da je premija osiguranja po jednom hektaru šume, gotovo simbolična u odnosu na njenu vrednost. U prosečnoj ceni drveta²⁷, premija osiguranja, bez subvencije, učestvuje: za lišnjare 27%, a za četinare 45%, što jeste dosta visoko, ali primenom iste metodologije o subvencionisanju kao kod poljoprivrednih kultura od 70% i 80% osigurljivosti, udeo premije osiguranja u ceni 1m³ drveta postaje sasvim prihvatljiv. Radi uporedbe ukupna visina štete od požara u 2012. godini po hektaru je iznosila 1.962.085 din, što u odnosu na vrednost drvene mase po hektaru (949.900 din) iznosi 207%²⁸.

Na tržištu osiguranja postoji i ponuda paušalnog osiguranja poljoprivrednog gazdinstva do vrednosti oko pet miliona dinara – pri čemu su osigurane sve zgrade, stvari domaćinstva, priključne mašine i alati, životinje i zalihe proizvoda, kao i odgovornost iz delatnosti i to za iznos premije od oko 10.000 dinara godišnje. Ukoliko se ugovori i pokriće rizika od poplave, za ovo domaćinstvo premija osiguranja se povećava za 2.891 dinar godišnje.

²⁶ Po sadašnjem Zakonu o odbrani od grada, društva za osiguranje su dužna da od svake prodane polise izdvoje 10% premije osiguranja na ime preventivne zaštite od grada. Ukoliko bi se osiguranje poljoprivrednih proizvoda uvelo kao većinsko obavezno, država bi mogla da obaveže društva za osiguranje da jedan deo premije osiguranja, npr. 15%, izdvajaju za stipendiranje obrazovanja mladih kadrova u poljoprivredi.

²⁷ JP Srbijašume, *Cenovnik osnovnih proizvoda šumarstva – drvnih sortimenata za 2017. godinu*, Beograd, kalkucija autora, 2017.

²⁸ G. Jančić, Šume, *Šumski požari obeležili 2012. godinu*, Srbijašume, XX god, br. 117-118, Beograd, 2012, 8.

Predhodna, kratka analiza upućuje na zaključak da nema osnova tvrdnji da je polisa osiguranja u poljoprivrednoj proizvodnji skupa i da je to razlog zašto je samo njen manji deo zaštićen osiguranjem.

8. Nepoverenje ili neinformisanost poljoprivrednika jedan od razloga niskog nivoa osiguranja

Iako stručnjaci već godinama proizvođačima preporučuju osiguranje, poljoprivrednici u Srbiji nemaju naviku da osiguravaju useve. Podaci pokazuju da je u 2017. godini svega 13% poljoprivredne proizvodnje bilo osigurano. Do nedavno, taj procenat je bio dvostruko manji. Za razliku od domaćih proizvođača, njihove kolege u Evropi imaju potpuno drugačiju praksu.

Analiza, u prethodnom poglavlju, je pokazala da cena polise osiguranja ne bi trebalo da bude ograničavajući faktor. Ne može se ni država okriviti da je nezainteresovana za ovaj problem, obzirom na razne aktivnosti koje sprovodi, pa i na ovogodišnjem sajmu poljoprivrede u Novom Sadu, posebna pažnja je bila posvećena ovoj temi. Istaknuto je da država izdvaja značajna sredstva za podsticaje osiguranja u poljoprivredi, (oko 600 miliona dinara u 2017. godini), ali da ih uglavnom više koriste veliki sistemi i agropreduzetnici nego mala poljoprivredna gazdinstva. Nažalost, izgleda da sadašnji nivo podsticaja od 40-45% nije dovoljan da se poljoprivrednici u Srbiji više zainteresuju za osiguranje useva, tako da opredeljena sredstva koje Ministarstvo poljoprivrede svake godine izdvaja u agrarnom budžetu ostaju delom neiskorišćena.

Manji proizvođači, međutim, ne osiguravaju svoje useve, jer im je, kako kažu, osiguranje skupo i neisplativo. Problem je i što se većina njih nije raspitala o subvencijama koje u ovoj oblasti nudi država, a koje se upravo odnose na površine do 20 hektara.

Opštine širom Srbije u značajnoj meri pomažu poljoprivredne proizvođače, ali zbog neinformisanosti i nezainteresovanosti poljoprivrednika, u velikim broju su smanjena davanja za osiguranje.

Sve analize vode ka tome da poljoprivredni proizvođači nisu dovoljno obavešteni i ne raspolazu validnim informacijama o prednostima koje im daje polisa osiguranja i mogućnosti naplate štete prouzrokovane gradom, olujnim vetrovima, požarima ili drugim vremenskim nepogodama. Očigledno je, da informacije koje im se plasiraju ne prenose se na pravi način, pravom metologijom i adekvatnim nivoom razumljivosti. Uvek treba imti na umu da stručni jezik koji se koristi u terminologiji osiguranja je specifičan i u mnogome se razlikuje od onog u svakodnevnoj upotrebi. Poljoprivrednom proizvođaču je potrebno objasniti šta osigurava, koliko će ga to koštati i za slučaj da nastane šteta, šta će mu biti plaćeno i u kom iznosu. Čitav proces zaključenja ugovora o osiguranju i naknade štete mora proći uz minimalno administriranje.

Sledeći problem jeste nepoverenje u društva za osiguranje. Ne treba zaboraviti period devedesetih godina prošlog veka i razočarenja u finansijske institucije koje je narod doživeo. Tada su banke pokrale deviznu i dinarsku štednju građana

na. Dinarsku štednju je obezvređila namerno izazvana inflacija, a deviznu štednju sukasnije cinično nazvali „stara devizna štednja“ (jedinstven izraz zabeležen u svetu), koju ni do danas nisu vratili. Trebaće još mnogo mirnog i stabilnog perioda da se to izgubljeno poverenje povrati.

S druge strane, sigurno ima deo onih koji su prihvatili inicijativu i zaključili osiguranje, a potom se, kod prve štete, razočarali u neodgovoran tretman od strane nekog od društava za osiguranje.

9. Mogućnosti povećanja nivoa osiguranja u poljoprivredi

Uticaj klimatskih promena na ostvarenje nekih od rizika je evidentan, ali ga poljoprivrednici u Srbiji očigledno ne prihvataju kao realnost i problem budućnosti. Prepuštanje sudbine svoga truda ćudima prirode, po principu „šta Bog da“, sigurno u konačnici neće doneti dobar rezultat.

Bilo bi poželjno da država sve rizike (požar, poplavu oluju, grad, sneg, klizišta i druge), čije ostvarenje ide na teret budžeta u vidu sanacija posledica, prenese na društva za osiguranje. Na osnovu iskustava drugih zemalja i sopstvenih uslova i specifičnosti potrebno je utvrditi mere koje bi podrazumevale potrebne predradnje kao preduslov njihove uspešne primene, a koje bi sadržavale sledeće:

- Podsticaj povećati na oko 70% i time poljoprivrednoj proizvodnji dati prioritetan značaj;
- Lokalnim samoupravama ostaviti mogućnost dodatnih subvencija;
- Pravo na podsticaj omogućiti svim registrovanim gazdinstvima;
- Ukinuti gornju granicu iznosa subvencionisanih sredstava;
- Ukinuti porez na osiguranje od 5% (primenjuje se u nekim od zemalja);
- Pojednostaviti proceduru dobijanja sredstava za podsticaj²⁹, što bi podrazumevalo;
 - da se zahtev za podsticaj može podneti tokom čitave godine,
 - da prilikom zaključenja ugovora o osiguranju, osiguranici uplate deo premije koji nije pokriven subvencijom, a razliku društvima za osiguranje da, direktno, uplati nadležno ministarstvo.
- Edukaciju sprovoditi preko lokalne samouprave u saradnji sa Udruženjem osiguravača i zadružnim savezima;
- Uvesti obavezno osiguranje za korisnike svakog vida podsticaja, kredita, korisnike državnog zemljišta, kao i članove zadruga;
- Uz osiguranje useva i plodova, uvesti i obavezno osiguranje od odgovornosti gazdinstava³⁰;
- Razraditi model javno-privatnog partnerstva u osiguranju koji se u nekim državama pokazao kao uspešan;

²⁹ Opširnije vidi: Pravilnik o uslovima, načinu i obrascu zahteva za ostvarivanje prava na podsticaje za premiju osiguranja useva, plodova, višegodišnjih zasada, rasadnika i životinja, *Službeni glasnik RS*, broj 61/17.

³⁰ U zadnje vreme, naročito na gazdinstvima u Vojvodini, prisutne su pojave trovanja divljači i ptica. Sumnja se na nezatrpama semenska zrna koja su tretirana pesticidima koji sadrže otrovne supstance.

- Od društava za osiguranje zahtevati da na tržište izađu sa novim proizvodima koji bi pratili pojavu novih rizika;
- U saradnji sa društvima za osiguranje izraditi kartu rizika sa pregledom učestalosti i intenzitetom;
- Formirati nezavisnu državnu komisiju koja bi arbitrirala u slučajevima kada osiguranik nije zadovoljan visinom štete;
- Obezbediti učešće društava za osiguranje u sufinansiranju obrazovanja kadrova u poljoprivredi;
- Sredstva preventive koristiti za iznalaženje savremenijih i pouzdanijih mera odbrane od grada (npr. protivgradni topovi);
- U cilju izbegavanja moralnog rizika, propisati obavezu da se seme samo deklarirano seme, da koriste mineralna đubriva, kao i hemijska zaštitna sredstva u optimalnoj količini, kako bi funkcionisalo osiguranje prihoda;
- Obezbediti licence za parvo kupovine i korišćenja svih vrsta sredstava zaštite;
- Ukinuti naknade na ime odvodnjavanja i navodnjavanja;
- Uvesti posebne subvencije za ugradnju sistema za navodnjavanje;
- Na principu subvencije uvesti obavezno osiguranje državnih i privatnih šuma;
- Obustaviti sve vidove pomoći iz budžeta države poljoprivrednoj proizvodnji na ime pretrpljene štete;

Sredstva izdvojena iz budžeta na ime subvencija bila bi veća, ali bi krajnji efekat bio višestruko pozitivan, obzirom da bi se određeni deo sredstava povratio. Sredstava koja se troše na ime naknade šteta, a koja su daleko veća od iznosa podsticaja osiguranja, ostala bi u budžetu.

Iskustva razvijenih država ukazuju da bi predložene mere dale vidne rezultate. U najvećem broju država osiguranje je obavezno u ostvarivanju prava na dobijanje subvencija, a postoji i više mera koje se odnose na razvoj instrumenata za kontrolu rizika kao što su uspostavljeni javno-privatni fondovi za nadoknadu štete.

10. Zaključak

Poljoprivredna delatnost, kao nosilac ruralnog razvoja u Srbiji i proizvođač hrane, mora da ima podršku države, kao što je to u većini razvijenih zemalja, kako bi se ostvario značajan rast i razvoj a time i konkurentnost.

Za očekivati je da država, ukoliko obezbedi sve vidove pomoći očekuje adekvatne rezultate. Obezbeđenje uloženi sredstava, kao i poljoprivrede u celini moguće je ulaganjem u preventivne mere zaštite, i putem osiguranja imovine.

Obzirom da je nivo osiguranja u poljoprivredi dosta nizak, te samim tim veliki deo šteta pada na teret budžeta, država mora uvesti mere obaveznog osiguranja (bar za korisnike budžetskih sredstava) kako bi ove rizike prenela na društva za osiguranje. Ovakve obavezujuće mere bi morala pratiti veća subvencija troškova osiguranja, kao i njeno jednostavnije ostvarivanje.

Sve analize sprovedene u ovom radu pokazuju da je osiguranje poljoprivrednih proizvoda u Srbiji višestruko isplativo i za državu i za vlasnike poljoprivrednih gazdinstava.

Ukoliko se spremnost i mogućnosti zaštite poljoprivrede, u vidu osiguranja i značajnog povećanja površina koje se mogu navodnjavati ne podigne na značajno viši nivo u odnosu na današnji, poljoprivredna proizvodnja u Srbiji će u sudaru sa klimatskim promenama i novim izazovima sigurno pretrpiti poraz.

Postavlja se pitanje da li ćemo u skoroj budućnosti biti u stanju proizvesti dovoljno hrane za sopstvene potrebe. Bila bi to ogromna šteta i naša neodgovornost, obzirom da raspoložemo resursima koje bi mogle zemlje poželele.

* * *

ECONOMY OF INSURANCE OF THE AGRICULTURAL PRODUCTION IN SERBIA

Summary

The subject of this paper is the analysis of the structure and the analysis of the agricultural state in Serbia, as well as the impact of climate change and the risks that follow the production in this activity. The structure and the shape of agricultural land will be considered, including the way of treatment and protection from natural disasters during the process of production. A special focus is given on the protection of the agricultural production through the insurance of farms. The causes of low level of insurance will be considered too, including their costs. At the end of this analysis, some useful proposals how to improve the level of insurance of agricultural production in Serbia will be presented.

Key words: Agriculture, risks, protection, incentive, insurance, insurance premium.

Dr Magdalena Makiela¹
Prof. dr Vladimir Čolović²

DEFINIŠANJE KRITERIJUMA ZA ODREĐIVANJE NADLEŽNOSTI U SPOROVIMA OSIGURANJA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI

– sa osvrtom na rešenja u zakonodavstvu Poljske –

Apstrakt

Kriterijume za definisanje nadležnosti u sporovima osiguranja sa elementom inostranosti vezujemo za elemente odnosa osiguranja koji su definisali osiguravač i osiguranik. Te kriterijume možemo podeliti na opšte i posebne. Opšte kriterijume definišemo po pravilima opšte nadležnosti, dok posebne vezujemo za specifičnosti kod pojedinih vrsta osiguranja. U radu se posvećuje pažnju regulisanju ove materije u zakonodavstvima Srbije i Poljske, kao i u pravu EU, odnosno, u Uredbi br. 1215/2012 o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima. Autor zaključuje da ni u jednom navedenom aktu ova oblast nije uređena na adekvatan način, tako da je potrebno, analogno, primenjivati druga pravila kod zasnivanja nadležnosti u ovim sporovima. Autor posebno kritikuje zakonodavstvo Srbije, koje je predvidelo pravila za određivanje nadležnosti samo kod osiguranja od odgovornosti.

Ključne reči: sporovi osiguranja, nadležnost, element inostranosti, osiguravač, osiguranik, mesto štete.

1. Uopšte o nadležnosti u sporovima sa elementom inostranosti, kao i u sporovima osiguranja

Sporove u kojima je prisutan element inostranosti rešavaju i sudovi i arbitraže. Kada govorimo o sudskoj nadležnosti, potrebno je definisati nadležnost u tim sporovima, odnosno, odrediti, kada će sud jedne države biti nadležan u određenom sporu sa elementom inostranosti. Pravila o nadležnosti mogu biti određena međunarodnim aktima, ali se, prevashodno, ta pravila definišu unutrašnjim pravilima jedne zemlje³. Ako je sud jedne države nadležan u ovim sporovima, stvar je unutrašnjih procesnih pravila iste, koji će to biti sud, u okviru

¹ Advokat, Krakov, Poljska; mail: m.makiela@adwokat-makiela.pl

² Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo Beograd; mail: v.colovic@iup.rs

³ Vuković Đ. (1987), *Međunarodno građansko procesno pravo*, Zagreb, 10-11

definisanja unutrašnje nadležnosti. Možemo definisati dva osnovna kriterijuma za određivanje nadležnosti u sporovima sa elementom inostranosti. Kod prvog, zakonodavac određuje smernice za određivanje nadležnosti, a sud, u svakom konkretnom slučaju, odlučuje o nadležnosti u određenom sporu. Tako je u anglosaksonskim zemljama⁴. Drugi kriterijum se odnosi na definisanje nadležnosti putem unutrašnjih procesnih pravila. Ovaj kriterijum je prihvaćen kod nas, kao i u velikoj većini zemalja kontinentalnog sistema. Kod određivanja nadležnosti u sporovima sa elementom inostranosti, uvek moramo poći od osnovnog polazišta, kao što je npr., prebivalište ili sedište tužene strane, ali i od drugih, kao što su državljanstvo stranaka, autonomija volje stranaka (sporazumna nadležnost), mesto nalaženja stvari, povezanost neke činidbe ili delikta sa određenim mestom, protivtužba, itd.⁵

Sporovi koji proističu iz ugovornih odnosa osiguranja sa elementom inostranosti su specifični, imajući u vidu da je i sama delatnost osiguranja posebna, odnosno, da ona zahteva posebno definisanje, ne samo kada je u pitanju nadležnost u tim sporovima, već i kada su u pitanju elementi ugovornog odnosa osiguranja, prava i obaveze stranaka (osiguravača i osiguranika), predmet osiguranja (pokriće rizika putem osiguranja), itd. Nikako ne smemo zaboraviti ni vrstu osiguranja na koju se odnosi ugovor, odnosno, spor. Upravo su zbog toga i kriterijumi za određivanje nadležnosti u ovim sporovima posebni i zahtevaju precizno regulisanje, imajući u vidu da će ti kriterijumi zavisiti od vrste osiguranja na koji se ugovor odnosi, zatim, razloga, zbog koga je došlo do spora, kao i od stranaka koji se pojavljuju u tom ugovornom odnosu. Faktički, svi elementi ugovora o osiguranju, od sedišta osiguravača i mesta prebivališta ili sedišta osiguranika, preko definisanog rizika koji pokriva osiguranje, pa sve do osiguranog slučaja, kao štetnog događaja, mogu uticati na zasnivanje nadležnosti organa koji će rešiti eventualni spor. Regulisanje nadležnosti u sporovima koji proističu iz osiguranja dodatno se usložnjava, kada je u njima prisutan element inostranosti. Ali, i tada se mora poći od svi elemenata koji se vezuju za osiguranje, kao i od kriterijuma za zasnivanje nadležnosti u navedenim sporovima, kada u njima nema elementa inostranosti. U svakom slučaju, kada se radi o nadležnosti u sporovima sa elementom inostranosti, pa i u onima koji su vezani za osiguranje, moramo govoriti o apstraktnoj nadležnosti, odnosno, o nadležnosti koja definiše ovlašćenja svih sudova u jednoj državi da postupaju u određenom predmetu⁶.

Ipak, može se dogoditi da zakonodavstvo u jednoj zemlji ne definiše pravila za određivanje nadležnosti u sporovima sa elementom inostranosti, tako da će se, tada, primenjivati pravila o mesnoj nadležnosti. Kao što smo rekli, nacionalno zakonodavstvo jedne zemlje će odrediti koji će sud biti nadležan za rešavanje spora sa elementom inostranosti, što znači da ta pravila koja definišu nadležnost vezanu za sudski predmet u državi, određuju i nadležnost za sudski predmet u okviru jednog suda⁷. Isto je i kada se sporovi odnose na osiguranje.

⁴ Doktrina *forum non conveniens*

⁵ Vuković Đ., 15

⁶ Stanivuković M., Živković M. (2004), *Međunarodno privatno pravo*, opšti deo, Beograd, 183

⁷ Stanivuković M., Živković M., 184

Mi ćemo, u ovom radu, posvetiti pažnju odredbama zakonodavstava Republike Srbije i Republike Poljske, koji regulišu ovu oblast. Pre svega, posvetićemo pažnju važećem zakonodavstvu u Republici Srbiji u ovoj oblasti, zatim, odredbama budućeg zakonodavstva u našoj državi, koje će detaljnije regulisati ovu oblast, a, isto tako, i zakonodavstvu Republike Poljske koja je, moramo da napomenemo, članica EU. Moramo reći da je Poljska, u svom zakonodavstvu, koje reguliše građanski sudski postupak, predvidela nekoliko zanimljivih pravila o zasnivanju nadležnosti u ovoj oblasti, a moramo da kažemo da su neke od tih odredaba slične sa rešenjima koje definiše zakonodavstvo EU. U tom smislu, osvrnućemo se i na najvažnije karakteristike pojedinih odredaba zakonodavstva Evropske unije (dalje: EU), odnosno, odredbama Uredbe br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2012.godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (dalje: Uredba 1215/2012)⁸. Kad je u pitanju ova Uredba, posvetićemo pažnju, pre svega, posebnim odredbama koje se odnose na zasnivanje nadležnosti u oblasti osiguranja.

2. Regulisanje nadležnosti u sporovima osiguranja u Republici Srbiji

Regulisanje nadležnosti, u sporovima koji se odnose na osiguranje, u Srbiji nije uređeno na adekvatan način, bez obzira da li se radi o postojanju elementa inostranosti u tim sporovima ili ne. Primenjuju se opšta pravila koja se primenjuju i u drugim oblastima. Specifičnosti osiguranja nisu uzete u obzir prilikom definisanja kriterijuma za zasnivanje nadležnosti u ovoj oblasti. Posvetićemo pažnju pozitivnom zakonodavstvu u ovoj oblasti, odnosno, odredbama Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje: ZRSZ)⁹, kao i Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP)¹⁰. Međutim, analiziraćemo i pravila koja su definisana u ovoj oblasti u okviru Nacrta Zakona o Međunarodnom privatnom pravu¹¹ (dalje: Nacrt ZMPP), obzirom da taj akt, ipak, veću pažnju posvećuje ovoj oblasti, u odnosu na dosadašnje i sadašnje zakonodavstvo Srbije. Bez obzira na navedeno, smatramo da je trebalo još veću pažnju pokloniti ovoj materiji u Nacrtu ZMPP. No, sa druge strane, kad je u pitanju pozitivno zakonodavstvo, odredbe koje su sastavni deo ZRSZ i ZPP se odnose samo na osiguranje od odgovornosti, što, u svakom slučaju, navodi na zaključak da je ova materija neregulirana kod nas na adekvatan način. Upravo zbog toga, u ovom radu ćemo predstaviti osnovne kriterijume za određivanje nadležnosti sudova, kada se sporovi odnose na osiguranje, a koji proizlaze iz odnosa osiguranja, koji stvaraju osiguravač i ugovarač osiguranja, odnosno, osiguranik.

⁸ Regulation EU No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Official Journal*, L 351, 20/12/2012, pp. 1-32

⁹ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Sl.list SFRJ*, br.43/82 i 72/82, - ispr., *Sl.list SRJ* br.46/96 i *Sl.glasnik RS* br.46/2006 – dr.zakon

¹⁰ Zakon o parničnom postupku, *Sl.glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014 i 87/2018

¹¹ Nacrt Zakona o Međunarodnom privatnom pravu, konačna verzija, sajt Ministarstva pravde Republike Srbije, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> (pristup:20.06.2019.)

2.1. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja

ZRSZ određuje da će se pravila o određivanju nadležnosti kod sporova o vanugovornoj odgovornosti za štetu primenjivati i na sporove koji se vode protiv osiguravajućih društava u slučaju, kada se radi o naknadi štete trećim oštećenim licima, na osnovu pravila o „neposrednoj odgovornosti tog društva“, kao i kada se radi sporovima po regresnim zahtevima na osnovu zahteva za naknadu štete protiv regresnih dužnika¹². Pre nego što posvetimo pažnju pravilima o zasnivanju nadležnosti koja se primenjuju kod sporova vezanih za osiguranje, osvrnućemo se na deo odredbe ZRSZ, koji se odnosi samo na sporove vezane za osiguranje od odgovornosti. ZRSZ kao jedino pasivno legitimisano lice u ovim sporovima određuje osiguravajuća društva, koja su obavezna u ugovorima o osiguranju od odgovornosti da naknade štetu oštećenim licima. Sa druge strane, ZRSZ određuje da će se ista pravila primenjivati i u situacijama postavljanja regresnih zahteva od strane osiguravajućih društava prema odgovornim licima za štetu, ako su ispunjeni uslovi za to. Kada govorimo o ispunjenju uslova za navedeno, mislimo na činjenicu da osiguravajuće društvo neće uvek imati ovlašćenje za navedeno, već samo kada se radi o slučajevima isključenja iz osiguranja. Znači, ZRSZ o nadležnosti kod sporova vezanih za osiguranje definiše pravila samo za osiguranje od odgovornosti, koje, inače, ne spominje konkretno u toj odredbi. Kao što smo rekli, kod ovih sporova primenjuju se ista pravila o zasnivanju nadležnosti, kao i kod sporova iz vanugovorne odgovornosti, a ta pravila se nalaze u drugim odredbama ZRSZ¹³. Pre svega, na ove sporove se primenjuju pravila o opštoj nadležnosti. Nećemo pomenuti sva pravila koja se definišu u ZRSZ, već samo odredbe koje određuju nadležnost domaćeg suda, kada tuženi ima prebivalište ili sedište u domaćoj zemlji, odnosno, kada nema prebivalište u domaćoj ili nekoj drugoj zemlji, onda će se nadležnost domaćeg suda odrediti po boravištu u domaćoj zemlji, a kada su obe parnične strane domaći državljani, tada će se odrediti nadležnost domaćeg suda, ako tuženi ima boravište u domaćoj zemlji, bez obzira na činjenicu da li u drugoj zemlji ima prebivalište¹⁴. Ovde nećemo poklanjati pažnju nadležnosti u sporovima, u kojima se pojavljuje više tuženih sa svojstvom materijalnih suparničara, kao ni nadležnosti u vanparničnom postupku. Osim toga, na sporove koji su vezani za osiguranje se primenjuju pravila o nadležnosti koja se određuje po pristanku tuženog, kada će domaći sud biti nadležan, ako se tuženi upustio u raspravljanje ili je podneo odgovor na tužbu, bez osporavanja nadležnosti¹⁵. Isto tako, primenjuje se i pravilo koje definiše nadležnost domaćeg suda kada je parnična strana apatrid, pod uslovom da ima prebivalište u domaćoj zemlji¹⁶, što predstavlja opšte pravilo, kada su lica bez državljanstva u pitanju. Najzad, ukoliko se radi o sporovima u kojima su tuženi domaći državljani, koji rade u inostranstvu, a na službu u inostranstvu su ih uputili državni organi domaće zemlje ili preduzeća sa sedištem u domaćoj zemlji, tada će

¹² Član 53, st. 2 ZRSZ

¹³ Član 53, st.1 ZRSZ

¹⁴ Član 46, st. 1, 2 i 3 ZRSZ

¹⁵ Član 50 ZRSZ

¹⁶ Član 51 ZRSZ

domaći sud biti nadležan, ako su ta lica imala prebivalište u domaćoj zemlji¹⁷. Sva navedena pravila se odnose i na osiguranje, ali, samo, na osiguranje od odgovornosti, a ne i na sporove vezane za druge vrste osiguranja. Na taj zaključak nas navodi odredba koja posebno reguliše nadležnost u sporovima osiguranja, a koja je jedina odredba koja reguliše nadležnost sudova u ovoj oblasti, kada je u pitanju ZRSZ.

2.2. Zakon o parničnom postupku

ZPP, takođe, posvećuje pažnju samo nadležnosti suda u sporovima vezanim za osiguranje od odgovornosti. Naime, u odredbi koja reguliše nadležnost u sporovima zbog vanugovorne odgovornosti za štetu, navodi se da će se pravila koja se primenjuju za zasnivanje nadležnosti u tim sporovima, primenjivati i na sporove vezane za osiguranje od odgovornosti. Definišu se osiguravajuća društva kao pasivno legitimisana lica, a, kao i u ZRSZ, ova pravila će se primenjivati i u sporovima pokrenutim po regresnim zahtevima. Nadležnost sudova u sporovima protiv osiguravača će se određivati po pravilima opšte mesne nadležnosti, zatim, po mestu nastanka štetne radnje ili nastupanja štetne posledice, a ako se radi o šteti koja je nastala usled smrti ili teške telesne povrede, tada će nadležan biti i sud na čijem području tužilac ima prebivalište ili boravište¹⁸. Kad su u pitanju regresni zahtevi, primenjivaće se samo odredbe koje se odnose na opštu mesnu nadležnost, odnosno, mesto nastanka štete, koje se može dvojako shvatati, kako je ZPP i definisao. Odredba čija je primena ograničena na tužene osiguravače se primenjuje samo na osiguranje od odgovornosti. Drugi problem se tiče primene pravila koja se primenjuju u slučajevima vanugovorne odgovornosti, imajući u vidu da je kod osiguranja od odgovornosti nastao ugovorni odnos, a da se oštećeno lice (treće lice) obraća osiguravaču sa zahtevom za naknadu štete po osnovu ugovora između osiguranika, kao odgovornog lica i osiguravača. Ako uporedimo odredbe ZPP sa odredbama ZRSZ videćemo da su one slične, obzirom da se i odredbe ZPP odnose, samo, na osiguranje od odgovornosti, ali postoji i razlika koja se naročito ogleda u bližem regulisanju nadležnosti kada je predmet spora regresni zahtev.

2.3. Nacrt Zakona o Međunarodnom privatnom pravu

U Nacrtu ZMPP, nadležnost u sporovima osiguranja se reguliše u okviru odredaba koje se odnose na prečutni pristanak tuženog na nadležnost, kao i kod regulisanja podnošenja direktne tužbe protiv osiguravača u predmetima osiguranja od odgovornosti. Kod prečutnog pristanka tuženog na nadležnost, smatra se da je tuženi dao pristanak na nadležnost domaćeg suda, ako u odgovoru na tužbu ili u prigovoru na platni nalog nije osporio nadležnost, odnosno, ako se upustio u raspravljanje na pripremnom ročištu ili, ako ono nije održano, na prvom ročištu za glavnu raspravu, a nije osporio nadležnost, kao i ako je podneo protivtužbu. No, ako se radi o sporovima vezanim za osiguranje, a tuženi je imalac polise, osiguranik, korisnik ugovora o

¹⁷ Član 52 ZRSZ

¹⁸ Član 44 ZPP

osiguranju ili oštećeno lice, domaći sud će, pre nego što se oglasi nadležnim, upozoriti tuženog o njegovom pravu da ospori nadležnost, kao i o posledicama pristupanja sudu¹⁹. Praktično, Nacrt ZMPP je ova lica, u okviru odnosa osiguranja, stavio u privilegovan položaj. Ne želeći da analiziramo korišćenje termina „imalac polise“ (a to može biti ili osiguranik ili korisnik osiguranja), reći ćemo da je to dobro učinjeno, uz određenje i drugih lica koja imaju veze sa ugovorom o osiguranju ili osiguranim slučajem. Sa druge strane, ako se radi o direktnim tužbama kod osiguranja od odgovornosti, Nacrt ZMPP određuje da oštećeno lice može podneti direktnu tužbu protiv osiguravajućeg društva i odgovornog lica, ako to dopušta merodavno pravo za vanugovornu odgovornost za štetu ili ugovor o osiguranju²⁰. Mislimo da je i ovom odredbom definisano dobro rešenje, odnosno, da je data šira mogućnost podnošenja direktne tužbe. Uostalom, to čine i pojedini međunarodni akti, kao što je npr. Haška konvencija o merodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode²¹.

Prva, pomenuta, odredba je, pre svega, tehnička, odnosno, svodi se na definisanje prava osiguranika ili oštećenog lica u postupku. Ta odredba se, kako smo videli, odnosi i na druge oblasti. Druga odredba je definisanje mogućnosti podnošenja direktne tužbe kod osiguranja od odgovornosti. Kod ove vrste osiguranja, jedan od opštih elemenata predstavlja mogućnost podnošenja direktne tužbe protiv osiguravača, odnosno, zajedno protiv osiguravača i osiguranika, kao odgovornog lica. Činjenica je da je dobro što je Nacrt ZMPP regulisao ovo pitanje na navedeni način, ali je to mogao da uradi i na širi način. Naime, ovom odredbom se mogla predvideti mogućnost podnošenja direktne tužbe i po mestu sedišta osiguravača.

Da bi mogli da zaključimo da li je Nacrt ZMPP na odgovarajući način regulisao materiju nadležnost u stvarima koje se odnose na osiguranje, morali bi prvo da odgovorimo na pitanje da li je to zadatak ovog akta. Naime, Nacrt ZMPP reguliše materiju sukoba zakona i sukoba nadležnosti, pre svega. Zadatak Nacrta ZMPP nije detaljno definisanje kriterijuma za odedivanje nadležnosti kod osiguranja, obzirom da bi ovu materiju na odgovarajući način trebalo da regulišu drugi zakonski izvori kao što je ZPP.

3. Regulisanje nadležnosti u sporovima osiguranja u Republici Poljskoj

Kao što smo rekli, posvetićemo, kratko, pažnju i regulisanju nadležnosti u sporovima iz osiguranja u poljskom zakonodavstvu. No, moramo i ovde reći da je Poljska članica EU i da ona primenjuje Urdbu 1215/2012, koja sadrži odredbe koje se odnose i na ovu oblast. Pomenućemo najbitnija pravila vezana za ove sporove, a koja su regulisana u Zakoniku o građanskom postupku Poljske koji je donesen 1964.godine, sa zadnjim amandmanima iz 2015.godine²². Moramo reći

¹⁹ Član 28 Nacrta ZMPP

²⁰ Član 181 Nacrta ZMPP

²¹ Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=81> (pristup: 18.06.2019.)

²² The Code of Civil Procedure, <https://www.global-regulation.com/translation/poland/7049655/act-of-17-november-1964%252c-the-code-of-civil-procedure.html>(pristup: 18.06.2019.)

da ne postoje posebne zaštitne odredbe o nadležnosti u sporovima iz osiguranja u četvrtom delu Zakonika o građanskom postupku Poljske. Osim toga, predviđa se da, ukoliko u međunarodnim konvencijama nije predviđeno nešto drugo, nadležnost domaćeg suda u predmetima osiguranja će biti određena po članu 1103-5 pomenutog Zakonika ili na osnovu sporazuma stranaka o nadležnosti.

Što se tiče odredaba člana 1103–5 Zakonika, nadležnost domaćeg suda će biti zasnovana u sledećim slučajevima:

- 1) ako je spor pokrenut protiv osiguravača, domaći sud će biti nadležan, ako se boravište tužioca nalazi u Poljskoj. Interesantna odredba koja određuje nadležnost suda po mestu nalaženja tužioca. Možemo zaključiti da se, kad je u pitanju ova odredba, boravište mora shvatiti široko. Razlog definisanja ove odredbe nalazimo u zaštiti oštećenog lica, odnosno, određivanju nadležnosti po mestu njegovog nalaženja. Naime, to lice zahteva naknadu štete bilo kao osiguranik, bilo kao treće oštećeno lice;
- 2) ako se radi o saosiguranju, a domaći sud je nadležan u sporu protiv vodećeg osiguravača, a tuženi je saosiguravač. Kod saosiguranja treba razlikovati vodećeg osiguravača od ostalih osiguravača, koji se nazivaju saosiguravači, Samim tim, nadležnost suda po vodećem osiguravaču u odnosu saosiguranja dovodi do definisanja nadležnosti u sporovima kada je pasivno legitimisan saosiguravač, obzirom da se radi o istom zahtevu, odnosno, zahtevu po istom osiguranom slučaju;
- 3) ako se štetni događaj desio u Poljskoj, a slučaj se odnosi na osiguranje od odgovornosti, kao i na osiguranje nepokretnih stvari, odnosno, osiguranje i nepokretnih i pokretnih stvari, ako je šteta nastala iz jednog štetnog događaja u vezi sa tim stvarima. *Lex loci delicti commissi* se ovde vezuje i za *lex rei sitae* stvari. To se, pre svega, odnosi na nepokretnosti, ali možemo postaviti pitanje, zbog čega zakonodavac nije odredio mogućnost zasnivanja nadležnosti po mestu nalaženja nepokretnosti na kojoj je nastala šteta ili u vezi čije upotrebe je nastala šteta.

U takvim slučajevima se smatra da osiguravač ima sedište u Poljskoj, odnosno, registrovanu kancelariju, tj., ako u Poljskoj ima filijalu ili zastupništvo, a spor je rezultat aktivnosti rada osiguravača, njegove kancelarije ili filijale. To znači da se može raditi i o osiguravaču koji ima stranu državnu pripadnost²³, a koji može obavljati delatnost osiguranja na teritoriji Poljske u jednom od navedenih statusa. Ono što možemo reći da je poljsko zakonodavstvo ipak pružilo više rešenja u odnosu na zakonodavstvo Srbije u ovoj oblasti. Naime, jasnije je određena nadležnost po mestu obavljanja delatnosti osiguravača, odnosno, nadležnost vezana za osiguranje od odgovornosti, kao i za ostale vrste osiguranja koje su vezane za stvari, odnosno, čiji je predmet vezan za stvari.

²³ Član 1103–5, st. 2 Zakonika o građanskom postupku Poljske

4. Pravila Uredbe 1215/2012 o nadležnosti u sporovima osiguranja

Najviše pažnje ćemo posvetiti pravilima Uredbe 1215/2012 koja definišu pravila o nadležnosti u sporovima osiguranja, obzirom da ovaj akt posvećuje veliku pažnju ovoj oblasti. Inače, ovaj akt uređuje pitanja nadležnosti u građanskim i trgovačkim stvarima, ali uzima u obzir pravila nacionalnih zakonodavstava država članica EU. Uredba 1215/2012 definiše posebna pravila za zasnivanje nadležnosti u sporovima osiguranja, ali, kao i drugi akti, definiše i opštu nadležnost čija se pravila primenjuju i kod osiguranja. Uredba 1215/2012 definiše opštu nadležnost po prebivalištu tuženog u državi članici, bez obzira na državljanstvo tog lica, odnosno, bez obzira da li to lice ima državljanstvo države u kojoj ima prebivalište ili ne. To jeste jedno od opštih pravila, kada govorimo o opštoj nadležnosti²⁴. Ako se radi o licima koja nemaju državljanstvo članice u kojoj imaju prebivalište, na njih se primenjuju pravila o nadležnosti kao i na državljane te članice²⁵. I ranija Uredba Saveta EU br. 44/2001 od 22. decembra 2000. o sudskoj nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (dalje: Uredba 44/2001)²⁶ je predviđala da se opšta nadležnost određuje po prebivalištu tuženog²⁷. Inače, samo određivanje pojma prebivališta se uvek vrši po pravilima unutrašnjeg prava zemlje suda, pred kojim se pokreće postupak, odnosno, po *lex fori*²⁸. Moramo reći da je Uredba 1215/2012 stavila van snage Uredbu 44/2001. Reforma Uredbe 44/2001 se odnosila na više izmena, od kojih ćemo izdvojiti, obzirom na temu rada, proširenje pravila o nadležnosti za sporove koji uključuju tužene koji nemaju sedište ili prebivalište u državi članici, kao i povećanje efikasnosti kod izbora sudskih sporazuma. Inače, Uredba 1215/2012 je doneta zbog nekoliko razloga od kojih ćemo mi izdvojiti: - probleme vezane za pristup sudovima u postupcima, kad su tuženi lica van EU; - neadekvatnu primenu pravila litispencije kad su u pitanju postupci sudskih poravnjanja i njihov odnos prema paralelno vođenim postupcima; kao i - lošu interakciju između arbitražnih i sudskih sporova što je dovelo do neujednačene sudske prakse kad govorimo o presudama Evropskog suda pravde²⁹.

4.1. Zasnivanje nadležnosti u sporovima protiv osiguravača

Ukoliko osiguravač ima sedište u državi članici, on može da bude tužen: - pred sudom države članice u kojoj ima sedište; - pred sudom druge države

²⁴ Varadi T., Bordaš B., Knežević G. (2001), *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, 503

²⁵ Član 4 Uredbe 1215/2012

²⁶ Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Official Journal*, L 012, 16/01/2001, pp. 1-23

²⁷ Grabinski K. (2007), „The Brussels I Regulation (Council Regulation 44/2001) in Patent Infringement Litigation“, *IP Enforcement Week*, München, 3

²⁸ Stanivuković M. (2002), „Regulativa Saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/ES)“, *Evropsko zakonodavstvo* br. 1/02, 10

²⁹ Gorywoda L., „The New Design of the Brussels I Regulation: Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings“, 1–2, <http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/journal-european-law/files/gorywoda.pdf> (pristup: 21.06.2019.)

članice, ako tužbu podnose ugovarač osiguranja, osiguranik ili korisnik osiguranja, ako u toj zemlji imaju prebivalište; - pred sudom druge članice u kojoj je pokrenut postupak protiv glavnog osiguravača, a taj osiguravač je saosiguravač³⁰. Ako osiguravač nema sedište u članici, ali ima filijalu, predstavništvo ili drugu poslovnu jedinicu u jednoj od članica, tada će, u slučaju sporova, koji proizlaze iz poslovanja navedenih delova osiguravača, smatrati da osiguravač ima sedište u toj članici³¹.

Kod ove odredbe Uredbe 1215/2012 se može postaviti više pitanja. Prvo, koji su to slučajevi u kojima će ugovarač osiguranja, osiguranik ili korisnik osiguranja moći da podnesu tužbu protiv osiguravača u zemlji svog prebivališta? Ovdje se ne pominje oštećeno lice (kao treće lice). Naime, da li navedena lica mogu da podnesu tužbu uvek ili samo kada su oštećena? Da li se ova odredba odnosi na sva ta lica podjednako, imajući u vidu da ugovarač osiguranja ne mora biti i osiguranik, odnosno, da korisnik osiguranja ne mora znati da je korisnik sve do nastupanja osiguranog slučaja? Da li se ovom odredbom narušava pravilo opšte nadležnosti? Zatim, kada je u pitanju saosiguranje, moramo imati u vidu da nijedan saosiguravač ne odgovara za obaveze drugih saosiguravača. Osiguravač, koji je nosilac obaveze iz osiguranja kod ugovora o saosiguranju, je vodeći osiguravač odnosno, saosiguravač³². Vodeći osiguravač ili saosiguravač vrši obračun i naplatu premije osiguranja, koju dalje raspodeljuje na ostale osiguravače, odnosno, saosiguravače. Svaki saosiguravač ima samostalnu obavezu i ona se ne prenosi na ostale saosiguravače. Praktično, smatra se da je ugovarač osiguranja zaključio ugovor o osiguranju sa svakim saosiguravačem posebno. Najzad, kad govorimo o ovoj odredbi, zanimljivo je i da se tužba može podneti protiv osiguravača i po mestu nalaženja njegove filijale. Osiguravači iz zemalja članica EU mogu pružati usluge osiguranja bez osnovanih filijala ili preko njih, što znači, direktno. Nije bitno da li će osiguranik (ugovarač osiguranja) zaključiti ugovor o osiguranju sa domaćim ili stranim osiguravačem iz zemlje članice³³. Iz ovog sledi da je praktično nebitno na koji način će se obavljati delatnost osiguranja (direktno ili preko filijala), da bi se zasnivala nadležnost u ovim sporovima.

4.2. Mesto štetne radnje kao osnov za zasnivanje nadležnosti

Uredba 1215/2012 određuje da i mesto štetne radnje može biti osnov za zasnivanje nadležnosti, ali, samo, ako se radi o osiguranju od odgovornosti ili o osiguranju nepokretnih stvari. Naravno, Uredba 1215/2012 određuje da navedeno mesto mora biti u državi članici. Isti osnov za zasnivanje nadležnosti će se primeniti i ukoliko je u pitanju osiguranje pokretnih stvari, ali samo ako se radi o slučaju da su tim ugovorem obuhvaćene i nepokretne stvari³⁴. Znači, *lex loci delicti comissi* je, kao tačka vezivanja koja se primenjuje za određivanje mero-

³⁰ Član 11, st. 1 Uredbe 1215/2012

³¹ Član 11, st. 2 Uredbe 1215/2012

³² Mrkšić D., Petrović Z., Ivančević K. (2006), *Pravo osiguranja*, Beograd, 157

³³ Ivanjko Š., (2004) „Aktualna pitanja osiguranja nakon stupanja Republike Slovenije u Evropsku Uniju“, *Zbornik radova «Privreda i pravo osiguranja u tranziciji»*, Savetovanje Palić, 121

³⁴ Član 12 Uredbe 1215/2012

davnog prava kod svih oblika vanugovorne odgovornosti, osnov za zasnivanje nadležnosti. Činjenica da je mesto štetne radnje vezano za osiguranje od odgovornosti i osiguranje nepokretnosti se objašnjava time što se kod osiguranja od odgovornosti pojavljuje treće oštećeno lice koje nije učestvovalo u zaključenju ugovora o osiguranju. Naime, osiguranik ne zaključuje ugovor o osiguranju od odgovornosti, da bi treće oštećeno lice steklo izvesnu korist, nego da bi sebe obezbedio od eventualnih isticanja zahteva za naknadu štete, u slučaju nastanka osiguranog slučaja³⁵. Samim tim, oštećena lica bi dobila osnov za podnošenje zahteva za naknadu štete osiguravaču i to podnošenjem zahteva ili tužbe sudu u mestu nastanka osiguranog slučaja, tj. štete. Inače, u sporovima koji se odnose na osiguranje od odgovornosti, osiguravač, ako to dozvoljava pravo zemlje suda, da učestvuje u postupku koji je oštećeni pokrenuo protiv osiguranika. Ova pravila Uredbe 1215/2012³⁶ se primenjuju i u slučaju podizanja direktne tužbe protiv osiguravača, ako je takva tužba dozvoljena po pravu zemlje suda³⁷. Ukoliko je to slučaj, onda se mora videti da li pravo zemlje suda, koji je nadležan, dozvoljava da istom, direktnom, tužbom budu obuhvaćeni i ugovarač osiguranja i osiguranik. Ako pravo zemlje suda to predviđa, onda će isti sud biti nadležan i kad su u pitanju dvoje navedenih tuženih. Ipak, bez obzira na ovu odredbu, osiguravač može da pokrene postupak samo pred sudovima članice, u kojoj tuženi ima prebivalište ili sedište, bez obzira da li se radi o ugovaraču osiguranja, osiguraniku ili korisniku osiguranja. Ova činjenica ne utiče na mogućnost podnošenja tužbe pred sudom koji vodi prvostepeni postupak u skladu sa navedenim odredbama Uredbe 1215/2012³⁸. Moramo reći da ne razumemo ograničavanje podnošenja direktne tužbe nacionalnim pravilima države članica, odnosno, činjenicu da će se ta tužba moći podneti, samo, ako to dozvoljava nacionalno pravo određene države članice. Uredba 1215/2012 je trebalo jasno da razdvoji situaciju podnošenja direktne tužbe od slučajeva, kada osiguravač učestvuje u postupku kao umešač ili kad se radi o regresnom zahtevu.

4.3. Sporazum stranaka o nadležnosti (prorogaciona nadležnost)

Uredba 1215/2012 predviđa mogućnost zasnivanja nadležnost u ovim sporovima i putem sporazuma stranaka. Postoje dva načina zasnivanja ovakvog sporazuma, odnosno, prorogacije nadležnosti. Jedan je izričit i on je sastavni deo ugovora stranaka i obezbeđuje visoki stepen pravne sigurnosti, dok je drugi prećutan i o toj vrsti prorogacije nadležnosti govorimo tek kada nastane spor³⁹. Uredba 1215/2012 predviđa da stranke mogu odstupiti od navedenih pravila o zasnivanju nadležnosti. Naime, one mogu zaključenjem sporazuma, i to, nakon nastanka spora, da odrede nadležnost drugog suda u odnosu na sudove koji bi bili

³⁵ Šulejić P. (2005), *Pravo osiguranja*, Beograd, 388-389

³⁶ Članovi 10,11 i 12 Uredbe 1215/2012

³⁷ Član 13 Uredbe 1215/2012

³⁸ Član 14 Uredbe 1215/2012

³⁹ M.Petrović (2015), „Prorogacija nadležnosti suda za potrošačke sporove sa stranim elementom: rešenja prava EU i prava Srbije“, *Glasnik prava*, God. VI, br. 3/15, 3-4

nadležni po navedenim pravilima. Isto tako, ovaj sporazum treba da bude zaključen između osiguravača i ugovarača osiguranja, koji u vreme njegovog zaključenja imaju sedište, prebivalište ili uobičajeno boravište u istoj državi članici i koji proizvodi dejstvo prenošenja nadležnosti na sudove te članice, čak i ako se mesto štetnog događaja nalazi u inostranstvu, ali pod uslovom da taj sporazum nije u suprotnosti sa pravilima te države članice o zasnivanju nadležnosti u ovim sporovima. Uredba 1215/2012 predviđa i da se može raditi o sporazumu o nadležnosti koji je zaključen sa ugovaračem osiguranja koji nema prebivalište ili sedište u članici, osim, ako se radi o obaveznom osiguranju ili ako se radi o osiguranju nepokretnosti koje se nalaze na teritoriji države članice⁴⁰. Po opštim pravilima, nadležnost se može odrediti i slobodnim izborom pravila od strane stranaka, odnosno, putem autonomije volje. Tada se radi o sporazumu o nadležnosti kojim se može odrediti ili domaćeg ili stranog suda. Može se dogoditi da je u pitanju i prorogaciona nadležnost koja se zasniva pokretanjem postupka, od strane jedne stranke, pred sudom, koji nije nadležan, a ako se druga stranka upusti u spor. Prećutna prorogaciona nadležnost se zasniva i podnošenjem protivtužbe⁴¹. Činjenica je da se sporazumna nadležnost, ipak, mora zasnivati na pravilima koja su povezana bilo sa mestom štetnog događaja, zatim sa mestom zaključenja ugovora o osiguranju, sa mestom u kome se nalazi sedište, itd.

* * *

Moramo reći da Uredba 1215/2012 predviđa da se navedeno odnosi i na sve tzv. „velike rizike“ koji su utvrđeni Direktivom 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja⁴² (poznatija kao Solventnost II)⁴³. Uredba 1215/2012 predviđa i pravila posebne (konkurentne) nadležnosti i određuje sveobuhvatna pravila za stvari koje se odnose na osiguranje. Osim toga, važno je imati u vidu da Uredba 1215/2012 sadrži odredbe koje propisuju da, kada lice koje pruža određene usluge, koje obavlja profesionalnu delatnost, kao što su osiguravač, poslodavac ili prodavac, nema sedište ili prebivalište u državi članici, ali ima ogranak, zastupništvo ili agenciju u jednoj od država članica, smatraće se da ima stalni boravak u toj zemlji⁴⁴. Kod osiguranja postoji preduslov da osiguravač ima sedište u okviru EU. Ako to nije slučaj, primenjuju se nacionalna pravila o nadležnosti države članice⁴⁵.

⁴⁰ Član 15, st. 1,2,3 i 4 Uredbe 1215/2012

⁴¹ Vuković Đ., 29.

⁴² Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal*, L 335/1, 17.12.2009.

⁴³ Član 16 Uredbe 1215/2012

⁴⁴ Dyrda L., „Jurisdiction in civil and commercial matters under the Regulation No. 1215/2012 – between common grounds of jurisdiction and divergent national rules“, 87, http://www.12007.vu.lt/dokumentai/Admin/Doktorant%C5%B3_konferencija/Dyrda.pdf (pristup: 19.06.2019.)

⁴⁵ Dyrda L., 90

5. Izdvajanje kriterijuma za zasnivanje nadležnosti u sporovima osiguranja

Definisanje opštih i posebnih kriterijuma u ovoj oblasti vezano je za primenu opštih pravila o nadležnosti, kao i posebnih pravila koja se primenjuju samo kod sporova u oblasti osiguranja. Ako definišemo opšte kriterijume, onda primenjujemo pravila o opštoj nadležnosti koja se definiše po sedištu ili prebivalištu tuženog. Obzirom da govorimo o osiguranju, tuženi može biti osiguravač, osiguranik, ugovarač osiguranja ili korisnik osiguranja. Međutim, opšte kriterijume možemo vezati i za mesto štetne radnje, odnosno, štetne posledice, uzimajući u obzir prihvaćeno shvatanje o mestu štete, koje se može dvojako shvatati, a primeniće se pravo po onom mestu koje je povoljnije za oštećenog. Ove kriterijume možemo definisati i kao elemente osiguranja, tj. kao elemente koji definišu odnos osiguravača i osiguranika, kao i odnos ovih lica sa drugim, koja se mogu pojaviti u odnosu osiguranja. Mesto štete (bez obzira kako se shvata) se veže za primenu u u vanugovornim odnosima. *Lex loci delicti commissi* je osnovno pravilo i kad je u pitanju određivanje merodavnog prava u ovim odnosima.

Posebni kriterijumi za određivanje nadležnosti su bliže vezani za pojedine vrste osiguranja. Ti posebni kriterijumi se odnose na: 1. mogućnost podnošenja direktne tužbe kod osiguranja od odgovornosti; 2. prebivalište osiguranog lica kod osiguranja života; 3. mesto nalaženja stvari kod osiguranja imovine, a posebno se određuje nadležnost ako se predmet osiguranja sastoji iz više predmeta različite prirode. Mogu se definisati i drugi kriterijumi kod ostalih vrsta osiguranja. Kod ovih kriterijuma moramo razlikovati i pojedine specifičnosti. Npr., kod osiguranja od odgovornosti, u odnos osiguranja „ulazi“ i treće oštećeno lice, iako ono nije zaključilo ugovor o osiguranju. Zatim, kod osiguranja života se radi o zaštiti osiguranog lica koja se ogleda i kroz vezivanje nadležnosti sa mestom osiguranog lica. Naravno, i kod drugih vrsta osiguranja možemo izneti neke posebnosti koje utiču i na određivanje nadležnosti. No, činjenica je da sve specifičnosti ne možemo uzeti kao kriterijum za određivanje nadležnosti, ali moramo imati u vidu da kod osiguranja uvek definišemo odnos osiguravača i osiguranika koji je definisan ugovorom.

6. Zaključak

U sporovima osiguranja u kojima je prisutan element inostranosti, određivanje pravila za zasnivanje nadležnosti mora imati svoj osnov, kako smo rekli, u elementima samog ugovornog odnosa o osiguranju, ali, isto tako, i u drugim činjenicama koje se mogu vezati za odnos osiguranja. No, ako bi morali da definišemo najvažnije kriterijume za zasnivanje nadležnosti, na osnovu navedenog u prethodnom odeljku, pre svega, oni bi se sveli na sledeće:

- 1) prebivalište ili boravište tuženog, što je osnov za određivanje opšte nadležnosti. Ovaj kriterijum treba uzeti u obzir i kad je u pitanju osiguranik (kao i ugo-

- varač osiguranja ili korisnik osiguranja) i kad je u pitanju osiguravač;
- 2) mesto obavljanja delatnosti od strane osiguravača, bez obzira da li je u pitanju sedište ili filijala. Činjenica je da se u Srbiji, obzirom da ona nije članica EU, ne može uzeti u obzir registrovana kancelarija stranog osiguravača kao kriterijum;
 - 3) mesto štetne radnje, pre svega, kod osiguranja od odgovornosti, imajući u vidu da se kod te vrste osiguranja pojavljuju treća oštećena lica koja nisu učestvovala u ugovornom odnosu osiguranja;
 - 4) mesto nalaženja stvari, u slučajevima da je jasno određen predmet osiguranja, odnosno, da je u pitanju nepokretna ili pokretna stvar; i
 - 5) sporazumno zasnivanje nadležnosti stranaka u sporu, ako je ta mogućnost predviđena ugovorom o osiguranju. Činjenica je da prorgaciona nadležnost ne može biti predviđena kod svih vrsta osiguranja, naročito ne kod osiguranja od odgovornosti.

Na kraju, moramo reći da ni u jednom aktu koji je naveden u ovom radu, ova materija nije regulisana na adekvatan način. Činjenica da se u EU pola veka na istovetan način ova materija uređuje, govori da je zakonodavac u EU morao odredbama o nadležnosti u sporovima osiguranja više da se posveti. Mislimo da se mnogo više pažnje poklanjalo definisanju mogućnosti podnošenja tužbe u državama članicama, nego što se vodilo računa o određivanju i drugih kriterijuma, po kojima bi se mogla zasnovati nadležnost u sporovima osiguranja. Kad je u pitanju zakonodavstvo Srbije, smatramo da, prilikom budućeg regulisanja ove oblasti, treba uzeti u obzir napred navedene kriterijume, koji bi odgovorili posebnostima svih vrsta osiguranja.

* * *

***DEFINING OF CRITERIA FOR DETERMINING JURISDICTION
IN INSURANCE DISPUTES
WITH FOREIGN ELEMENT***

– with a reference to the solutions in the Polish legislation -

Summary

The criteria for defining of the jurisdiction in insurance disputes with foreign element are bound to the elements of the insurance relationship defined by the insurer and the insured. These criteria can be divided into general and special. General criteria are defined according to the rules of general jurisdiction, while special criteria are bound for specific types of insurance. The paper pays attention to the regulation of this matter in the laws of Serbia and Poland, as well as, in EU law, that is, in Regulation no. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. The author concludes

that in no one mentioned act, this area has not been adequately regulated, so it is necessary, analogously, to apply other rules when establishing jurisdictions in these disputes. The author particularly criticizes the Serbian legislation, which defines rules for determining jurisdiction only in liability insurance.

Key words: insurance disputes, jurisdiction, foreign element, insurer, insured, place of damage.

dr Nikola Dožić¹

NASLEDIVOST PRAVA I OBAVEZA IZ UGOVORA O OBAVEZKOM OSIGURANJU OD AUTOODGOVORNOSTI U PRAVU CRNE GORE

Apstrakt

U ovom radu autor se bavi pitanjem prenosivosti i nasledivosti prava bonusa ili obaveze malusa iz ugovora o osiguranju od autoodgovornosti u pravu Crne Gore, s obzirom na postojanje posebnih Uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licim. U radu se u prvom dijelu objašnjava sistem bonus malusa u Crnoj Gori, pa se zatim razrađuju sporna pitanja s obzirom na domet regulisanja. Obraduju se pitanja prenosivosti prava i obaveza uopšte, a zatim nasledivost prava i obaveza u skladu sa pozitivno-pravnim propisima koji sadrže odredbe o nasleđivanju prava i obaveza iz ugovora o osiguranju i prava o nasledivosti prava i obaveza uopšte. Autor kritikuje postavljena rješenja i daje predloge za način rješavanja uočenih spornih pitanja.

Ključne riječi: bonus malus, prenosivost prava i obaveza, nasledivost prava i obaveza

1. Uvod

Neke od osnovnih lekcija iz građanskog prava se nikad ne zaboravljaju. Ili barem ne bi trebalo da se zaboravljaju. Među njima je i pitanje univerzalne sukcesije u slučaju nasleđivanja² koju nauče svi student već nakon prve godine studija, da naslednici stupaju u sva prava i obaveze koja je imao ostavilac.

Shodno zakonskom određenju, obaveze ostavioca ne čine zaostavštinu, ali naslednik odgovara za dugove ostavioca do visine vrednosti nasleđene imovine.³ Zaostavštinu čine samo imovinska prava koja mogu biti predmet naslednopravne sukcesije.⁴ Naslednici odgovaraju samo za ostaviočeve dugove, po sili zakona, do

¹ Saradnik u nastavi na Pravnom Fakultetu Univerziteta Crne Gore. mail: nikolad@ucg.ac.me

² U tom smislu vidi: Antić O. (2014), *Nasledno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 44, Rašović Z. (2009), *Građansko pravo*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 257, Popov D. (2005), *Građansko pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 202.

³ Član 140 Zakona o nasleđivanju, *Sl. list CG* br. 74/2008.

⁴ Rašović Z. (2009), 253. Babić I. (2015), *Građansko pravo, Knjiga 3 – Nasledno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, , 45 i 229.

visine naslednog dijela.⁵ Ovim pitanjima i teorijskim shvatanjima ćemo se vratiti u odgovarajućem dijelu rada.

Ako imamo u vidu ova pravila koja na početku studija savlada svaki student, mi ćemo ipak ovdje postaviti i raspravljati upravo pitanje koja prava kod osiguranja od autoodgovornosti predstavljaju naslediva prava, i da li obaveze povodom zaključenja ovog ugovora mogu biti nasledive s obzirom na jedinstvena rješenja u uspostavljenom sistemu bonus malus sistema u pravu Crne Gore, ne ulazeći u rasprave o ispravnosti obavezne primjene jedinstvene osnove premijskog bonus malus osiguranja.⁶

U tom smislu, u cilju postavljanja problema, prvi dio izlaganja će biti posvećen objašnjenju osnova sistema bonus malusa i njegovom razvoju u pravu Crne Gore, a zatim će se pristupiti izlaganju osnovnog problema, praktičnim problemima i posljedicama koje proizvodi ovo rješenje, potencijalnim pravilima za njegovo rješavanje posmatrajući odredbe Zakona o obligacionim odnosima kojim je regulisan ugovor o osiguranju (koji sadrži neke odredbe o nasljeđivanju vezane za ugovor o osiguranju), kao i odredbe Zakona o nasljeđivanju i drugih opštih pravila građanskog prava, koji na opšti način uređuju pitanja univerzalne sukcesije, zaostavštine i pitanja odgovornosti nasljednika za dugove ostavioca – u cilju nalaženja mogućeg rješenja osnovnog problema koji je tema ovog rada.

2. Sistem bonus malusa kao način utvrđivanja rizika

Zakonom o obaveznom osiguranju u saobraćaju Crne Gore određena je obaveza zaključenja ugovora o osiguranju,⁷ uslove osiguranja i tarife premija⁸ i način utvrđivanja premija obaveznog osiguranja.⁹ Ovim Zakonom je određeno da se premijskim sistemom utvrđuju osnovi za izračunavanje premije i struktura premije za obavezna osiguranja; minimalni iznos tehničke premije za obavezna osiguranja; najviši procenat bruto premije koji se izdvaja za režijski dodatak; najviši iznos naknade, odnosno provizije koja se može platiti za poslove posredovanja, odnosno zastupanja u osiguranju, kao i za vršenje drugih poslova neposredno povezanih sa poslovima osiguranja; i sistem bonus-malus.

Ova Zakonska pravila su bila osnov na osnovu koga je Agencija za nadzor osiguranja dala saglasnost na odluku Skupštine Udruženja Nacionalnog biroa osiguravača Crne Gore kojom je u sistem osiguranja Crne Gore uveden novi Sistem tarifa premija osiguranja autoodgovornosti koji je stupio na snagu 1. februara. 2015. godine.

Time su stvoreni uslovi za primjenu sistema bonus-malusa prilikom zaključenja ugovora o osiguranju vlasnika, odnosno korisnika motornih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima u Crnoj Gori. Odluka o uvođenju ovog sistema opravdavana je preventivnim dejstvom ovih mjera i potencijalnim

⁵ Babić I. (2015), 45 i 229.

⁶ U tom smislu vidi: Labudović J., „Premija osiguranja“, *Revija za pravo osiguranja*, broj 3/2010, 2010.

⁷ Član 7 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Sl. list CG*, br. 44/2012.

⁸ Član 10 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju *Sl. list CG*, br 44/2012.

⁹ Član 11 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju *Sl. list CG*, br 44/2012.

uticajem na povećanje bezbjednost saobraćaja, stimulisanjem opreznije vožnje. I druge zemlje u regionu su u svoje sisteme obračuna premije obaveznog osiguranja uvele sistem bonus-malusa razvijenog u Evropi početkom 60-ih, kao korektiv odnosa visine premije i rizika od pojedinačnog osiguranika, često nazivan i *experience rating*, *merit-rating*, *no-claim discount* kao sistem iskustvenog određivanja premije osiguranja, u kojem se premija izračunava na osnovu prethodnog ponašanja osiguranika.¹⁰

Bonus predstavlja pravo osiguranika na određeni popust, a malus pravo osiguravača na naplatu posebnog doplatka – a oba se obično ostvaruju u narednih godinu dana, u određenom procentu od obračunate premije i određuju se obično unaprijed, po uslovima osiguranja koji se razlikuju u zavisnosti od grane i vrste osiguranja.¹¹

Ova mogućnost prilagođavanja premije riziku od ponašanja osiguranika djeluje preventivno, s obzirom na ekonomski motiv osiguranika da ne pričini štetu postupajući u saobraćaju sa povećanom pažnjom ili pak da izvrši naknadu štete bez korišćenja prava po osnovu ugovora o obaveznom osiguranju. U oba slučaja osiguranik će izbjeći svojevrsno kažnjavanje malusom u vidu uvećanja premije zbog povećanja rizika. Ipak, kako ovaj sistem predstavlja mogućnost osiguravača da imaju uvid u navike osiguranika i time ocijene rizik koji prijete od konkretnog osiguranika prilikom zaključenja ugovora,¹² u slučaju kada osiguranik optira da sam naknadi pričinjenu štetu predstavlja svojevrsnu prevaru osiguranika prema osiguravaču. S obzirom da će osiguranik optirati za direktnu naknadu štete u slučajevima manjih šteta, kako bi izbjegao naplatu malusa u narednom periodu osiguranja, onemogućava osiguravača da pravilno ocijeni rizik zaključenja ovog ugovora sa konkretnim osiguranikom, jer se može pretpostaviti da će biti rijetki slučajevi kada će osiguranici prilikom zaključenja ovog oblika obaveznog osiguranja prijaviti ovu okolnost značajnu za ocjenu rizika, a posebno i zbog načina zaključenja ovog ugovora, s obzirom da osiguravači prilikom zaključenja ovog ugovora i ne postavljaju pitanja osiguraniku o ranije ostvarenim osiguranim slučajevima. Ipak, u uporednom pravu poznati su i slučajevi kada sama pravila o bonus malus sistemu omogućavaju da se u slučaju isplate štete od strane osiguranika smatra da šteta nije ni prijavljena te da u tom slučaju neće doći do obračuna malusa.¹³

I pored zajedničkog cilja i svrhe upotrebe sistema, sistem bonus malusa je prilično različito postavljen u uporednom pravu. Tako, rješenja variraju od potpune slobode uređenja ovog sistema do obavezno propisanog sistema na nivou države za sve osiguravače.¹⁴ Osim samog Sistema bonus malusa u uporednom

¹⁰ Lemair J. (1998), „Bonus-Malus Systems: the European and Asian Approach to Merit-Rating”, *North American Actuarial Journal*, Vol. 2, 26.

¹¹ Mrkšić D., Petrović Z., Ivančević K. (2008), *Pravo osiguranja*, Beograd, 57.

¹² U tom smislu vidi: Pak J. (2011), *Pravo osiguranja*, Beograd, 261.

¹³ Ovakvo pravilo izričito je predviđeno u članu 12 stav 1 tačka 3 Zajedničkih uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima Biroa osiguranja Republike Srpske.

¹⁴ Lemaire J., Zi H. (1994), “A Comparative Analysis of 30 Bonus-Malus Systems”, *Astin Bulletin*. Vol. 2.4, No. 2, 287.

pravu su poznati i primjeri različito određene visine bonusa i malusa kod različitih osiguravača,¹⁵ koji pruža mogućnost ostvarenja konkurencije u poslovanju osiguravača a time i realne procjene rizika koji svaki konkretni osiguranik predstavlja prilikom zaključenja ugovora.

3. Bonus malus sistem u osiguranju od autoodgovornosti u Crnoj Gori

Sistem bonus malusa u Crnoj Gori je na nacionalnom nivou uređen Uslovima za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima koje je donio Nacionalni biro osiguravača Crne Gore.¹⁶ Tako se premija osiguranja u osiguranju od autoodgovornosti utvrđuje prema težini rizika na određenom području, ili za cijelu Crnu Goru, koju je osiguranik dužan platiti u skladu sa tarifom u momentu plaćanja premije.¹⁷ Prilikom zaključivanja ugovora o osiguranju osiguranici se razvrstavaju u odgovarajući premijski razred. Predviđeno je postojanje 13 premijskih razreda a osnovni premijski razred je premijski razred 7 (PR7) koji podrazumijeva plaćanje pune vrijednosti premije. Razredi PR1 do PR6 su bonusni razredi, sa popustom od pet do 30 procenata, a rezredi od PR8 do PR13 malusni razredi, sa procentom malusa od 115 do 210 procenata, u koje se određuju osiguranici u zavisnosti od broja prijavljenih šteta u prethodnom jednogodišnjem periodu trajanja osiguranja od autoodgovornosti, koje je pričinio trećim licima za koje je odgovoran. S obzirom na postojanje informacionog sistema o prijavljenim štetama ostvareni bonus ili malus prenosi se kod drugog osiguravača, ukoliko osiguranik želi da promijeni osiguravača.

Ovako uređenim Uslovima je ostvaren sistem, koji u zavisnosti od broja prijavljenih šteta, svrstava osiguranika u odgovarajući bonusni ili malusni razred prilikom zaključenja osiguranja za sledeći jednogodišnji period za vozilo koje ranije koristio ili kada vrši osiguranje od odgovornosti za novonabavljeno vozilo iste vrste, koje je nabavio kao zamjenu za ranije vozilo, ako to učini najkasnije u roku od jedne godine od dana isteka godišnjeg osiguranja od autoodgovornosti. Ova pravila su postavljena u svrhu kontinuiranog praćenja ponašanja osiguranika u saobraćaju, što se vidi iz pravila predviđenih u slučaju kada osiguranik kupi novo, vozilo pri čemu zadržava ostvareni bonus odnosno malus. Iako su vidljivi nedostaci crnogorske regulative i u smislu nepostojanja razlike u odnosu na visinu štete, kao i na vrstu isplaćene štete (da li je u pitanju materijalna ili nematerijalna šteta),¹⁸ u literaturi se često složenost sistema bonus malusa i broj varijabli koji se koristi u određivanju rizika¹⁹ vezuje za razvijenost sistema osiguranja, kao

¹⁵ Mrkšić D., Petrović Z., Ivančević K. (2008), 58.

¹⁶ Uslovi za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima su donijeti 23. januara 2015. godine

¹⁷ Član 8. Uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima

¹⁸ Vidi: Pitrebois S., Denuit M., Walhin J. (2006), "Multi-Event Bonus-Malus Scales", *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 73, No. 3.

¹⁹ Vidi: Lemaire J., Zi H. (1994), 287.

i za kasnije uvođenje posebno strogih sistema bonus malusa.²⁰

Dakle, vidljiva je svrha praćenja individualnog rizika koji proizilazi iz istorije ponašanja svakog konkretnog osiguranika, te je očigledno da se radi o pravima i obavezama koje su vezane za njegovu ličnost. Prevencija i eventualno kažnjavanje osiguranika za pričinjenu štetu su osnovni razlozi uspostavljanja ovog sistema, koji naročito efektno djeluje u slučaju malusa kada bi se vraćanje na osnovnu premiju, sa najvišeg premijskog razreda u Crnoj Gori, trajalo šest godina, dakle, svake godine za po jedan razred, pod uslovom da osiguranik svake godine ostvari pravo na bonus.

U crnogorskom pravu nije predviđeno pravilo o razvrstavanju drugog vozila osiguranika u odgovarajući premijski razred. Da li ovo vozilo treba svrstati u osnovni premijski razred, kao što predviđaju pravila Odluke o osnovnim kriterijumima bonus-malus sistema, podacima za primenu tog sistema i najvišem bonusu Narodne banke Srbije,²¹ ili treba i ovo vozilo svrstati u isti premijski razred u kojem se nalazi vozilo koje već posjeduje osiguranik? Isto pravilo bi trebalo primijeniti i u slučaju kupovine trećeg, četvrtog itd. vozila, s obzirom da su pravila o sistemu bonus malusa uspostavljena za ocjenu rizika koji dolazi od osiguranika, odnosno od lica koja imaju ovlašćenje držanja i korišćenja motornog vozila (što mora biti naznačeno u polisi), ako je ono predmet ugovora o finansijskom lizingu, odnosno zakupu i za svako pojedinačno motorno vozilo u vezi sa kojim se to pravo stiče i ne prenosi se pri prenosu vlasništva.

Dakle, smanjenje premije (bonus) ili povećanje premije (malus) trebalo bi vršiti za svako motorno vozilo osiguranika podjednako, s obzirom da se rizik ne smanjuje i povećava u odnosu na motorno vozilo veće je ono vezano za osiguranika.

Uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima sadrže posebna pravila samo u slučaju prenosa vlasništva, prilikom kojeg predviđaju da se bonus ili malus ne prenose na kupca,²² dok ne sadrže možda i potrebija pravila o obračunu zbog nezgode nastale nakon kupovine vozila u toku trajanja ugovora o osiguranju prethodnog vlasnika, kao ni pitanje kako se bonus-malus obračunava kada više lica na vozilu imaju vlasništvo (susvojina ili zajednička svojina), a ta lica upotrebljavaju vozilo u toku trajanja ugovora o osiguranju.

Ovdje dolazimo do osnovnog problema koji će biti predmet posebne rasprave.

Pored dosta nedostatnih pravila u sistemu bonus malusa u Uslovima za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima je posebno tretirano pitanje prenosivosti prava i obaveza iz ovog ugovora na poklonoprince i naslednike. Prilikom regulisanja ovog pitanja javlja se i osnovni problem koji ćemo raspraviti u narednom dijelu.

²⁰ Park S., Lemaire J., Chua C. (2010), "Is the Design of Bonus-Malus Systems Influenced by Insurance Maturity or National Culture?—Evidence from Asia", *The Geneva Papers on Risk and Insurance—Issues and Practice*, vol. 35, 7.

²¹ Odluka o osnovnim kriterijumima bonus-malus sistema, podacima za primenu tog sistema i najvišem bonusu Narodne banke Srbije, *Sl. glasnik RS* br. 24/2010 i 60/2011.

²² Član 9 stav 17 Uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima.

4. Nasljeđivanje bonusa ili malusa u osiguranju od autoodgovornosti u Crnoj Gori

U členu 9 stav 19 Uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima, predviđeno je da se:

“prava i obaveze po osnovu premije osiguranja od autoodgovornosti odgovarajućeg premijskog razreda prenose se na nasljednika, odnosno poklonoprimca kod prenosa prava vlasništva vozila na zakonskog nasljednika ili po ugovoru o poklonu između članova uže porodice (bračni drug, djeca i roditelji), kao i na lice koje stiče pravo svojine na vozilu za koje je imalo ovlašćenje držanja i korišćenja motornog vozila po osnovu ugovora o finansijskom lizingu, odnosno zakupu.”

Ovim pravilom obuhvaćeno je više situacija dobročinog raspolaganja i sukcesije prava, kao i teretnog raspolaganja kod prenosa prava po osnovu ugovora o finansijskom lizingu ili kupovine vozila koje je lice već držalo po osnovu ugovora o zakupu.

U jednom stavu u istoj normi postavljena su pravila o prenosu prava iz sistema bonus malusa na:

1. Zakonskog nasljednika;
2. Poklonoprimca iz reda članova uže porodice (npr. bračni drug, djeca i roditelji);
3. Lice koje stiče pravo svojine na vozilu za koje je imalo ovlašćenje držanja i korišćenja motornog vozila po osnovu ugovora o finansijskom lizingu;
4. Lice koje stiče pravo svojine na vozilu za koje je imalo ovlašćenje držanja i korišćenja motornog vozila po osnovu ugovora o zakupu.

Na prvi pogled je odmah vidljivo da se radi o prilično neujednačenim kategorijama lica, koja su obuhvaćena istom posljedicom u slučaju prenosa vlasništva u prilično heterogenim situacijama.

U tom smislu, nije potrebno posebno obrađivati dva poslednja slučaja, s obzirom da se pri prometu vozila u ovim slučajevima prenosi bonus onodno malus koji je već opterećivao ovo lice koje je imalo ovlašćenje za držanje i korišćenje vozila po osnovu ova dva ugovora.

Ipak, prva dva rješenja nijesu toliko uobičajena i mogu stvoriti problem pri njihovoj promjeni.

Posebna pažnja biće posvećena pitanjima prenosivosti prava i obaveza iz premijskog razreda ugovorom o poklonu i u slučaju nasljeđivanja, jer je očigledno da je *ratio* regulisanja ovih pitanja isti. Tako se mora posebno razmotriti da li je *ratio* jednakog regulisanja stvarno racionalan i opravdan u ovim slučajevima.

4.1. Ugovor o poklonu i bonus malus sistem u Crnoj Gori

Jasno je da su ova pravila od suštinske važnosti u drugom navedenom slučaju - kod primjene ovih pravila kod ugovora o poklonu, jer se njihovom primjenom želi izbjeći izigravanje zloupotrebe ustanove ugovora o poklonu kao načina izigravanja pravila sistema bonusa i malusa. Ovo posebno ako imamo u vidu da je primjena ovog pravila o prelasku prava i obaveza iz ugovora o osiguranju ograničena na veoma uzak krug bliskih lica, kod kojeg bi moglo doći do zloupotrebe ugovora o poklonu.

Ipak, moguće je da će veliki broj slučajeva stvarno motivisanih *animus donandi* trpjeti posljedicu obračuna malusa koji je pratio prethodnog vlasnika, iako namjera poklonodavca nije bila izbjegavanje primjene pomenutih pravila. U ovim slučajevima jasno je da će u cilju izbjegavanja zloupotrebe ugovora o poklonu u sistemu bonus malusa trpjeti lica koja su imala altruističke motive kao i primaoci ovakvog poklona.

Ne smije se zaboraviti ni situacija kada bi poklonoprimec dobio i odgovarajući bonus koji je pratio prethodnog vlasnika – poklonodavca ne samo u slučajevima motivisanih *animus donandi* već i u slučajevima kada bi namjera poklonodavca bila da svoj bonus pokloni licu koje je do tog momenta plaćalo značajni malus prilikom zaključenja ugovora o obaveznom osiguranju a koji je posljedica veće rizičnosti tog lica. Ipak, ovi slučajevi nijesu obuhvaćeni Uslovima za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima.

Jasno je da ova pravila ne sadrže posebne odredbe neophodne za rješavanje problema u ovom posljednjem slučaju, kao ni u slučaju kada dođe do kupovine drugog vozila, kada bi imalo smisla da se primijeni isto pravilo koje je predloženo u slučaju kupovine drugog vozila.

Nejasna je međutim svrha prenosivosti premijskog razreda na poklonoprimec kada je u pitanju bonus, naročito ako zamislimo slučaj kada se vozilo poklanja licu koje do sada nije imalo ugovor o osiguranju. Prema pravilima ono bi trebalo biti raspoređeno u osnovni premijski razred, ali u slučaju da je dobio vozilo na poklon, primjenom ovog pravila ono bi bilo i sukcesor prava na bonus. Da li bi primjenom pravila vezanim za ugovor o poklonu došlo do kolizije sa osnovnim pravilom, i koje bi pravilo imalo prioritet u primjeni, ono o razvrstavanju osiguranika u osnovni premijski razred, ili ono po kojem bi osiguranik ostvario i pravo na bonus. U slučaju prenosa vlasništva na lice koje po prvi put zaključuje ugovor o osiguranju u slučaju prenosa malusa, takođe se javlja ista dilemma, da li primijeniti pravilo o prenosu malusa ili o razvrstavanju osiguranika u osnovni premijski razred?

Ako se poklon čini licu koje već ima jedno vozilo koje će zadržati ili licu koje je imalo ugovor o osiguranju a ovim vozilom mijenja prethodno, otvaraju se kao pitanja i sukobi pravila koja su predviđena za ova dva slučaja.

Dakle, sporadičnim regulisanjem pravila o prenosu prava i obaveza iz premijskog razreda na poklonoprimec otvoreno je više pitanja, koja iziskuju odgovor kako bi se adekvatno mogla primijeniti pravila o bonusu i malusu u praksi.

Neophodno je u ovom slučaju doraditi odredbe koje se odnose na prenos prava i obaveza iz premijskog razreda na osnovu ugovora o poklonu, prvo, izdvajanjem u posebni stav, a drugo, doradom otvorenih pitanja koja su razmatrana.

Posebno je značajno imati u vidu da se prilikom ponovnog regulisanja ovog pitanja posebno mora imati u vidu činjenica da su ova pravila posvećena utvrđivanju i praćenju rizika od pojedinačnih osiguranih, te da sva pravila moraju biti formulisana imajući u vidu ovu osnovnu premisu.

Ipak, ovo pitanje ima i posebnu naslednopravnu dimenziju ako se ima u vidu da ovakvim rješenjem nije obuhvaćen legatar, tj. nije posebno regulisano pitanje poklona *mortis causa*. Posmatrajući pravnu normu Uslova kojima je predviđen prenos prava i obaveza na zakonske naslednike i poklonoprince iz reda članova uže porodice, iz zajedničkog rješenja su izostavljeni legatari, koji bi u cilju jednakog postupanja u ovom smislu trebali imati položaj jednak položaju poklonoprince. Iako je jasno da u ovom smislu ne može doći do zloupotrebe pravila o prenošenju obaveza bonus malusa, s obzirom da se radi o pravnom poslu *mortis causa*.

4.2. Nasleđivanje prava i obaveza vezanih za premijski razred u Crnoj Gori

U maratonski dugom stavu, raspolaganja *inter vivos* i *mortis causa*, teretna i dobročina raspolaganja, obuhvaćena su istim pravilom i predviđena je ista posljedica u svim slučajevima. Tako je Uslovima za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima predviđeno da se prava i obaveze po osnovu premije osiguranja od autoodgovornosti odgovarajućeg premijskog razreda prenose se na zakonskog nasljednika.²³

Malo je reći da je nejasan i *ratio* prenosivosti premijskog razreda na naslednike. U slučaju ugovora o poklonu, jasno je da je osnovna intencija regulatora bila da se uredi pitanje od posebne važnosti za osiguravače, s obzirom da bi u suprotnom slučaju bila otvorena vrata za zloupotrebu pravila o bonusu i malusu. Takođe, ovo pitanje je očekivano regulisano i u drugim sličnim pravilima u uporednom pravu iz istih opravdanih razloga, sa više ili manje uspjeha.

Zato, posebno je potrebno i razmotriti osnovno pravilo, kao i pitanje stvarne potrebe regulisanja pitanja nasledivnosti prava i obaveza iz premijskog razreda.

Samim Uslovima, kao osnovno, predviđeno je pravilo da je raspored u odgovarajući premijski razred vezan za vlasnika (imaoca) i za svako pojedinačno motorno vozilo u vezi sa kojim se to pravo stiče i ne prenosi se na novog vlasnika (imaoca) pri kupoprodaji ili prenosu vlasništva, odnosno prava korišćenja motornog vozila.

S obzirom na ranije iskazanu nedostatnost pravila o regulisanju pitanja svakog pojedinačnog vozila, koje ne bi trebalo da ima uticaja s obzirom na osnovnu svrhu ovih pravila, ostaje jedino da se razmotri odnos posebnog pravila o nasledivnosti prava i obaveza i potrebi vezivanja posljedica za nasljednike.

Pored osnovne nomotehničke primjedbe, na samu dužinu stava, kao i činjenicu da je u pitanju 19-i stav jednog člana, što je uistinu neuobičajeno u

²³ Član 9 stav 17 Uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima.

praksi pripreme opštih propisa u evokontinentalnim pravnim sistemima, a time i u suprotnosti sa osnovnim nomotehničkim pravilima crnogorskog zakonodavstva, čudi da ovi Uslovi za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima sadrže posebna pravila o nasljeđivanju prava i obaveza bonusa ili malusa iz više razloga:

- jedan, nije poznato da neka druga pravila slične namjene i sadržine uređuju pitanje nasljeđivosti prava i obaveza vezanih za prenosivost prava i obaveza iz premijskog razreda;
- dva, odredbe o nasljeđivanju u oblasti osiguranja sadržane su u Zakonu o obligacionim odnosima Crne Gore i
- tri, pitanje nasljeđivanja je posebno uređeno odredbama Zakona o nasljeđivanju.

Tako će se naredna izlaganja kretati upravo u pravcu pokušaja rješenja zadatog problema, istražujući prvo odredbe Zakona o obligacionim odnosima koji sadrži odredbe o ugovoru o osiguranju i pravila o nasljeđivanju prava i obaveza iz ovog ugovora. Zatim, ćemo ispitati opšta pravila Zakona o nasljeđivanju, sa istim ciljem.

4.3. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima

Posebna pravila o ugovoru o osiguranju uređena su Zakonom o obligacionim odnosima. Ipak, ova pravila se više odnose na neke druge dimenzije nasljeđivosti prava iz ovog ugovora, nego što sadrži pravila o nasljeđivosti prava i obaveza koje predstavljaju osnov našeg problema.

Ovim Zakonom su uređena pitanja osiguranja života u korist trećeg lica i način određivanja korisnika (ugovorom, docnijim pravnim poslom ili testamentom). Takođe, uređeno je i pitanje prava lica koja su rođena nakon određivanja djece ili potomaka kao korisnika, odnosno pravo supruga koji je u momentu smrti bio u braku sa ostaviocem ako je korist namijenja supruhu.²⁴ Posebno je predviđena i podjela koristi između više korisnika kad su za korisnike određena djeca, potomci i uopšte nasljednici, ako ugovornik osiguranja nije odredio kako će se izvršiti podjela između njih. U tom slučaju će se podjela izvršiti srazmjerno njihovim nasljedničkim djelovima, a ako korisnici nijesu nasljednici, osigurana svota biće podijeljena na jednake djelove.²⁵ Uređena su i pitanja opozivanja odredbi o određivanju korisnika, izjavi korisnika o prihvatanju, ništavosti odredbe o neopozivosti izjave o određivanju korisnika, pravu prenosa svojstva korisnika i prije nastupanja osiguranog slučaja, nenasljeđivosti svojstva korisnika i konačnom pripadanju osigurane sume imovini osiguranika u slučaju kada nema određenog korisnika, određenog živog korisnika u trenutku smrti osiguranika, ili za slučaj da odredbe o određivanju budu opozvane ili kada lice određeno kao korisnik odbije.²⁶

²⁴ Član 1054 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

²⁵ Član 1055 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

²⁶ Član 1056, 1059, 1060 i 1061 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

Od posebnog nasljednopravnog značaja je i odredba izuzimanju osigurane svote iz zaostavštine čak i kada su kao korisnici određeniji nasljednici, bez obzira na vrijeme davanja prihvata, njegovu naslednu izjavu i odricanje od nasleđa, kao i odredba o isključenju prava povjerilaca na osiguranu sumu, osim u slučaju kada su ispunjeni uslovi za pobijanje dužnikovih, pravnih radnji.²⁷

Na kraju, uređeno je i pitanje savjesne isplate osigurane svote neovlašćenom licu i prava korisnika prema licu koje je primilo osiguranu svotu.²⁸

Iako Zakon o obligacionim odnosima sadrži posebne odredbe o nasljeđivanju prava iz ovog ugovora, sve odredbe koje smo pomenuli odnose se na slučajeve osiguranja života i posljedice vezane za ovaj vid osiguranja u slučaju smrti osiguranika.

4.4. Zakonske odredbe o nasljeđivanju prava i obaveza

S obzirom da je jednim aktom Udruženja osiguravača Crne Gore, nižim od zakona, regulisano pitanje nasljeđivanja prava i obaveza iz premijskog razreda, neizostavno se postavlja pitanje odnosa Uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima prema odredbama Zakona o nasljeđivanju i njihove eventualne zakonitosti.

Osnovno pravilo je da se nasljeđuje zaostavština ostavioca.²⁹ Kako je ovo osnovni izvor pravila o nasljeđivanju, predviđeno je da zaostavštinu čine sva imovinska prava podobna za nasljeđivanje koja su ostaviocu pripadala u trenutku njegove smrti³⁰ i nasljeđivanju podobne obaveze koje su pripadale ostaviocu u momentu njegove smrti.³¹ Teorijska rasprava u ovom slučaju vodi se o pitanju da li u sastav zaostavštine ulaze i obaveze ostavioca, mada je u konačnom zaključeno da je ovo čisto teorijska rasprava bez praktičnog značaja, s obzirom na postojanje posebnih pravila o odgovornosti nasljednika za obaveze ostavioca.³² Naše pravo, kao i većina savremenih prava, primjenjuju sistem *pro viribus hereditatis*³³ i sadrže pravila odgovornosti nasljednika za dugove ostavioca do visine naslednog dijela. Tako, samo razlikovanje pitanja da li obaveze ulaze u zaostavštinu ili se za njih samo odgovara, predstavlja teorijsku raspravu, o kojoj nema jedinstvenog odgovora.³⁴

²⁷ Članovi 1057 i 1058 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

²⁸ Član 1062 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

²⁹ Član 2 Zakona o nasljeđivanju, *Sl. list CG* br. 74/2008.

³⁰ Član 3 stav 1 Zakona o nasljeđivanju, *Sl. list CG* br. 74/2008. Rašović Z. (2009), 253. Babić I. (2015), 45.

³¹ Đurđević D. (2017), *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 49.

³² Đurđević D. (2017), 49. Babić I. (2007), *Nasledno parvo*, Službeni list SRJ, Beograd, 185.

³³ *Leksikon građanskog prava*, Čigoja štampa, Beograd 1996, 434. U literaturi se ističe i postojanje oblika *cum viribus hereditatis*, kod koje naslednik odgovara samo za dugove iz zaostavštine samo nasljeđenim imovinskim pravima, do granice njihove vrijednosti, dok kod oblika *pro viribus hereditatis* može se odgovarati i drugim imovinskim dobrima nasljednika, ali u granicama vrijednosti nasledene imovine. – U tom smislu vidi: Antić O., (2014), 416-417. Stojanović N. (2009), *Naslednička zajednica*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Centar za publikacije, Niš, 90.

³⁴ Stojanović N. (2009), 89.

Ipak, pitanje nasledivosti prava i obaveza u građanskom pravu posebno je pitanje koje je dugo u literaturi bilo predmet rasprava. Tako se danas u skladu sa osnovnim principom prometljivosti subjektivnih građanskih prava i obaveza,³⁵ nasledivost smatra pravilom u skladu sa propisima ili kada tako proizilazi iz same prirode konkretnog odnosa.³⁶ Osnovno pitanje je da li se radi o pravu ili obavezi lične prirode, te se obično u tom kontekstu odlučuje o konkretnoj nasledivosti određenog prava ili obaveze. Tako je npr. u slučaju nenasledivih potraživanja ili obaveza karaktera *intuitu personae*, kod kojih ispunjenje konkretne obligacije gubi svrhu. Pitanje nasledivosti se ne dovodi u pitanje ni u slučaju postojanja izričitog pravila o nenasledivosti nekog odnosa ili kada je tako ugovoreno između stranaka.³⁷

Posebna pravila o (ne) nasledivosti prava i obaveza postoje u svim granama građanskog prava koja imaju u osnovi sličan princip regulisanja ovog pitanja.

Naravno od posebne važnosti je i pitanje nasledivosti javnopravnih ovlašćenja i obaveza, jer je ovo pitanje posebno od značaja s obzirom na kazneni karakter malusa kod ugovora o osiguranju od autoodgovornosti, tj da se pitanje ostvarivanja prava i obaveza kod ugovora o osiguranju vezuje za ponašanje osiguranika i broj šteta koji je prijavio u prethodnom periodu trajanja ugovora o osiguranju. U tom smislu važno je pomenuti da se nenasledivim smatraju obaveze izdržavanja zatvorske kazne ili plaćanja novčane kazne za izvršeno krivično djelo.³⁸ Opšte je pravilo da su krivičnopravne i prekršajnopravne obaveze nenasledive.³⁹ Zašto posebno ukazujemo na pravila kaznenog prava u ovom slučaju. Ovo pitanje je od posebnog značaja, jer osiguranik u slučaju isplate štete po osiguranom slučaju može biti kažnjen i krivičnopravnom sankcijom za određeno ponašanje, u vidu kazne zatvora ili novčane kazne. Posljedica ovakvog rješenja nasledivosti prava i obaveza u pravu Crne Gore može biti situacija da licu kojem je izrečena krivičnopravna sankcija za određeni saobraćajni prestup, koji je ujedno i krivično djelo, usled smrti ne bude sprovedeno izdržavanje zatvorske kazne ili naplata novčane kazne, već da posljedica ovakvog negativnog ponašanja pogodi samo njegove naslednike u smislu malusa koji će biti dužni da plaćaju barem u narednom trogodišnjem periodu.

Posebno je predviđeno i postojanje nasledive obaveze plaćanja poreza na imovinu.⁴⁰ Ipak, iako se radi o javnopravnoj obavezi ostavioca, u pitanju je obaveza prema državi a tiče se same imovine koja je predmet nasleđivanja. U tom smislu je i jasno zašto je predviđena nasledivost ove vrste obaveza.

³⁵ Vodinelic V. (2014), *Građansko parvo – Uvod u građansko parvo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 44-45. Rašović Z. (2009), 7. Popov D. (2005), 33-35.

³⁶ Đurđević D. (2017), 50.

³⁷ U tom smislu vidi: Đurđević D. (2017), 54.

³⁸ član 39 stav 9 Krivičnog zakonika Crne Gore, *Sl. list CG* br. 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i *Sl. list CG* br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015 - dr. zakon, 44/2017 i 49/2018).

³⁹ Antić O. (2014), 67.

⁴⁰ U tom smislu vidi: Đurđević D. (2017), 55. *Leksikon građanskog prava* (1996), Čigoja štampa, Beograd, 434.

Zakonom o nasljeđivanju je određeno i pravilo da ako na zaostavštinu prentenduje više nasljednika oni odgovaraju solidarno za dugove ostaviočeve i to svaki do visine vrijednosti svog nasljednog dijela, bez obzira da li je izvršena dioba nasljedstva. Takođe, Zakonom je predviđeno da nasljednici dijele dugove srazmjerno njihovim nasljednim djelovima, ako testamentom nije drukčije određeno.⁴¹ Interesantno je da singularni successor (legatar) u principu ne odgovara za dugove ostavioca, osim u slučaju kada bi takva odgovornost mogla biti zasnovana na osnovu poslednje volje ostavioca u samom zavještanju,⁴² u tom smislu bi posljedica za legatara bila da ne nasljeduje malus ili bonus, već se svrstava u osnovni premijski razred.

S obzirom na odredbe zakona, pitanje nasledivosti obaveza, posebno može biti značajno, jer se obaveze ne nasljeđuju u smislu Zakona o nasljeđivanju, već se dugovi odbijaju od imovine. Ako pođemo i od shvatanja da su obaveze nasledive, postavlja se pitanje nasledivosti konkretne obaveze.

Tako je i posebno upitno da li je zakonito odrediti nasljeđivanje obaveze koja je u osnovi vezana za ličnost ostavioca i njegove navike u vožnji, koje ukazuju na visinu rizika zaključenja ugovora o osiguranju sa konkretnim licem.

Imajući navedeno u vidu, postavlja se pitanje zakonitosti ovakvog regulisanja i punovažnosti naplate očigleno nezakonite premije u slučaju primjene nasljeđivanja malusa u skladu sa Uslovima, kao i neopravdanu odobravanje bonusa licima koja su svojim ponašanjem ukazala na postojanje povećanog rizika i ne samo da ne zaslužuju odobravanje bonusa, već bi neophodno bilo određivanje malusa.

Primjenom postojećih pravila sistema zasnovanog na pogrešnim premisama, koje izazivaju nejednakost u prometu, nepravedan položaj pri primjeni, može doći do smanjenja pravne sigurnosti, gubljenja povjerenja osiguranika, smanjene mogućnosti za isplatu štete (ukoliko se u većem broju odobre neopravdani bonusi).

Posebna posledica bi se mogla sastojati i mogućem pokretanju postupka za ocjenu Ustavnosti i zakonitosti dijela akta – same odredbe člana 9 stav 19 Uslova, ukoliko bi Ustavni sud cijenio da je u pitanju opšta norma, koju s obzirom na donosioca, primjenjuju sve osiguravajuće kuće u Crnoj Gori prilikom zaključenja ugovora o osiguranju od autoodgovornosti.

S obzirom na karakter odredbi Zakona o nasljeđivanju, koji jedini sadrži relevantne imperativne zakonske odredbe koje mogu biti od pomoći prilikom rješavanja ovog pitanja, pitanje osnovanosti tužbenog zahtjeva osiguranika se ne bi se moglo dovoditi u pitanje, s obzirom da bi imao pravo da nakon zaključenja ugovora u kome je određen nasledni malus traži smanjenje premije s obzirom na očiglednu nezakonitost dijela odredbe člana 9 stava 19 Uslova kojima je regulisano ovo pitanje.

Na kraju moramo razmotriti još jedno osnovno pitanje. Koje kategorije nasljednika mogu biti odgovorne za dugove iz zaostavštine? Usled ograničenosti predmeta rada, bez ulaska u detaljno pitanje odgovornosti svake kategorije nasljednika, uopšteno se može reći da postoji odgovornost zakonskih, zavještajnih

⁴¹ Član 140 Zakona o nasljeđivanju *Sl. list CG* br. 74/2008, Babić I. (2007), *Nasledno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 185.

⁴² *Leksikon građanskog prava* (1996), Čigoja štampa, Beograd, 435.

i ugovornih nasljednika u uporednom pravu, odnosno sva lica koja stiču cjelokupnu zaostavštinu ili njen alikvotni dio.⁴³

Ako bi i mogli govoriti o nasledivosti prava i obaveza iz premijskog razreda, imajući u vidu prethodno pravilo, moglo bi se postaviti i pitanje jednakosti subjekata u pravnom prometu, s obzirom na postojeće rješenje u crnogorskom pravu, kojim se tretira samo jedna od kategorija nasljednika, dok bi se testamentarni nasljednici mogli smatrati privilegovanim u slučaju kada bi se radilo o nasleđivanju obaveze plaćanja malusa koja ne bi pogađala ovu kategorije nasljednika, imajući u vidu status ugovornog nasleđivanja.

5. Zaključak

Postavljeno rješenje koje tretira pitanje prenosa prava i obaveza iz premijskog razreda prilikom prenosa prava svojine na vozilu mora biti tretirano jedinstvenim rješenjima kada su u pitanju teretna i besteretna i raspolaganja vlasnika vozila *inter vivos* i *mortis causa*.

Neujednačenost rješenja o posljedicama teretnog voljnog raspolaganja prethodnog vlasnika, moraju pratiti i druge osnove sticanja svojine na vozilu, kako bi se svi sticaoci bili u jednakom položaju kada je u pitanju prenosivost obaveza iz premijskog razreda. Naravno, moguće je a i poželjno različito tretiranje nekih kategorija u cilju sprječavanja zloupotrebe prava iz premijskog sistema.

Teretno raspolaganje prethodnika ne bi trebalo da za posljedicu ima prenos prava i obaveza iz premijskog sistema. Prava i obaveze sticaoca moraju biti određeni prema sticaocu i njegovom položaju, odnosno njegovom prethodnom ponašanju u svakom konkretnom slučaju, bilo to da je u pitanju zamjensko vozilo (kojim vlasnik mijenja vozilo koje je ranije imao), bilo da je to drugo, treće ili bilo koje naredno vozilo koje postaje njegovo vlasništvo. *Ratio* ovog predloga je jasan, premijski razred treba vezivati za osiguranika i njegovo ponašanje, a ne za konkretno vozilo. U tom smislu se u radu nije posebno razmatralo ni pitanje prenosivosti prava na lice koje je imalo pravo držanja i korišćenja vozila po osnovu ugovora o zakupu ili finansijskom lizingu, jer se premijski razred posljedično već vezuje za to lice jer su štete nanijete tim vozilom u period trajanja ovih ugovora njegove štete.

Dozvoljeno odstupanje od predloga jednoobraznih pravila o neprenosivosti prava i obaveza iz premijskog sistema se naravno vezuje za pitanje poklona između članova porodice, kada bi se pitanje prenosivosti prava i obaveza moglo smatrati predupređenjem zloupotrebe prava iz premijskog razreda u smislu izbjegavanja plaćanja malusa, poklonom vozila licu koje ima pravo na bonus, tj. prenosa prava na bonus licu koje ima obavezu plaćanja malusa, a koje se nalazi u krugu bliskih srodnika.

Pitanje prenosivosti prava i obaveza ne bi se smjelo ni postavljati u slučaju nasleđivanja. Ovo ne iz razloga teorijskih rasprava o pitanju da li obaveze ulaze u sastav zaostavštine o kojima je bilo riječi, već iz dva osnovna određenja.

Prvo, s obzirom da se u ovom slučaju radi o pravima i obavezama koja se svrstavaju u grupu prava i obaveza koje su strogo vezane za ličnost ostavioca,

⁴³ Stojanović N. (2009), 92.

ne može se uopšte govoriti o mogućnosti prenosa istih. Opravdavanje odluke o prenosivosti ovih prava i obaveza pozivanjem na sprečavanje eventualnih zloupotreba, i regulisanje u istom stavu sa ugovorom o poklonu, bi bilo više nego neopravdano, s obzirom da bi zloupotreba prvo zahtijevala smrt nekog lica, koja bi bila pravni osnov prenosa prava i obaveza u konkretnom u slučaju. Da se takva situacija ne može ni zamisliti je više nego dovoljna činjenica koja ukazuje na nepotrebnost samog pravila o nasledivosti prava i obaveza. Ako se i htjelo omogućiti nasledniku prenošenje prava, neopravdano ga je pozitivno diskriminirati u odnosu na ostale sticaoce prava svojine na vozilu jer, ako poklonoprimac i kupac ne mogu dobiti prava iz premijskog razreda zašto bi to bilo omogućeno nasledniku. Posebno pitanje predstavlja i sama zakonitost ovakvog rješenja o čemu je bilo ranije raspravljano.

Propisivanje nasledivosti premijskog razreda iz sistema bonus malusa bilo bi opravdano jedino u slučaju kada bi se u toku života ostavioca naslednici pojavljivali na polisi kao korisnici vozila pa bi se onda i njihovo ponašanje moglo računati u bonus ili malus. U svim drugim situacijama ovo pravilo je moguće dovesti do *ab absurdam* posebnim raspravljanjem pitanja o slučajevima kada bi se kao nasljednik našlo maloljetno lice, poslovno nesposobno lice, a prije svega kada bi kao nasljednik bio određen *nasciturus*.

Drugo, i još važnije, ne bi se smjelo govoriti o prenosivosti prava i obaveza iz premijskog razreda iz istog razloga na kojem se insistira kod promjene vlasništva na vozilu u slučajevima *inter vivos*, da premijski razred treba određivati prema budućem korisniku vozila.

Dakle, pitanje prenosivosti prava i obaveza u sistemu bonus malusa treba posebno regulisati imajući prethodne primjedbe u vidu, a posebno prilagoditi našem sistemu regulisanja uz izbjegavanje maratonski dugih stavova, koja kombinuju odredbe o raspolaganjima *inter vivos* i *mortis causa*, teretna i dobročina raspolaganja, u jednom istom stavu člana 9 stava 19 Uslova.

* * *

***THE INHERITABILITY OF RIGHTS AND OBLIGATIONS UNDER
THE CONTRACT ON COMPULSORY INSURANCE AGAINST
LIABILITY IN MONTENEGRO***

Summary

In this paper, the author deals with the issue of transferability and inheritability of the right on bonus or obligation of malus from the contract of insurance against motor liability in Montenegro, given the existence of special conditions for the insurance of owners and users of motor vehicles and trailers for liability for damages caused to third parties. In the paper, the first part is dedicated to the explanation of the system of bonus malus in Montenegro, and then the issues dis-

cussed are resolved with regard to the scope of regulation. The author questions the issues of the transferability of rights and obligations in general, and then the inheritability of rights and obligations in accordance with the provisions of primary regulations that contain rules on the inheritability of rights and obligations under the insurance contract and the right to succession of rights and obligations in general.

Key words: bonus malus, transferability of rights and obligations, inheritability of rights and obligations

Prof. Dr Zdravko Petrović¹
Dr Dragan Obradović²
Dr Goran Krstajić³

OSTVARIVANJE PRAVA NA ZDRAVSTVENU ZAŠTITU LICA LIŠENIH SLOBODE U REPUBLICI SRBIJI (OSVRT NA PRAKSU EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA)

Apstrakt

Jedno od osnovnih prava koja pripada licima lišenim slobode u različitim vrstama kaznenih sudskih postupaka – prekršajni postupak, krivični postupak, je pravo na zdravstvenu zaštitu. Predmet rada je ostvarivanje tog prava u uslovima izolacije u Republici Srbiji i utvrđivanje da li su ova lica eventualno žrtve sistema sa aspekta zaštite njihovih ljudskih prava. Cilj rada je da predstavi najvažnije odredbe koje se odnose na postupanje službenih lica prema licima lišenim slobode u različitim fazama postupka i omogućavanje ovoj kategoriji lica da ostvari pravo na zdravstvenu zaštitu u uslovima izolacije. U tom pogledu značajna je dosadašnja praksa Evropskog suda za ljudska prava, a naročito odluke koje se odnose na Republiku Srbiju. To je od značaja radi utvrđivanja da li su lica lišena slobode žrtve sistema sa aspekta ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu u uslovima izolacije u našoj zemlji. S tim u vezi je i njihovo pravo na naknadu štete. Takođe, ukazaćemo i na najznačajnije probleme koji opterećuju efikasnije postupanje nadležnih državnih organa - domaćih sudova odnosno ustanova u kojima borave lica lišena slobode u praksi.

Ključne reči: lica lišena slobode, žrtve, uslovi izolacije, Evropski sud za ljudska prava.

1. Uvod

Do lišenja slobode pojedinih lica dolazi u različitim vrstama kaznenih sudskih postupaka – prekršajni odnosno krivični postupak. Po pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena efektivna kazna prema pojedinim od ovih lica značajan je i postupak

¹ Profesor, Siegmund Freud University, Wien, Republic of Austria, petroviczdravko@sbb.rs

² Sudija, Viši sud u Valjevu, ul. Karadorđeva 48, Valjevo, Republika Srbija, Fakultet zdravstvenih, pravnih i poslovnih studija Valjevo, Univerzitet Singidunum, *Železnička 5, 14000 Valjevo, Srbija*, naučni saradnik, e-mail: dr.gaga.obrad@gmail.com

³ MUPRS PU Valjevo, Uzun Mirkova 1, 14000 Valjevo, Fakultet zdravstvenih, pravnih i poslovnih studija Valjevo, Univerzitet Singidunum Srbija, e-mail: gk0606@sbb.rs

izvršenja kazne u nekoj od ustanova za izvršenje kazne u našoj zemlji. Lica lišena slobode prema važećim propisima imaju brojna prava, u zavisnosti od vrste postupka koji se protiv njega vodi. Jedno od osnovnih prava koja pripada svim kategorijama lica lišenih slobode je pravo na zdravstvenu zaštitu.

Predmet našeg interesovanja u ovom radu je ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode u uslovima izolacije. Poseban razlog je i to što je pravo na zdravstvenu zaštitu ustavna kategorija, jedno od osnovnih prava koje pripada svakom licu, pa i licima lišenim slobode⁴. To se posredno navodi i u još dve odredbe Ustava – nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta (čl.25), na koju odredbu se nadovezuje i druga odredba: postupanje sa licima lišenim slobode (čl.28).

U ovom radu pomenućemo samo najvažnije međunarodne propise iz ove oblasti, a potom ukratko samo najvažnije od domaćih propisa u kojima se govori o pravu na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode. Odredbe koje se odnose na ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode u uslovima izolacije sastavni su deo svih najvažnijih domaćih kaznenih propisa koji se odnose na ceo tok kaznenih postupaka do njihove pravnosnažnosti (krivičnog i prekršajnog) i u postupku izvršenja krivičnih sankcija posle stupanja u ustanovu radi izdržavanja kazne – mere bezbednosti.

Poštovanje odnosno nepoštovanje prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode u kaznenim postupcima u našoj državi u direktnoj je vezi sa utvrđivanjem eventualne odgovornosti države odnosno njenih nadležnih organa, službi i pojedinaca zbog nepoštovanja ovog prava. A potom i za ostvarivanje prava lica lišenih slobode na naknadu štete ukoliko im je ovo pravo prekršeno odnosno uskraćeno, po bilo kom osnovu.

2. Pravo na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode u pojedinim međunarodnim dokumentima

Za Republiku Srbiju kada su u pitanju lica lišena slobode i njihova prava koja se odnose na zdravstvenu zaštitu značajni su pojedini međunarodni dokumenti doneti od strane Saveta Evrope i posebno praksa Evropskog suda za ljudska prava (dalje: Sud).

Najvažnija dokumenta koja je doneo Savet Evrope od značaja za problematiku ovog rada su: *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (dalje: Konvencija)⁵, *Evropska konvencija o sprečavanju mučenja i nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka*⁶ i *Evropska zatvorska pravila* (dal-

⁴ Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* br.98/06. Članom 68 propisano je: Svako ima pravo na zaštitu svog fizičkog i psihičkog zdravlja.

⁵ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi Protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, *Sl. list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005, *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori* br. 12/2010.

⁶ Zakon o ratifikaciji Konvencije o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, izmenjene i dopunjene Protokolom 1 i Protokolom 2 uz Konvenciju, *Sl. list SCG - Međunarodni ugovori* br. 9/2003.

je: EZP)⁷ usvojena 1987. a revidirana 2006.godine. Revidirana EZP sastoji se od devet celina od kojih se treći deo odnosi na zdravstvo i obuhvata odredbe koje se odnose na organizovanje zdravstvene zaštite u zatvoru, medicinsko i osoblje zdravstvene zaštite, dužnosti lekara opšte prakse, pružanje zdravstvene zaštite, mentalno zdravlje i druga pitanja. Osnovni princip u ovom delu pravila je da zatvorenici imaju pristup zdravstvenim ustanovama bez bilo kakve diskriminacije.

Osim pomenutih dokumenata značajni su i izveštaji koje sačinjavaju međunarodne organizacije odnosno organizacije civilnog društva koje posle obilazaka ustanova za izvršenje krivičnih sankcija ukazuju na kršenja ljudskih prava osuđenika, a osim toga daju i odgovarajuće preporuke za poboljšanje ljudskih prava odnosno položaja osuđenika.

U tom pogledu najznačajniji su *Opšti izveštaji*⁸ koje sačinjava Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka. To su standardi formulisani u obliku smernica koji se odnose na različite segmente u vezi sa pritvorima i zatvorima. Treći Opšti izveštaj iz 1993.godine odnosi se na zdravstvenu zaštitu i zdravstvene usluge u zatvorima. U tom dokumentu su propisani principi kojima se pored ostalog definiše pristup lekaru, pravo na jednakost nege, poštovanje pacijentovog pristanka i poverljivosti kao i druga pitanja.

3. Pravo na zdravstvenu zaštitu u toku kaznenih postupaka

Pravo na zdravstvenu zaštitu pripada svakom licu koje dođe u sukob sa zakonom od prvog kontakta sa pripadnicima policije, pa nadalje dok je sa njima u bilo kakvom kontaktu – na otvorenom prostoru ili u prostorijama nadležne policijske jedinice, a potom u slučaju lišenja slobode dok je u pritvoru – u okviru nadležnosti suda koji je odredio pritvor.

U toku predistražnog postupka pripadnici policije su dužni da poštuju sva prava lica sa kojima dolaze u kontakt, a posebno lica prema kojima odrede lišenje slobode odnosno prema kojima zadržavanje. Među tim pravima je i pravo na zdravstvenu zaštitu, što direktno proizilazi iz odredaba novog *Zakona o policiji*⁹ koji u pogledu ovih odredaba nije toliko eksplicitan kao prethodni

⁷ Evropska zatvorska pravila, Preporuka br.(2006)2 Komiteta ministara zemljama članicama u vezi sa zatvorskim pravilima, usvojena na sednici održanoj 11.1.2006.godine , <http://www.cpt.coe.int/lang/srp/srp-standards.pdf>, pristup 10.1.2013.

⁸ Opšti izveštaji Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (CPT) - CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2010, <http://www.cpt.coe.int/lang/srp/srp-standards.pdf>, pristup 10.1.2013.

⁹ Zakon o policiji, *Sl. glasnik RS* br.6/16, 24/18, 87/18. Članom 33 propisano je: Pri obavljanju policijskih poslova, Policija se pridržava utvrđenih i dostignutih standarda policijskog postupanja, uzimajući u obzir međunarodno opšte prihvaćene standarde postupanja koji se pored ostalog odnose i na: srazmernost u upotrebi sredstava prinude odnosno zabranu mučenja i primene nečovečnih i ponižavajućih postupaka. Osim toga, u delu koji se odnosi na policijska ovlašćenja propisano je: Policijski službenik će prilikom primene policijskih ovlašćenja, na zahtev lica prema kome se ovlašćenje primenjuje, omogućiti pružanje medicinske pomoći od strane zdravstvene ustanove (čl.67.st.3).

*Zakona o policiji*¹⁰. Posredno, to proizilazi i iz novog *Kodeksa policijske etike*¹¹.

Koliki značaj se pridaje odredbama koje se odnose na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode uočava se i u odredbama važećeg *Zakonika o krivičnom postupku* (dalje: *Zakonik*) koji to navodi pre svega u osnovnim načelima - Zabranjena je i kažnjiva svaka primena mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, sile, pretnje, prinude, obmane, medicinskih zahvata i drugih sredstava kojima se utiče na slobodu volje ili iznuđuje priznanje ili kakva druga izjava ili radnja od okrivljenog ili drugog učesnika u postupku (čl.9). A zatim na to ukazuje kao jednom od dopunskih prava uhapšenih lica¹². Takođe, o tome se govori i u odredbama koje se odnose na saslušanje uhapšenog¹³.

U odredbama *Zakonika*, o zdravstvenoj zaštiti lica lišenih slobode govori se i u delu koje se odnose na postupanje sa pritvorenicama.¹⁴

Boravak u pritvoru regulisan je odredbama *Zakona o izvršenju krivičnih sankcija* (dalje: *ZIKS*)¹⁵ u kojima se govori pored ostalog o pregledu pritvorenika i slučaju ukazivanja hitne medicinske pomoći pritvoreniku. Osim pomenutog propisa, o pritvorenicima se detaljnije govori u odredbama *Pravilnika o izvršenju mere pritvora*¹⁶ gde je pored ostalog izričito propisano kad se obavlja lekarski pregled pritvorenika, kakav je položaj pritvorenika u smislu ostvarivanja pojedinih prava, a pored ostalog zdravstvene zaštite, lečenje pritvorenika uz njegov pristanak, zdravstveni pregled pritvorenog i medicinska dokumentacija, davanje

¹⁰ *Zakon o policiji*, *Sl. glasnik RS* br. 101/05, 63/09, 92/2011. Članom 7 propisano je: Ministarstvo radi stvaranja uslova za rad policije pored ostalog obezbeđuje uslove za prevenciju mučenja, nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kontrolu odnosa prema licima lišenim slobode. Osim toga, u delu koji se odnosi na policijska ovlašćenja propisano je: Ovlašćeno službeno lice prilikom primene policijskih ovlašćenja će, na zahtev lica prema kome se ovlašćenje primenjuje, omogućiti pružanje medicinske pomoći od strane zdravstvene ustanove (čl.35.st.3).

¹¹ *Kodeks policijske etike*, *Sl. glasnik RS* br.17/17. Članom 3 stav 2 propisano je da: U slučaju zakonskog ograničenja ljudskih i manjinskih prava policijski službenici postupaju poštujući dostojanstvo, ugled i čast svakog pojedinca i druga osnovna prava i slobode čoveka. Takođe, u članu 14 propisani su određeni standardi postupanja policijskih službenika Ministarstva i to: dužnost služenja građanima i zajednici, odgovaranje na potrebe i očekivanja građana, poštovanje zakonitosti i suzbijanje nezakonitosti, ostvarivanje ljudskih i manjinskih prava i sloboda, nediskriminacija pri izvršavanju policijskih zadataka, **srazmernost u upotrebi sredstava prinude, zabrana mučenja i primene nečovečnih i ponižavajućih postupaka**, pružanje pomoći nastradalim licima, pridržavanje profesionalnog ponašanja i integriteta, obaveza zaštite tajnih podataka i obaveza odbijanja nezakonitih naređenja i prijavljivanje korupcije.

¹² *Zakonik o krivičnom postupku* *Sl. glasnik RS* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. Članom 69 stav 1 tačka 4 propisano je: Uhapšeni pored ostalih prava koja ima okrivljeni ima pravo i da zahteva da ga bez odlaganja pregleda lekar koga slobodno izabere, a ako on nije dostupan, lekar koga odredi javni tužilac, odnosno sud.

¹³ *Zakonik* – članom 293 stav 5 i 6 propisano je: Na zahtev uhapšenog ili njegovog branioca, člana porodice uhapšenog ili lica sa kojim uhapšeni živi u vanbračnoj ili drugoj trajnoj zajednici života, ili po službenoj dužnosti, javni tužilac može odrediti lekarski pregled uhapšenog. Odluku o određivanju lekara koji će obaviti pregled i zapisnik o saslušanju lekara javni tužilac će priložiti spisima.

¹⁴ *Zakonik* – članom 219 stav 1 propisano je: po odobrenju sudije za prethodni postupak i pod njegovim nadzorom ili nadzorom lica koje on odredi, u granicama kućnog reda, pritvorenika može posećivati po njegovom zahtevu - lekar.

¹⁵ *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija* *Sl. glasnik RS*, br. 55/2014. Čl.238 i 241.

¹⁶ *Pravilnik o izvršenju mere pritvora* *Sl. glasnik RS* br. 132/2014. Čl.12, čl.24 - 34.

informacije o zdravstvenom stanju pritvorenika, pridržavanje mera zdravstvene zaštite, propisivanja terapije, nabavke lekova i ortopedskih pomagala, čuvanje podataka o zdravstvenom stanju pritvorenika, javljanje na lekarski pregled, lečenje zuba, mogućnost izbora lekara.

Ista, prethodno pomenuta prava na zdravstvenu zaštitu pripadaju i maloletnim pritvorenicima, shodno opštim odredbama krivičnog prava. To se naglašava u osnovnim odredbama *Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica* (dalje: ZM)¹⁷.

Kada je u pitanju ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu privedenih odnosno zadržanih lica u smislu odredaba *Zakona o prekršajima*¹⁸ propisana je shodna primena odredaba Zakonika o krivičnom postupku, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno.

4. Pravo na zdravstvenu zaštitu u toku izdržavanja kazne – mere

Pravo na zdravstvenu zaštitu pripada ne samo svakom licu lišenom slobode, nego i svim onim licima koja se po pravnosnažnosti odluke nadležnog suda (donete u krivičnom ili prekršajnom postupku) nađu u nekoj od ustanova za izvršenje krivičnih sankcija radi izdržavanja kazne zatvora odnosno mere bezbednosti (dalje: ustanova), bez razlike da li su sve vreme ili deo vremena provela u pritvoru ili se u uslovima izolacije nađu prvi put prilikom stupanja u ustanovu.

To je kao jedno od osnovnih prava navedeno u odredbama ZIKS¹⁹, počev od prijema u ustanovu, pa sve vreme tokom boravka u ustanovi gde mu se kao jedno od prava garantuje i pravo na zdravstvenu zaštitu, ali i pravo na lečenje osuđenog, obaveze lekara, obaveštavanje upravnika zavoda, specijalistički pregled, obaveštenje bliskih lica. Osim licima koja su pravnosnažno osuđena ili im je izrečena neka od mera bezbednosti u krivičnom postupku ovo pravo pripada pod istim uslovima i licima koja su pravnosnažno osuđena u prekršajnom postupku²⁰.

Maloletnicima prema kojima su izrečene zavodske vaspitne mere odnosno kazna maloletničkog zatvora takođe, pripada pravo na zdravstvenu zaštitu s tim što je osnov za primenu ovog prava pre svega u odredbama ZM²¹, a izuzetno i u odredbama ZIKS.

Osim ovih propisa, pravo na zdravstvenu zaštitu se pominje i u pojedinim podzakonskim propisima u vezi sa izvršenjem krivičnih sankcija prema pojedinim kategorijama lica.

¹⁷ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica Sl. glasnik RS br. 85/05- Čl.4.

¹⁸ Zakon o prekršajima Sl. glasnik RS br. 65/13, 13/16, 98/16. Čl.99

¹⁹ ZIKS – čl.71, čl.113 - 118.

²⁰ ZIKS – članom 215 propisano je: Kazna zatvora izrečena za prekršaj izvršava se prema odredbama ovog zakona, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.

²¹ ZM – čl.4, 127-128,145.

5. Praksa Evropskog suda za ljudska prava od značaja za ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode

Praksa Evropskog suda od značaja za ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode odnosno osuđenih lica je izuzetno bogata. Imajući u vidu ograničeni obim rada, pomenuli smo u ovom delu samo neke, po našem mišljenju, izuzetno značajne i karakteristične presude Suda, koje mogu da posluže kao putokaz nadležnim domaćim organima odnosno službama u pojedinim ustanovama kako da se pravilno postupaju prema licima lišenim slobode u različitim fazama postupka u delu koji se odnosi na ostvarivanje prava tih lica na zdravstvenu zaštitu u uslovima izolacije. Praksa se vezuje najčešće za povredu sledećih prava garantovanih Evropskom konvencijom :

a) Zaštita prava na život pritvorenih i osuđenih lica:

Odgovornost države postoji kada...prитvoreniku nije pružena odgovarajuća pravovremena medicinska nega usled čega je došlo do smrti (*Anguelova protiv Bugarske*, 2002)²². Osim toga, u istom predmetu Sud je ponovio značaj da policija kada neko lice lišava slobode, bilo hapšenjem bilo pritvaranjem, odmah napravi detaljni pisani zapisnik. Obavezne stavke zapisnika su tačna evidencija mesta, datuma i vremena pritvora kao i ime pritvorenog, ako je poznato, i njegovo zdravstveno stanje, ime policajca koji vrši pritvaranje i razlozi za pritvaranje. Propust da se takav zapisnik napravi, sam će po sebi predstavljati povredu člana 5. Konvencije, „pošto nije u skladu sa samom svrhom” tog člana. Ovi podaci su od suštinske važnosti, ne samo da bi se sprečila proizvoljnost dužine pritvora kao posledica neobaveznog pristupa prema vođenju zapisnika, već i da bi se osiguralo da u situacijama u kojima su iznesene tvrdnje o lošem postupanju u pritvoru postoje verodostojne informacije.

b) Zabrana mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja:

Slučaj *Moisel protiv Francuske* (2001.)²³: podnosilac predstavke je lečen od hronične limfatične leukemije hemoterapijom i na putu do bolnice i u toku davanja terapije vezivan je lancima i liscama za krevet, zbog čega je samoinicijativno prekinuo lečenje. Sud je zaključio da postoji odgovornost države jer ograničenja koja su praktikovana prilikom njegovog transporta nisu bila srazmerna opasnosti koju je on kao osuđeno lice predstavljao. Nečovečno postojanje je postojalo zbog propusta države da poštuje dostojanstvo bolesnika.

Slučaj *Henaf protiv Francuske* (2003.)²⁴: sud je ustanovio da podnosilac predstavke koji je zbog operacije prevezen u bolnicu, nije predstavljao posebnu opasnost i da nisu bile neophodne mere vezivanja liscama ili u bolnici vezivanja za bolnički krevet, s obzirom na njegove godine i ranije ponašanje tokom izdržavanja

²² <http://www.ravnopravnost.gov.rs/files/Odabrani%20slucajevi%20Evropskog%20suda%20za%20ljudska%20prava.pdf>, pristup 20.7.2018.

²³ Presuda Evropskog suda za ljudska prava po predstavi broj 67263/01 od 14.novembra 2002., „Ljudska prava u Evropi“ (2002), *Pravni bilten*, 36, 7-10, <http://www.airecentre.org/data/files/bulletins/2002/S36-decembar2002.pdf>, pristup 27.12.2018.

²⁴ Presuda Evropskog suda za ljudska prava po predstavi broj 65436/01 od 27.novembra 2003., „Ljudska prava u Evropi“ (2003), *Pravni bilten*, 48, 3-4, <http://www.airecentre.org/data/files/bulletins/2003/S48-decembar2003.pdf>, pristup 27.1.2013.

kazne. Sud je zaključio da su primenjene mere bile neopravdane i da treba staviti van zakona praksu vezivanja zatvorenika za bolnički krevet.

6. Presude Evropskog suda za ljudska prava od značaja za ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode u odnosu na Republiku Srbiju

Nakon početka primene Konvencije u odnosu na Republiku Srbiju od strane Suda doneto je više odluka u kojima je konstatovano da nije došlo do povrede prava iz čl.3. Konvencije, ali i presuda u kojima je konstatovano da je došlo do povrede prava iz čl.3. Konvencije zbog povrede prava na zdravstvenu zaštitu. Pomenućemo samo neke, po našem mišljenju najznačajnije odluke odnosno presude, donete u različitim periodima, koje se odnose na predstavke podnete povodom ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode zbog povrede prava iz člana 3 Konvencije - Zabrana mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja:

Slučaj **Đermanović protiv Srbije**²⁵ : pored ostalog podnosilac predstavke je naveo da je lečenje koje mu je pruženo tokom boravka u pritvoru bilo neadekvatno čime su povređena njegova prava prema čl. 3. Konvencije.

Tvrdio je da je za vreme boravka u pritvoru, imao ozbiljne zdravstvene probleme (hepatitis C), opšte pogoršanje zdravstvenog stanja zbog dužine boravka u pritvoru i zbog štrajka glađu koji je otpočeo. U vezi sa lečenjem u Zatvorskoj bolnici u Beogradu, podnosilac predstavke je tvrdio da mu je jedan lekar dao pogrešnu dijagnozu narkomana - što nikada nije utvrđeno za vreme njegovih ranijih boravaka u toj bolnici. On je, takođe, tvrdio da se inficirao Hepatitisom C za vreme svog poslednjeg boravka u toj bolnici, zbog čega je odbio dalje analize krvi.

Pošto je nakon prebacivanja u zatvorsku bolnicu odbio da bude podvrgnut ispitivanjima, **Sud je zaključio da do povrede čl. 3 Konvencije nije došlo.** Pri tome je imao u vidu da u periodu od sedam meseci od kada mu je ustanovljena dijagnoza Hepatitisa C, pa do puštanja iz pritvora, podnosilac predstavke nije počeo lečenje Hepatitisa C lekovima. Međutim, u tom periodu on je obavio biopsiju jetre, brojne analize krvi i pregledan je od strane lekara specijalista. Time što je štrajkovao glađu i odbijao da ga pregledaju u bolnici, podnosilac predstavke je sam značajno odložio identifikaciju povrede njegove jetre. On je time pokazao malu ili nikakvu brigu za stanje svog zdravlja, pa se nadležne vlasti teško mogu smatrati odgovornim što je njegovo stanje otežano u tom periodu. Sud smatra da su u ovom predmetu nadležne vlasti pokazale dovoljno marljivosti, pružajući podnosiocu predstavke neodložnu i neprekidnu lekarsku negu kao i mogućnost da se utvrdi dokle je bolest već napredovala.

b) Slučaj **Stojanović protiv Srbije**²⁶: Podnosilac predstavke, osuđen na zatvorsku kaznu, je između 20.6.1999. godine i 28.8.2002. godine služio prvu kaznu

²⁵ Presuda Evropskog suda za ljudska prava po predstavi broj 48497/06 – Đermanović protiv Srbije. „*Službeni glasnik RS*“, br.13/2010.

²⁶ Presuda Evropskog suda za ljudska prava po predstavi broj 34425/04 - Stojanović protiv Srbije, „*Službeni glasnik RS*“, br. 54/2009.

i posebno se žalio zbog odbijanja države da mu besplatno obezbedi zubnu protezu iako je zatvorski zubar dao dijagnozu da je on bolovao od parodontoze. U dva navrata su mu izvađeni zubi.

Posle nove osude, 5.1.2004. godine počeo je da služi drugu zatvorsku kaznu kada mu je otvoren zdravstveni karton. Ustanovljeno je nekoliko zdravstvenih problema, ali stomatološki pregled nije obavljen. Zatvorski zubar ga je prvi put pregledao 13.2.2004. godina, a potom je 5.3.2004. godine predložio da se podnosiocu predstavke obezbedi proteza. Obratio se dopisom Ministarstvu zdravlja, tražeći protezu ali je odbijen zbog nenadležnosti. Potom mu je od strane nadležnih državnih organa ukazano da mora da snosi deo troškova proteze. Zbog zdravstvenih problema – gubio apetit, žalio se na uznemirenost, gubio svest prilikom prebrojavanja i padao – više puta, je i operisan. Sve vreme je tvrdio da stalno ima problema sa uzimanjem hrane. Tokom 2006. godine ponovio zahtev da plati protezu u ratama. U januaru 2007.godine obavešten od upravnika zatvora da će iz humanitarnih razloga dobiti protezu koju će zatvor platiti, iako to nije zakonska obaveza. Podnosilac predstavke je 25.6.2007. godine dobio protezu. Sud je nadalje smatrao da ne postoje naznake da je on posle toga imao neke zdravstvene probleme u vezi sa zubima odnosno protezom, ni medicinski dokazi da je gladovao ili da nije bio u stanju da prima dovoljno hrane posle navedenog datuma. Zbog toga u tom delu pritužba se, može smatrati “rešenim” u smislu člana 37. stav 1. (b). – pa je **u ovom delu predstavka skinuta.**

Slučaj *Hajnal protiv Srbije*²⁷: podnosilac predstavke se pored ostalih navoda u predstavci žalio da ga je policija zlostavljala.

On je to uradio prvo pred istražnim sudijom pred kojim je odbio da odgovara na navode optužbi zbog kojih je bio priveden i kome se prvo žalio da je bio zlostavljan za vreme ispitivanja u policiji, kom ispitivanju je bio prisutan i zamenik javnog tužioca. Navode da ga je policija zlostavljala podnosilac predstavke je ponovio u daljem toku postupka pred sudećim i žalbenim većima. Ipak, uprkos Konvenciji i domaćem pravu koji zahtevaju da se navod ove vrste istraži po službenoj dužnosti, nadležni organi nikada nisu pokrenuli posebnu istragu u vezi sa zlostavljanjem, sa ciljem da se identifikuju i kazne odgovorni.

Sud zaključuje da je podnosilac predstavke fizički zlostavljan 17.8.2005. godine i da je, u najmanju ruku njegovo priznanje 18.8. 2005. godine iznuđeno, pošto su događaji u ova dva dana neodvojivo međusobno povezani. Opštinski sud je 22.3.2006. godine zaključio da su ponovljena hapšenja podnosioca predstavke predstavljala uznemiravanje od strane policije radi pribavljanja priznanja. Sud smatra da je **došlo do povrede člana 3. Konvencije po osnovu nečovečnog i ponižavajućeg postupanja koje je podnosilac predstavke pretrpeo.**

Osim u navedenim slučajevima, (sa aspekta ovog rada iako se direktno ne govori o povredi prava na zdravstvenu zaštitu u konkretnom slučaju) značajan je još jedan predmet u kome je od strane Suda utvrđeno da je došlo do povrede člana 3. Konvencije.

²⁷ Presuda Evropskog suda za ljudska prava po predstavci broj 36937/06 – Hajnal protiv Srbije, *Sl. glasnik RS br. 65/2012*

To je slučaj *Stanimirović protiv Srbije*²⁸; podnosilac predstavke se pored ostalih navoda u predstavci žalio da ga je policija mučila i da su njegove izjave dobijene mučenjem upotrebljene u krivičnom postupku protiv njega.

U konkretnom predmetu, srpske vlasti su 2001. godine obustavile istragu o zlostavljanju podnosioca predstavke u policijskoj stanici u Smederevu početkom te godine, a da nije ispitan ni podnosilac predstavke ni bilo koji svedok. Podnosilac predstavke je o tom događaju ispitan prvi put u maju 2004. godine, u kontekstu krivičnog postupka protiv njega, kada je identifikovao navodne počinioce. Krivični sud je tada utvrdio u decembru 2004. godine da je podnosilac predstavke zaista zlostavljan u policijskoj stanici u Smederevu. Sud je mišljenja da je to dovelo u pitanje delotvornost prvobitne istrage, a obaveza istrage je oživela nakon ratifikacije Konvencije. U decembru 2004. godine krivični sud je utvrdio da je podnosilac predstavke zaista bio žrtva policijske brutalnosti. Zaključak Suda je bio da u konkretnom slučaju, i pored činjenice da je u krivičnom postupku protiv podnosioca predstavke utvrđeno da je on mučen u februaru 2001. godine i da su mogući počinioci identifikovani, krivična istraga nije obavljena, pa je **došlo do povrede člana**

3. Konvencije.

7. Kontrola nadležnih organa i problemi u ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode u Republici Srbiji

Navedeni domaći propisi ukazuju na obavezu nadležnih organa da u ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode – u toku kaznenih postupaka, kao i posle stupanja ovih lica u svojstvu osuđenih na izdržavanja kazne postupaju u svemu u skladu sa zakonom.

Prvi u kontaktu sa potencijalnim oštećenima su pripadnici policije. Na njima leži odgovornost da sačine odgovarajuće zapisnike prilikom lišenja slobode pojedinih lica, u skladu sa domaćim propisima u kojima bi trebalo pored ostalih podataka da navedu i zdravstveno stanje lica lišenog slobode u momentu kada su ova lica pod njihovom ingerencijom – kada je ovim licima uručeno rešenje o lišenju slobode odnosno zadržavanju.

Posebna odgovornost u toku kaznenih postupaka leži na javnim tužiocima i sudijama za prethodni postupak, odnosno na prekršajnim sudijama pred koje su dovedena pojedina uhapšena lica da nalože po službenoj dužnosti proveru navoda tih lica (koja su im dovedena od strane pripadnika policije) da su zlostavljana – davanjem odgovarajućih naredbi za obavljanje lekarskih pregleda ovih lica uz istovremeno sačinjavanje medicinske i fotodokumentacije u vezi sa konstatovanim povredama uhapšenih lica od strane nadležnih lekara odnosno pripadnika kriminalističko tehničke službe policije. Na osnovu tako pribavljenih materijalnih dokaza mogu se potvrditi ili eliminisati tvrdnje uhapšenih lica da su bila zlostavljana od strane pripadnika policije, što su najčešći navodi u sudskim postupcima. Nadalje, u lancu službenih lica koja su u kontaktu sa licima lišenim slobode po-

²⁸ Presuda Evropskog suda za ljudska prava po predstavci broj 26088/06 – Stanimirović protiv Srbije, *Sl. glasnik RS broj 81/2011.*

sebna odgovornost leži na lekarima u zdravstvenim ustanovama koji treba postupajući po naredbama nadležnih javnih tužilaca odnosno sudija da potpuno, detaljno i precizno opišu povrede odnosno promene na telu uhapšenih lica koje su uočljive odnosno povrede na koje im ova lica ukazu. Opis tih povreda odnosno promena na telu uhapšenih lica treba da bude takav da se potom u toku istrage odnosno sudskog postupka veštaci medicinske struke, pre svega sudskomedicinske struke na osnovu uvida u pomenutu dokumentaciju i fotodokumentaciju sačinjenu prilikom pregleda uhapšenih lica u zdravstvenoj ustanovi, mogu određeno izjasniti da li eventualno konstatovane povrede/ promene na telu tih lica potiču / mogu da budu posledica njihovog zlostavljanja od strane pripadnika policije.

Kada su u pitanju osuđena lica, prvi koji su odgovorni su lekari odnosno medicinsko osoblje u ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija – neophodno je da obave pregled ovih lica prilikom prijema. To je potrebno izvršiti u što kraćem roku u odnosu na momenat prijema ovih lica u ustanovu. Od njih se zahteva da postupe identično lekarima koji vrše preglede lica lišenih slobode po nalogu suda, ali i više od toga. Oni moraju prilikom prvog pregleda osuđenih lica da uzmu detaljne podatke i o njihovom celokupnom zdravstvenom stanju, ranijim bolestima odnosno trenutnim zdravstvenim problemima kao i da obrate pažnju na specifične zdravstvene probleme pojedinih kategorija osuđenih lica - razne vrste proteza, HIV pozitivni, osobe sa posebnim potrebama, itd.

Međutim, tokom izdržavanja kazne odnosno mere bezbednosti dolazi takođe, do povreda lica lišenih slobode odnosno pogoršanja njihovog zdravstvenog stanja u odnosu na momenat prijema u ustanovu. U takvim sluajevima, posebno kada su u pitanju povrede u vezi sa ostvarivanjem prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode odgovornost leži ne samo na medicinskom osoblju nego i na odgovornim licima u upravama pojedinih ustanova. U tom delu oni su u obavezi da nalože da se izvrše detaljne provere okolnosti pod kojima dolazi do povreda lica lišenih slobode u ustanovama – da se ne zadovoljavaju samo izjavama tih lica kako su zadobila povrede, što se najčešće dešava u praksi, nego da ulože i dodatne napore kako bi utvrdili stvarni uzrok nastanka povreda. Ovo iz razloga što osuđena lica koja su zadobila povrede od strane drugih osuđenika, u situacijama koje se nisu desile u toku obavljanja svakodnevnih aktivnosti pod nadzorom službenih lica, već su žrtve zlostavljanja od strane drugih osuđenika, vrlo često ne navode stvarne uzroke nastanka povreda. To je rezultat njihovog straha od mogućih težih posledica koje će trpeti zbog postojanja neformalnog osuđeničkog sistema u većini ustanova, očemu se objektivno retko govori.

Osim toga, odgovorna lica iz ustanova imaju istu obavezu kao i medicinsko osoblje u ustanovi - da osuđenim licima obezbede ostvarivanje prava na adekvatnu zdravstvenu zaštitu, po potrebi i u zdravstvenim ustanovama poput bolnica odnosno klinika, ukoliko se te usluge ne mogu pružiti u jedinoj specijalizovanoj ustanovi te vrste u sistemu izvršenja krivičnih sankcija – Specijalnoj zatvorskoj bolnici u Beogradu, u kojoj ustanovi se leče ne samo pritvorena lica nego i osuđena lica kojima su izrečene efektivne kazne odnosno odgovarajuće mere bezbednosti. Samo odgovornim postupanjem svih nadležnih organa, služ-

bi odnosno pojedinaca u okviru njihovih nadležnosti u okviru policije odnosno pravosuđa, a posebno u okviru sistema izvršenja krivičnih sankcija sprečice se slučajevi u kojima dolazi do nečovečnog i ponižavajućeg postupanja prema licima lišenim slobode.

8. Zaključak

Pravo na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode je regulisano u najvažnijim kaznenim propisima u Republici Srbiji, s tim što bi u narednom periodu trebalo uskladiti pojedine podzakonske propise iz ove oblasti sa važećim međunarodnim standardima.

Međutim, ovom pitanju se ipak ne posvećuje dovoljna pažnja u praksi domaćih nadležnih organa – sudova odnosno ustanova za izvršenje krivičnih sankcija. To je posledica i opterećenosti poslom odnosno nedovoljnog broja zaposlenih, ali i neprepoznavanja ovog problema.

Republika Srbija prema zvaničnim, dostupnim podacima do kraja 2018.godine nije imala veliki broj predmeta koji se odnose na kršenje prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode u kojima je doneta odluka – presuda Evropskog suda za ljudska prava. To treba da bude cilj kome se stalno teži i u narednom periodu.

Imajući u vidu do sada donete odluke Evropskog suda za ljudska prava **može se zaključiti da nema sistematskog kršenja prava na zdravstvenu zaštitu lica lišenih slobode**, već da postoje pojedinačni slučajevi kršenja tog prava.

U narednom periodu neophodno je posvetiti pažnju postupanju policije prilikom lišavanja slobode pojedinih lica i njihovoj edukaciji u pogledu blagovremenog i potpunog sačinjavanja zapisnika u kome će biti detaljno opisano i zdravstveno stanje lica lišenog slobode. Takođe, neophodna je edukacija sudija i javnih tužilaca u postupanju sa licima lišenim slobode na planu prepoznavanja zlostavljanja lica lišenih slobode i borbe protiv zlostavljanja tih lica od strane nadležnih organa, u skladu sa izveštajima CPT. Osim toga, neophodna je i edukacija medicinskog osoblja ali i odgovornih lica u ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija na planu prepoznavanja značaja ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu osuđenih lica.

Na taj način delovaće se pozitivno i sa aspekta zaštite države, ali i svakog od pomenutih organa, službi ili pojedinaca u eventualnim postupcima ostvarivanja prava na naknadu štete koje pred domaćim sudovima ili pred Sudom pokreću lica lišena slobode odnosno njihovi punomoćnici.

* * *

*EXERCISING THE RIGHTS ON HEALTHCARE PROTECTION OF FACILITIES WITHIN THE REPUBLIC OF SERBIA
(REVIEW OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURT)*

Summary

One of the fundamental rights that belong to persons deprived of liberty in various types of criminal court proceedings - misdemeanor proceedings, criminal proceedings, is the right to health care. How is that right achieved for the conditions of isolation in the Republic of Serbia is the subject of this study and to determine whether these individuals possibly victims of a system in terms of the protection of their human rights.

The aim of this paper is to present the most important provisions relating to the treatment of officials of persons deprived of liberty in various stages and allowing this category of persons to exercise the right to health care in terms of isolation. In this respect, significant recent practice of the European Court of Human Rights, particularly decisions relating to the Republic of Serbia. It is important to determine whether the persons deprived of liberty victims of a system in terms of realizing the right to health care, in terms of isolation in our country. In this regard, their right to compensation is also related. Also, in the exercise of this right, and we will point out the major problems that burden the efficient operation of the competent state bodies - the national courts and institutions where persons are deprived of their freedom in practice.

Key words: persons deprived of their liberty, the victims, the conditions of isolation, the European Court of Human Rights

Doc.dr Samir Manić¹

OSIGURANJE MEDICINSKIH POSLENIKA OD ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

Apstrakt

U radu se analiziraju postojeći sistemi osiguranja medicinskih poslenika od odgovornosti za štetu koju pretrpe pacijenti kao korisnici zdravstvenih usluga. Od klasičnog sistema osiguranja, koji se bazira na odgovornosti zbog krivice, preko mešovitog sistema osiguranja, koji je karakterističan za francusko pravo, pa sve do tzv., „no fault“ sistema osiguranja pacijenata, koji se, kako sam naziv kaže, ne bazira na krivici zdravstvenih radnika. Na kraju ovog rada, umesto zaključka, autor analizira mogućnost primene nekog od postojećih sistema osiguranja od odgovornosti medicinskih poslenika u okviru pravnog poretka Republike Srbije.

Cljučne reči: zdravstvena delatnost, šteta, odgovornost, osiguranje, „no fault“ sistem.

1. Uvodna razmatranja

Zdravstvena delatnost jedna je od najstarijih i najznačajnijih delatnosti koje prate razvoj ljudskog društva od svog nastanka. Sadrži brojne karakteristike među kojima se, kao jedna od osnovnih, pojavljuje činjenica da zajedno sa njom idu i određeni rizici koji je neumitno prate. Paralelno sa njima, tokom godina, povećavao se i obim šteta, broj tužbenih zahteva oštećenih pacijenata, njihova visina, kao i dužina sudskih postupaka protiv medicinskih poslenika.² Shodno tome, osiguranje medicinskih poslenika od odgovornosti postajalo je sve više jedan od nezamenljivih mehanizama zaštite.

Rizik od građanske odgovornosti medicinskih poslenika se, dakle, konstantno povećava, stoga su zdravstveni radnici/zdravstvene ustanove, na određeni način, prinuđeni da se osiguraju za slučaj odgovornosti.³

Osiguranje medicinskih poslenika od odgovornosti je deo imovinskih osiguranja, odnosno deo osiguranja koje za cilj ima naknadu štete. Ovaj oblik osiguranja,

¹ Docent; Departman za pravne nauke, Državni univerzitet u Novom Pazaru, mail: manicsamir@hotmail.com

² A.Laufß, Uhlenbruck Wilhelm, *Handbuck des Arztrechts*, , 3. Auflage, München, 2002.,, 205: Nemački pacijenti podnesu godišnje oko 40.000 zahteva za naknadu štete. Takođe, građanska odgovornost lekara i zdravstvenih ustanova je mnogo češća nego krivična odgovornost, npr. nemački javni tužioci upute godišnje oko 2.500 zahteva pokretanje istražnih postupaka protiv lekara.

³ J.Radišić, *Odgovornost zbog štete izazvane lecarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*, „Nomos“ Beograd, Beograd, 2007.,, 111.

takođe, je jedan od oblika osiguranja od profesionalne odgovornosti koji može biti od velike koristi, kako za medicinske poslenike, tako i za pacijente kao korisnike zdravstvenih usluga.

Putem osiguranja od odgovornosti osiguravaju se medicinski poslenici od rizika obaveze naknade štete pacijentu kao trećoj oštećenoj osobi.⁴ Radi se o osiguranju samog rizika umanjena imovine do čega dolazi usled obaveze štetnika da nadoknadi štetu oštećenoj osobi, a ne o osiguranju za slučaj uništenja ili oštećenja neke stvari.⁵ Takođe, ovim institutom se medicinskim poslenicima olakšavaju imovinski rizici koji prate obavljanje zdravstvene delatnosti. Stoga, na današnjem stupnju razvoja društva, osiguranje od profesionalne odgovornosti lekara postaje neophodnost. U nekim zemljama je ovo osiguranje uslov dobijanja licence, a tamo gde je ovo osiguranje na dobrovoljnoj bazi lekari sami shvataju nužnost osiguranja od odgovornosti, te zaključuju ugovore sa osiguravajućim kućama.

Analizirajući odredbe različitih pravnih sistemima može se zaključiti da postoji više načina osiguranja od odgovornosti medicinskih poslenika. Međutim, na osnovu određenih specifičnosti sve postojeće sisteme osiguranja medicinskih poslenika od odgovornosti možemo svrstati u tri kategorije, i to u: klasični sistem osiguranja od odgovornosti; no-fault sistem osiguranja od odgovornosti; i u francuski „mešoviti“ sistem osiguranja od odgovornosti.

2. Klasični sistem osiguranja od odgovornosti

Klasični sistem osiguranja od odgovornosti medicinskih poslenika baziran je na odgovornosti zdravstvenih radnika zbog nepažljivog postupanja.⁶ Da bi se moglo govoriti o odgovornosti zdravstvenih radnika, za štetu pričinjenu pacijentu, moraju postojati određeni uslovi odgovornosti, i to: šteta, uzročna veza i krivica. Kao što se može videti, slučaj nije obuhvaćen sistemom odgovornosti, pa samim tim je isključen i iz klasičnog sistema osiguranja.⁷ Stoga, kod klasičnog sistema osiguranja medicinskih poslenika od odgovornosti mogli bi smo komotno koristiti formulaciju osiguranje od krivice.

Klasičan sistem osiguranja je u poređenju sa ostalim sistemima osiguranja od odgovornosti medicinskih poslenika, još uvek, najrasprostranjeniji sistem.⁸ Međutim, ovim sistemom samo je donekle olakšano namirenje pacijenata oštećenih tokom određene zdravstvene intervencije, jer je pacijent taj koji mora dokazati da su ispunjeni svi neophodni uslovi za odgovornost lekara, tj. da je nastupio osigurani slučaj.⁹ Ova okolnost navela je brojne pravnike na razmišljanje o uvođenju nekog adekvatnijeg i efikasnijeg sistema osiguranja, iz čega je proistekla preporuka da se odgovornost medicinskih poslenika zameni ili

⁴ I.Cmić, „Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova“, u: I.Grbin (ur), *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, XXIII. savjetovanje, 2008, 169; M.Čurković, „Osiguranje od odgovornosti liječnika“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse : šesto međunarodno savjetovanje*, br. 6, Mostar 2008., 149.

⁵ M.Čurković, 149.

⁶ Uporedi. M.Proso, „Sustavi osiguranja od odštetne odgovornosti u zdravstvenoj djelatnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, 2/2009., 360.

⁷ M.Čurković, 151.

⁸ Ibid.

⁹ J.Radišić, 112.

barem dopuni osiguranjem za slučaj šteta izazvanih nezgodama u medicini.¹⁰ Tendencije su se kretale u pravcu da se umesto osiguranja zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova uvede osiguranje pacijenata, odnosno osiguranje koje ne bi zavisilo od krivice štetnika, te bi na taj način rasprava o krivici, koja u klasičnom sistemu osiguranja degradira odnose između lekara i pacijenata, bila izbegnuta.¹¹

3. Skandinavski „no fault“ sistemi osiguranja od odgovornosti

Na početku razmatranja ovog sistema osiguranja od odgovornosti medicinskih poslenika možemo reći da je ovaj sistem, na određeni način, uslišio sugestije brojnih pravnika, kao i želje velikog broja nezadovoljnih pacijenata koji su ostali bez naknade zbog nesavršenosti klasičnog sistema osiguranja. Jedna od većih prednosti ovog sistema ogleda se u okolnosti da pacijenti i zdravstveni radnici/zdravstvene ustanove nisu prisiljeni na rešavanje problema u parnici, koja u istinu predstavlja negativan deo njihovih odnosa.¹²

„No fault“ sistem osiguranja od odgovornosti je sistem osiguranja koji se, kako sam naziv kaže, ne bazira na krivici zdravstvenih radnika. Ovaj sistem su prve uvele zemlje Skandinavije, odakle i potiče njegov naziv, i kod ovog sistema, za razliku od klasičnog, krivica štetnika nije uslov naknade i isplate štete.

3.1. Švedski „no fault“ sistem osiguranja pacijenata

Švedski „no fault“ sistem osiguranja pacijenata stupio je na pozornicu švedskog pravnog poretka 1975. godine, kao prvi sistem osiguranja pacijenata takve vrste u nordijskim zemljama.¹³ Uvedeno je dobrovoljno kolektivno osiguranje pacijenata, u početku preko regionalnih zdravstvenih saveta, a kasnije i kod svih javnih i privatnih ustanova za pružanje zdravstvenih usluga.¹⁴ Ovaj sistem osig-

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² E.Hondius, „General introduction“, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 2010, 19.

¹³ L.H.Fällberg, E.Borgenhammar, „Swedish No Fault Patient Insurance Scheme“, *European Journal of Health Law*, Vol. 4, Issue 3 (October 1997), 279; L.Westerlund, S.H.Adelman, „The Swedish Patient Compensation System: A viable alternative to the U.S. tort system?“, *Bulletin Of The American College Of Surgeons*, Volume 89, Number 1, January 2004, 26; V.Ulfbeck, M.Hartlev, M.Schultz, „Malpractice in Scandinavia“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 87, Issue 1 (2012), 114; M.Čurković, 152: Pre 1972. godine je za odgovornost lekara važilo klasično pravo naknade štete bazirano na krivici. Međutim, 1972. godine donet je Tort Damages Act, ali i prema ovom aktu bilo je potrebno da pacijent, kao oštećeno lice, dokaže da je šteta posledica lekarske greške ili propusta bolničkog osoblja.

¹⁴ B.Grewin, „The patient insurance system in Sweden“, *CPME President, EFMA*, Oslo 2005., 1; M.Čurković 152; M.Proso 363; No-Fault Compensation Schemes For Medical Injury: A Review, Interim Report, School of Law, University of Manchester, Scottish Government Social Research, 2010, 40: Postoji 21 oblast u Švedskoj svaka sa svojim direktno izabranim parlamentom. Svaki region je odgovoran za pružanje zdravstvene zaštite u okviru svojih granica. Zdravstvena zaštita se finansira od regionalnog dohotka. Manji deo zdravstvene zaštite se finansira putem privatnih sredstava ili preko privatnog zdravstvenog osiguranja. Lekari su zaposleni u regionalnim bolnicama.

uranja pacijenata veoma brzo se proširio u Švedskoj. Međutim, tu nije bio kraj njegovoj ekspanziji, jer su u Finskoj 1987., u Norveškoj 1988., i u Danskoj 1992. godine uvedeni sistemi osiguranja pacijenata koji iako nisu bili u potpunosti identični švedskom sistemu bili su njime inspirisani.¹⁵

Sve do 1997. godine u Švedskoj je vladao dobrovoljni „no fault“ sistem osiguranja pacijenata. Svi privatni i javni davaoci zdravstvenih usluga dobrovoljno su preuzimali obavezu osiguranja od odgovornosti za naknadu štete pacijentima u vezi sa zdravstvenim uslugama.¹⁶ Cilj ovog sistema osiguranja bio je uspostavljanje efikasnog sistema naknade štete povređenim pacijentima, a ne uspostavljanje discipline među davaocima zdravstvenih usluga ili, pak, odvracanje od grešaka.¹⁷ Pitanje naknade štete i odgovornosti lekara su razdvojeni, i shodno tome olakšan je položaj kako pacijenata, tako i zdravstvenih radnika.¹⁸

Napokon, 1997. godine švedski Zakon o osiguranju pacijenata¹⁹ implementiran je u pravni poredak i shodno njegovim odredbama „no fault“ sistem osiguranja pacijenata postao je obavezan.²⁰ Pre uvođenja „no fault“ sistema osiguranja pacijenata 1975. godine, šteta se nadoknađivala pacijentima u proseku od 10 slučajeva na godišnjem nivou, u zemlji koja je brojala oko 9 miliona stanovnika.²¹ Ako se taj broj upoređi sa brojem naknada u ranim devedesetim, koji se kretao i do nekoliko hiljada, vidi se evidentna efikasnost ovog sistema.²²

Osnov ovog osiguranja predstavlja obligacioni ugovor između udruženja osiguravajućih kompanija i medicinskih poslenika. To je ugovor u korist trećih lica (pacijenata) i ima hibridnu prirodu. Naime, on je sličan osiguranju za slučaj nesreće, ali, takođe, sadrži i izvesne elemente osiguranja za slučaj odgovornosti.²³ Korisnici ovog ugovora su pacijenti kao treća lica i oni imaju pravo da se direktno obrate osiguravaču u slučaju da pretrpe štetu usled medicinske intervencije. Jedna od specifičnosti ovog ugovora o osiguranju je, takođe, što se putem njege ne individualizira treće lice kao korisnik osiguranja već se u toj ulozi nalaze svi budući pacijenti koji pretrpe štetu na svom zdravlju usled zdravstvene intervencije. Obveznici osiguranja su javni davaoci zdravstvenih usluga i oni plaćaju premiju osiguranja. Ako uslugu pružaju privatni davaoci zdravstvenih usluga, na

¹⁵ V.Ulfbeck, M.Hartlev, M.Schultz, 114.

¹⁶ M.Čurković, 152.

¹⁷ M.M.Mello, A.Kachalia, D.M.Studdert, „Administrative Compensation for Medical Injuries: Lessons from Three Foreign Systems“, *Issues in International Health Policy, Commonwealth Fund pub.* 1517, Vol. 14, July 2011, 3.

¹⁸ M.Čurković, 152.

¹⁹ Swedish Patient Insurance Act- SPIA, (1997).

²⁰ L.H.Fallberg, Borgenhammar Edgar, „Swedish No Fault Patient Insurance Scheme“, op. cit., 279; V.Ulfbeck, M.Hartlev, M.Schultz, 114.0

²¹ C.Oldertz, „Security Insurance, Patient Insurance, and Pharmaceutical Insurance in Sweden“, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 34, Issue 4 (Fall 1986), 637.

²² Ibid., p. 635.

²³ H.L.Weyers, „Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Aerzte ergänzenden Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes) und Haftungsrecht einzuführen?“ Verhandlungen des zweiundfünfzigsten deutschen Juristentages, Band I, Teil A, München, 1978, A 74., navedeno prema: J.Radišić, 113.

bazi ugovora sa javnom zdravstvenom ustanovom,²⁴ obavezno osiguranje sklapa javna ustanova.²⁵ Ako je davalac zdravstvene usluge bio neosiguran, odgovornost preuzima poseban fond pri Patient Insurance Association,²⁶ čiji članovi moraju biti svi osiguravači koji se bave tom vrstom posla. Raspored izdataka na osiguravače vrši se srazmerno učešću u portfelju²⁷ tog osiguranja u prethodnoj godini. Svakako, osiguravači imaju pravo regresa protiv neosiguranog zdravstvenog operatera.²⁸

Kao što smo i konstatovali, ovim sistemom osiguranja pacijenata, u izvesnom obimu, pokrivena su štete pacijenata bez obzira na krivicu lekara.²⁹ Shodno tome, pacijent ne mora dokazivati krivicu da bi dobio naknadu štete koju je pretrpeo tokom medicinske intervencije. Glavni uslovi koji se kumulativno moraju ispuniti u cilju dobijanja naknade su: a) da se oštećenje zdravlja desilo u vezi sa zdravstvenom uslugom³⁰ koja je pružena u Švedskoj; b) da je nastalo oštećenje telesne ili psihičke prirode, i c) da postoji uzročna veza između radnje preduzete pri zdravstvenoj intervenciji i povrede pričinjene pacijentu.³¹ Pacijent ne dokazuje krivicu lekara ili njegovog pomoćnika, jer to nije potrebno za sticanje prava na obeštećenje po osnovu ovog osiguranja.³² Dokaz o postojanju uzročne veze između medicinske intervencije i štete je potreban za uspeh oštećenog pacijenta.³³

Švedski „no fault“ sistem osiguranja pacijenata je direktni sistem osiguranja koji omogućava oštećenom pacijentu da se za naknadu obrati neposredno osiguravaču. Od njega može zahtevati naknadu materijalne i nematerijalne štete. Kada su u pitanju troškovi medicinskog tretmana, medicinske nege i izmakla zarada, oni se mogu zahtevati samo pod uslovom da ovi gubici nisu nadoknađeni nekom drugom vrstom osiguranja.³⁴ Ako se prilikom lekarske intervencije pacijentu nanose bolovi izazvani nepažljivim postupanjem, pacijent će imati pravo i na naknadu nematerij-

²⁴ Europa Medica, <http://www.europamedica.org/> 30. 06. 2013: Većina bolnica i primarnih zdravstvenih centara je u vlasništvu regiona u Švedskoj i većina lekara zaposlena je u bolnicama ili u centrima primarne zdravstvene zaštite. Sa nekoliko bolnica upravljaju privatne kompanije, ali imaju ugovore za javne pacijente sa regionima. Zajedno regioni poseduju Regionalno društvo za uzajamno osiguranje za štete pacijenata. Osiguranje pokriva sve javne bolnice, GPs itd. i sve privatne bolnice, GPs koji imaju ugovor sa regionima.

²⁵ Article 12., SPIA.

²⁶ Article 14., SPIA.

²⁷ Portfelj (portfolio) osiguranja - Svi osigurani rizici u okviru jednog osiguravajućeg društva (ukupnost poslova osiguravača). Portfelj se iskazuje brojem ugovora osiguranja ili brojem osiguranika, ukupnom sumom osiguranja ali i iznosom ukupne premije za pojedine vrste osiguranja.

²⁸ M.Čurković, 152.

²⁹ J.Radišić, 113.

³⁰ J.Slavnić, „Osiguranje profesionalne odgovornosti lekara“, *Revija za pravo i osiguranje*, br. 1/2009, 30: Reč je o povredama za koje je potrebno da verovatnoća da su nastale u vezi medicinskih usluga prelazi preko 50%.

³¹ B.Grewin, 3.

³² J.Radišić, 114.

³³ Ibid., str. 115; Neki autori smatraju da se pored postojanja uzročno-posledične veze između lekarske intervencije i povrede pacijenta zahteva i uslov da se šteta mogla izbeći radnjom iskusnog specijaliste. Vidi u: H.Johansson, „The Swedish system for compensation of patient injuries“, *Upsala Journal of Medical Sciences.*, 2010, 115, 88; M.Čurković, 152; J.Slavnić, 30.

³⁴ J.Radišić, 115.

jalne štete. Inače, pravo na naknadu nematerijalne štete zbog bolova uslovljenih terapijom, po pravilu, se ne priznaje.³⁵

Povrede pacijenata, koje se uobičajeno osiguravaju, su: 1) povrede nastale usled lečenja, ali samo ako se povreda mogla izbeći, ili korišćenjem drugog medicinskog metoda ili primenom istog metoda ali na drugačiji način. Teret dokazivanja je na pacijentu; 2) povrede vezane za medicinska sredstva, odnosno povrede nastale usled neke neispravnosti ili nedostatka medicinskog sredstva ili usled njegovog korišćenja na pogrešan način; 3) dijagnostičke povrede, ako usled pogrešnih dijagnostičkih rezultata dođe do povređivanja pacijenta; 4) povrede od infekcija, ako je infekcija dobijena u zdravstvenom postupku (infekcije koje su uobičajene ne uzimaju se u obzir); 5) povrede nastale zbog pogrešne primene ili pogrešnog doziranja leka (šteta od redovnih nepoželjnih posledica uzimanja lekova ne uzimaju se u obzir, kao ni nus-pojave leka koje su predmet farmaceutskog osiguranja); 6) kao i sve ostale povrede nastale usled nesrećnog slučaja, a koje su u vezi sa pružanjem zdravstvene zaštite.³⁶

Kao što se vidi iz navedenog, reč je o onim telesnim oštećenjima i njihovim posledicama koje nisu ni isključivo ni pretežno uzrokovane samom bolešću pacijenta.³⁷ Shodno tome, za štete koje su prirodni ili predvidljivi rezultat medicinski opravdanih postupaka neće se odobriti kompenzacija. Važno je naglasiti, takođe, da se naknada ne daje za komplikacije koje se nisu mogle izbeći, kao ni za povrede koje su bile posledica vanredne situacije. Odnosno, osiguranje ne pokriva oštećenja nastala zbog medicinskih postupaka primenjenih u hitnim situacijama bez mogućnosti korišćenja uobičajenih rutinskih postupaka zbog urgentnosti.³⁸

Ako je povreda nastala kao posledica nedostatka pristanka pacijenta na određeni medicinski zahvat ili sa nedostacima u odgovarajućim informacijama ona nije pokrivena osiguranjem već podleže opštim pravilima odgovornosti.³⁹ Ukoliko je šteta pacijentu naneta namerno ili krajnom nepažnjom, usled neispravnosti proizvođača itd., osiguravač koji je pacijentu isplatio naknadu ima pravo regresa prema odgovornom licu.⁴⁰ Takođe, pacijent ima pravo na naknadu štete samo ako za istu štetu ne može tražiti naknadu od nekog trećeg, ili u slučaju da takva naknada ne odgovara visini stvarno pretrpljene štete.⁴¹ Krivica oštećenog pacijenta uzima se u obzir samo u onim slučajevima kada se može kvalifikovati kao gruba.⁴²

Postupak dobijanja naknade štete za pacijenta je besplatan. U 80% slučajeva povredu koju pretrpi pacijent prijavljuje zdravstveno osoblje bolnice.⁴³ Takođe, pacijent može uspostaviti direktan kontakt sa osiguravačem, koji potom uspostavlja

³⁵ Ibid.

³⁶ V.Ulfbeck, M.Hartlev, M.Schultz, 117- 122; B.Grewin, 3; M.Ćurković, 152.

³⁷ J.Radišić, 114.

³⁸ B.Grewin, 4.

³⁹ M.Ćurković, 152.

⁴⁰ Article 20., SPIA.

⁴¹ J.Radišić, 114.

⁴² G.Fischer, H.Lilie, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, Köln, 1999.* 70.

⁴³ M.Proso, 363.

vezu sa zdravstvenom ustanovom koja je pružila uslugu pacijentu.⁴⁴ Kada šteta nastupi u nekom kasnijem periodu, posle obavljanja zdravstvene intervencije, pacijent se, najčešće prijavom, obraća zdravstvenoj ustanovi u okviru koje je bila preduzeta zdravstvena intervencija. Prijava kojom se pacijent obraća bolnici, najčešće, sadrži sve informacije o nastaloj šteti. Zdravstvena ustanova koja je primila prijavu zakazuje sastanak između pacijenata i lekara koji ga je lečio, i na tom sastanku se od strane pacijenta, a uz pomoć lekara, popunjava upitnik (panel).⁴⁵ Upitnik se zatim potpisuje od strane oštećenog pacijenta i lekara, i uz zahtev za naknadu štete, pacijent pored medicinske dokumentacije osiguravaču podnosi i popunjeni upitnik. Zahtev za naknadu štete rešava osiguravač. Ukoliko pacijent nije zadovoljan odlukom osiguravača može uložiti žalbu Patient Claims Panel-u. Naime, radi se o delu Patient Insurance Assotiation koji daje savete zainteresovanim osobama, a predmet rešava davanjem preporuke osiguravaču, koji može ali ne mora prihvatiti preporuku.⁴⁶ Nezadovoljan pacijent zadržava pravo da se tužbom obrati sudu, i u tom slučaju, ako izgubi u postupku, rizikuje plaćanje troškova parnice.⁴⁷

3.2. Danski „no fault“ sistem osiguranja pacijenata

Isto kao i Švedska, i Danska je Zakonom o osiguranju pacijenata iz 1992. godine⁴⁸ uvela sistem obaveznog osiguranja pacijenata, koji se ne temelji na odgovornosti zdravstvenih radnika. Činjenica da je švedski sistem osiguranja pacijenata poslužio susednim zemljama kao model u kreiranju sopstvenih zakonskih propisa ima za posledicu da danski model osiguranja pacijenata u svojoj suštini nimalo ne odstupa od švedskog modela. DPIA obezbeđuje naknadu za medicinske povrede u pet različitih kategorija, u rasponu od povreda izazvanih neprikladnom brigom do povreda koje se smatraju neizbežnim (npr. infektivne bolesti).⁴⁹ Pacijent koji je pretrpeo određenu štetu tokom medicinskog tretmana mora da podnese svoj zahtev Konzorcijumu za osiguranje pacijenata (Patient Insurance Consortium - sastavljen je od osiguravajućih kompanija koje obezbeđuju osiguranje za većinu okruga i samo-osiguranih okruga (zdravstvenih ustanova u obliku samo-osiguranja)) koji razmatra zahtev i prikuplja dokaze i podatke neophodne da se o njemu odluči.⁵⁰ Pacijent koji je nezadovoljan odlukom ove institucije, kao i osiguravač, mogu podneti žalbu Patient Injury Appeals Board-u.⁵¹ Povrede pacijenata najčešće prijavljuju zdravstveni radnici zbog okolnosti da je DPIA predvideo da osoba koja prijavi događaj ne može kao rezultat te prijave biti

⁴⁴ M.Ćurković, 153.

⁴⁵ D.E.Seubert, „Is “no-fault” the cure for the medical liability crisis?“, *American Medical Association Journal of Ethics* April 2007, Volume 9, Number 4, Response 1, 316.

⁴⁶ M.Ćurković, 153.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Danish Patient Insurance Act- DPIA, (1992).

⁴⁹ A.Ulrich, „Evaluation of the Danish No-Fault System for Compensating Medical Injuries“, *Annals of Health Law*, Vol. 3, 248.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

podvrgnuta krivičnom ili disciplinskom kažnjavanju.⁵²

DPIA pod štetom, koja je pokrivena osiguranjem, podrazumeva fizičku povredu, što uključuje bilo koju povredu koja rezultira telesnim oštećenjem, kao i psihološku štetu nastalu usled fizičke povrede.⁵³ Kao što se može videti, izuzev psihološke štete nastale usled fizičke povrede, ostale oblike psiholoških oštećenja DPIA isključuje zbog okolnosti da je veoma teško napraviti razliku između psiholoških stanja izazvanih samim oboljenjem i psiholoških oštećenja prouzrokovanim samim medicinskim tretmanom.⁵⁴ Kada se radi o učesnicima medicinskih istraživanja, DPIA proširuje generalnu definiciju, pa će oni imati pravo na naknadu za sve vrste povreda, uključujući i sve psihološke povrede, a ne samo psihološku štetu nastalu usled fizičkih povreda.⁵⁵

DPIA, dakle, pokriva samo štete nastale usled medicinskog pregleda ili lečenja ili medicinske nezgode.⁵⁶ Povrede koje su uzrokovane samom bolešću od koje se pacijent leči, kao i povrede uzrokovane prethodno uspostavljenim uslovima nisu nadoknadive. Stoga, prirodne posledice bolesti pacijenta, kao što je smrt od neizlečive bolesti, kao i neočekivane posledice bolesti ili neočekivane komplikacije u toku lečenja nisu pokrivena osiguranjem ako su posledica same bolesti.⁵⁷

Generalno, DPIA pokriva osiguranjem pet kategorija povreda: prva kategorija povreda pokrivenih osiguranjem pacijenata obuhvata povrede koje bi iskusan stručnjak mogao izbeći preduzimanjem pregleda ili lečenja pacijenta na drugačiji način u odnosu na lekara koji ga je lečio;⁵⁸ u drugoj kategoriji nalaze se povrede uzrokovane nedostatkom medicinske opreme ili medicinskih sredstava;⁵⁹ treća kategorija obuhvata povrede koje bi bile izbegnute da je bolji ili manje rizičan tretman, koji je bio dostupan, bio i preduzet;⁶⁰ četvrta kategorija obuhvata povrede u vidu infekcija ili drugih komplikacija koje su obimnijeg karaktera u odnosu na razumno očekivane za datu vrstu bolesti;⁶¹ i peta kategorija povreda pokrivenih osiguranjem obuhvata bilo koju povredu nanesenu putem krvi, tkiva ili organa tokom postupka donacije, kao i svaku povredu prouzrokovanu na licima, uključujući i pacijente, koja učestvuju u istraživačkim medicinskim programima.⁶²

Putem DPIA uvedeno je generalno ograničenje prema kome pacijent će imati pravo na naknadu samo ako šteta iznosi više od 3,000 \$.⁶³ Svrha ovog pravila je da se spreči podnošenje velikog broja zahteva za trivijalne povrede pacijena-

⁵² Article 6., DPIA.

⁵³ A.Ulrich, 253.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ M.Čurković, 153.

⁵⁷ A.Ulrich, 254.

⁵⁸ Paragraph 2., section 1., subsection 1., DPIA.

⁵⁹ Paragraph 2., section 1., subsection 2., DPIA.

⁶⁰ Paragraph 2., section 1., subsection 3., DPIA.

⁶¹ Paragraph 2., section 2., subsection 4., DPIA.

⁶² Paragraph 4., section 1., DPIA.

⁶³ Paragraph 5., section 2., subsection 1., DPIA.

ta.⁶⁴ Pacijenti koji pretrpe štetu manju od 3,000 \$ moraju ostvarivati svoje zahteve kroz tradicionalni sistem odgovornosti.⁶⁵

3.3. Norveški „no fault“ sistem osiguranja pacijenata

Slično sistemima ostalih nordijskih zemalja i u Norveškoj se naknada za štetu pretrpljenu usled medicinske intervencije plaća preko posebnog sistema poznatog pod nazivom „Norveški sistem naknade za povrede pacijenata“.⁶⁶ Sistemom su obuhvaćene samo štete koje nastupe kao posledica fizičke povrede i one se nadoknađuju bez obzira da li je lekar kriv.⁶⁷ Kod norveškog sistema osiguranja pacijenata premija se ne plaća, umesto nje uveden je poseban doprinos kojeg plaća država i okružne vlasti.⁶⁸ U slučaju neosiguranih davaoca zdravstvenih usluga naknadu štete isplaćuje poseban fond čija se finansijska baza formira davanjima svih osiguravača koji se bave ovim osiguranjem.⁶⁹

Štete koje su pokrivene osiguranjem kao i postupak dobijanja naknade su skoro identični sistemu osiguranja pacijenata ostalih nordijskih zemalja. Broj zahteva pacijenata za naknadu štete pretrpljene tokom medicinskog tretmana, od uvođenja „no fault“ sistem osiguranja pacijenata, vremenom je rastao. Tako npr., 1988. godine, kad je ovaj sistem uveden, broj zahteva za naknadu štete pretrpljene tokom medicinskog tretmana iznosio je 232, da bi se 1995. godine broj zahteva popeo na 1400.⁷⁰ Uzimajući u obzir okolnost da je u proseku 40% pacijenata ostvarivalo naknadu, mnogi su smatrali da je ovaj sistem trebao biti mnogo efikasniji, argumentujući navode prosekom ostvarenih zahteva na godišnjem nivou u drugim nordijskim zemljama.⁷¹

Pacijent može svoj zahtev za naknadu štete ostvarivati i preko sudskih organa, u skladu sa opštim pravilima koja regulišu naknadu štete. Međutim, u tom slučaju mora dokazati postojanje krivice.⁷²

3.4. Finski „no fault“ sistem osiguranja pacijenata

Finska je prvog maja 1999. godine donela Zakon o osiguranju pacijenata⁷³ na osnovu kojeg je izmenila Zakon o povredama pacijenata iz 1987. godine. Shodno FPIA, koji je i sam revidiran 2005. godine, osiguranje pacijenata pokriva telesne povrede koje zadobije pacijent tokom medicinskog tretmana u zdravst-

⁶⁴ A.Ulrich, 268.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ K.Sonderlandi, „Medical Malpractice - The Legal Situation in Norway“, *European Journal of Health Law*, Vol. 3, Issue 2 (June 1996), 173.

⁶⁷ Ibid., p. 174.

⁶⁸ M.Čurković, 154.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ K.Sonderland, 174.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Finnish Patient Injuries Act- FPIA, (1999).

venom sistemu Finske.⁷⁴ Shodno članu 2. FPIA osiguranje pokriva samo telesne povrede za koje je verovatno da su posledica lečenja i koje spadaju u bilo koju od sledećih sedam kategorija: 1) tretman povrede, koje su rezultat ispitivanja, lečenja ili sličnog postupka (koristi se test sa iskusnim zdravstvenim radnikom); 2) da je reč o povredama vezanim za opremu, odnosno o povredama prouzrokovanim nedostatkom opreme ili medicinskih sredstava; 3) povrede od infekcija, poreklom od pregleda, lečenja ili sličnog postupka, međutim naknada neće biti plaćena ako se od pacijenta očekuje da toleriše takve povrede; 4) povrede vezane za nesrećne slučajeve; 5) povrede zadobijene od vatre, odnosno povrede koje su posledica incidenta na kojeg utiču prostorije u kojima se pacijent leči ili oprema koja se koristi prilikom njegovog lečenja; 6) farmaceutske neispravno snabdevanje, koje je u suprotnosti sa receptom ili sa važećim propisima; 7) neracionalne povrede, izazvane ispitivanjem, lečenjem ili sličnim postupkom, ako je postupak izazvao trajno oboljenje, povredu ili smrt.⁷⁵

Kompenzacija se mora tražiti u roku od 3 godine od kada je pacijent postao svestan ili je trebalo da bude svestan povrede, a najkasnije u roku od 10 godina od štetnog događaja.⁷⁶ Osiguranje pokriva troškove lečenja, gubitak prihoda ili izdržavanja, bol i patnju, trajni gubitak određene funkcije i trajne kozmetičke povrede.⁷⁷ Administracija FPIA poverena je Centru za osiguranje pacijenata, pri tom svaki pacijent koji nije zadovoljan odlukom ovog organa može da zahteva od Odbora za povrede pacijenata da preispita odluku.⁷⁸ U 2006. godini finški Centar za osiguranje pacijenata primio je 7,958 zahteva, na bazi kojih je pacijentima isplaćeno oko 24 miliona €. ⁷⁹

Nordijski „no fault“ sistem osiguranja pacijenata privukao je veliku pažnju i u drugim zemljama poput Austrije, Belgije, Nemačke, Holandije i Velike Britanije.⁸⁰

4. Novozelandski „no fault“ sistem osiguranja pacijenata

Prošlo je četiri decenije od kada je Novi Zeland doneo Accident Compensation Act (1972),⁸¹ pre kojeg je ova zemlja imala sličan sistem kompenzacije kao i većina ostalih zemalja sveta.⁸² Ovim zakonom, koji je stupio na snagu 1. aprila. 1974. godine, u Novom Zelandu uvedeno je opšte osiguranje građana od nesrećnog slučaja, i od tog momenta Novi Zeland ima tzv. "no-fault" sistem

⁷⁴ E.Hondius, 20.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Section 10., FPIA.

⁷⁷ E.Hondius, 20.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid., p. 21.

⁸¹ Accident Compensation Act of New Zealand- ACANZ, (1972).

⁸² P.Foley, „New Zealand’s World-leading No-fault Accident Compensation Scheme“, *JMAJ*, January/February 2008 — Vol. 51, No. 1, 58; M.A.Kupeli, „Tort Law = No Fault Compensation: An Unrealistic Elixir to the Medical Malpractice Ailment“, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 19, Issue 2 (Summer 1996), 565.

osiguranja.⁸³ Generacije Novog Zelanda odrasle su znajući da je naknada štete za telesne povrede, uključujući i medicinske povrede, putem ACC (Accident Compensation Corporation) primarni metod u odnosu na parnicu, i da je izbegavanje parničenja društveni dobitak.⁸⁴ Ovim osiguranjem pokriveni su svi stanovnici Novog Zelanda, uključujući i one koji se nalaze u inostranstvu u vreme povrede, pod uslovom da imaju stalno mesto boravka u Novom Zelandu. Posetioci Novog Zelanda, takođe, su pokriveni osiguranjem, pod pretpostavkom da ispunjavaju određene uslove ACC.⁸⁵

Sve do 1992. godine ovim sistemom osiguranja vrši se nadoknada štete svim pacijentima koji pretrpe telesne povrede usled nezgoda i omogućava se klasična tužba za naknadu štete samo za povrede koje nisu obuhvaćene ovim sistemom osiguranja.⁸⁶ Naknada štete za povrede pokrivena osiguranjem, dakle, nije se mogla tražiti putem parnice, jer tužba za naknadu štete u tim slučajevima bila je ukinuta.⁸⁷ Osiguranje je obuhvatalo štete koje pretrpe pacijenti usled medicinske, hirurške, zubarske nezgode, ili nezgode tokom pružanja prve pomoći, bez potrebe da se dokaže postojanje krivice medicinskih poslenika.⁸⁸ ACC je obračunavao i isplaćivao iznose naknada, uključujući izgublenu zaradu kao i medicinske i rehabilitacione troškove.⁸⁹ Osiguranjem je obuhvaćena i trajna nesposobnosti za rad, naknada zbog gubitka izdržavanja bračnog druga i ostalih lica koje je oštećeni bio dužan izdržavati.⁹⁰

Međutim, 1992. godine Novi Zeland je kroz Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act,⁹¹ predviđajući u određenom kontekstu krivicu kao uslov, ustanovio osiguranje koje se delimično zasniva na krivici.⁹² Naime, ako se pođe od činjenice da ARCIA definiše medicinsku nezgodu kao lekarsku grešku ili medicinski nesrećan slučaj, može se zaključiti da većina zahteva, zbog okolnosti da medicinski nesrećan slučaj ima veoma preciznu definiciju⁹³ i da se dešava veoma retko (dešava se u manje od 1 odsto slučajeva),⁹⁴ potpada pod lekarsku

⁸³ G.W.R.Palmer, „Accident Compensation in New Zealand: The First Two Years“, *The American Journal Of Comparative Law*, Vol. 25, 1977., 1; R.S.Miller, „An Analysis and Critique of the 1992 Changes to New Zealand’s Accident Compensation Scheme“, *Maryland Law Review*, Volume 52, Issue 4, 1993, 1070; K.Dew, „Accident insurance, sickness and science: New Zealand’s no-fault system“, *International Journal of health Services*, Vol.32, No.1, 2002., 163.

⁸⁴ M.Bismark, R.Paterson, „No-Fault Compensation In New Zealand: Harmonizing Injury Compensation, Provider Accountability, And Patient Safety“, *Health Affairs*, January/February 2006, Volume 25, Number 1, 278.

⁸⁵ R.Braddell, „No-fault medical misadventure law ends finger-pointing“, *Journal of the New Zealand Medical Association*, 03-June-2005, Vol 118, No 1216. <http://journal.nzma.org.nz/journal/118-1216/1516/07.07.2013>.

⁸⁶ M.A.Kupeli, 566.

⁸⁷ R.S.Miller, 1070.

⁸⁸ M.A.Kupeli, 566.

⁸⁹ R.S.Miller, 1070; M.A.Kupeli, 567.

⁹⁰ M.Proso, 366.

⁹¹ Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act of New Zealand- ARCIA(1992).

⁹² M.Bismark, R.Paterson, 279; M.A.Kupeli, 567.

⁹³ R.S.Miller, 1073: Zakon sadrži definiciju medicinskog nesrećnog slučaja koja se prostire na gotovo dve strane.

⁹⁴ M.Bismark, R.Paterson, 280.

grešku.⁹⁵ Medicinska greška definiše se kao nepoštovanje razumnog standarda pažnje i umeća.⁹⁶ Stoga, oštećeni pacijent mora da dokaže da lekar nije poštovao očekivani standard pažnje i umeća, što ga ponovo vraća u parničnu arenu sa davo-ocem zdravstvenih usluga.⁹⁷ Dodatna otežavajuća okolnost sastojala se u činjenici da se pre 2002. godine medicinska greška nije mogla pripisati nekoj organizaciji, te je ovakvo fokusiranje na individualnu grešku lekara, u relaciji sa pretnjom disciplinske mere, imalo za posledicu otežano ostvarivanje kompenzacije od strane pacijenata, kao i njeno odlaganje, zbog okolnosti da su lekari nastojali da ospore zaključke o greškama.⁹⁸

Reformom od 01. 07. 2005. godine, medicinska greška i medicinski nesrećan slučaj su zamenjeni novim konceptom povreda nastalih tokom tretmana (*treatment injury*), pa su, shodno novom konceptu, osiguranjem pokrivena sve telesne povrede koje pacijent zadobije tokom zdravstvenog tretmana.⁹⁹ Povrede koje su nužna posledica tretmana ili redovna posledica zdravstvenog tretmana (kao što je gubitak kose tokom hemoterapije) nisu pokrivena osiguranjem.¹⁰⁰

ACC sistem kompenzacije je jedan od najjednostavnijih sistema u svetu. O potraživanju se odlučuje u nekoj od jedinica ACC-a na osnovu informacija dobijenih od strane pacijenata i njegovih provajdera, kao i na osnovu saveta nezavisnih kliničkih savetnika. Pacijenti koji su nezadovoljni odlukom ACC mogu zahtevati reviziju odluke, a ukoliko nisu zadovoljni ni revizijom, oni mogu koristiti i sudsku žalbu.¹⁰¹ Hronološki posmatrano ACC je prihvatio 40% zahteva za kompenzaciju pacijenata.¹⁰²

ACC sistem pribavlja sredstva putem opšteg oporezivanja, kao i putem nameta poslodavcima.¹⁰³ Ovaj sistem kompenzacije ima fiksni raspored naknada što znači da podnosioci zahteva sa sličnim povredama dobijaju sličnu naknadu.¹⁰⁴ Prava koja ima osiguranik po osnovu ovog osiguranja mogu se razvrstati u četiri kategorije, i to: 1) Pravo na naknadu troškova lečenja i rehabilitacije (troškovi lekova, invalidskih pomagala, brige o deci, kućne promene, i troškovi prekvalifikacije. Treba napomenuti da je većina ovih troškova već obuhvaćena univerzalnim sistemom zdravstvene zaštite Novog Zelanda); 2) Pravo na izgublenu zaradu (uključuje nedeljnu naknadu od 80 odsto zarade podnosioca zahteva u vreme povrede, do određenog maksimuma); 3) Pravo na paušalnu naknadu (jednokratno do iznosa od 70,000 US\$ za kompenzaciju trajnog oštećenja usled povrede, na koji oštećeni ima pravo pored drugih ACC prava); 4) Pravo na podršku izdržavanim licima (ima oblik troškova sahrane i porodične donacije namenjene za preživelog suprurnika i deci ispod 18 godina).¹⁰⁵

⁹⁵ M.A.Kupeli, 567- 568.

⁹⁶ M.Bismark, R.Paterson, 279.

⁹⁷ R.S.Miller, „1073- 1074; M.A.Kupeli, 568.

⁹⁸ M.Bismark, R.Paterson, 279.

⁹⁹ Ibid., p. 280.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

Nameće se, kao opšti zaključak, konstatacija da je ovaj sistem osiguranja veoma efikasan, a kao jedan od njegovih najvećih doprinosa ističe se činjenica da je putem njega skinuto breme straha sa zdravstvenih radnika od mogućeg parničenja u okviru kojeg bi se utvrđivala njihova odgovornost.

5. Francuski mešoviti sistem osiguranja od odgovornosti

Francuski *mešoviti* sistem osiguranja pacijenata od štete je specifična kombinacija klasičnog sistema i „no fault“ sistema osiguranja od odgovornosti. Osnova ovog sistema osiguranja je krivica. Međutim, po uzoru na skandinavske zemlje, pod određenim uslovima, za određene kategorije nezgoda u sistemu pružanja zdravstvenih usluga uvodi se osiguranje od odgovornosti bez obzira na krivicu tzv. „no fault“ sistem.

Sve do 4. marta. 2002. godine u Francuskoj je za odgovornost zdravstvenih radnika važio klasičan sistem odgovornosti po osnovu krivice, pa shodno tome i klasičan sistem osiguranja od odgovornosti.¹⁰⁶ Ovako uspostavljen sistem važio je od 1936. godine i odluke francuskog Kasacionog suda u slučaju *Mercier*, a svodio se na okolnost da pacijent mora dokazati krivicu lekara, a ne da očekivani rezultat (oporavak) nije postignut.¹⁰⁷ Zakonom od 4. marta. 2002. godine (tzv. Kušnerov zakon),¹⁰⁸ za određene kategorije nesreća, uveden je „no fault“ sistem osiguranja od odgovornosti koji ima za cilj poboljšanje uslova za naknadu u slučaju medicinskih nezgoda, uzimajući u obzir kako interese pacijenata, tako i interese zdravstvenih radnika.¹⁰⁹

Reforme koje su sprovedene Kušnerovim zakonom imale su za prethodnicu kulminaciju tridesetogodišnjih napora i predloga da se sprovedu reforme.¹¹⁰ Kušnerov zakon garantuje punu kompenzaciju žrtvama ozbiljnih medicinskih nesreća i uvodi nove procedure koje imaju za cilj izbegavanje parničenja i ubrzanje postupka isplate obeštećenja.¹¹¹ Takođe, ovim zakonom je predviđeno stvaranje posebnog fonda za kompenzaciju žrtvama određenih šteta bez obzira na bilo kakvo medicinsko pogrešno lečenje,¹¹² kao i formiranje Nacionalne kancelarije za obeštećenja zbog medicinske nezgode (ONIAM) koja sprovodi postupak obrade i isplate naknade.¹¹³

¹⁰⁶ F.G'Sell-Macrez, „Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: the French Rules of Medical Liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 86, Issue 3 (2011), 1097.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 1098.

¹⁰⁸ Law 2002-303 of March 4, 2002 on Patients' Rights and Quality of the Health System, *Journal Officiel De La Republique Francaise [Jo.] [Official Gazette Of France]*, Mar. 4, 2002.

¹⁰⁹ D.Thouvenin, „French Medical Malpractice Compensation since the Act of March 4, 2002: Liability Rules Combined with Indemnification Rules and Correlated with Several Kinds of Proceedings“, *Drexel Law Review*, Vol. 4, Issue 1 (Fall 2011), 166.

¹¹⁰ S.Taylor, „The development of medical liability and accident compensation in France“, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 2010., 93.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² G.Helleringer, „Medical Malpractice and Compensation in France: Part II: Compensation Based on National Solidarity“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 86, Issue 3 (2011), 1125.

¹¹³ M.A.Rodwin, „French Medical Malpractice Law and Policy through American Eyes: What It Reflects about Public and Private Aspects of American Law“, *Drexel Law Review*, Vol. 4, Issue 1 (Fall 2011), 112.

Konkretno rečeno, Kušnerovim zakonom su predviđene tri velike inovacije: prvo, njime se utvrđuju pravila za medicinske nezgode; drugo, stvorio je nova pravila naknade putem Nacionalne kancelarije za obeštećenja zbog medicinske nezgode, za izvesne terapijske rizike; treće, stvorio je novi postupak za rešavanje zahteva preko tri novo-oformljena tela.¹¹⁴

Kušnerov zakon je potvrdio već postojeći sistem odgovornosti po osnovu krivice zdravstvenih radnika i zdravstvenih institucija.¹¹⁵ Postojeći osnovni princip shodno kojem zdravstveni radnici i zdravstvene organizacije odgovaraju za štetu prouzrokovanu njihovim aktima u toku postupka prevencije, dijagnostike i lečenja samo ako postoji krivica.¹¹⁶ Postojeća pravila i dalje važe, građanska odgovornost za privatnu medicinu i upravna odgovornost za javnu medicinu.¹¹⁷ Međutim, postoji nekoliko izuzetaka u kojima će se primeniti objektivna odgovornost: prvo, zdravstvena organizacija biće objektivno odgovorna za štetu koju pretrpi pacijent usled bakterijskih infekcija zadobijenih tokom boravka u prostorijama zdravstvene ustanove (zdravstvena ustanova može se osloboditi odgovornosti samo ako dokaže da je infekcija nastala izvan medicinske ustanove); drugo, odgovornost za neispravne proizvode biće u skladu sa Direktivom 85/374/EEC.¹¹⁸

Osiguravači su, međutim, zauzeli stanovište da ne mogu nositi povećani finansijski rizik za bolničke infekcije, pa su lobirali za promenu postojećih pravila. Kao odgovor na takav stav osiguravača, donet je zakon od 30. decembra. 2002. godine kojim je izvršena revizija Kušnerovog zakona.¹¹⁹ Ovom revizijom osiguravačima je data podrška kroz Javni garantni fond (ovaj fond vrši naknadu štete pacijentima, međutim on ima pravo subrogacije protiv odgovornih zdravstvenih ustanova) za najteže povrede zbog bolničkih infekcija, odnosno za one povrede koje umanje sposobnost fizičkog lica za više od 25% ili izazovu smrt.¹²⁰ Uprkos navedenim promenama i dalje postoji nedovoljnost u broju osiguranja ponuđenih klinikama, kao i pritužbe privatne prakse na nivo premija.¹²¹

Putem Kušnerovog zakona navodi se da kada odgovornost profesionalaca, institucija, odeljenja, agencija...ili proizvođača proizvoda nije uključena, medicinska nesreća, jatrogena bolest,¹²² ili nozokomijalna infekcija kvalifikuju se za naknadu štete pacijentima.¹²³ Međutim, da bi se ostvarilo pravo na naknadu moraju se ispuniti određeni uslovi: prvo, potrebno je ispitati da li je lekar ili medicinska ustanova počinila grešku koja je izazvala nesreću, što dovodi do odgovornosti. Ako se ispostavi da ne postoji na osnovu zakona odgovorno lice,

¹¹⁴ D.Thouvenin, 168.

¹¹⁵ Ibid., p. 172.

¹¹⁶ S.Taylor, 93.

¹¹⁷ D.Thouvenin, 173.

¹¹⁸ S.Taylor, 93- 94.

¹¹⁹ D.Thouvenin, 173.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ S.Taylor, 94.

¹²² Jatrogena bolest od (grč. iatros, - „lekar“; genesis - „poreklo“) je termin koji se koristi da označi bolest prouzrokovanu medicinskim tretmanom ili propustom bilo kog zdravstvenog radnika u procesu lečenja bolesnika.

¹²³ D.Thouvenin, 174.

onda se može pristupiti utvrđivanju da li postoji osnov za naknadu štete od strane Javnog garantnog fonda; drugo, pristupa se ispitivanju da li su ispunjeni uslovi za naknadu štete od strane kompenzacionog fonda.¹²⁴

Javni garantni fond nadoknađuje samo štete koje su posledica povreda direktno povezanih sa radnjama prevencije, dijagnoze ili lečenja koje izazivaju abnormalne posledice po zdravlje pacijenta i njegov razvoj.¹²⁵ Suštinski, tamo gde je odgovornost zdravstvene organizacije ili lekara utvrđena pacijent će nadoknaditi u punom obimu štetu od strane osiguravača lekara ili zdravstvene ustanove.¹²⁶ U četvrtom delu Kušnerovog zakona kaže se da obavezno osiguranje od odgovornosti za štetu uzrokovanu trećim osobama tokom pregleda, dijagnostike i lečenja moraju sklopiti svi privatni zdravstveni radnici, organizacije i proizvođači medicinskih proizvoda.¹²⁷ Stoga, ako odgovornost zdravstvene organizacije ili lekara nije utvrđena pacijent će dobiti naknadu iz kompenzacionog fonda kojeg finansira država (Javni garantni fond).¹²⁸ Međutim, da bi pacijent ostvario pravo na naknadu, povreda mora biti veoma ozbiljne prirode,¹²⁹ i povreda mora biti izazvana medicinskim aktom i ne sme biti prirodna posledica zdravstvenog stanja pacijenta.¹³⁰

Prag ozbiljnosti postavljen je zakonom oslanjajući se na veličinu gubitaka u funkcionalnim sposobnostima i uticajem na lični i profesionalni život pacijenta.¹³¹ Nezgoda se smatra dovoljno ozbiljnom kada je žrtva doživela unapred određeni minimalni nivo.¹³² Nivo povrede se procenjuje sa posebnim osvrtnom na stepen trajnog invaliditeta ili na trajanje privremene sprečenosti za rad. Shodno tome, naknada se odobrava pacijentima čija je stalna stopa invalidnosti veća od 25%.¹³³ Takođe, medicinska nezgoda će ispuniti očekivani kriterijum ozbiljnosti ukoliko pacijent pretrpi privremenu nesposobnost za rad u trajanju dužem od šest meseci,¹³⁴ ili ukoliko pacijent bude proglašen trajno nepodesnim za obavljanje profesije koju je obavljao, ili kada mu je nezgoda izazvala *posebno ozbiljne probleme* koji mogu uključiti i finansijske probleme.¹³⁵

6. Umesto zaključka

Najbolje rešenje za naš sistem osiguranja od lekarske odgovornosti je uvođenje hibridnog sistema na način na koji je to učinjeno u Francuskoj. Uzimanjem najboljeg od oba sistema i formiranjem hibridnog rešenja koje bi bilo moguće primeniti u okviru našeg zdravstvenog, ekonomskog i, prevashodno, pravnog sistema.

¹²⁴ Ibid., p. 175.

¹²⁵ G.Helleringer, 1126; D.Thouvenin, 175.

¹²⁶ S.Taylor, 95.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ D.Thouvenin, 175.

¹³⁰ S.Taylor, 95.

¹³¹ G.Helleringer, 1127.

¹³² S.Taylor, 94.

¹³³ F.G'Sell-Macrez, 1109; G.Helleringer, 1127.

¹³⁴ F.G'Sell-Macrez, „1109.

¹³⁵ S.Taylor, 94.

Osnov francuskog mešovitog sistema osiguranja od odgovornosti je krivica, međutim, po uzoru na skandinavske zemlje, pod određenim uslovima za određene kategorije nezgoda u sistemu pružanja zdravstvenih usluga uvodi se odgovornost bez obzira na krivicu, odnosno „no fault“ sistem. Ovakva kombinacija bi bila optimalno rešenje koje bi se, uz određene korekcije, moglo primenjivati i kod nas.

Konkretno, u okvirima našeg pravnog poretka trebalo bi načiniti korake postepenog uvođenja „no fault“ sistema osiguranja pacijenata. Pošto je njegovo sveobuhvatno uvođenje u naš pravni poredak neracionalno, onda treba pristupiti njegovom postepenom uvođenju. Naime, treba doneti zakonski akt kojim bi se u potpunosti uradila ova oblast osiguranja, a sve u cilju njene transparentnosti i povećanja konkurentnosti ovog oblika osiguranja u okvirima globalnog sistema osiguranja od odgovornosti. Ovim zakonskim aktom zadržala bi se krivica kao osnov odgovornosti, ali bi se za određene kategorije povreda uvela objektivna odgovornost, odnosno odgovornost bez obzira na krivicu ili tzv. „no fault“ sistem osiguranja.

„No fault“ sistem, svakako, treba uvesti u onim slučajevima u kojima je šteta prouzrokovana pacijentu usled određenih nezgoda. Koje bi nezgode bile pokriveno „no fault“ sistemom, da li sve ili samo pojedine kategorije, zavisilo bi od brzine prilagođavanja našeg društvenog sistema na „no fault“ sistem osiguranja. Možda, u početku, ne bi trebalo obuhvatiti sve nezgode „no fault“ sistemom kompenzacije, već samo one koje su najopasnije ili najpogubnije za pacijente. Zatim bi se postepeno pod „no fault“ sistem, u skladu sa adaptiranjem naše društvene stvarnosti na ovaj sistem, podvodile postepeno i druge kategorije nezgoda u medicini.

Štete koje pacijent pretrpi od medicinskih sredstava, koja se koriste za ili u vezi sa pregledom, lečenjem ili drugim intervencijama, treba podvesti pod „no fault“ sistem kompenzacije. Shodno tome, ukoliko bi pacijent pretrpeo štetu od medicinskih sredstava korišćenih tokom medicinskog pregleda, dijagnostike ili, pak, lečenja imao bi pravo na kompenzaciju štete putem „no fault“ sistema osiguranja. Takođe, da li je do povrede došlo usled nekog nedostatka u samom medicinskom sredstvu ili možda zbog kvara, lošeg održavanja ili, pak, usled pogrešnog rukovanja medicinskim sredstvom od strane zdravstvenog radnika, nije pitanje po osnovu kojeg bi trebalo praviti razliku.

Sve štete koje pacijent pretrpi od medicinskih sredstava bile bi kompenzovane po sistemu „no fault“ osiguranja. Sama činjenica da je pacijent pretrpeo štetu usled kvara na medicinskom sredstvu, nedostatka ili pogrešnog rukovanja medicinskim sredstvom je dovoljna da se pokrene postupak naknade. Međutim, ako je povreda pacijenta posledica nedostatka medicinskog sredstva koji se podvodi pod pravila objektivne odgovornosti za nedostatke proizvoda, pacijentu treba omogućiti da bira put kojim će ići u cilju naknade štete. Da li će to biti naknada po osnovu objektivne odgovornosti za nedostatke proizvoda ili, pak, naknada štete putem „no fault“ osiguranja zavisilo bi isključivo od volje pacijenta.

Za funkcionisanje „no fault“ sistema potreban je i određeni mehanizam za prikupljanje sredstava u poseban kompenzacioni fond. Naravno, da bi na adekvatan način funkcionisao ovaj sistem kompenzacije, baza iz koje se prikupljaju sredstva

treba da bude dovoljno široka. Lica od kojih bi se prikupljala sredstva za funkcionisanje kompenzacionog fonda svakako bi bili lekari, zdravstvene ustanove, privatna praksa, proizvođači medicinskih sredstava i država. Ako bi se od svakog od navedenih lica uzeo određeni minimalan iznos sredstava, funkcionisanje „no fault“ sistema osiguranja pacijenata u Republici Srbiji ne bi se dovodilo u pitanje.

* * *

INSURANCE OF MEDICAL WORKERS FROM LIABILITY FOR DAMAGE

Summary

One of the basic characteristics of healthcare is the circumstance that along with it there are certain risks which follow inevitably. Over the years, the number of mistakes in the system of providing health services, the number of accidents, claims of damaged patients, the amount of compensation, and the length of court proceedings against medical employees have also increased. Insurance of medical employees from liability has, therefore, become one of the irreplaceable protection mechanisms. Unfortunately, there is no adequate system of insurance against medical liability in the law of the Republic of Serbia. There are only individual insurance companies offering scarce forms of this type of insurance. It is therefore necessary to pass a law that would incorporate the best values of the existing insurance systems in the world. By taking the best from classical and “no fault” systems, a hybrid solution would be created that could be applied within our health, economic and legal system. This solution should only represent a transitional stage to the introduction of a pure “no fault” insurance system from the responsibility of medical workers, modeled on the Scandinavian countries.

Key words: healthcare, damage, liability, insurance, “no fault” system.

Mirjana Glintić, master¹

REGULISANJE MEŠOVITE PRAVNE PRIRODE DOBROVOLJNOG ZDRAVSTVENOG OSIGURANJA U PROPISIMA REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt

Zakon o obligacionim odnosima kao osnovni izvor ugovornog prava osiguranja u Republici Srbiji ne reguliše dobrovoljno zdravstveno osiguranje. Svoje mesto ovo osiguranje je našlo u Zakonu o osiguranju, novousvojenom Zakonu o zdravstvenom osiguranju, kao i u opštim i posebnim uslovima osiguranja. Uprkos tome, materijalnopravni aspekt dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja ostao je podnormiran. To se delimično može nadomestiti primenom normi ZOO o osiguranjima lica na ovo osiguranje, koje, s obzirom na predmet osiguranja, jasno predstavlja osiguranje lica.

Međutim, dobrovoljno zdravstveno osiguranje ima mešovitu pravnu prirodu s obzirom na sadržinu prestacije osiguravača, što ZOO ne prepoznaje. Iz tog razloga je autorka analizirala i ostale izvore prava za ovo osiguranje i uočila da i oni ovo osiguranje lica ocenjuju kao isključivo svotno ili isključivo odštetno, ali bez mogućnosti priznavanja njegove mešovite prirode. Stoga su u radu sadržani i predlozi za izmenu postojećih propisa u pogledu pravne prirode dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, a sve u cilju održavanja pravne sigurnosti.

Ključne reči: *pravna priroda, svotna osiguranja, odštetna osiguranja, osiguranja lica, opšti uslovi osiguranja.*

1. Uvod

Oštećenje ili gubitak zdravlja u velikoj meri određuje ekonomski aspekt života pojedinca, jer često sa sobom donosi brojne troškove i gubitak zarade. Društveni razvoj i razvoj sistema osiguranja doprineli su da ekonomska pomoć u slučaju bolesti pojedinca potekne od veće zajednice u sklopu obezbeđenja socijalne sigurnosti. Samo neki od faktora koji to zahtevaju su razvoj medicine i porast sa tim povezanih troškova, kao i reorganizovanje društvene strukture koja sve više napušta koncept porodice kao osnovne jedinice i nosioca sigurnosti. Međutim, usled tih istih faktora, opterećenja po sistem socijalnog osiguranja i zaštite je postao preve-

¹ Istraživač saradnik na Institutu za uporedno pravo, mirjanaglintic@yahoo.com

lik.² Stoga se postepeno razvijalo dobrovoljno zdravstveno osiguranje, na koje se počeo prebacivati deo finansijskog balasta koje na svojim plećima nosi socijalni sistem zaštite.³ Iako javni sektor i dalje snosi većinu troškova zdravstvene zaštite, dobrovoljno zdravstveno osiguranje ima značajnu socijalnu ulogu i ostvarivanje zaštite na principima univerzalnosti, solidarnosti i jednakosti.⁴ Uloga koju će ovo osiguranje imati u jednoj državi, zavisi od sociopolitičke situacije date zemlje.⁵ Kao zajednički činilac svih sistema dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja ističe se njegova ograničenost pravilima važećim za obavezno zdravstveno osiguranje, a koja su imperativnog karaktera.

Osnovna svrha zaključenog ugovora o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranje je otklanjanje negativnih ekonomskih posledica koje mogu nastupiti usled određenih događaja, koji se ne odnose samo na bolesti, već i na posledice trudnoće, porođaja, itd.⁶ Iako bi tumačenje u skladu sa svakodnevnim govorom ukazivalo da osiguranu opasnost kod ovog osiguranja predstavlja mogućnost nastanka kakve bolesti, to nije u potpunosti i do kraja tačno. Rizik se u kontekstu ovog osiguranja dovodi u vezu sa verovatnoćom da će preduzimanje određenih medicinskih postupaka za posledicu imati izvesne finansijske izdatke.⁷ Tek kada se ta opasnost i ostvari, smatra se da je nastao osigurani slučaj. Da bi nastala obaveza osiguravača, nužno je da posledice bolesti ili nesrećnog slučaja zahtevaju neophodno medicinsko lečenje.⁸

I pored svih prednosti koje dobrovoljno zdravstveno osiguranje poseduje, u Republici Srbiji ono nije zastupljeno u velikoj meri. Ono čini veoma mali deo port-

² Razvoj medicine je doprineo tome da su neke, ranije neizlečive bolesti koje se nisu ni tretirale, danas u potpunosti izlečive, što je još jedan dodatni vid opterećenja po finansijsku konfiguraciju socijalne zaštite. Takođe, ranije su određene telesne povrede neminovno vodile u smrt, a danas se mogu uspešno sanirati, ali uz dugotrajnije boravke u zdravstvenim ustanovama.

³ Analiza troškova zdravstvene zaštite pokazuje da visina troškova raste više nego što je stopa rasta bruto društvenog proizvoda. "Provider Payments and Cost-containment Lessons from OECD Countries", Technical Brief for Policy Makers, no. 2/2007, 1.

⁴ Uprkos zajedničkoj funkciji sa socijalnim osiguranjem, između ovih osiguranja postoje suštinske razlike. U prvom redu u pogledu pravnog osnova nastanka osiguranja. Dobrovoljno zdravstveno osiguranje nastaje na osnovu saglasnosti volja ugovornih strana, dok zakonsko socijalno osiguranje nastaje nezavisno od volje ugovornih strana. Ispunjenjem zakonski predviđenih uslova nastaje osiguravajuća zaštita, potpuno nezavisno od volje osiguranika.

⁵ O tome dodatno govori i činjenica da dobrovoljno zdravstveno osiguranje u novijim članicama EU ima uglavnom suplementarnu ulogu. U starijim i razvijenim državama članicama, kao što su Belgija i Holandija u kojima dolazi do ekspanzije obaveznog zdravstvenog osiguranja, dobrovoljno zdravstveno osiguranje je u opadanju. Sarah Thomson, Elias Mossialos, „Private Health Insurance and the Internal Market“, *Health System Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy* (ed. E. Mossialos et al.), Cambridge University Press, Cambridge 2010, 421-422.

⁶ N. Petrović Tomić, „O pravnoj prirodi dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja – Povodom predloga Zakona o zdravstvenom osiguranju“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva 2019, 490.

⁷ Paul Wriede, „Begriff und Einteilung der Krankenversicherung“, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes, Sechster Band, Zweiter Halbband Krankenversicherung*, (Hrsg. Hans Möller, Karl Sieg, Ralf Johannsen), Verlag De Gruyter, Berlin, New York 1990, 299.

⁸ Vid. Herbert Tscherschich, „Krankentagegeld- und Krankenhaustagegeldversicherung“, *Versicherungsrechts-Handbuch* (Hrsg. Roland Michael Beckmann, Anemarie Matusche-Beckmann), München 2015, 3060.

zaštiti.¹⁷ Većina normi u ovim propisima je statusnog karaktera, ali se ne sme ispusti iz vida činjenica da se među njima mogu naći i norme posvećene ugovornopravnom aspektu dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Ipak, i pored toga, veći deo materije ugovornog prava važećeg za dobrovoljno zdravstveno osiguranje je neregulisan. Tako i u novodonetom Zakonu o zdravstvenom osiguranju se jasno predviđa da se obligacionopravni aspekt ovog osiguranja ima regulisati u skladu sa onim propisom koji se inače imaju primeniti na ugovore o osiguranju, što znači da je opet polazna tačka materija ZOO.¹⁸ Dakle, jasno je da sudovi imaju najznačajniju ulogu u popunjavanju ove pravne praznine.¹⁹

Kako ZOO u regulisanju materije ugovornog prava osiguranja polazi od podele na osiguranja imovine i osiguranja lica, potrebno je odrediti u koju od ove dve grupe se ovo osiguranje ima razvrstati. S obzirom da se rizik ostvaruje na zdravlju osiguranika ili njegovom telesnom integritetu, stava smo da je reč o osiguranju lica.²⁰ To dalje znači da se na ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju imaju primeniti odredbe ZOO o osiguranjima lica i odredbe zajedničke za osiguranja imovine i lica.

Ipak, time nije u potpunosti odgonetnuto koje se norme imaju primeniti na ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju. Radi se o tome da u skladu sa ZOO osiguravač je jedino u obavezi da isplati osiguranu sumu koja je unapred određena i ugovorena. Naime, dok ZOO sadrži normu kojom se određuje svrha osiguranja imovine, takva je norma izostala kod osiguranja lica. Samo čitanjem člana 942. ZOO proizilazi da je osiguravač u obavezi da isplati ugovorenu osiguranu sumu.

Međutim, adhezioni karakter ugovora o osiguranju zahteva da se analiziraju i opšti i posebni uslovi dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Oni jasno ukazuju da se obaveza osiguravača može sastojati u isplati u skladu sa predviđenim i unapred određenim parametrima, određene sume u formi dnevnih naknada, ali i u formi naknade štete koja se ogleda u konkretnim troškovima lečenja, koje je osigurano lice imalo prema lekarima ili drugim pružaocima medicinskih tretmana, nege.²¹

Iako je reč o izvoru statusnog prava osiguranja, ZO potvrđuje ovu mešovitu pravnu prirodu prestacije osiguravača kod dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Tako ovaj propis definiše obavezu osiguravača da pokrije ugovorenu

¹⁷ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Sl. glasnik RS*, br. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013, 93/2014, 96/2015, 106/2015.

¹⁸ Čl. 6, st. 5 Zakona o zdravstvenom osiguranju.

¹⁹ O ulozi sudske prakse u primeni propisa, njihovom tumačenju, ali i usavršavanju, vid. Mirko Vasiljević, „Privreda i sudska i arbitražna praksa“, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2017, 13-16.

²⁰ M. Stormberg, „§44 Privatekrankenversicherung“, *Versicherungsrechts-Handbuch* (Hrsg. Toland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2015, 3007, E. Tauer, C. Linden, *Private Krankenversicherung*, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden 1965, 36.

²¹ Prema Zakonu o zdravstvenom osiguranju, dobrovoljno zdravstveno osiguranje se shvata kao osiguranje od nastanka rizika plaćanja učešća u troškovima zdravstvene zaštite, osiguranje građana koji nisu obavezno osigurani, odnosno koji se nisu uključili u obavezno osiguranje, kao i osiguranje na veći obim i standard i druge vrste prava iz zdravstvenog osiguranja. Sličnu definiciju sadrži i čl. 12 Zakona o osiguranju. Za stavove o obavezi osiguravača kod dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u uporednom pravu, vid. R. Krüger, Peripert, *Der Personenrisikoexperte, Antrags- und Leistungsbearbeitung in der Personenversicherung*, Wiesbaden 2000, 254.

novčanu naknadu za slučaj bolesti, naknadu ugovorenih troškova lečenja,²² kao i kombinaciju prethodne dve prestacije. U novousvojenom Zakonu o zdravstvenom osiguranju obaveza osiguravača obaveza je određena na sličan način, uz naglašavanje da ona može biti usmerena na naknadu tačno određenih troškova lečenja, kao i na isplatu dnevnih naknada.²³

Jasno se može zaključiti da u srpskom pravu osiguranja osiguravač kod osiguranja lica, neživotnog i životnog karaktera, može biti obavezan da izvrši različite vrste prestacije. Suštinski problem materijalnog prava osiguranja je što ne sadrži dovoljno preciznu definiciju sadržine obaveze osiguravača, koju posmatra isključivo kao isplatu osigurane sume ili kao „isplatu naknade štete iz sredstava premije prikupljene u periodu osiguranja“.²⁴ Međutim, raznolikost sadržine prestacije osiguravača kod osiguranja lica neživotnog tipa zahteva detaljnije regulisanje ovog pitanja.

3. Prestacije osiguravača po osnovu ugovora dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja

Radi jasnijeg određenja pravne prirode dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, nužno je upoznati se sa svim pojavnim oblicima prestacije osiguravača i njihovim osnovnim karakteristikama.

Naknada troškova lečenja

Propisi Republike Srbije iz oblasti dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja ne sadrže odredbe kojima se preciznije određuje obaveza osiguravača na naknadu troškova lečenja.²⁵ Detaljnija određenja se mogu naći u Opštim uslovima osiguranja u kojima se troškovi lečenja definišu kao „trošak osiguranog lica za iskorišćenu i opravdanu zdravstvenu uslugu (medicinski opravdan termin), koja je u određenim slučajevima predviđena polisom i posebnim uslovima osiguranja.“²⁶ Takođe, u nekim Posebnim uslovima osiguranja se mogu naći bliža određenja ove obaveze osiguravača, a vezano za bolničko i vanbolničko lečenje.²⁷ Propisanim tarifama osiguranja osiguravači određuju koji su to konkretni postupci i medicinski zahvati koji su pokriveni odabirom određene tarife, potom da li osiguranik ima mogućnost izbora

²² Ipak, nužno je naglasiti da kod neživotnih osiguranja lica ZO ne propisuje eksplicitno obavezu naknadu štete kao što čini kod imovinskih neživotnih osiguranja. Čl. 9, st. 3-13 ZO.

²³ Čl. 6 i čl. 10 Zakona o zdravstvenom osiguranju.

²⁴ J. Pak, 31.

²⁵ Čl. 10 ZO samo pominje obavezu osiguravača da naknadi ugovorene troškove lečenja. I Zakon o zdravstvenom osiguranju samo propisuje obaveza osiguravača da davaocu zdravstvene usluge isplati troškove nastale u vezi sa ostvarenjem prava iz dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Troškovi mogu nastati kada osiguranik dopunjuje prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, kada se koriste usluge, lekovi i sredstva koja nisu pokrivena obaveznim zdravstvenim osiguranjem, kao i u vezi sa lečenjem osiguranika koji uopšte nije osiguran po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Čl. 6 Zakona o zdravstvenom osiguranju.

²⁶ Čl. 2, st. 1, t. 11 Opštih uslova za dobrovoljno zdravstveno osiguranje, Generali Osiguranje Srbija a.d.o.

²⁷ Vid. Posebni uslovi dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja za bolničko i vanbolničko lečenje, Wiener Städtische osiguranje a. d. o.

po uobičajno funkcionisanje, a zahvaljujući ovom osiguranju, osiguranik uspeva da pokrije razlike između stvarnih troškova koji mogu nastati u vezi sa lečenjem i ispostavljenih računa za bolničko lečenje.

4. Pravna priroda dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja

Kao što je istaknuto na početku, jasno je da ovo osiguranje s obzirom na svoj predmet, predstavlja osiguranje lica. Međutim, određenje shodno sadržini prestacije osiguravača otvara brojna pitanja usled različitosti pojavnih oblika prestacije. Dodatnu zabunu unosi i istorijski kontekst, jer je ovo osiguranje u početku bilo isključivo svotno osiguranje, a vremenom je počelo da dobija i odštetni karakter.³⁵ Prilikom razmatranja pravne prirode prestacije osiguravača, nužno je odgonetnuti šta je bio motiv zaključenja ugovora - da li je reč o nastojanju da se obezbedi određeni novčani iznos nedefinisan okolnostima konkretnog slučaja ili je reč o potrebi da se eliminišu konkretno nastale posledice osiguranog slučaja, odnosno šteta.

Dobrovoljno zdravstveno osiguranje kao svotno osiguranje

Ako osiguranik samo nastoji da sebi u slučaju lečenja obezbedi određeni novčani iznos, koji neće koristiti za neku određenu svrhu i koji se unapred određuje, nezavisno od konkretno nastalih okolnosti osiguranog slučaja, onda je reč o svotnom osiguranju. Te karakteristike poseduje obaveza osiguravača na isplatu novčanih naknada za slučaj prolazne nesposobnosti za rad i za bolničke dana.³⁶ O apstraktno određenoj potrebi, koja se nalazi u osnovi izbora ovog vida dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, govori činjenica da se osiguravačeva obaveza zasniva na unapred određenoj naknadi za svaki pojedinačni dan. Pri tom, ne uzimaju se u obzir sve štete i njihove ekonomske posledice koje je osiguranik zaista i doživeo, što je, u krajnjoj liniji, i isključeno kao mogućnost kod ovakvog načina obračuna dugovanog iznosa.³⁷ Činjenica da je putem svotnog osiguranja pokrivena i šteta, ne pretvara ovo osiguranje u odštetno, jer to uopšte nije bio motiv zaključenja ugovora o svotnom osiguranju, a osiguravač bi bio u obavezi da šteta i nije nastala.

U teoriji su se mogla naći i shvatanja da je osnovni kriterijum prepoznavanja svotnog karaktera dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja ugovoranje fiktivne sume.³⁸ Pritom, od sekundarnog je značaja njena usmerenost na pokrivan-

³⁵ Jovan Slavnić, „Ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju kao predmet zakonskog regulisanja – Prilog raspravi o regulisanju ugovora o osiguranju u novom Građanskom zakoniku Srbije“, *Zbornik radova Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije*, 2010, 196. Takođe, E. Tauer, C. Linden, 24.

³⁶ G. Neeße, „Übergang der Schadenersatzforderung, die der Versicherungsnehmer gegen seinen Schädiger hat, auf den Versicherer in der privaten Krankenversicherung“, *Versicherungsrecht*, 1976, 704.

³⁷ Vid. J. Slavnić, 196 – 215.

³⁸ Kao primer za to može poslužiti obaveza osiguravača u skladu sa čl. 6 Posebnih uslova dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja za slučaj hirurških intervencija, odnosno operacija, DDOR Novi Sad, kao i čl. 8 Posebnih uslova dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja za slučaj težih bolesti i hirurških intervencija Kompanija Dunav osiguranje a. d. o.

sijskoj situaciji. Međutim, tad se ne može govoriti o automatskom prilagođavanju premija, jer je potrebno ustanoviti nove premije i osigurane sume.⁴⁵

Što se tiče isplate tzv. bolničkih dana, prema stavovima u uporednopravnoj teoriji i praksi, ovaj vid prestacije osiguravača dobija odštetni karakter, jer se dobijene naknade koriste za naknadu troškova boravka u bolnici i lečenja.⁴⁶ Međutim, iznos koji osiguranik dobije na ime dnevnih naknada može, ali i ne mora odgovarati iznosu nastalih materijalnih troškova. U svakom slučaju, dobijene naknade će se uvek isplaćivati u nepromenjenom iznosu. Pritom, osiguranik je u potpunosti slobodan u svom raspolaganju novcem koji je dobio na ime bolničkih dana.⁴⁷

Dobrovoljno zdravstveno osiguranje kao odštetno osiguranje

Pored isplate novčanih naknada, obaveza osiguravača se može sastojati i u naknadi troškova nastalih usled lečenja osiguranika, tako što će izvršiti njihovu isplatu davaocu zdravstvene usluge. U ovim slučajevima se osiguranik odlučuje za ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, jer želi da se obezbedi od štete koja će nastati po njegovu imovinu usled osiguranog slučaja. Obaveza osiguravača i njen obim će se odrediti tek po nastupanju osiguranog slučaja. U zavisnosti od toga koliko iznose troškovi lečenja, odrediće se iznos koji je osiguravač dužan da naknadi. Ako troškovi ne nastanu, osiguravač neće ni biti u obavezi. Pored visine troškove, ograničenje obaveze osiguravača predstavlja i ugovorena suma osiguranja, kao gornja granica njegove obaveze.

Usmerenost prestacije osiguravača na naknadu štete u onom iznosu u kom je nastala, a u okvirima ugovorene sume osiguranja, opravdava primenu pravila o odštetnim osiguranjima u pogledu ovog dela obaveze osiguravača. Tako se kod ovog osiguranja, prema stavovima u literaturi, može govoriti o postojanju osiguranog interesa.⁴⁸ On se ogleda u opasnosti od nastajanja troškova lečenja.

Zaključno se može reći da je sadržina prestacije osiguravača kod dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja mešovitog karaktera, odnosno da može biti i svotnog i odštetnog karaktera, ili se može sastojati u njihovoj kombinaciji. Svođenje obaveze osiguravača isključivo na svotni ili odštetni vid znači puko pridržavanje formalizma, uz zanemarivanje pravne stvarnosti.

⁴⁵ U skladu sa odredbama opštih uslova za dobrovoljno zdravstveno osiguranje osiguravači Nemačke su se odlučili za opciju da mogu jednostrano, putem svoje izjave, da smanjuju iznos koji dužuju po osnovu ugovora o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju u slučaju da dođe do naknadnog smanjenja neto zarade. Takav stav nije naišao na podršku Saveznog vrhovnog suda.

⁴⁶ Reč je, uglavnom, o shvatanjima iz sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog veka. Vid. G Hof, „Der Begriff der Schadenversicherung in der privaten Krankenversicherung“, *Versicherungsrecht*, 1974, 111, 115.

⁴⁷ Jedino ako je ugovorom o osiguranju predviđena konkretna namera za koju se dobijeni novac mora koristiti, a što se retko dešava, može se govoriti o odštetnom karakteru ove prestacije. Ako bi ovo bio slučaj, potrebno je da se takve odredbe usaglase sa odredbama opštih uslova osiguranja. M. Stormberg, 3059.

⁴⁸ P. Wriede, 435.

5. Svotni i odštetni karakter dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u pravu osiguranja Republike Srbije

S obzirom da ovo osiguranje nije kod nas detaljno zakonski regulisano, jedino preostalo rešenje je bilo razmatranje odredbi opštih i posebnih uslova osiguranja za dobrovoljno zdravstveno osiguranje. Njihova analiza ukazuje da se o mešovitoj pravnoj prirodi ovih osiguranja ne vodi računa. Na osnovu tumačenja nekoliko opštih uslova dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u Republici Srbiji stiče se utisak da se ovo osiguranje u potpunosti posmatra kao odštetno osiguranje, nezavisno od konkretne sadržine prestacije osiguravača. Tome svedoči upotrebljena terminologija (na više mesta se koristi termin „odštetni zahtev“), ali i propisana pravila o regresu.⁴⁹ Naime, u nekim opštim uslovima sadržana je odredba o regresu koja potvrđuje odštetni karakter ovog vida osiguranja.⁵⁰ Tako se predviđa da „prava osiguravača, odnosno osiguranog lica prema trećem licu koje je odgovorno za štetu, prenose se na osiguravača u visini naknade isplaćene od strane osiguravača, bez pribavljanja posebne saglasnosti osiguranika.“⁵¹ Osim toga se reguliše i pravo osiguravača da iznos naknade dobijen od štetnika odbije od iznosa naknade koju treba da plati osiguraniku po osnovu nastalog odgovornog slučaja.⁵²

Kako je isplata dnevnih naknada jasno svotnog karaktera, ostaje nejasno da li formulacije u opštim uslovima ostavljaju prostor i ovlašćenje osiguravačima da tu prestaciju odrede kao odštetnu. Odredbe opštih uslova u Republici Srbiji odaju utisak da su upravo to učinili, jer u opštim uslovima za ovo osiguranje u okviru istih odredbi i na jedinstven način je regulisano i pitanje isplate dnevnih naknada i naknade troškova lečenja.⁵³ Ne uzima se u obzir njihova različita pravna priroda i svrha, iako postoji svest da je reč o dve odvojene prestacije osiguravača.

Takođe, analiza nekih od posebnih uslova za dobrovoljno zdravstveno osiguranje važećih u Republici Srbiji ukazuje da naknade za prolaznu nesposobnost za rad imaju za cilj da osiguraniku obezbede određeni novčani iznos kada nastupi određeni slučaj, bez određivanja njegove konkretne primene.⁵⁴ Time se ostavlja prostor za analizu konkretnog ugovora o osiguranju, kojim može biti određeno da se konačni iznos dnevnih naknada određuje u skladu sa faktičkim

⁴⁹ Čl. 13 Posebnih uslova za dobrovoljno zdravstveno osiguranje, Kompanija Dunav osiguranje a. d. o.

⁵⁰ Tačnije bi bilo reći da dolazi do subrogacije prava osiguranika, na osnovu koje se potom odvija regres.

⁵¹ Čl. 22, st. 1 Opštih uslova dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, Wiener Städtische, Vienna Insurance Group. Takođe, Čl. 22, st. 1 Opštih uslova za dobrovoljno zdravstveno osiguranje, Generali Osiguranje a.d.o.

⁵² Čl. 22, st. 3 Opštih uslova dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, Wiener Städtische, Vienna Insurance Group, čl. 22, st. 1 Opštih uslova za dobrovoljno zdravstveno osiguranje, Generali Osiguranje a.d.o. Vid. N. Petrović Tomić (2019), 491.

⁵³ Posebnim uslovima dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u Republici Srbiji predviđaju se pojedini oblici obaveze osiguravača. Međutim, ona se odnose ili na obavezu naknade troškova ili isplatu osigurane sume, ali ne postoje posebni uslovi osiguranja koji se odnose na obavezu osiguravača na isplatu dnevnih naknada.

⁵⁴ Čl. 6 Posebnih uslova dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja za slučaj hirurških intervencija, odnosno operacija, DDOR Novi Sad.

gubitkom zarade. U tom slučaju radiće se o odštetnom osiguranju, pa će fiksni iznos samo predstavljati gornju granicu obaveze osiguravača na naknadu štete.⁵⁵

6. Zaključak

Zakonsko regulisanje materije ugovornog prava dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja bi eliminisalo dalju sumnju u pogledu njegove pravne prirode. Mešovita pravna priroda ovog osiguranja lica bi mogla da bude uvažena i da se u skladu sa njom odrede primenjiva pravna pravila. Uzor za to se može pronaći u nemačkom Zakonu o ugovoru o osiguranju, koji ne govori eksplicitno o pravnoj prirodi ovog osiguranja, već daje određene smernice.⁵⁶ To je učinjeno tako što je predviđeno da se određene norme iz domena odštetnog osiguranja primenjuju na dobrovoljno zdravstveno osiguranje.⁵⁷ Zakonodavac je smatrao da je potrebno uputiti na posebna pravila koja su posledica odštetnog karaktera ovog osiguranja. Ova pravila se ne primenjuju na svotne prestacije osiguravača, jer svaki osiguravač odgovara do punog iznosa i ne nastaje nikakav zajednički dug osiguravača, koji zahteva regulisanje.

Takođe, zakonsko regulisanje ove materije bi doprinelo davanju odgovora na pitanje da li ugovorne strane imaju toliku autonomiju da svojim sporazumom menjaju pravnu prirodu jednog osiguranja. To bi zavisilo od toga da li su zakonske norme o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju prinudne, poluprinudne ili dispozitivne. Ako bi bile poluprinudne ili dispozitivne, onda ugovaranje ovog osiguranja kao odštetnog ne bi *a priori* bilo ništavo.⁵⁸ U uporednopravnoj sudskoj praksi može se naići na shvatanja da autonomija stranaka u pravu osiguranja dozvoljava ugovornim stranama da svojim ugovorom jedno osiguranje odrede kao svotno ili odštetno.⁵⁹

U Republici Srbiji, i pored brojnih pravnih izvora za ovaj vid osiguranja, pitanje njegove pravne prirode nije regulisano do kraja. Rad na pripremi Građanskog zakonika predstavljao je mogućnost za regulisanja ovog pitanja, ali koja, nažalost, nije iskorišćena. Takođe, ugovornopravna materija dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja prilično je šturo regulisana u Zakonu o zdravstvenom osiguranju, ali

⁵⁵ „Neure Urteile Koordination zwischen Krankentaggeldversicherern: Schaden-, Summen-, Doppelversicherung“, *Personen-Schaden Forum* 2008.

⁵⁶ Wolfram Wrabetz, *Fälle und Entscheidungen zum Versicherungsrecht, Versicherungsvertragsrecht Allgemeiner Teil*, Gabler Verlag, Wiesbaden 1981, fn.207.

⁵⁷ § 194 nemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju (Versicherungsvertragsrecht, *BGBI. I.S. 2631*) predviđa primenu sledećih normi odštetnog osiguranja na dobrovoljno zdravstveno osiguranje: § 74-80, 82-97 VVG o nadosiguranju, podosiguranju, višestrukom osiguranju, izostanku osiguranog interesa, umanjenju štete, naknadi troškova, troškova spašavanja, subrogaciji i zabrani ugovaranja na teret osiguranika. Tako i M. Stormberg, 3007.

⁵⁸ O prinudnim i poluprinudnim normama u pravu osiguranja, vid. Dominik Klimke, *Die halbzwingenden Vorschriften des VVG- Ihre Missachtung und ihr Verhältnis zur Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB n. F.*, Duncker & Humboldt, Berlin 2004, 29, 56, 88, 96.

⁵⁹ U nemačkoj sudskoj praksi postoje primeri odluka sudova koji su presudili u korist postojanje ove slobode ugovaranja. BGH v. 4.7.2001, VersR 2001, 1100.

opet predstavlja napredak u odnosu na raniju pravnu prazninu.⁶⁰

Kako u skorije vreme najverovatnije nećemo dobiti sektorski zakon posvećen isključivo ugovoru o osiguranju,⁶¹ zaključno dajemo preporuku da za izmene teksta ZOO ili budućeg Građanskog zakonika, s obzirom da se njegove odredbe *mutatis mutandis* imaju primeniti na ugovor o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju. Izmene bi trebalo da se kreću pravcu uvažavanja odštetnog i svotnog karaktera ovog osiguranja, odnosno ostvarivanja poštovanja obeštećujućeg principa i sprečavanja prekomernog obeštećenja. Prvenstveno se to može ostvariti revizijom normi o kumulaciji i subrogaciji, što je moguće postići na nekoliko načina.

Prvo, u ZOO subrogacija je isključivo obavezna kod osiguranja imovine, ali ne i kod osiguranja lica. Mogućnost postojanja odštetnog karaktera kod osiguranja lica bi se uvažila tako što bi se odredba o subrogaciji premestila u deo o zajedničkim odredbama koje važe i za osiguranja imovine i osiguranja lica, uz naglašavanje da se one imaju primeniti uvek kada osiguranja imaju odštetni karakter. Time se omogućava da se navedena norma primeni i na jednu i na drugu vrstu osiguranja. Druga mogućnost bi se sastojala u načelnom isključenju subrogacije kod osiguranja lica, uz naglašavanje da može biti dozvoljena onda kada se radi o osiguranju lica usmerenim na pokrivanje troškova nastalih u vezi s povredom lica. Treću mogućnost bi činila intervencija u okviru dela zakona posvećenog osiguranjima lica, a u pogledi normi o kumulaciji. Izmjena bi se ogledala u isključenju kumulacije kod onih osiguranja lica koja pokazuju odštetni karakter. Time se onemogućava da osiguranici dva puta naplate svoje troškove lečenja.

Takođe, usvajanje modela uslova za dobrovoljno zdravstvenog osiguranja doprineo bi njihovom ujednačavanju na tržištu osiguranja, preciznijem određenju ovog proizvoda osiguranja, kao i prava i obaveza ugovornih strana.

* * *

REGULATION OF HYBRID LEGAL NATURE OF VOLUNTARY HEALTH INSURANCE IN SERBIAN LEGISLATION

Summary

The Law of Contract and Torts, as the main source of contractual insurance law in Serbia, does not contain provisions dedicated to voluntary health insurance. This insurance found its place in Law on Insurance and in recently adopted Law on Health Insurance, but also in General Conditions of Insurance. Despite

⁶⁰ Situacija kakva sad postoji kod nas zatiče se i u Sloveniji, gde je posebnim zakonom o zdravstvenoj zaštiti i zdravstvenom osiguranju regulisana materija dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, a supsidierno se primenjuje i Zakona o obligacionim odnosima. Za detaljniji pregled uporednopravnih rešenja, vid. J. Slavnić, 191-192.

⁶¹ Vid. N. Petrović Tomić, „O potrebi unapređenja srpskog regulatornog okvira osiguranja usvajanjem Zakona o ugovoru osiguranju“, *Tokovi osiguranja*, br. 2/2018, 7-18.

that, contractual aspect of voluntary health insurance is underregulated. Since this insurance is insurance of persons, provisions of The Law of Contract and Torts on personal insurance can be *mutatis mutandis* applied on these contracts.

However, voluntary health insurance has hybrid legal nature due to different types of insurer's duties, which is not recognized by The Law of Contract and Torts. For that reason Paper analyzes other legal sources of insurance law. It has been established that this insurance is treated either as indemnity insurance or as fixed sum insurance. Because of that, different proposals for certain changes in Serbian legislation have been given in the Conclusion, which would lead to the maintenance of legal certainty.

Key words: Legal Nature, Fixed Sum Insurance, Indemnity Insurance, Insurance of Persons, General Conditions of Insurance.

Doc. dr Vesna Stojanović¹

DOBROVOLJNO PENZIJSKO I INVALIDSKO OSIGURANJE PRIMENOM ČLANA 15 ZAKONA O PENZIJSKOM I INVALIDSKOM OSIGURANJU U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt

U pravnom sistemu Republike Srbije postoje obavezno i dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje regulisano zakonima i podzakonskim aktima. Dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje regulisano je Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju kao i Zakonom o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima kao posebnim zakonom kojim je uređena oblast dobrovoljnog penzijskog osiguranja i koji se u pravnoj teoriji naziva „trećim stubom“ penzijskog osiguranja. Autor ovog rada nastojao da prikaže institut dobrovoljnog penzijskog osiguranja koji je postojao i koji postoji u okviru obaveznog penzijskog i invalidskog osiguranja kao i njegovo postojanje samo „na papiru“, kao „golo pravo“ bez njegovog korišćenja u praksi tokom više decenija unazad. Sadašnji Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju poznaje institut uplate dobrovoljnog osiguranja, primenom člana 15 Zakona, kojim se omogućuje pod određenim uslovima sticanje svojstva osiguranika a samim tim i ostvarivanje određenih prava iz ove oblasti socijalnog osiguranja.

Cljučne reči: dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje, uplata doprinosa, sticanje svojstva osiguranika.

1. Uvod

Pravo na socijalno osiguranje, a u okviru njega, i pravo na penzijsko i invalidsko osiguranje garantovano je Ustavom Republike Srbije² kao i zakonima i podzakonskim aktima. U tim odredbama je predviđeno je da se određena lica obavezno osiguravaju na penzijsko i invalidsko osiguranje na načelima uzajamnosti i solidarnosti u okviru jedinstvenog sistema socijalnog osiguranja u obezbeđivanju sredstava i prava, pod uslovima utvrđenim zakonima i drugim propisima. Pored obaveznog osiguranja, tokom vremena, nametnula se potreba za uvođenjem dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja, koja je izazvana razvojem socijalnog osiguranja, kako na svetskom nivou, tako i na našim prostorima. Jedan vid dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja, po mišljenju autora ovog rada, predviđen je u članu 15 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, o čemu će biti reči u daljem tekstu.

¹ Fakultet za poslovne studije i pravo, Univerzitet Nikola Tesla u Beogradu.

² Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* br.98/06.

2. Raniji propisi o dobrovoljnom penzijskom i invalidskom osiguranju u Republici Srbiji

2.1. Propisi iz 1964. godine

Osnovni zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju³ na nivou tadašnje savezne države predviđao je mogućnost da se i u republičkim zakonima uvede institut dobrovoljnog penzijskog osiguranja (čl. 167). Osnovni zakon je utvrđivao da se dobrovoljno penzijsko osiguranje omogućava građanima, da na osnovu posebnih ulaganja, osiguravaju sebi i članovima svojih porodica penzijska prava van onih prava koja se obezbeđuju obaveznim penzijskim osiguranjem a neosiguranim građanima – da sebi i članovima svojih porodica osiguraju penziju. Dobrovoljno penzijsko osiguranje, kako za osigurana lica, (takozvano „prošireno osiguranje“), tako i za neosigurana lica uvodi se odlukom skupštine republičke zajednice socijalnog osiguranja (čl. 169). Dobrovoljnim penzijskim osiguranjem mogli su Jugosloveni koji žive u inostranstvu da uplaćivanjem odgovarajuće premije u okviru dobrovoljnog osiguranja obezbede sebi starosnu penziju i članovima svoje porodice pravo na porodičnu penziju. Uslov je bio da se premija osiguranja uplati u celini i u inostranoj valuti kao i da su ispunjeni osnovni uslovi u pogledu godina života i godina uplaćenog staža kao i da se korisnik penzije nalazi u Jugoslaviji.

Bilo je predviđeno da, (čl. 169) dobrovoljno penzijsko osiguranje uvodi svojom odlukom skupština republičke zajednice socijalnog osiguranja kojom se utvrđuju: slučajevi za koje se može uspostaviti osiguranje, prava koja se obezbeđuju za pojedine osigurane slučajeve, uslovi za sticanje tih prava i visina premija za pojedine vidove osiguranja odnosno osigurane slučajeve. Za sprovođenje dobrovoljnog osiguranja bilo je potrebno ustanoviti poseban fond čija se sredstva i poslovanje vode odvojeno od fonda obaveznog penzijskog osiguranja.

Ovaj model dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja prenošen je odnosno prepisivan u veoma sličnom vidu u sve buduće zakone o penzijskom i invalidskom osiguranju. U daljem istoriskom razvoju ovog instituta, koji se kao ista ili veoma slična matrica prenosio iz zakona u zakon možemo da ustanovimo da se nije steklo vreme i potrebni uslovi da se u okviru obaveznog penzijskog osiguranja temeljno implementira ovaj oblik dobrovoljnog osiguranja.

Sa izvesnim modalitetima u najnovijim Izmenama i dopunama zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju⁴ praktična primena dobrovoljnog osiguranja ostvaruje se primenom člana 15. Zakona kojim se omogućava uplata doprinosa licima koja su van osiguranja i koja tim putem stiču svojstvo osiguranika iz penzijskog i invalidskog osiguranja i mogućnost da ostvare neko od prava iz ovog osiguranja.

³ Ovaj savezni zakon donet je 1964. godine i imao je više izmena i dopuna, Osnovni zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Sl. list SFRJ* br.51/64, 56/65, 14/66, 1/67, 18/67, 31/67, 54/67, 17/68, 32/68, 55/68, 11/69.

⁴ Izmene i dopune Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 34/03, 64/04- US, 84/04 – dr. zakon, 85/05, 101/05 – dr. zakon, 63/06 – US, 5/09, 107/09, 101/10, 93/12, 62/13, 198/13, 75/14, 142/14 i 73/18.

2.2. Propisi iz 1972.godine

Po republičkom Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju⁵ iz 1972. godine, bilo je utvrđeno pravo (čl.66) da osiguranik može da obezbedi sebi i članovima svoje porodice, na osnovu posebnih ulaganja dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje u većem obimu od obima koji se obezbeđivao propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju. Tadašnji fond za penzijsko i invalidsko osiguranje⁶, trebao je da uvede dobrovoljno osiguranje posebno i odvojeno od obaveznog penzijskog i invalidskog osiguranja.

Šest godina kasnije Statutom Republičke samoupravne interesne zajednice penzijskog i invalidskog osiguranja⁷ u poglavlju IV (čl.273) uređeno je da se dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje ostvaruje plaćanjem posebnog doprinosa. Odredbom ovog člana bio je utvrđen jedan od dva vida dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja. Dobrovoljnim osiguranjem na osnovu odredbama navedenog člana ne obezbeđuje se sticanje prava na starosnu, invalidsku ili porodičnu penziju, već samo veći iznos te penzije.

Odredbama ovog člana nije bila predviđena mogućnost da se dobrovoljnim penzijskim i invalidskim osiguranjem obezbedi i veći iznos prevremene penzije.

Drugi vid dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja odnosio se na lica koja nisu bila obuhvaćena obaveznim penzijskim i invalidskim osiguranjem, (čl. 274). Ova lica imala su predviđenu mogućnost, da plaćanjem posebnog doprinosa za dobrovoljno osiguranje, obezbede za sebe pravo na starosnu i invalidsku penziju, a članovima svoje porodice pravo na porodičnu penziju. Ovo pravo su mogli da koriste lica koja nisu bili osiguranici u obaveznom penzijskom i invalidskom osiguranju, kao što su studenti, domaćice i sl. pod uslovom da nisu osiguranici drugih samoupravnih interesnih zajednica penzijskog i invalidskog osiguranja⁸.

Ova prava su se mogla ostvarivati po ispunjenju predviđenih uslova i ukoliko su propisani posebni doprinosi u celosti uplaćeni (uplata doprinosa za dobrovoljno osiguranje je obaveza samih osiguranika). Usklađivanje penzija ostvarenih dobrovoljnim osiguranjem bilo je predviđeno na način i po načelima kako je to predviđeno u obaveznom penzijskom i invalidskom osiguranju. Prava po osnovu dobrovoljnog osiguranja nisu mogla da zastare.

Statutom je bilo predviđeno da se u okviru institucije koja sprovodi obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje, obrazuju posebni fondovi u kojima se obezbeđuju sredstva za dobrovoljno osiguranje (čl. 276). Predviđeno je postojanje dva posebna fonda, jedan poseban fond u kome bi se obezbeđivalo sticanje prava na

⁵ Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Sl. glasnik RS* br. 51/72, 54/72, 9/74, 42/75, 53/75, 51/76, 27/77, 54/77.

⁶ Osnovana je članom 2 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (1972. godine), Republička zajednica penzijskog i invalidskog osiguranja.

⁷ Statut Republičke samoupravne interesne zajednice penzijskog i invalidskog osiguranja, *Sl. glasnik RS* br.2/78.

⁸ Da nisu bili osiguranici samostalnih delatnosti ili poljoprivrednici ili da nisu bili osiguranici drugih zajednica u republikama ili pokrajinama bivše SFRJ.

dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje, a sa druge strane, formirao bi se poseban fond koji bi obezbeđivao ostvarivanje većeg obima prava. Sredstva za dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje vodila bi se i koristila odvojeno od sredstava za obavezno osiguranje, odnosno drugih sredstava kojima raspolaže ustanova obaveznog penzijskog i invalidskog osiguranja. Statutom tadašnje ustanove socijalnog osiguranja utvrđeni su osnovni elementi koji su uticali na za određivanje visine sredstava koja su opredeljivali rad i korišćenje prava u fondovima dobrovoljnog osiguranja. Ti bitni, opredeljujući momenti bili su: očekivano trajanje korišćenja penzija, s obzirom na starost i pol osiguranika, visina osnova od koga se utvrđuje penzija, godine staža i usklađivanje penzija sa kretanjem troškova života (čl. 276 st. 3). Elementi predviđeni ovim stavom su polazna osnova za uređivanje dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja koje je trebala svojim aktom utvrdi i donese Skupština Republičke zajednice penzijskog i invalidskog osiguranja.

Nije došlo do primene navedenih odredbi Zakona i Statuta tadašnje ustanove socijalnog osiguranja, iz više socijalno – ekonomskih i drugih razloga nesprenosti da pojedinci uplaćuju sebi socijalno osiguranje (samo penzijsko i invalidsko osiguranje, bez zdravstvenog osiguranja), kao i nesprenosti države i drugih relevantnih činilaca da organizuju i sprovode dobrovoljno osiguranje.

2.3. Propisi iz 1996.godine

Po Zakonu o osnovama penzijskog i invalidskog osiguranja⁹ bivše savezne države, pored obaveznog bilo je predviđeno i dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje (čl.2). Zakon je predviđao sticanje ovog osiguranja zaključivanjem ugovora (čl. 4) kojim su se mogla obezbediti prava za slučaj starosti, invalidnosti, smrti i telesnog oštećenja, ili veći obim tih prava od obima utvrđenog zakonom o obaveznom penzijskom i invalidskom osiguranju, kao i neka druga prava iz ovog osiguranja. Ovako široko određivanje mogućnosti dobrovoljnog osiguranja konkretno je određeno u posebnom poglavlju zakona koje je ambiciozno postavio mogućnost korišćenja ovog instituta. Zakon je utvrđivao (član 16), da dobrovoljnim penzijskim i invalidskom osiguranjem osiguranici mogu, u skladu sa zakonom, obezbediti sebi i članovima svoje porodice veći obim, kao i drugu vrstu prava od prava utvrđenih navedenim zakonom. Lica koja nisu bila obavezno osigurana u smislu navedenog zakona mogla su, dobrovoljnim penzijskim i invalidskim osiguranjem, u skladu sa zakonom, sebi i članovima svoje porodice obezbediti prava iz ovog osiguranja. Ovim odredbama zakonodavac je ostavio široke mogućnosti kreiranja novih propisa kojima bi se proširilo i uvelo dobrovoljno osiguranje paralelno i sinhronizovano sa obaveznim penzijskim i invalidskim osiguranjem. Ovo je predviđeno (u članu 17 navedenog zakona) kao mogućnost da se dobrovoljnim osiguranjem pored organizacija obaveznog penzijskog i invalidskog osiguranja, mogu baviti, organizovati i sprovoditi i druga pravna lica u skladu sa zakonom.

Savezni zakon je predviđao da se sredstva za dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje vode i koriste odvojeno od sredstava za obavezno osiguranje,

⁹ Zakon o osnovama penzijskog i invalidskog osiguranja, *Sl. list SRJ*, br.30/96.

odnosno drugih sredstava kojima raspolaže organizacija obaveznog osiguranja ili druga organizacija odnosno pravno lice koje sprovodi dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja. Ovo se nije odnosilo na osiguranike samostalnih delatnosti kao i osiguranike poljoprivrednike koji po sopstvenom izboru uplaćuju doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje iznad najniže osnovice, odnosno osnovice utvrđene u skladu sa zakonom (čl.18).

Za razliku od napred navedenih odredbi saveznog zakona, republički zakon¹⁰, u povodu regulisanja načina sprovođenja dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja upućivao je na odredbe saveznog zakona (čl. 94), tako da se konkretno nisu ni sprovodile odredbe o dobrovoljnom osiguranju.

Neostvarivanjem prava na dobrovoljno osiguranje, ostavio se prostor da se u naš pravni sistem „uvedu“ posebni investicioni fondovi kao samostalne finansijske organizacije za sprovođenje dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja. U tom smislu je 2005. godine donet Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima¹¹ sa primenom od 01. aprila 2006. godine. Ovim zakonom uređeno je: organizovanje i upravljanje dobrovoljnim penzijskim fondovima; osnivanje, delatnost i poslovanje društva za upravljanje dobrovoljnim penzijskim fondovima; poslovi i dužnosti kastodi banke, u smislu ovog zakona; nadležnost Narodne banke Srbije u vršenju nadzora nad obavljanjem delatnosti društva za upravljanje dobrovoljnim penzijskim fondovima; i druga pitanja od značaja za funkcionisanjem dobrovoljnih penzijskih fondova (čl.1).

3. Primena člana 15 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (kao vid dobrovoljnog osiguranja)

Donošenjem Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju 2003. godine, (u daljem tekstu Zakon) i u njegovim mnogobrojnim izmenama i dopunama zadržano je pravo na dobrovoljno osiguranje na sličan način i pod sličnim uslovima kako je to bilo u propisima koji su navedeni u ovom radu.

Izuzetak je, što poslednjim zakon ne predviđa mogućnost da se u okviru obaveznog osiguranja ustanovi poseban vid dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja kao su poznicali raniji propisi iz ove oblasti.

Ovaj institut prvi put je uveden u sistem penzijskog i invalidskog osiguranja zakonom iz 2003. godine. Uvedena je mogućnost za lica koja po odredbama ovog zakona nisu obavezno osigurana (npr. studenti, đaci, domaćice, nezaposlena lica, stranci sa prebivalištem u Republici Srbiji i drugi) da mogu, po svom izboru i po svojoj volji, u skladu sa svojim finansijskim mogućnostima, da se uključe u obavezno osiguranje. Autor ovog rada smatra da su mogućnosti određenih izbora, prilikom uključivanja u ovo osiguranje, date članom 15 Zakona, poseban vid dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja. Elementi koji opredeljuju ovakav zaključak su: dobrovoljni pristup ovom osiguranju, dobrovoljni izbor najpovoljnije osnovice po kojoj će se plaćati doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje, dobrovoljni

¹⁰ Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br.52/96.

¹¹ 10 („*Službeni glasnik RS*“), br. 85/05.

prestanak uplate doprinosa i „izlazak“ iz ovog osiguranja (osim u slučajevim koje Zakon utvrđuje kao obavezne razloge prestanka osiguranja).

O ovom pravu odlučuje nadležna služba Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje donošenjem odgovarajućeg rešenja u skladu sa odredbama Zakona o upravnom postupku¹².

Zakonom je predviđeno, (u članu 15) da se lica koja nisu obavezno osigurana u smislu navedenog zakona, odnosno nisu korisnici prava na penziju, mogu uključiti u obavezno osiguranje i obezbediti prava iz ovog osiguranja pod uslovima, u obimu i na način predviđen Zakonom. Ovaj način uključivanja u osiguranje ima u sebi elemente dobrovoljnosti i ličnog izbora da li će lice podneti zahtev za ostvarivanje prava ili ne, naravno, pod uslovima koje je zakonodavac odredio. Svrha postojanja ove mogućnosti je da lice koje dobrovoljno uplaćuje doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje stekne uslove za ostvarivanje nekog prava iz ovog osiguranja, najčešće prava na starosnu penziju.

Svojstvo osiguranika se stiče danom podnošenja zahteva, a izuzetno, na zahtev lica, najranije 30 dana pre podnošenja zahteva a prestaje danom za koje se lice opredeli ili ostvari pravo na starosnu ili invalidsku penziju, ili ako doprinos ne plati u roku od šest meseci od dana dospelosti. Svojstvo osiguranika prestaje najranije sa poslednjim danom za koji je doprinos plaćen.

Uslov za uključivanje u dobrovoljno osiguranje je da lice koje podnosi zahtev ima navršених 15 godina života sa prebivalištem u Republici Srbiji i da se već ne nalazi u obaveznom penzijskom i invalidskom osiguranju. Pravo na uplatu doprinosa po članu 15 Zakona imaju i domaći državljani koji se nalaze u inostranstvu, pod uslovom da nisu istovremeno osigurani na penzijsko i invalidsko osiguranje zemlje u kojoj se nalaze.

Na ostvarivanje ovog prava je bez uticaja koju vrstu školske spreme ili koji stepen obrazovanja ima podnosilac zahteva. Uplatom penzijskih doprinosa ne obezbeđuje se zdravstveno osiguranje, odnosno ne obezbeđuje se zdravstvena zaštita.

Lice koje koristi pravo na neku od novčanih naknada kod Nacionalne službe za zapošljavanje nema pravo da se uključi u obavezno osiguranje po članu 15 Zakona sve dok koristi pravo na neku od novčanih naknada.

Uključivanje u dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje po članu 15 Zakona, nije uslovljeno postojanjem ranijeg obaveznog osiguranja. To znači da lice koje želi da uplaćuje ovo osiguranje može uplatom doprinosa da stekne uslove za ostvarivanje prava isključivo uplaćivanjem doprinosa po navedenom osnovu, bez potrebe da je ranije bio u obaveznom osiguranju po bilo kom osnovu (bilo po osnovu zaposlenja, samostalne delatnosti, poljoprivredne delatnosti ili nekog drugog osiguranja).

Podnošenjem zahteva za sticanje prava na starosnu penziju, prevremenu starosnu penziju odnosno invalidsku penziju smatra se zahtevom za prestanak svojstva osiguranika, ukoliko su ispunjeni uslovi za sticanje ovih prava. Svojstvo osiguranika po članu 15 Zakona može se steći pod uslovom da nije nastupio neki od slučajeva po osnovu kojih se ostvaruje pravo u skladu sa ovim zakonom, a

¹² Zakon o upravnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 18/06.

ukoliko je nastupio neki od tih slučajeva, svojstvo osiguranika može se steći samo za slučaj koji nije nastupio.

Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje¹³ utvrđuje najviše i najniže osnovice na koje se plaćaju doprinosi po osnovu člana 15 Zakona, tako da lice koje podnosi zahtev za dobrovoljno penzijsko osiguranje opredeljuje se za visinu iznosa koju će mesečno uplaćivati, odnosno vrši izbor za jednu od 13 ponuđenih osnovica. Visina iznosa koji se uplaćuje može se tokom vremena menjati i uvek se odnosi na vreme unapred. Visina buduće penzije uslovljena je visinom uplaćenih doprinosa kao i dužinom staža tj. godina za koje su uplaćeni doprinosi. Važno je napomenuti da se pravo na uplatu doprinosa po osnovu člana 15 Zakona, ne može ostvariti posle sticanja prava na neku od penzija po odredbama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju.

Zakonom nije omogućen povraćaj uplaćenih doprinosa po osnovu uključivanja u dobrovoljno osiguranje primenom člana 15. Izuzetak postoji u situaciji kada lice koje uplaćuje dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje stupa u osiguranje po bilo kom osnovu, a utvrdi se da je u međuvremenu za taj period uplatio doprinose po članu 15 Zakona (npr. zaposlenje, rad po ugovoru o delu, rad po osnovu ugovora o autorskom delu, ugovor o povremenim i privremenim poslovima i drugim osnovama po kojima se ostvaruje obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje).

Pravo na uplatu doprinosa po članu 15 Zakona prestaje pored napred pomenutih slučajeva uključivanja u obavezno osiguranje i podnošenjem zahteva za prestanak osiguranja po ovom osnovu kao i podnošenjem zahteva za ostvarivanje prava na penziju. Poslednjim izmenama i dopunama Zakona, utvrđeno je da pravo prestaje neplaćanjem doprinosa, i to u roku od šest meseci od dana dospelosti. Kao i da pravo prestaje, odnosno svojstvo osiguranika prestaje ranije sa poslednjim danom za koji je doprinos plaćen.

Pogodnost korišćenja ovog prava ogleda se u mogućnosti da se uplatom doprinosa uveća staž potreban za ranije ostvarivanje prava na starosnu penziju i time skрати vreme čekanja do ispunjenja potrebnih godina života za sticanje prava na starosnu penziju.

4. Zaključak

Ova zakonska mogućnosti pojedinca da može samostalno da uplaćuje sebi staž osiguranja uplatom doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje po osnovu izabrane osnovice osiguranja, otvara neka od pitanja na koje treba dati odgovore i primeniti ih u praksi.

Jedno od otvorenih pitanja odnosi se na mogućnost da osiguranik uplaćuje dodatni doprinos, odnosno dodatne uplate doprinosa na već postojeći uplaćeni doprinos, drugim rečima da lice koje je već u osiguranju, može, po svojoj volji i

¹³ Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, *Sl. glasnik RS* br. 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 7/12-usklađen, 47/13, 198/13, 6/14-usklađen din.izn., 57/14, 68/14-dr. zakon, 5/15-usklađen din. izn., 112/15, 5/16-usklađen, 1 7/17-usklađen.

u skladu sa svojim mogućnostima, da dodatno uplati doprinose za isti vremenski period obaveznog osiguranja za koji je njegov poslodavac već uplatio obavezne penzijske doprinose. Ovim dodatnim uplatama osiguranik bi sebi mogao da uveća penzijski osnov odnosno da uveća buduću penziju.

Za razmišljanje je i predlog da se „pokriju rupe u stažu“, na način da se uplate doprinosa uvećani za pripadajuću kamatu, za sve periode unazad za koje poslodavac nije uplatio doprinose. Proširenim tumačenjem člana 15 Zakona, moglo bi da se omogućiti poljoprivrednicima i drugim obveznicima doprinosa, da dobrovoljnom uplatom doprinosa „anuliraju“ svoja velika dugovanja za neplaćene doprinose, koja imaju prema Fondu za penzijsko i invalidsko osiguranje.

* * *

***VOLUNTARY PENSION AND DISABILITY INSURANCE BY
APPLICATION ARTICLE 15 OF THE PENSION AND DISABILITY
INSURANCE ACT REPUBLIC OF SERBIA***

Summary

In the legal system of the Republic of Serbia, compulsory and voluntary pension and disability insurance are regulated by laws and by-laws. Voluntary pension and disability insurance is regulated by the Law on Pension and Disability Insurance, as well as by the Law on Voluntary Pension Funds and Pension Plans as a separate law regulating the field of voluntary pension insurance and which in the legal theory is called the “third pillar” of pension insurance. This paper seeks to show the institute of voluntary pension insurance that existed and which exists within the mandatory pension and disability insurance, as well as its existence only on paper, as a “bare right” without its use in practice over several decades. The present Pension and Disability Insurance Law is known by the institute for the payment of voluntary insurance, pursuant to Article 15 of the Law, which allows under certain conditions the acquisition of the property of the insured and, consequently, the exercise of certain rights in this field of social insurance.

Key words: voluntary pension and disability insurance, payment of contributions, acquisition of the insured’s property.

Iva Tošić¹
Olivera Novaković²

ODGOVORNOST I OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI ORGANIZATORA SPORTSKE PRIREDBE

Apstrakt

Svako bavljenje sportom nosi sa sobom određeni rizik pa samim tim na svim vrstama sportskih priredbi može doći do nesreće i oštećenja učesnika ili drugih lica. U ovakvim situacijama postavlja se pitanje odgovornosti organizatora sportske priredbe za nastalu štetu usled čega mogu nastati ogromni troškovi za njega, koje on u mnogim slučajevima neće ni biti u mogućnosti da plati. Upravo u cilju zaštite organizatora, ali i učesnika i drugih lica koja mogu pretrpeti štetu zaključuje se ugovor o osiguranju od odgovornosti organizatora sportske priredbe. Na ovaj način organizator se štiti od odštetnih zahteva koji mogu ozbiljno ugroziti njegovu solventnost, a oštećena lica su sigurna da će im šteta biti nadoknađena.

U prvom delu rada autorke objašnjavaju šta se to smatra sportskom priredbom i koje lice se smatra njenim organizatorom, dok je u drugom delu obrađeno pitanje odgovornosti i osiguranja od odgovornosti organizatora sportske priredbe u domaćem i uporednom zakonodavstvu uz kritički osvrt na domaće zakonodavno rešenje i predloge za unapređenje ovih pitanja u Srbiji.

Ključne reči: *sport, organizator sportske priredbe, osiguranje od odgovornosti, sportska priredba.*

1. Uvod

Obavljanje pojedinih aktivnosti prate opasnosti i rizici čak i u slučajevima kada se vrše u skladu sa propisima, standardima, običajima i pravilima struke, usled čega može nastati šteta za veliki broj lica. Jednu od takvih aktivnosti predstavlja i sport, iz razloga što se sportske aktivnosti održavaju često uz istovremeno prisustvo velikog broja ljudi na određenom prostoru (sportisti, publika, sudije, delegati, službena lica), uz izražen takmičarski naboj i strast gledalaca, što je ponekad teško kontrolisati.³

Definisanje pojma sporta predstavlja težak zadatak zbog njegove duge istorije i značaja koji ima. Međutim, međunarodne konvencije i zakoni određenih

¹ Istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo; mail: iva_tosic@hotmail.com

² Advokatski pripravnik; mail: olja91novakovic@gmail.com

³ M. Mićović, „Sport i osiguranje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/2012, 741.

država u oblasti sporta teže da prilikom regulisanja materije sporta, daju i njegovu definiciju koja će dati širok manevarski prostor za tumačenja, a kasnije i primenu u svim aktivnostima koja su vezana za sport.⁴ Prema važećem zakonu sport se definiše kao deo fizičke kulture koji obuhvata svaki oblik organizovanog i neorganizovanog obavljanja sportskih aktivnosti i sportskih delatnosti od strane fizičkih i pravnih lica u sistemu sporta, u cilju zadovoljenja potreba čoveka za stvaralaštvom, afirmacijom, fizičkim vežbanjem i takmičenjem sa drugima.⁵ Posmatrajući razvoj sporta tokom prethodnih decenija, može se primetiti značajan rast interesovanja za sportske aktivnosti, što u pogledu amaterskog bavljenja sportom, što profesionalnog, a sa rastom interesovanja, došlo je i do rasta dostupnosti većine sportskih disciplina širokim masama.

Od sredine 70-ih godina XX veka sport se ubrzano komercijalizovao i sve više profesionalizovao, pretežno na tlu Severne Amerike i Evrope. To je doprinelo njegovoj transformaciji u privrednu delatnost i posebnu vrstu industrije – sportsku industriju, koja se danas ubraja u širu industrijsku granu nazvanu industrija zabave. Taj proces transformacije savremenog sporta iz sfere zabavne i rekreativne ljudske delatnosti u sferu profitabilne komercijalne aktivnosti, dovršen je prvo u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) tokom 80-ih godina XX veka, a zatim i u Evropi, sredinom 90-ih. Kasnije, početkom XXI veka, ta tendencija se preselila i na ostale kontinente, tako da danas većina država sveta poseduje profesionalne sportske lige u najpopularnijim i najkomercijalnijim sportovima, i samim tim izuzetno dinamično sportsko tržište.⁶ Samim tim sport više nije samo zabava za stanovništvo, već konstantno rastuća privredna delatnost.⁷

Ubrzan razvoj i sve veće širenje sportskih aktivnost na šire mase sa sobom nosi i veći rizik od nastanka štetnih događaja. Iz tih razloga organizator sportske priredbe mora prilikom njene organizacije upotrebiti potrebno znanje i maksimalni oprez u preduzimanju mera kojima bi se u što većoj meri suzbile opasnosti koje prete učesnicima, gledaocima ali i ostalim trećim licima.⁸ U slučaju određenih propusta on može biti opterećen mnogobrojnim zahtevima za naknadu štete koji mogu znatno pogoršati njegovu finansijsku situaciju. Upravo u cilju sprečavanja ovakve situacije zaključuje se ugovor o osiguranju od odgovornosti organizatora sportske priredbe. Na ovaj način, osim što se pruža zaštita organizatoru, štite se i sama oštećena lica jer mogućnost naknade štete neće zavisiti samo od finansijskog stanja organizatora priredbe. Takođe, na ovaj način se izbegavaju dugi i iscrpljujući sudski postupci između oštećenog lica i organizatora do kojih bi dolazilo u slučajevima kada šteta nije nadoknađena.

Osiguranje od odgovornosti predstavlja jedan od oblika imovinskog osiguranja. Glavna karakteristika imovinskih osiguranja za razliku od osiguranja

⁴ S.Andonović, „Pravo na sport kao ljudsko pravo“, *Strani pravni život* 3/2017, 132-133.

⁵ Zakon o sportu, *Sl. glasnik RS br. 10/2016*, čl.2 st.2.

⁶ D.Šuput, „Navijačko nasilje kao ograničavajući faktor razvoja tržišta osiguranja u sportu“, *Tokovi osiguranja*, 2/2012, 108.

⁷ M.Štanić, „Sport(isti) i osiguranje“, *Naknada štete i osiguranje*, Zrenjanin, 2017, 490.

⁸ M.Čurković, „Pravo osiguranja u sportu“, *Uvod u sportsko pravo*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, 216.

lica, je da osiguranicima naknađuju gubitke koji bi ovi mogli, odnosno koje su pretrpeli zbog ostvarenja ugovorenih osiguranih slučajeva na svojoj imovini ili materijalnim interesima osiguranika. Najvažnije svojstvo po kom se osiguranje od odgovornosti razlikuje od ostalih imovinskih osiguranja je što se teško može utvrditi vrednost osiguranje stvari.

Pored ove vrste osiguranja u sportu se javlja i osiguranje od profesionalne odgovornosti (sportskih trenera, menadzera itd), osiguranje od posledica nesrećnog slučaja, kao i osiguranje imovine.

2. Pojam sportske priredbe i njenog organizatora

Kako bismo uopšte mogli da govorimo o odgovornosti i osiguranju od te odgovornosti organizatora sportske priredbe, neophodno je najpre utvrditi šta je sportska priredba i koja lica se smatraju njenim organizatorom. Sportska priredba jeste određeni, planski pripremljen i sproveden, vremenski ograničen sportski događaj, za koji postoji javni interes i na kojem učestvuje više sportista.⁹ Za njenu organizaciju neophodno je da organizator ima obezbeđen odgovarajući objekat, odnosno prostor, opremu, stručne i druge radnike i da ispunjava druge uslove u skladu sa zakonom i sportskim pravilima. Sportske priredbe su sportska takmičenja i sportske manifestacije. Zakon o sprećavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama pravi razliku između sportske priredbe i sportske priredbe povećanog rizika. Organizator sportske priredbe proglašava sportsku priredbu povećanog rizika na osnovu akta nadležnog sportskog saveza ili na preporuku Ministarstva kad posebne okolnosti ukazuju da na njoj može doći do nasilja ili nedoličnog ponašanja gledalaca.¹⁰ Takođe, zakon predviđa niz obaveza za organizatora sportske priredbe povećanog rizika, kao i ograničenja u pogledu mesta prodaje ulaznica, evidencije prodaje ulaznica, kao i sportskog objekta gde se priredba održava. Vreme održavanja sportske priredbe se određuje kao vremenski interval od dva časa pre početka sportske priredbe do dva časa nakon njenog završetka, odnosno, kad se održavaju sportske priredbe povećanog rizika, vremenski interval od četiri časa pre početka sportske priredbe do četiri časa nakon njenog završetka.¹¹ Ovo pitanje je takođe od izuzetnog značaja za utvrđivanje odgovornosti organizatora, pa samim tim i osiguranje te odgovornosti.

Pojam organizatora sportske priredbe u domaćem zakonodavstvu regulišu 2 zakona: Zakon o sportu i Zakon o sprećavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Najpre, Zakon o sportu definiše organizatora sportske priredbe kao lice koje na sopstvenu odgovornost odlučuje o organizovanju i sprovođenju određene sportske priredbe, njome upravlja i vodi je, u skladu sa zakonom i sportskim pravilima.¹² Dalje, Zakon o sprećavanju nasilja i nedoličnog ponašanja

⁹ Zakon o sportu, član 3, st 1, tačka 21.

¹⁰ Zakon o sprećavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, *Sl. glasnik RS br. 67/2003, 101/2005 - dr. zakon, 90/2007, 72/2009 - dr. zakon, 111/2009, 104/2013 - dr. zakon i 87/2018.*, čl. 10.

¹¹ Zakon o sprećavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, Čl. 2, st. 3.

¹² Zakon o sportu, član 3, st. 1, tačka 27

na sportskim priredbama definiše organizatora sportske priredbe kao sportski savez, sportsko društvo, sportska organizacija - klub, drugo pravno ili fizičko lice koje se stalno ili povremeno bavi organizacijom sportskih priredbi, odnosno koje je preuzelo organizovanje određene sportske priredbe, ili vršenje određenih poslova u organizovanju sportske priredbe.¹³ Na ovaj način se proširuje krug lica koji se smatraju organizatorom, a samim tim i lica koja mogu zaključiti ugovor o osiguranju od odgovornosti. Naime, česte su situacije da lokalne samouprave, škole za svoje djake, poslodavci za svoje zaposlene itd organizuju sportske priredbe u kom slučaju bi ova lica takođe imala interes da zaključe ugovor o osiguranju od odgovornosti.

Danas praktično nema organizatora sportskog takmičenja koji nije suočen sa određenim rizicima. Uzroci tome se nalaze pre svega u tome što takmičenjima koja se organizuju prisustvuje sve veći broj ljudi, ali i stanju po kojem mesta i objekti sportskih takmičenja postaju prava arena socijalnih opuštanja i prostori gde se sve strasti oslobađaju.¹⁴

Zakon predviđa niz obaveza organizatora, a sve to u cilju sprečavanja nereda i kao prevenciju od nastanka štete na sportskoj priredbi. On je dužan da obrazuje odgovarajuću redarsku službu ili da angažuje pravno lice ili preduzetnika radi obavljanja poslova fizičkog obezbeđenja i održavanja reda na sportskoj priredbi. Prilikom održavanja međunarodnih sportskih priredaba, sportskih priredaba povećanog rizika ili sportskih priredaba najvišeg ranga nacionalnih ekipnih sportskih takmičenja je dužan da, za obavljanje poslova redarske službe, angažuje pravno lice ili preduzetnika za vršenje poslova privatnog obezbeđenja.¹⁵

Takođe, Zakon o sportu predviđa još obaveze da:

- 1) osigura nesmetano i bezbedno održavanje sportske priredbe;
- 2) preduzme mere koje omogućavaju predupređenje rizika nastanka štete za sportiste, gledaoce i druge učesnike sportske priredbe i treća lica (upozorenja, isticanje zabrana, davanje obaveštenja i uputstava i sl.), kao i mere kojima se na povećane rizike utiče (bezbednost sportskog objekta, ispravnost i adekvatnost instalirane i druge opreme, obezbeđenje hitne medicinske pomoći, odvijanje manifestacije u skladu sa propozicijama i dr.);
- 3) preduzme potrebne bezbednosne mere za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i mere za sprečavanje drugih negativnih pojava u sportu, u skladu sa zakonom i sportskim pravilima;
- 4) preduzme potrebne mere za sprečavanje dopinga na sportskoj priredbi, u skladu sa zakonom i sportskim pravilima;
- 5) preduzme potrebne mere zaštite prirode i životne sredine, odnosno mere kojima će se predupređiti, smanjiti i otkloniti eventualni nepovoljni uticaji na prirodne vrednosti i životnu sredinu;

¹³ Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, čl. 2, st. 2.

¹⁴ D. Vejnović, „Mladi i nasilje u sportu u Republici Srpskoj – Bosni i Hercegovini i obezbeđenje sportskih događaja.“, *Banja Luka: Evropski defendologija centar za naučna, politička, ekonomska, sociološka i kriminološka istraživanja*, 183, navedeno prema Radovan Ilić, Branko Bošković, Goran Radovanović, „Upravljanje rizicima na sportskim takmičenjima“, *SPORT- nauka i praksa*, 2013, 48-49.

¹⁵ Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, čl. 8.

6) prijavi održavanje sportske priredbe u skladu sa propisima kojima se uređuje javno okupljanje građana¹⁶. Iako je regulisanje obaveza organizatora izuzetno značajno za prevenciju nastanka štete za učesnike i gledaoce, u domaćem zakonodavstvu mnoge od njih su definisane na uopšten i nejasan način.

Organizator sportske priredbe odgovara za štetu koja nastane sportistima, gledaocima i drugim učesnicima sportske priredbe i trećim licima zbog nepoštovanja ovih obaveza, u skladu sa opštim pravilima o odgovornosti za prouzrokovanu štetu. Međutim, neretke su situacije u kojima organizator nije napravio nikakve propuste u organizaciji, ali šteta nastaje zbog same činjenice da je organizator okupio na jednom mestu veliki broj ljudi, pa je samim tim i veća verovatnoća od nastanka štete. Iskustvo je pokazalo da opasnost od nastanka štete raste u slučajevima kada se veći broj ljudi okupio zbog sportske priredbe u odnosu na ostale slučajeve okupljanja većeg broja ljudi na jednom mestu (npr pozorišna predstava, bioskop, koncert).

Jasno je, dakle, da je organizator sportske priredbe osoba koja je odgovorna za ceo sportski događaj i koja je preduzela sve potrebne mere u cilju organizovanja nekog sportskog takmičenja – kako ono što se odnosi na omogućavanje odvijanja samog takmičenja, tako i ono što se odnosi na pristup gledaocima i njihov smještaj u svrhu gledanja takmičenja.¹⁷ Obzirom na rizik koji sa sobom nosi organizovanje jedne sportske priredbe nesumljiv je interes kako organizatora, tako i učesnika i ostalih trećih lica za zaključenje ugovora o osiguranju od odgovornosti organizatora.

3. Odgovornost organizatora sportske priredbe u domaćem zakonodavstvu

Tokom održavanja sportske priredbe kao što smo više puta naglasili štetu mogu pretrpeti kako sami učesnici, tako i treća lica, gledaoci. Ove kategorije lica imaju različit tretman u pogledu naknade štete, u tom smislu što kod učesnika u sportu, pravo na naknadu štete ne obuhvata onu štetu koja je u skladu sa sportskim pravilima rezultat uobičajenih opasnosti i rizika bavljenja određenom sportskom aktivnošću, odnosno obavljanja određenog stručnog rada u sportu.¹⁸ Kako bi se obezbedio od ove vrste štete, učesnik može zaključiti ugovor o osiguranju od posledica nesrećnog slučaja, a čak je zakonom za određenu kategoriju sportista propisana obaveza za sportske organizacije da zaključe ovakvu vrstu ugovora.

Organizator sportske priredbe može odgovarati po dva osnova, jedan je odgovornost organizatora za štetu nastalu usled propusta učinjenih prilikom same organizacije priredbe, a drugi je za štetu nastalu usled izvanrednih okolnosti. Prvi vid odgovornosti, propisan je Zakonom o sportu, u kojem je navedeno da organizator sportske priredbe odgovara za štetu koja nastane sportistima, gledaocima i drugim učesnicima sportske priredbe i trećim licima zbog nepoštovanja propisanih obaveza organizatora, u skladu sa opštim pravilima o odgovornosti za prouz-

¹⁶ Zakon o sportu, čl. 157.

¹⁷ I. Gliha, „Izvanugovorna odgovornost za štetu nastalu u sportu“, *Uvod u sportsko pravo*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009., 209, navedeno prema D. Klasiček, „Odgovornost organizatora za štetu nastalu na sportskom natjecanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2019, 357-358, fn. 13.

¹⁸ Zakon o sportu, čl. 23, st 2.

rokovanu štetu. Organizatoru se u odgovornosti pridružuje i nadležni nacionalni granski sportski savez koji je dao saglasnost, odnosno dozvolu ili naložio da se određena sportska priredba održi iako nisu bili ispunjeni svi propisani uslovi, pa je solidarno odgovoran sa organizatorom za štetu koju na sportskoj priredbi pretrpi neko od učesnika sportske priredbe ili treće lice usled propusta u organizaciji.¹⁹ Drugi vid odgovornosti odnosi se na situacije kada je organizator preduzeo sve potrebne mere, ali je šteta ipak nastala, pa je Zakonom o obligacionim odnosima propisano da organizator okupljanja većeg broja ljudi u zatvorenom ili na otvorenom prostoru odgovara za štetu nastalu smrću ili telesnom povredom koju neko pretrpi usled izvanrednih okolnosti koje u takvim prilikama mogu nastati, kao što je gibanje masa, opšti nered i slično.²⁰

Posebno je pitanje da li gledalac samim svojim dolaskom na sportsku priredbu pristaje na rizik od štete koja na takvom događaju može nastati. Radi li se u tom slučaju o pristanku oštećenika na štetnu radnju, što je jedan od razloga za isključenje protivpravnosti štetne radnje. U teoriji se zauzimaju različiti stavovi po ovom pitanju. Postoji mišljenje da gledaoci ne pristaju na rizik od štete nastale kao posledica sporta, pa organizator ili drugo lice koje bi trebalo da odgovara za štetu nastalu na takvom događaju neće moći da se oslobodi od odgovornosti navodeći da postoji razlog za isključenje protivpravnosti koji se ogleda u pristanku oštećenika. Ovaj stav je utemeljen na gledištu da, s obzirom na to da posmatrač priredbe nije njen učesnik i ne mora poznavati pravila održavanja takmičenja, samim svojim dolaskom ne prihvata rizike koji iz njega mogu proizaći. Drugi stav je da gledaoci samim svojim prisustvom pristaju na očigledno nužan rizik koji proizilazi iz sportskog takmičenja.²¹

Ovakvim zakonskim rešenjem mnoga pitanja nisu regulisana, a sve je prepušteno sudovima da od slučaja do slučaja rešavaju, što stvara prevelike rizike da slične situacije budu rešene na sasvim različite načine. Kada je u pitanju prvi slučaj odgovornosti organizatora, mnoge mere koje organizator treba da preduzme su previše uopštene i nedovoljno razjašnjene. Kao primer navedenog se može uzeti odredba koja navodi da organizator treba da osigura nesmetano i bezbedno održavanje sportske priredbe, ne pojašnjavajući dalje na koji način organizator treba da preduzme navedene mere. Takođe, kao jedna od mera za sprečavanje nasilničkog ponašanja je predviđena dužnost organizatora da angažuje redarsku službu, pa se usled nepreciziranja ove odredbe dešava da nema nikakve odgovornosti organizatora, jer je on ispunio svoju obavezu i time preduzeo neophodne mere, iako bi šteta bila predupređena samo da je angažao veći broj ljudi koji su zaduženi da se staraju o bezbednosti. Kada je u pitanju drugi slučaj odgovornosti, zakonodavac je exempli causa naveo gibanje mase i opšti nered kao izvanredne okolnosti usled kojih je organizator odgovoran za potencijalnu štetu. Međutim, da okupljanjem većeg broja ljudi na jednom prostoru uvek predstavlja rizik za dolazak do uzbune, tuče među navijačima, eksplozije, dima prilikom korišćenja navijačkih rekvizita, bacanja predmeta sa tribina

¹⁹ Zakon o sportu, čl. 153. st 2,3

²⁰ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ* br. 31/93 i *Sl list SCG* br. 1/2003 - *Ustavna povelja*, čl. 181.

²¹ D.Klasiček, 362-363.

na stadion i sl²² potvrđuje deo obrazloženja iz presude Vrhovnog suda Srbije donete još 1957. godine, koji glasi: „Poznato je da pod određenim uslovima velike mase ljudi sabijene na jednom određenom prostoru, pod uslovom da nisu podvrgnuti na tom skupu određenoj disciplini – vojnoj ili slično – mogu same po sebi, pod određenim uslovima, da predstavljaju opasnost za pojedince iz tako okupljene mase, ili za druga lica van te mase.“²³ Kao što smo već pomenuli, nesporno je da stepen verovatnoće da se dođe do nereda u pozorištu, bioskopu ili na sportskoj priredbi ipak nije isti. O navedenom svedoče i zvanični podaci iz marta 2009. godine, koji su na zahtev Instituta za uporedno pravo iz Beograda, u vidu izveštaja, pripremljeni u Ministarstvu unutrašnjih poslova Republike Srbije (MUP RS). U izveštaju MUP RS, pored ostalog, navedeno je da je od 1. jula 2003. godine pa do 31. decembra 2008. godine podneto 1.115 krivičnih prijava zbog krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi.²⁴ Uzimajući u obzir ovakve statističke podatke, postavlja se pitanje da li se onda nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi uopšte može podvesti pod izvanrednu okolnost zbog koje bi organizacija odgovarala? Osim navedenog, važno je uočiti i to da je organizator sportske priredbe odgovoran samo za štetu koja se ogleđa u smrti ili telesnoj povredi, ali ne i za imovinsku štetu koja usled takvog ponašanja nastane na sportskim objektima i njihovoj opremi.

Dodatni problem koji se može javiti u praksi je što čak i ako se utvrdi odgovornost organizatora priredbe, najčešće će postojati nemogućnost oštećenog da naplati potraživanje. U statutima najvećeg broja domaćih sportskih organizacija one se definišu kao dobrovoljna, nevladina, nepolitična i neprofitna sportska organizacija, osnovana, kao udruženje, radi organizovanog bavljenja određenom sportskom aktivnošću, a kako su organizatori sportskih priredbi najčešće sportske organizacije, osnovano je zaključiti da zbog svog neprofitnog karaktera najčešće ne bi imala dovoljno sredstava da nadoknade štetu.

4. Osiguranje od odgovornosti organizatora sportske priredbe kao mehanizam njegove zaštite i zaštite oštećenih lica u uporednom pravu

Problem solventnosti organizatora priredbe za naknadu štete je u uporednom pravu uočen i rešava se na dva načina. Kao što je već navedeno, komercijalizacija sporta, u mnogim zemljama dovela je do transformacije u privrednu delatnost i posebnu vrstu industrije. Usled navedenog, sportske organizacije su privatizovane, a pozitivan uticaj je taj što privatni vlasnici sigurno imaju veći interes da ulažu u sportsku delatnost kako bi ostvarili zaradu, a samim tim imaju i razloge da u znatno većoj meri zaključuju ugovore o osiguranju imovine (sportske infrastrukture) ali i ugovor o osiguranju od odgovornosti kako bi se osigurali od rizika poslovanja u toj oblasti i kako bi zaštitili svoje investicije.²⁵

²² D.Klasiček, 356.

²³ Presuda Vrhovnog suda Narodne Republike Srbije, Gž. 1735/57 od 13.6.1957, Zbirka sudskih odluka, knj. 2, sv. 2, str. 107

²⁴ D.Šuput, 2012, 107-122

²⁵ D.Šuput, „Komercijalizacija sporta povlači potrebu za polisama“, *Osiguranje*, Beograd, 365/2016, 29.

Drugi način je uvođenje zakonske obaveze organizatora sportske priredbe da zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti. Međutim, iako svakodnevno raste broj obaveznih osiguranja od odgovornosti, kada je reč o sportu, takva praksa još uvek nije u dovoljnoj meri zaživela. Veliki značaj i doprinos u razvoju obaveznog osiguranja u sportu ima Zakon o sportu Francuske²⁶ koji je donet 1984. godine, a režim obaveznog osiguranja je uveden još 1962. godine

zahvaljujući odlukama donetim od strane nadležnog ministarstva.²⁷ Ovaj zakon usvaja režim opšteg obaveznog sportskog osiguranja, što govori u prilog tome da svest o značaju i razvoju sporta, a samim tim i rizika koje on sa sobom nosi ova zemlja prepoznaje već više od pedeset godina. Članom 321-1 Zakona o sportu određuje se da su udruženja, društva i sportske federacije, u funkciji vršenja njihovih aktivnosti, prethodno dužni da zaključe ugovor o osiguranju kojim se pokriva njihova građanska odgovornost. Ista obaveza je predviđena i za organizatore sportskih manifestacija²⁸, kao i lica koja organizuju odgovarajuću sportsku ili fizičku obuku zainteresovanih.²⁹ Osiguranje pruža zaštitu sportskim grupama i organizatorima, ali i legalnim predstavnicima sportskih udruženja, sudijama, osobama koje neposredno praktikuju sportske aktivnosti, bez obzira da li to čine redovno ili povremeno³⁰, pokrivajući na taj način osiguranjem kako aktivnosti koje su direktno vezane za takmičenje, tako i one koje se odnose na administrativno funkcionisanje sportskih subjekata.³¹ Sportska organizacija, koja ne izvrši zakonsku obavezu i ne zaključi ugovor o osiguranju, snosi krivične i imovinske sankcije. Ukoliko odgovorna lica ne zaključe ugovor o osiguranju, biće novčano kažnjena u iznosu od 7.500 evra i zatvorskom kaznom u trajanju od šest meseci. Takođe, lice koje je pretrpelo štetu, imaće pravo da od sportske organizacije zahteva isplatu naknade koju bi inače bio dužan da isplati osiguravač.³² Osiguranje obuhvata telesne, materijalne i nematerijalne štete koje nastaju kao posledica vršenja sportskih aktivnosti, uz mogućnost da ugovor sadrži klauzule kojima se isključuje obaveza osiguravača da nadoknadi štetu. Za štetu koju je osigurano lice namerno prouzrokovalo, osiguravač ne odgovara.³³

Pored Zakona o sportu Francuske, značajan pravni osnov za razvoj regulative u ovoj oblasti predstavlja Direktiva EU 2006/123³⁴ koja sadrži pravilo kojim se omogućuje uvođenje odgovarajućih sredstava obezbeđenja, kao što su ga-

²⁶ Code du sport

²⁷ M. Mićović, 744.

²⁸ Čl. 331-9 Zakona o sportu Francuske, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=188929208583F27A03464609709E6402.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006151574&cid-Texte=LEGITEXT000006071318&dateTexte=20180415, 20.06.2019.

²⁹ Čl. 321-7 Zakona o sportu Francuske, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=188929208583F27A03464609709E6402.tplgfr41s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006151574&cid-Texte=LEGITEXT000006071318&dateTexte=20180415, 20.06.2019.

³⁰ F. Buy i dr., *Droit de sport*, Paris, 2009, 699, navedeno prema M. Mićović, 744, fn. 15.

³¹ F. Buy i dr., 702, navedeno prema M. Mićović, 744, fn. 17.

³² F. Buy i dr., 701, navedeno prema M. Mićović, 744, fn. 19.

³³ F. Buy i dr., 703, navedeno prema M. Mićović, 745, fn. 20.

³⁴ Direktiva 2006/123/EZ o uslugama na unutrašnjem tržištu, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0123&from=EN>, 20.06.2019.

rancija, jemstvo ili osiguranje od profesionalne odgovornosti (primereno prirodi i stepenu rizika), kada se radi o uslugama čije pružanje izaziva direktan i poseban rizik za zdravlje ili sigurnost primalaca usluga ili trećih lica, odnosno za finansijsku sigurnost primalaca usluga (potrebno je da opasnost direktno proizilazi iz usluge koja se pruža, da je takve prirode da može da izazove smrt ili ozbiljne telesne povrede).³⁵ Dakle, ovo pravilo se može primeniti i na sportske usluge.

Posebno mesto u osiguranju od odgovornosti kod sporta zauzimaju tzv. ekstremni sportovi, kod kojih je rizik nastanka štete najveći, pa u praksi nosioci sportskih aktivnosti nisu spremni da zaključe ugovor o osiguranju, zbog povećane premije koju treba platiti, ali često ni osiguravači, zbog neisplativosti, nisu spremni da ponude takve polise.³⁶ Iz navedenih razloga u poslednje vreme se primećuje tendencija propisivanja obaveznog osiguranja od odgovornosti.³⁷

Kao što se vidi iz navedenog pravni osnovi za razvoj regulative u ovoj oblasti postoje. Međutim, u Srbiji, a i zemljama regiona ovo osiguranje je još uvek nedovoljno razvijeno.

5. Nedostaci osiguranja od odgovornosti organizatora sportske priredbe u Srbiji

Zakon o sportu ne predviđa nijedan slučaj obaveznog osiguranja, već samo normira slučajevne odgovornosti za štetu. U tom smislu, Zakon pravi razliku između odgovornosti za štetu koju pretrpi sportista i sportski stručnjak ili je navedena lica prouzrokuju drugom licu³⁸ i odgovornost organizatora sportske priredbe za štetu koja nastane sportistima, gledaocima, drugim učesnicima sportske priredbe i trećim licima.³⁹

Pored činjenice da je u Srbiji osiguranje od odgovornosti u oblasti sporta još uvek dobrovoljno javljaju se i drugi problemi za ostvarenje ove vrste osiguranja. Kod nas, a ni u ostalim zemljama regiona još uvek ne postoje specijalizovana osiguravajuća društva koja se bave isključivo osiguranjem u oblasti sporta, dok je to u nekim zemljama odavno praksa. Još 1986. u Australiji je osnovan poseban *LLyodov* sindikat 3334 *Sportcover* za osiguranje sportskih rizika, koji je vrlo brzo proširio delatnost na Veliku Britaniju, Novi Zeland i Evropsku uniju. Bavi se osiguranjem svih mogućih sportova, od badmintona preko fudbala, rukometa, košarke, do jedrenja, stonog tenisa, gimnastike, različitih borilačkih sportova. Obuhvaćeni su i profesionalni i amaterski sport. U vrlo kratkom vremenu sindikat je uspeo da osigura više od dva miliona sportista. U Francuskoj postoji već dugo posebno specijalizovano osiguravajuće društvo za sportske rizike pod nazivom *Mutuell national des sports/Azur*, koje uprkos tome što se i drugi osiguravači bave osiguranjem sporta ima najviše zaključenih ugovora o osiguranju.

³⁵ M.Mićović, 745.

³⁶ M.Proso, „Sportsko osiguranje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2/2010, 421.

³⁷ L.Belanić, „Ugovor o osiguranju od odgovornosti organizatora sportskog natjecanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 4/2011, 854.

³⁸ Zakon o sportu, čl. 23, st.2.

³⁹ Zakon o spotu, čl. 157.

Takođe je i u Nemačkoj sastav osiguranja jako dobro razvijen i sportski savezi imaju sklopljene okvirne ugovore za sve svoje članove.⁴⁰ U Velikoj Britaniji raste broj osiguravača specijalizovanih za osiguranje sportista, sve je više zaposlenih i uvećava se imovina u toj oblasti. Na tržištu više od dve decenije posluje osiguravač *Bluefin Sport*, kojem klijenti iz sportskog sveta godišnje povere premije vredne po nekoliko miliona funti. U portfelju imaju amaterske i profesionalne sportske klubove i ugovore o osiguranju vrhunskih sportskih asova.⁴¹

Osiguravajuća društva u Srbiji često nisu spremna da zaključe ugovor o osiguranju od odgovornosti organizatora uzimajući u obzir velki broj navijačkih grupa koji često izazivaju neredne na sportskim priredbama. Kao što je već pomenuto, moguće je da iako organizator sportske priredbe preduzme sve zakonima propisane mere koje treba da dovedu do bezbednog održavanja sportske priredbe ipak dođe do povređivanja učesnika, posetilaca ili trećih lica i nastanka štete za njih. Iz tog razloga, organizator sportske priredbe se i odlučuje da zaključi ugovor o osiguranju tj odlučuje se da se osigura od odgovornosti, a kako bi u slučaju nastanka štete štetu naknadio iz svote osiguranja. Zbog tog realnog rizika, on i pristaje da na osnovu ugovora o osiguranju plaća premiju osiguravaču, tj. da plaća naknadu za obezbeđenje osiguravajuće zaštite. Međutim, ne treba gubiti iz vida da je ovo osiguranje kod nas dobrovoljno i da volja za zaključenje ugovora o osiguranju mora postojati i na strani osiguravajućeg društva koje mora da prepozna svoj poslovni, tj. finansijski interes za zaključenje takvog ugovora o osiguranju. Poslednjih desetak godina, situacija s učestalošću i intenzitetom huliganskog ponašanja navijača na fudbalskim utakmicama takva je da je prouzrokovanje materijalne štete na sportskom objektu i povređivanje većeg broja posetilaca fudbalskih utakmica gotovo izvesno na svakoj većoj utakmici. Na taj način se gubi element aleatornosti ugovora o osiguranju i interes osiguravajućih društava da zaključuju takve ugovore o osiguranju, pošto s velikom izvesnošću mogu očekivati nastupanje osiguranog slučaja i svoj finansijski gubitak. Usled problema navijačkog nasilja gasi se interes osiguravajućih društava da zaključuju ugovore o osiguranju.⁴² Međutim, treba imati u vidu da je huligansko ponašanje učestalo isključivo na fudbalskim i eventuslano košarkaškim utakmicama, a sportske priredbe obuhvataju mnogo širi krug događaja. Iz tih razloga se ne može govoriti da interes za zaključenje ugovora na strani osiguravača nikada ne postoji. Problem nastaje i iz razloga što još uvek ne postoje osiguravajuća društva specijalizovana isključivo za osiguranje u oblasti sporta, pa samim tim ni zaposleni u istim koji su usmereni u potpunosti na navedeno osiguranje. Daljom njihovom edukacijom kao i specijalizacijom pojedinih osiguravajućih društava isključivo za sportsko osiguranje omogućila bi se adekvatnija zaštita, pogotovo obzirom na različitost rizika koji svaki sport sa sobom nosi. Na ovaj način bi osiguravajuća društva specijalizovana za osiguranje u oblasti sporta, kao i lica edukovana za ovu vrstu osiguranja mogla u svakom konkretnom slučaju da procenjuju rizik koji

⁴⁰ M.Čurković, „Mnogo rizika, malo osiguranja“, *Svijet osiguranja*, br. 2/2007, 49.

⁴¹ „Bluefin sport“ ekspert za osiguranje sportista, list kompanije Dunav osiguranje, br. 361/2013, 10., <https://www.dunav.com/wp-content/uploads/2016/11/Casopis-Osiguranje-361.pdf>, 15.06.2019.

⁴² D. Šuput, 2012, 117.

određena sportska priredba nosi sa sobom i u skladu sa tim određuju i premiju osiguranja koju je ugovarač osiguranja dužan da plati.

6. Zaključak

Iako bi se uvođenjem zakonske obaveze organizatora priredbe da zaključi ugovor o osiguranju rešilo pitanje solventnosti organizatora i obezbedila naplata potraživanja od strane oštećenog, ipak postoje mnogi problemi koje je neophodno prethodno rešiti. Donošenjem Zakona o sportu i njegovim unapređenjem u poslednje dve decenije uočen veliki pomak kada je u pitanju zakonska regulativa u oblasti sporta, ali mnoga pitanja i dalje ostaju nerazjašnjena, a mnoga i neregulisana. Ostalo je mnogo prostora za razvoj regulative u ovoj oblasti i mesta za proširenje odgovornosti organizatora sportskih priredbi. Takođe, praksa je pokazala da su neredi na priredbama i dalje neretka pojava, a upravo je to najveća prepreka, pre svega, za interesovanje osiguravajućih društava da zaključe ugovor o osiguranju od odgovornosti sa organizatorom priredbe, nadalje, za njihov razvoj i pojavu specijalizovanih društava za pojedine oblasti sporta, a tek onda za uvođenje zakonske obaveze sportskih organizacija na zaključenje ovakvih ugovora.

* * *

LIABILITY AND INSURANCE OF THE ORGANIZER OF THE SPORTS EVENT

Summary

Sport is an unavoidable part of human life, whether it is a form of entertainment, recreation or professional activity. However, although it has a positive impact on psycho-physical development, it also carries with it high risks of damage caused by various injuries. Every sport carries with it a certain risk and therefore, on all types of sport events, an accident or damage to participants or other persons can occur. In many cases organizer of the sport event will not be able to pay the damage. In that situation if he has a liability insurance, the organizer is protected against claims that can seriously jeopardize his solvency, and the participants and other damaged persons are sure that their damage will be compensated.

In the first part of the paper, the authors explain what is considered a sport event and which person is considered as its organizer, while the second part deals with the issue of liability of the organizer of a sports event in domestic and comparative law, with a critical overview of the domestic law solution and proposals for improving this insurance in Serbia.

Keywords: sport, organizer of sports events, liability insurance, sports event

dr Daliborka Jovičić¹

OSIGURANJE ODGOVORNOSTI LICENCIRANIH SKLADIŠTA I KOMPENZACIONI FOND (ODŠTETNI FOND) ZA ISPLATU ŠTETA PO OSNOVU GUBITKA VREDNOSTI ROBNIH ZAPISA

Apstrakt

Rizik pravilnog skladištenja i očuvanja kvaliteta i količine uskladištenih poljoprivrednih proizvoda je previsok za finansijske institucije, odnosno za banke da bi prihvatile robni zapis kao kolateral za davanje kredita. Smanjenje kreditnog rizika je od značaja za banke, kako bi prihvatile robne zapisise od skladišta kao zalag za davanje kredita. Uspostavljanje finansijskih garancija i osiguranja uskladištene robe i skladišta u ovakvom sistemu od značaja je za pokriće potencijalnih gubitaka deponenata u slučaju gubitka ili propadanja uskladištene robe, bankrota javnog skladišta, krađe ili malverzacije, kao i realizacije rizika od požara i poplava. Analiza postojećeg zakonodavstva u zemljama u kojima se razvio sistem licenciranih skladišta i formiranje Rezervnih fondova (Odštetnih fondova, Kompenzacionih fondova), za obezbeđenje sigurnosti potraživanja deponenata i banaka, je sa ciljem pronalaženja boljih zakonskih rešenja u načinu izvršenja obaveza Kompenzacionog fonda koji je formiran u Srbiji.

Ključne reči: *robni zapis, osiguranje od profesionalne odgovornosti, Kompenzacioni fond, javana skladišta*

1. Sistem licenciranih skladišta i robnih zapisa

Komercijalni zapisi sa robnim pokrićem ili robni zapisi, predstavljaju hartije od vrednosti kojom se garantuje da je navedena roba, navedenog kvaliteta i količine u skladištu. Postoje različiti zakonski tretmani robnog zapisa u zavisnosti od zemlja u kojima su zaživeli. U Sjedinjenim Američkim Državama, robni zapis pruža dokaz o uskladištenoj robi. Korišćenje robnog zapisa kao instrumenta zaloga je češće u praksi. U ovom slučaju, robni zapis nosi pravo na naplatu ako dužnik bankrotira, dok vlasništvo nad uskladištenom robom ostaje kod deponenta. Ovakvo zakonsko rešenje predstavlja dodatni rizik za banku, pošto prenos robnog zapisa ne podrazumeva i prenos svojine nad robom. U nekim zemljama

¹ Koordinator za poslove statističkog izveštavanja, Dunav osiguranje, e-mail: daliborka.jovicic@dunav.com

kao što je to slučaj sa Engleskom robni zapis pruža mogućnost transfera vlasništva nad robom u korist banaka. U Engleskoj ovakve skladišnice su poznate kao "warrant".²

Nastajanje i razvoj skladišnih zapisa vezan je za SAD. Finansiranje putem skladišnih zapisa u SAD datira još od sredine 19. veka, a na značaju i daljem razvoju skladišni zapis dobija sa donošenjem Zakona o skladištima 1913. U poslednjih 15 godina učinjeni su značajni naporu u cilju razvoja ovakvog tipa finansiranja i u zemljama ECA³, uz značajnu podršku donatora, kao što su USAID (United States Agency for International Development), EBRD (European Bank for Reconstruction and Development) i Svetska banka.

Navedeni sistem javnih skladišta, pokazao se naročito uspešnim u Centralnoj i Istočnoj Evropi, gde poljoprivredna gazdinstva nemaju kreditnu istoriju i imaju malo sredstava koja mogu biti ponuđena kao koleteral. Evropska banka za obnovu i razvoj promovisala je razvoj odgovarajućeg regulatornog i institucionalnog okvira i finansirala banke koje su bile voljne da koriste robne zapise na bazi uskladištenih poljoprivrednih proizvoda i na osnovu njih odobravale zajmove lokalnim poljoprivrednim proizvođačima.

U prilog napred navedenog, mogu se istaći uspešni primeri u zemljama poput Bugarske, Mađarske, Republike Slovačke, Ukrajine. U ovim zemljama zabeležen je konstantan oporavak poljoprivredne proizvodnje kao posledica sprovođenja programa robnih zapisa (Warehouse Receipt Program), dobrim delom i zahvaljujući poboljšanoj makroekonomskoj situaciji, političkoj stabilnosti i dobrim vremenskim uslovima.

Savremeni pristup upravljanja skladištima zahteva da ona budu licencirana. Licenciranjem i upisivanjem u registar javnih skladišta stiče se pravo izdavanja robnih zapisa na osnovu deponovanja proizvoda. Na taj način, licencirana javna skladišta u odnosu na druga skladišta postaju konkurentnija, jer deponentima omogućuju ekonomsko-finansijske povoljnosti koji pruža robni zapis kao hartija od vrednosti i koleteral.

Pre uspostavljanja sistema neophodno je ispuniti ključne komponente kako bi sistem bio uspešno implementiran i to:

- koncenzus između državnih organa, finansijskog sektora i prerađivačke industrije u pogledu neophodnosti i značaja primene WHS sistema. Donošenje zakonskih rešenja mora da uvaži specifičnosti poslovnog okruženja zemlje, kako bi se pronašla najbolja rešenja da svi učesnici u sistemu imaju ekonomski interes. Vladine institucije mogu odigrati važnu ulogu u uvođenju podsticajnih mera, koje su od presudnog značaja naročito u prvoj fazi razvoja sistema.
- učešće najmanje jednog velikog međunarodnog donatora. Implementacija sistema predstavlja veoma složen i osetljiv proces koji zahteva donošenje

² D. Jovičić, *Analiza rizika osiguranja od gubitka vrednosti robnog zapisa i Kompenzacioni fond*, doktorska disertacija, Univerzitet Singidunum, Beograd 2016, 58.

³ *EECA (Eastren European and Central Asia)*- Zemlje Istočne i Centralne Azije

zakonskih rešenja, obezbeđivanje finansijskih garancija, osnivanje regulatornih agencija, formiranje Kompenzacionog fonda, osposobljavanje licenciranih skladišta itd. Sve ove komponente sistema bi trebale da se paralelno razvijaju što zahteva i stručnu i finansijsku podršku. Dobar primer doprinosa međunarodnih donatora USAID, Svetske banke i EBRD, u uspostavljanju sistema u Bugarskoj.

- sveobuhvatna studija izvodljivosti razvoja sistema i plana za implementaciju, koji jasno definiše metodologiju i redosled aktivnosti.

Praksa je pokazala da su poljoprivrednici i skladištari najteže uveravaju u dobrobit koji pruža sistem javnog skladišta. Poljoprivrednici nisu dovoljno uključeni i upoznati sa načinom funkcionisanja tržišta poljoprivrednih proizvoda putem robnih zapisa na robnim berzama, kao i teško prihvataju troškove plaćanja skladištenja, dok sa druge strane skladišteri se teško odlučuju za finansiranje tehničko tehnoloških poboljšanja skladišnih kapaciteta kako bi zadovoljili zakonski propisane norme i bili uključeni u sistem licenciranih skladišta. Sigurnost banaka se postiže ukoliko se one uvere da jaka zakonska regulativa funkcioniše kroz zaštitu interesa deponata u javnim skladištima prilikom naplate kredita na bazi robnih zapisa.

Osiguranje je ključno za finansiranjem putem robnog zapisa, jer učesnicima u sistemu obezbeđuje udobnost i sigurnost da vrednost koleterala, njegov kvalitet i kvantitet neće biti ugrožen od strane zaposlenih u skladištu. Vlasnik skladišta je dužan da osigura ne samo svoje prostorije i uskladištene proizvode u njima, već i rizike vezane za svoje osoblje (osiguranje od profesionalne odgovornosti zaposlenih). U zemljama koje su implementirale sistem robnih zapisa (warehouse receipts) zakon nalaže formiranje tzv. Odštetnih fondova (Rezervnih fondova, Kompenzacionih fondova), kao novčane fondove za osiguranje interesa vlasnika robnih zapisa (deponata i banaka) od gubitka ili propadanja uskladištenih proizvoda tj. od profesionalne odgovornosti i rizika mogućeg stečaja skladišta u slučajevima kada postojeća osiguranja ne pokrivaju ove vrste rizika.

2. Pravni okvir i osnivanje Odštetnog fonda u Bugarskoj

Nakon velike nestašice žita na domaćem tržištu, što je bio jedan od glavnih uzroka ostavke vlade 1997. godine, započinje razvojni program u Bugarskoj. Učinjeni su veliki napor kako bi se liberalizovalo tržište žitarica i postogla transparentnost u prodaji, uspostavljene su zakonske mere za modernizaciju poljoprivrednog sektora u cilju postizanja ukupne ekonomske stabilnosti zemlje. Jedan od značajnih ciljeva bio je uspostavljanje WHS sistema, podržan od strane Vlade Republike Bugarske i međunarodnih donatora kao što su USAID, Svetska banka, MMF i EBRD. Koncept razvoja sistema skladišnica u Bugarskoj je formalizovan 29. jula 1998, kada je Parlament usvojio novi Zakon za marketing i čuvanje žita

Donet je Zakon o zrnastim kulturama (Zakon o žitaricama, 1998), koji obezbeđuje uslove u sprovođenju sistema za prijem žitarica u skladišta i definiše

prava i propise za stavljanje u promet uskladištene žitarice. Propisana su prava i odgovornost državnih institucija kao glavnog regulatora ovog procesa, zatim obaveze fizičkih i pravnih lica koji učestvuju u skladištenju i prodaji žitarica. Osnovni cilj Zakona o zrnastim kulturama je stvaranje uslova za održivi razvoj u proizvodnji i preradi žitarica kao i obezbeđivanje stabilnosti na tržištu žitarica.

Sledeći korak je bio usvajanje Zakona o skladišnim priznanicama uz asistenciju Agencije za međunarodni razvoj (USAID) i Svetske Banke. Međutim, on još uvek nije bio implementiran jer je ključni element nedostajao, a to je Odštetni fond. U tom smislu Evropska banka je potpisala Memorandum o razumevanju 26.07.1999, kojim je podržala nameru vlasti da u potpunosti implementira WHR zakon, uključujući i stvaranje Odštetnog fonda i obavezala se da će obezbediti finansiranje usposavljavanja sistema robnih zapisa preko lokalnih banaka, kada regulativa bude implementirana.

Memorandumom o razumevanju koji je potpisan između Vlade i Evropske banke 26.07.1999, obezbeđena su početna sredstva za formiranje prvog u regionu Fonda. Vlada obezbeđuje podsticaj za skladištenje proizvođačima žitarica i mlinovima. Odluka bugarskog Ministarstva poljoprivrede iz 1999, da obezbedi trogodišnji beskamatni kredit od 2,5 miliona USD za osnivanje Odštetnog fonda za naknadu šteta bio je još jedan važan korak, koji je podržao uspešnu ekspanziju sistema.⁴

Funkcionisanje fonda i punjenje odgovarajućih rezervi, na duže staze, bi trebalo da dolazi:

- od doprinosa licenciranih skladišta putem članarina,
- uplatom premije licenciranih skladišta na bazi osiguranja,
- ostvarenih prihoda na bazi kamata od depozita sredstava Fonda,
- prihoda od investiranja i drugih prihoda koji nisu zabranjeni zakonom.

Udruživanjem javna skladišta za deponovanje žita osniva se Odštetni fond, koji garantuje za potraživanja deponata odnosno nadoknađuje gubitak poljoprivrednicima i bankama usled ostvarivanja rizika od prevare i obmane. Pri tome, utvrđuje se obaveza skladišta da uplate pristupnicu Fondu od 200 BGL (110 \$), dok poljoprivrednici kojima je odobren kredit na osnovu založenog žita mora da uplati 0,36 BGL (0,18 \$) na račun skladišta za svaku tonu uskladištenog žita, a zauzvrat, skladište uplaćuje ovaj iznos Odštetnom fondu.⁵ Na taj način korisnici kredita obezbeđuju dodatnu sigurnost za banke, dok banke imaju robnog zapisa (koleterala), odobrava kredite sa nižom kamatnom stopom, jer im je rizik nenaplativosti potraživanja (kreditni rizik) manji.

Visine premije odnosno obaveze skladišta prema Odštetnom fondu utvrđuje se na osnovu količine uskladištenih proizvoda. Vrednost uskladištenih žitarica koja je ustanovljena pri izdavanju robnog zapisa služi kao osnova za ugovor o osiguranju kao i za buduću obavezu pri naplati odštetnog zahteva.

⁴ K. Kiriakov, "Implementation of System of Licensed Public Warehouses and Warehouses Receipts in Bulgaria", *County Representative ACDI/VOCA*, Bulgaria-Sofia 2001.

⁵ A. Abakiene, I. Adomaityte, et al., "Financing of warehouse receipts Legal review", *FAO Investment centre /EBRD Cooperation Programme*, Report Servis – N.1-October 2002, 14.

U Bugarskoj prodaja deponovanog žita vrši se na osnovu procedura ustanovljenih u Trgovačkom zakonu nakon isteka ugovorenog roka, i na pismeni zahtev vlasnika potvrde o koleteralu. Prvenstvo naplate potraživanja nakon prodaje žita ima država (porezi, takse i troškovi prodaje), zatim javna skladišta (naknade za skladištenje), banke na bazi potvrde koleteralu i na kraju vlasnik robe na bazi priznanice.

3. Pravni okvir i osnivanje Odštetnog fonda u Mađarskoj

Usvajanjem Zakona o javnim skladištima iz 1996. godine, Mađarska je orjentisala sistem javnih skladišta na proizvode čija je namena bila izvoz, kao što su vino, šećer, đubrivo, a pre svega je stavila akcenat na žito. Subvencije za izvoz koje je Mađarska vlada pružala bile su dovoljan podstrek drugima da se uključe u sistem javnih skladišta, naročito se veliki broj banaka uključio u kreditiranje izvoznih proizvoda. Nesporna je činjenica da je Mađarska imala najznačajniji napredak u razvoju sistema robnih zapisa u Istočnoj Evropi od usvajanja Zakona o javnim skladištima, jer je ona prva zemlja u regionu koja je prošla kompletnu implementaciju specifične regulative skladišnih robnih zapisa. Evropska banka, međutim, nikada nije aktivno učestvovala u smislu pozajmljivanja određenih sredstava na ime skladišnih priznanica (iako je bilo nekoliko zahteva za kooperaciju sa lokalnim bankama), nije učestvovala ni u implementaciji pravne regulative. Zajmovi po ovom programu su veoma aktivni u Mađarskoj, lokalne i internacionalne banke su veoma zainteresovane za robni zapis kao instrument zaloga u odobravanju kredita poljoprivrednicima (EBRD, 2005).

Banke obično odobravaju kratkoročne kredite od tri do devet meseci sa relativno visokom kamatnom stopom (godišnja kamata je oko 12 posto), ali veliki deo kamate pokriva država. Prilikom odobravanja kredita poljoprivrednicima ili prerađivačima, banke koje raspolazu kreditnom istorijatu klijenata omogućuju povoljnije uslove kreditiranja. Na osnovu robnog zapisa kao instrumenta obezbeđenja 2001, poljoprivrednici u Mađarskoj mogli su da dobiju kredit od komercijalnih banaka u ukupnom iznosu od 80 biliona HUF.⁶

Jedna od specifičnosti razvoja sistema javnih skladišta i robnih zapisa bio je nedostatak finansijskih garancija. Nedostatak finansijskih garancija za plasiranje kreditnih linija na osnovu robnih zapisa je do neke rešen povećanjem tehničkih i finansijskih preduslova za skladišta koja treba da ispune kako bi učestvovale u sistemu. Kao rezultat uspostavljena stroge zakonske regulative, samo tri velika skladišna preduzeća sa značajnim skladišnim kapacitetima i odgovarajućim nivoom tehničke i tehnološke opremljenosti za sušenje, sortiranje i održavanje kvaliteta uskladištenih proizvoda su ušla u sistem. Međutim, ovaj sistem i dalje nije bio siguran.

Osnivanje Odštetnog fonda bilo je inicirano dešavanjem najveća prevara u sistemu skladišnih zapisa dogodila se u Češkoj, kada je njihova Komercijalna banka izgubila više od 250 miliona USD prilikom finansiranja „Genevahead-

⁶ A. Abakiene, I. Adomaityte, et al., 23.

quartered“ trgovačke kompanije, a navodno za kupovinu žita u Ruskoj Federaciji i Ukrajini. Da bi krajem 2008.godine, nekoliko mađarskih banaka otkrile su da su prevarene, tako što su odobravale kredite na bazi robnih zapisa privatnih skladišta, a ne javnih skladišta kako su prvobitno mislile. Ovo se možda i ne bi desilo da su banke angažovale „agente koleterala“ koji bi vršili inspekciju i nadgledanje skladišta.⁷

Vlada Mađarske učestvovala je u obezbeđivanju početnog kapitala za osnivanje ovakvog fonda, kako bi se osigurao gubitak usled prevare i obmane deponentima uskladištenih proizvoda i banaka.

Mađarska je uvela liberalniji sistem osiguranja uskladištenih proizvoda u slučajevima od uništenja ili oštećenja, što znači da javno skladište može uzeti osiguranje uskladištenih proizvoda ako to deponenti žele. U slučaju realizacije rizika nad uskladištenim proizvodima, nosioci potvrde i kreditne garancije, kao i javno skladište imaće jednaka prava na odštetu od osiguranja.

U slučaju da nastanu problemi u otplati duga prema više poverilaca koja su svoja potraživanja obezbedili pravom nad istim zalogom, prvenstvo naplate iz zaloga imaju poverioci koji su prvi sklopili takav sporazum. Prinudnu prodaju zaloga vrši javno skladište na Robnoj berzi u Budimpešti, u skladu sa odredbama propisa Robne berze koji se odnosi na prinudnu prodaju. Mađarska ima isti redosled u izmirivanju potraživanja kao i Bugarska. Upravo takav redosled u izmirivanju potraživanja, gde se potraživanja države i skladišta stavljaju ispred poverilaca predstavlja prepreku za finansijske institucije. Neke od banaka uz pomoć pravnih savetnika uspeła je da reši ovaj problem, tražeći formiranje posebnog založenog prava (specijalne založnice), nad žitaricama. Sve specijalne založnice se unose u centralni registar i u tom slučaju poverilac postaje prvi pri naplati svojih potraživanja.

4. Pravni okvir i osnivanje Kompenzacionog fonda u Srbiji

Donošenjem Zakona o javnom skladištu za poljoprivredne proizvode 2009, članom 43., definisao je osnivanje, delatnost koju obavlja kao i organi upravljanja Kompenzacionog fonda u Srbiji. Kompenzacioni fond koji ima svojstvo pravnog lica, osnovan je sa ciljem nadoknade šteta po osnovu robnih zapisa koja je nastala na uskladištenim poljoprivrednim proizvodima, za koju je odgovorno javno skladište.

U Srbiji, usvojenim Programom raspodele i korišćenja sredstava subvencija u oblasti poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede za 2009. Godinu,⁸ planirana su početna sredstva za formiranje Kompenzacionog fonda. Iz budžeta tokom 2010 i 2011.godine, izdvojeno je i uplaćeno na račun Fonda 80 mil. dinara za formiranje početnog kapitala Fonda.⁹

Visina potrebnog kapitala utvrđuje se na osnovu procene vrednosti preuzetog

⁷ F. Höllinger, L. Rutter, (2009), "The Use Warehouse Receipt Finance in Agriculture in EECA Countries", *European Bank, FAO, Executive summary*, 2009, 10.

⁸ Čl. 5 Zakona o budžetu Republike Srbije za 2009. godinu

⁹ Grant Thornton Revizit, "Izveštaj o izvršenoj reviziji Kompenzacionog fonda za 2010 i 2011. godinu", 2011.

rizika i to kao odnos kapitala Kompenzacionog fonda sa jedne strane, i prosečnih količina i vrednosti uskladištene robe u javnim skladištima u određenom periodu, sa druge strane. Prema proračunu Kompenzacioni fond bi trebao da ima na raspolaganju kapital za isplatu šteta nastalih u sistemu javnih skladišta, u visini od 4% od vrednosti uskladištenih proizvoda. U skladu sa navedenim, optimalni potrebni garantni kapital Kompenzacionog fonda u 2013. godini iznosi 40.mil.din. (Kompenzacioni fond RS, 2013) Kao se povećava broj licenciranih skladišta pa samim tim i članova Fonda, uvećava će se i visina potrebnog kapitala.

Pored sredstava budžeta Republike Srbije, sredstva za osnivanje i rad fonda se obezbeđuju putem:

- uplata koje vrši javno skladište definisane Zakonom o javnim skladištima,
- prihoda koje ostvaruje fond po osnovu plasiranih sredstava,
- donacije i drugi izvori u skladu sa zakonom.

Obaveze Javnog skladišta prema Kompenzacionom fondu:

- neopozivu, bezuslovnu i plativu na prvi poziv garanciju banke,
- godišnju članarinu,
- mesečni iznos premije za osiguranje od profesionalne odgovornosti.

Pri samom upisu u Registar javnih skladišta, potrebno je da skladište podnese dokaz o uplati članarine u Kompenzacioni fond, kao i da priloži garancije banke izdate u korist Fonda. Javno skladište je u obavezi da izvrši uplatu u jednokratnom godišnjem iznosu na ime članarine Kompenzacionom fondu kao i da uplati mesečno dinarski iznos po svakoj toni uskladištenog poljoprivrednog proizvoda u iznosu od 0,12 evra po toni po srednjem zvaničnom kursu NBS na dan uplate. Pored obaveze plaćanja mesečnih dinarskih iznosa, za obezbeđivanje naplate potraživanja imaoću robnog zapisa, na osnovu moguće štete uskladištenih proizvoda nastale zbog propusta zaposlenih u svom radu, javno skladište je dužno da preda Kompenzacionom fondu neopozivu, bezuslovnu i plativu na prvi poziv garanciju banke čija je vrednost 10% od vrednosti proizvoda koju javno skladište može da uskladišti u odnosu na ukupan registrovani kapacitet javnog skladišta po ceni od 110 evra po toni kapaciteta sa rokom važenja od 60 dana dužim od isteka rada dozvole za rad.

Kako bi se zaštitila realna vrednost kapitala Kompenzacionom fondu se zakonski pruža mogućnost plasiranja slobodno novčanih sredstva. U cilju ostvarivanja najboljih finansijskih efekata plasmana slobodno novčanih sredstava i najveće sigurnosti ulaganja, Kompenzacioni fond će vršiti:

- kupovinu hartija od vrednosti čiji je izdavalac Republika Srbija i/ili,
- oročenjem sredstava kod poslovnih banaka koji posluju na teritoriji Srbije koje je izabrao Upravni odbor primenom sledećih kriterijuma:

- odnos ostvarene dobiti i kapitala,
 - odnos ostvarene dobiti i ukupne aktive,
 - ostvarenu dobit.
- Na osnovu člana 38.stav1. Zakona o javnim skladištima (2009):

Javno skladište je dužno da u obavljanju delatnosti, postupa sa povećanom pažnjom prema pravilima struke i dobrim običajima, odnosno sa pažnjom dobrog privrednika.

stav 2. isti član:

Javno skladište je dužno da imaocu robnog zapisa, odnosno imaocu odvojeno založnice ili priznanice, nadoknadi štetu nastalu na uskladištenoj robi **zbog propusta u svom radu**, po kom osnovu odgovara i jemči celokupnom svojom imovinom.

- Na osnovu člana 39.Zakona o javnom skladištu (2009):

U slučaju da Javno skladište ne isplati štetu u skladu sa članom 38.stav 2. Zakona, nastalu štetu isplaćuje Kompenzacioni fond iz svojih sredstava, u tom slučaju Kompenzacioni fond ima pravo regresnog zahteva prema Javnom skladištu, do punog iznosa isplaćene štete sa svim sporednim potraživanjima.

- Člana 43.Zakona o javnom skladištu (2009):

Radi isplate štete po osnovu robnih zapisa koja je nastala u vezi sa uskladištenjem poljoprivrednim proizvodima u skladu sa ovim zakonom Republika Srbija osniva Kompenzacioni fond.

5. Pravne nedoumice u poslovanju Kompenzacionog fonda u Srbiji

Na osnovu prava i obaveze skladišta definisanih u ovim članovima Zakona o javnim skladištima (2009) uočavamo sledeće nelogičnosti:

- Osiguranje je pružano samo imaocu robnog zapisa (deponentu ili imaocu založnice u najčešćem slučaju su to banke), a skladište je u obavezi da se osigura od profesionalne odgovornosti. Sa pravnog aspekta, osiguranje od odgovornosti predstavlja ugovorom uređene pravne odnose između tri lica: osiguravača koji naplaćuje premije i na toj osnovi preduzima imovinske posledice određenog štetnog događaja; osiguranika, koji se oslobađa posledica građanske odgovornosti, i trećeg lica kome se naknadom iz osiguranja vrši obeštećenje u slučaju da iz tog događaja pretrpi štetu¹⁰ Znači skladište osiguranjem prenosi svoju odgovornost na Kompenzacioni fond kroz obavezu plaćanja premije, dok Kompenzacioni fond vrši osiguranje odnosno prihvata rizik realizacije štetnog događaja. Članom 39. Zakona o javnom skladištu (2009)

¹⁰ J. Kočović, P. Šulejić, "Osiguranje", *Centar za izdavačku delatnost*, Ekonomski fakultet u Beogradu 2006, 309.

i obavezom da javno skladište isplati štetu do punog iznosa i na taj način gubi se smisao postojanja i funkcije Kompenzacionog fonda, kao i interes skladišta da plaća premiju osiguranja kad za uzvrat ne dobijaju nadoknadu štete.

- Regresno potraživanje do punog iznosa postoji samo u slučaju krivične odgovornosti koja se utvrđuje na sudu. Ukoliko se nepravi razlika između krivične i društvene odgovornosti gubi ekonomska zaštita osiguranika, obaveza iz osiguranja, da kada nastupi osigurani slučaj isplati nastalu štetu osiguraniku. Kako bi se izbeglo nesavesno ponašanje zaposlenih u svom radu potrebno je uvesti franšizu u isplati šteta. Uvođenjem malusa i bonusa izdvojila bi se loša skladišta od dobrih, odnosno povećala bi se odgovornost skladišta.

- Imalac robnog zapisa je izložen riziku usled propusta u postupku prinudne prodaje poljoprivrednih proizvoda. Zakon definiše (2009, Član 32):” u slučaju da se u postupku prodaje poljoprivrednih proizvoda učini šteta dužniku, odnosno zalagodavcu zbog toga što je sproveden postupak za potraživanje koje ne postoji, ili nije dospelo za naplatu, ili je dug isplaćen usled propusta u postupku prodaje, ili iz bilo kog drugog razloga, oštećeno lice može svoje pravo na nadoknadu štete ostvari podnošenjem tužbe sudu protiv lica koje je odgovorno za štetu”. Ovdje se postavlja pitanje: Ako se formira Kompezacioni fond za pokrivanje štete po osnovu robnog zapisa koja je nastala u vezi uskladištenih proizvoda, odnosno propusta u radu ili takozvanog rizika odgovornosti, zbog čega rizik usled propusta u postupku prinudne naplate nije pokriven ovim fondom?

Na bazi iskustva drugih zemalja i modaliteta formiranja fondova za garantovanje isplata šteta na bazi robnog zapisa vidimo da se mogu formirati kao kombinacija garancija banaka i osiguranja tzv. Odštetni fondovi kao što je to slučaj u Bugarskoj. U Kazahstanu, 15 najvećih silosa žita obrazovali su fond za naknadu šteta po sistemu uzajamnog osiguranja¹¹. Litvanija je preuzela model kao što je u Bugarskoj. U zemljama gde je razvijeno osiguranje od odgovornosti, osiguravajuća društva osiguravaju skladišta po zahtevu banaka ili samih javnih skladišta. Ključno pitanje se odnosi na definisanje Kompenzacionog fonda u Srbiji, šta on zaista predstavlja?

6. Zaključak

Zakonska obaveza javnih skladišta, pored bankarskih garancija i godišnje članarine je da uplaćuju mesečne premije za svaku tonu uskladištene robe radi osiguranja robnog zapisa od gubitka vrednosti. Na bazi obaveza javnih skladišta steklo bi se utisak da se radi o osiguranju, i da na osnovu uplata koje predstavljaju cenu rizika od nastanka šteta zbog odgovornosti skladišta imaju pravo na nadoknadu šteta. Međutim, imajući u vidu, da pri nastanku šteta za koje je odgovorno javno skladište oni samo garantuju isplatu imaoću robnog zapisa, a da

¹¹ Sistem uzajamnog osiguranja podrazumeva sistem u kome se osiguranici sami organizuju i osiguravaju bez posrednika, odnosno kada postoje samo osiguranici, a ne i osiguravači. Članovi društva za uzajamno osiguranje garantuju da će na načelima uzajamnosti i solidarnosti pokriti štete koje nastaju ostvarenjem ugovorenih rizika. (Dragan Mrkšić, Zdravko Petrović, Katarina Ivančević, „Pravo u osiguranju“ Privredna akademija, Novi Sad str.40)

celokupni iznos štete refundiraju od skladišta, može se zaključiti da oni posluju kao Garantni fond. Ako posluju samo kao Garantni fond, onda treba da zakonski i statusno to definišu i promene način finansiranja i obaveze javnih skladišta. Opravdano se može postaviti pitanje: Kakav je onda interes javnih skladišta da se uključe u sistem licenciranja? Zakon obavezuje javna skladišta da se učlane u Kompenzacioni fond, a pri tome za uzvrat ne dobijaju nikakvu finansijsku zaštitu. U prilog napred rečenog je i činjenica da je na početku uspostavljanja sistema bilo zainteresovano 45. skladišta, od toga realno se uključilo 16. licenciranih skladišta sa raspoloživim skladišnim kapacitetima od 170.000 tona. (Kompenzacioni fond, 2009), a da je danas u sistemu ostalo samo jedno skladište. (Finansijski plan Kompenzacionog Fonda za 2018. godinu). Druga važana činjenica je da Kompenzacioni fond u Srbiji posluje sa gubitkom, odnosno da njegovi prihodi ne pokrivaju troškove poslovanja što čini glavni razlog smanjenja kapitala ispod obračunatog zahtevnog kapitala. Za fondove je karakteristično da u prvim godinama poslovanja ostvaruju gubitke, a kako se broj članova fonda povećava, povećavaju se i uplate, što postepeno dovodi do rentabilnosti i ostvarivanju pozitivnog rezultata. Zbog toga je inicijalni kapital od značaja u prvim godinama postojanja Fonda, a u tome veliko učešće ima država izdvajanjem iz budžeta određenih sredstava za formiranje početnog kapitala ili učešćem skladištara u osnivačkom kapitalu. U zemljama u okruženju sredstva Fonda, koja dolaze od godišnjih članarina licenciranih skladišta, kao i prihodi od plasmana se jedino mogu koristiti za pokriće troškova zarade zaposlenih, ostali prihodi poput uplata skladišta po osnovu osiguranja robnih zapisa, uplate iz državnog budžeta predstavljaju garantni kapital i strogo je kontrolisan.¹²

Možda rešenje treba tražiti u pravcu kombinacije i saradnje Kompenzacionog fonda sa osiguravajućim društvima. Kompenzacioni fond bi vršio isplatu dela štete na bazi bankarskih garancija i bavo se nadzorom nad skladištima u smislu praćenja i kontrole izdavanja robnih zapisa i ispunjenju obaveze za licenciranje, dok bi se osiguranje preпустило osiguravajućim društvima. Poslovanjem osiguranja po principima solidarnosti i uzajamnosti, omogućilo bi vraćanje poverenja svih učesnika u sistem i njegov dalji razvoj. Pored toga, država ne bi imala obavezu finansiranja fonda u obezbeđivanju garantnog kapitala Fonda, što je od značaja za smanjenje opterećenja državnog budžeta.

¹² D. Jovičić, Lj. Jeremić, Z. Jovanović, "Osiguranje u funkciji obezbeđenja kreditnog rizika robnog zapisa kao koleterala", *Ekonomika poljoprivrede*, 2017, 467.

* * *

**LICENSED WAREHOUSES LIABILITY INSURANCE AND
COMPENSATION FUND (INDEMNITY FUND)
FOR WAREHOUSE RECEIPTS LOSS
OF VALUE CLAIMS PAYMENT**

Summary

Financial institutions and/or banks find the risk of proper storage and preservation of quality and quantity of stored agricultural products too high to accept a warehouse receipt as collateral for granting a credit. It is important to reduce the credit risk for banks to accept warehouse receipts issued by warehouses as a credit collateral. Introduction of financial guarantees and insurance of stored goods and warehouses into such system is important for covering potential losses of depositors in the event of loss or deterioration of stored goods, bankruptcy of public warehouses, theft or malversation and/or the occurrence of fire and flood risks. Analysis of existing legislation in the countries with developed system of licensed warehouses and reserve funds (Indemnity Funds, Compensation Funds) that secure the receivables of depositors and banks aims at finding better legal solutions how to fulfil the obligations of the Compensation Fund in Serbia.

Key words: warehouse receipt, professional liability insurance, Compensation Fund, Public Warehouses

IV – OSTALO

OTHER

Dr Wolfgang Rohrbach¹

OBNOVLJIVA ENERGIJA juče - danas - sutra

Apstrakt

Čovek milenijumima za životne potrebe koristi različite oblike energije. Još u antičko doba, kao i u srednjem veku i u novije vreme u povećanom obimu se koristi kinetička energija vode i vetra. Od 18. do 21. veka četiri industrijske revolucije su uticale na brzi napredak, uključujući i eksploziju stanovništva, što je rezultiralo višestrukim potrebama za energijom. U 19. i 20. veku sve više su se koristili fosilni izvori energije. Njihova primena je bila i jeste ograničeno moguća, ali i povezana sa visokim emisijama štetnih materija i drugim zagađenjima životne sredine (efekat staklene bašte). Ovi sve uočljiviji nedostaci rezultirali su krajem 20. veka promenom načina razmišljanja.

U 21. veku korišćenje obnovljive energije ima veliku značaj. Prognoze ukazuju na to da će Evropa uprkos povećanoj potražnji energije imati manje zagađenje životne sredine. U tehnički nerazvijenim ugroženim područjima u Africi i Azije će, međutim, dobijanje električne energije iz solarne energije putem ekonomičnih fotonaponskih postrojenja dovesti do znatnog poboljšanja životnih uslova. S druge strane rastu i prodajne mogućnosti za evropska fotonaponska preduzeća. I konačno, ovi energetske projekti koje finansira EU se smatraju ekonomskim doprinosom, koji takođe pomaže smanjenju priliva izbeglica u Evropu.

Ključne reči: biomasa, fosilna energija, geotermija, uglj, fotonapon, sunčeva energija.

1. Uvod i definicije

Pošto se ovaj članak prezentuje publici iz različitih naučnih oblasti, na početku će radi boljeg razumevanja biti objašnjeno nekoliko tehničkih izraza i međuzavisnosti. Iako se termin „obnovljiva energija“ koji je već spomenut u naslovu danas koristi i u stručnim krugovima, ipak je neprecizan. Energija se naime ne može niti stvoriti ili obnoviti, niti eliminisati. Ona samo može da pređe iz jednog oblika u drugi.²

¹ Univ. prof. dr dr h.c. Dr. Habil; Beč, Austrija; mail: wolfgang.rohrbach.g@gmail.com

² U vezi sa ovim uporediti: M. Buchhol, *Energie – Wie verschwendet man etwas, das nicht weniger werden kann?*, Springer, Heidelberg, Berlin 2016.

Primeri za pretvaranje energije

Danas u svakodnevnom životu pretvaranje energije ne izgleda kao nešto neobično: svejedno da li se radi o pretvaranju kinetičke energije u električnu energiju pomoću dinamama bicikla ili pretvaranju hemijske energije u električnu energiju kod baterija.

Električna energija se npr. može dobiti iz svetlosti, toplote, pokreta i hemijske energije, koja je na primer akumulirana u uglju ili nafti. S druge strane, električna energija se uz malo tehničkih napora može skoro u potpunosti pretvoriti u mnoge druge oblike energije. Elektromotori je, na primer, pretvaraju u kinetičku energiju. Pošto sunce uvek iznova sija i vetar često duva, govori se o „obnovljivim energijama“.

Vrste energije

- Termička energija
- Mehanička energija, koja se deli na potencijalnu energiju, kinetičku energiju, zvučnu energiju
- Električna energija
- Svetlosna energija
- Hemijska energija³

Oblici izvora energije

Izvori energije mogu kroz sagorevanje i druge procese transformacije da obezbede sledeće vrste energije:

Fosilna energija

Izvori energije su kameni ugalj, mrki ugalj, treset, zemni gas, nafta. Svim fosilnim izvorima energije je zajedničko to što postoje samo u ograničenom obimu i što je njihovo korišćenje povezano sa visokim emisijama CO₂ (efekat staklene mreže, klimatske promene). Obezbeđena električna energija se preko električnih mreža prenosi do potrošača. Druga strana medalje je razgradnja prirodnih rezervi, emisije štetnih materija koje ozbiljno utiču na životnu sredinu itd. Opasnosti po zdravlje koje su iz tog rezultirale su u tom obimu porasle, da je od početka 21. veka u mnogim zemljama ubrzan razvoj obnovljive energije.⁴

Obnovljiva ili regenerativna energija

Obnovljivom ili regenerativnom energijom se nazivaju izvori energije koji su skoro neiscrpn i ljudskom vremenskom horizontu ili se srazmerno brzo obnavl-

³ Energiearten und deren Umwandlung/Chemiezauber.de; <https://www.chemiezauber.de>, 8.3.2019.

⁴ Fossile Energie – Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/Fossil>, 5.3.2019.

jaju. Pojam „obnovljiva energija“ je u strogo fizičkom smislu neprecizan, jer se energija prema zakonu o očuvanju energije ne može niti uništiti niti stvoriti, već samo pretvoriti u druge oblike. I sekundarni izvori energije koji se dobijaju iz obnovljive energije (elektricitet, toplota, gorivo) se često neprecizno nazivaju obnovljiva energija. Kao naziv za termičku energiju, koja se dobija iz geotermije, solarne termije ili bionergije i za indirektno korišćenje sunčeve energije putem solarne arhitekture se koristi i pojam obnovljiva toplota. Elektricitet iz obnovljivih izvora energije se naziva i zelena struja ili ekološka struja.

U obnovljive energije spadaju:

- **sunčeva energija** (korisna solarna energija zračenja: svetlost, toplota)

Glavni izvor energije na zemlji je sunce. Pomoću solarne tehnike sama sunčeva energija se može besplatno koristiti. Pa ipak za instalacije i održavanje uređaja nastaju troškovi. Tehnika u području solarnih uređaja se poslednjih godina stalno razvijala. Zato je solarni sistem sada više nego efikasna i ekonomična alternativa za proizvodnju električne energije. Sunčeva energija je takođe i pokretačka snaga za mnoge druge izvore energije kao što su morska struja i vodeni ciklus.⁵

- **biomasa**

Energija u obliku električne energije, toplote i tečnog ili čvrstog goriva iz obnovljive biomase se dobija iz energetskih kultura koje se uzgajaju posebno za tu svrhu (npr. uljna repica ili kukuruz), kao i od drveta i ostataka kao što su slama, žetveni otpad, organski otpad i stajnjak.⁶

- **energija vetra (atmosferska strujanja)**

Vetar izaziva rotaciju lopatica rotora na vetroturbinama. Tako se pokreće generator koji proizvodi električnu energiju. Fizički gledano, kinetička energija strujanja vazduha se prevara u električnu energiju.

- **snaga vode uključujući plime i oseke**

Pojam označava pretvaranje potencijalne ili kinetičke energije vode pomoću hidroenergetske mašine u mehanički rad. Do početka 20. veka hidroenergija se uglavnom koristila u mlinovima.

Danas kod snage vode, kinetička energija strujanja (npr. reke), kao i potencijalna energija (npr. visinska razlika kod akumulacionih jezera) se pretvaraju u električnu energiju pomoću turbina. Razlikuju se protočne hidroelektrane i akumulacione hidroelektrane. Ova prva koristi strujanje reka i potoka za proizvodnju električne energije. Nasuprot tome akumulacione elektrane koriste vodu iz akumulacionog jezera za proizvodnju ekološke struje. Električna energija iz snage

⁵ Erneuerbare Energie - Energie-Übersicht — Erneuerbare Energie Österreich, <https://www.erneuerbare-energie.at>, 7.3.2019.

⁶ Izvor: Agencija za obnovljive energije.

vode ima iste prednosti kao i bioenergija: Ona može da se akumulira: na primer kod posebnog oblika hidroakumulacione elektrane, pumpne akumulacione hidroelektrane. Tamo se voda pumpa (na primer sa suvišnom solarnom strujom ili strujom vetra) u akumulaciju i ukoliko je potrebno voda može da se za nekoliko sekundi ispusti da potom protiče kroz turbine i proizvodi električnu energiju.⁷

- **snaga talasa (elektrana na talase)**
- **morska struja (elektrana na morsku stroju)**
- **geotermija (toplota akumulirana u zemlji)**

Geotermija označava korišćenje energije, koja je akumulirana ispod zemljane kore u obliku toplote. Ona potiče iz razlaganja prirodnih radioizotopa u stenama zemljane kore kao i iz razmene toplote sa dubljim slojevima zemlje. Toplota se može direktno koristiti pomoću toplotnih pumpi, ali se takođe može npr. kogeneracijom pretvoriti u energiju.⁸

Nuklearna energija (nuklearna fisija)

Energija atomskog jezgra, atomska energija, atomska snaga, nuklearna snaga ili nuklearna energija se naziva visoka tehnologija industrijske proizvodnje sekundarne energije nuklearnom fisijom. Ova tehnologija se od 1950-tih godina u velikoj meri koristi za proizvodnju električne energije.⁹

Dovod energije

Dovod energije je između ostalog neophodan da bi se tela, npr. točkovi, liftovi, klatna itd. ubrzala ili nasuprot sili aktivirala (kočnice), da se zagreje supstanca, komprimuju gasovi, pusti da teče električna energija ili se koristi elektromagnetni talasi. Energija je potrebna i za rad kompjuterskih sistema, za telekomunikacije i za svaku privrednu proizvodnju.¹⁰

2. Istorijski kamen temeljac korišćenja energije

Naši preci su prepoznali vrednost snage vetra i vode i koristili je održivo.

Snaga vetra

Još u Vavilonskom carstvu legendarnog kralja Hamurabija 1750. godine pre nove ere su postojale vetrenjače. Prema pisanim predanjima iz Hamurabijevog kodeksa one su korišćene pre nekih 4.000 godina.¹¹

⁷ Wasserkraft – Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/Wass>, 9.3.2019.

⁸ Geothermie — Erneuerbare Energie ..., <https://www.erneuerbare-energie.at/geo>, 9.3.2019.

⁹ Kernenergie – Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/Kerne...>, 9.3.2019.

¹⁰ Energie – Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/Energie>, 8.3.2019.

¹¹ J. Molly, *Windenergie in Theorie und Praxis. Grundlagen und Einsatz*, Karlsruhe 1978, 14.

U Evropi najstariji pomeni datiraju iz Engleske iz 9. veka nove ere, u 11. veku su otkrivene u Francuskoj. U 13. veku su se proširile na Poljsku.¹² Energija vetra je korišćena za obavljanje mehaničkih radova pomoću vetrenjača i pumpi za vodu.

U Evropi je u 19. veku postojalo oko 100.000 vetrenjača, koje su u dobrim uslovima vetra postizali do 25–30 kW snage.¹³

U Francuskoj, Engleskoj, Nemačkoj, Holandiji, Belgiji i Finskoj u prvoj polovini 19. veka je bilo između 50.000 i 60.000 vetrenjača. Korišćene su za mlevenje žitarica, pređenje pamuka i valjanje tkanina. Nadalje su mlinovi služili kao izvor energije za štavljenje kože, testerisanje drveta, proizvodnju ulja, papira i duvana kao i odvodnjavanje močvarnih predela kao i zemljišnih površina koje se nalaze ispod nivoa mora.¹⁴

U Nemačkoj je broj vetrenjača za vreme industrijske revolucije u početku povećan do visoke industrijalizacije a 1880-tih godina je postigao svoj maksimum.¹⁵ U narednim decenijama mnoge vetrenjače su sukcesivno zamenjivane fosilnim izvorima energije odnosno električnim pogonima.

Snaga vode

Do početka 20. veka snaga vode je korišćena za rad mlinova, pilana i kovačnica. Danas se električna energija skoro uvek proizvodi pomoću generatora. Istorija snage vode seže daleko unazad. U Kini se koristila još pre 5000 godina. U regionima Nila, Eufrata i Tigra kao i na Indu pre ca. 3500 godina su se za navodnjavanje polja koristile prve mašine u obliku dolapa, pokretane snagom vode. U starom Rimu i u antičkim gradovima-državama Grčke snaga vode je korišćena na različite načine kao pogonsko sredstvo za radne mašine. U 2. veku pre nove ere pronađen je Arhimedov vijak, koji se još i danas koristi. Arhimedov vijak je transporter koji se sastoji iz zavojnice i korita. Prikladniji je naziv „pužna“ pumpa ili pužni transporter. Pronalazak ovog uređaja za podizanje vode se pripisuje grčkom naučniku Arhimedu.¹⁶

Od 9. veka nove ere koristi se podlivo vodeničko kolo. Pet vekova kasnije počelo je korišćenje nadlivo vodeničkog točka. Ovde se ne koristi samo kinetička energija vode već i njena težina.¹⁷

1767. godine je engleski građevinski inženjer John Smeaton izradio prvo vodeničko kolo od livenog gvožđa i tako dao impuls industrijskoj revoluciji, pošto je kroz enormno veće opterećenje omogućio postizanje veće snage. Povećanje produktivnosti koje je sa tim povezano dovelo je do ekonomskog buma i vodeničnom kolu obezbedilo izvanrednu poziciju kao izvoru pogona do 19. veka.

¹² P. Michalak, J. Zimny, "Wind energy development in the world, Europe and Poland from 1995 to 2009; current status and future perspectives", *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, Nr. 15/2011, 2330–2341.

¹³ P. Malanima, *Europäische Wirtschaftsgeschichte 10-19. Jahrhundert*. UTB, Wien/ Köln/ Weimar 2010, 9-97 f.

¹⁴ M. Mende, *Frühindustrielle Antriebstechnik – Wind- und Wasserkraft*. U: Ullrich Wengenroth (Hrsg.): *Technik und Wirtschaft*, VDI-Verlag, Düsseldorf 1993, 289–304.

¹⁵ V. Smil, *Energy in World History*. Westview Press 1994, 112.

¹⁶ Wasserkraft – Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/Wass...>, 6.3.2018.

¹⁷ M. Mende, 302 -304.

Krajem 18. veka u Evropi je postojalo oko 500.000 do 600.000 vodenica, koje su služile kao izvor pogona za mlevenje (žitarica) i druge radne mašine. Prosečna snaga ovih mlinova iznosila je između 3 i 5 kW, a najveća postrojenja su dostizala i preko 40 kW.¹⁸

1842. godine je francuski inženjer Benoît Fourneyron razvio preteču Francisove vodene turbine.

Potom je 1849. godine počela sa radom turbina koju je razvio James Francis i koja je po njemu dobila ime. Kod *Francisove spiralne turbine* voda koja dotiče se kroz kućište pužnog oblika, spiralu, premešta u dodatnu liniju spirale i potom kroz nerotirajući fiksirani venac usmeravajuće lopatice sa podesivim lopaticama usmerava na lopatice radnog kola koje su zakrivljene u suprotnom smeru.¹⁹ Ovom tehnikom su se iskorišćavale veće količine vode i veći nagibi, što je dovelo do povećanja kapaciteta u poređenju sa vodeničnim kolom. Kada je 1866. godine Werner von Siemens pronašao elektrodinamički generator, postalo je moguće da se snaga vode pretvori u električnu energiju.

Hidroelektrana

1880. godine je u engleskom Nortamberland puštena u rad prva hidroelektrana, a već 1896. godine je na Nijagarinim vodopadima u SAD nastala prva velika elektrana u svetu.²⁰ Iako se korišćenje snage vode za dobijanje energije uglavnom priznaje kao posebno *ekološko*, sa tim su delimično povezane značajne intervencije u prirodi i pejzažu. Tako je jedan od najznačajnijih prirodnih spomenika na Rajni, *Kleine Laufen* kod Laufenburga razoren za prvu elektranu sa branom na Rajni. Elektrana je počela sa radom 1914. godine. Sledili su i drugi ekološki gresi. Najnovija narušavanja slika pejzaža izazvana su gradnjom malih hidroelektrana u Srbiji.

Kaplanova turbina

Još jedno povećanje produktivnosti kod proizvodnje električne energije ostvareno je Kaplanovom turbinom. Ona je vodena turbina sa aksijalnim strujanjem sa podesivim radnim kolom. Austrijski inženjer Viktor Kaplan ju je 1913. godine razvio iz Francisove turbine i patentirao. Radno kolo kod Kaplanove turbine je slično brodskom propeleru čije su lopatice podesive (uporediti podesivi propeler). Broj obrtaja klasične Kaplanove turbine je konstantan nezavisno od količine vode. Na taj način generator sa Kaplanovom turbinom sa odgovarajućim prenosom može direktno da napaja mrežu. Podešavanjem lopatica propelera se postiže da se lopatice i kod promenljive količine vode uvek optimalno optiču čime se postiže visoka efikasnost. Turbine bez ovog podešavanja lopatica se nazivaju propelerske turbine. Da bi se sa promenljivim količinama vode ostvarila visoka efikasnost, kod propelerskih turbina se podešava broj obrtaja (elektroteh-

¹⁸ V. Quaschnig, *Regenerative Energiesysteme. Technologie – Berechnung – Simulation*, München 2015, 327.

¹⁹ Francis-Turbine – Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/Franc>, 10.3.2019.

²⁰ V. Smil, 114 i dalje.

nička regulacija): tako se u pogledu mehanike fluida ostvaruje isti efekat kao kod lopatica radnog kola klasične Kaplanove turbine. Kod konstantnih količina vode ne mora se usklađivati broj obrtaja odnosno podešavati lopatice radnog kola i može se direktno napajati mreža.

Ispred radnog kola se nalazi vodilica, koji se naziva i usmeravajuća lopatica. Ona obezbeđuje da voda optimalno udara na lopatice turbine i da pokrene turbinu u rotaciju. Podešavanjem usmeravajuće lopatice i lopatica radnog kola (dvostruka regulacija) efikasnost Kaplanove turbine se može prilagoditi različitim količinama vode i visinama pada.²¹ Postignuta efikasnost se kreće u opsegu od 80–95 %.

Kalorijska /termalna elektrana ili termoelektrana

U ovim postrojenjima se radi proizvodnje električne energije toplota stvara sagorevanjem. To funkcioniše samo kada postoje dva toplotna rezervoara sa dovoljnom temperaturnom razlikom. Toplota se prvo u motoru pokretaču pretvara u upotrebljivu kinetičku energiju a ona tada pomoću generatora u električnu energiju; dakle odvijaju se dve transformacije energije.²²

Od sredine pedesetih godina kapacitet kalorijskih elektrana se u Evropi proširio više od kapaciteta hidroelektrana, a time se povećalo i zagađenje životne sredine. Mnoge elektrane za hlađenje vode koriste vodu reka koje protiču u blizini. Na taj način se ne primenjuje rashladni toranj sa njegovim mnogim nedostacima, a temperatura na izlazu parne turbine se može efikasnije smanjivati. Međutim, to može suviše zagrejati tekuću vodu. Zato se definišu granične vrednosti, na koliko Celzijusovih stepeni odnosno na koju temperaturu reka sme da se maksimalno zagreje, da bi se sprečilo odumiranje. To leti kod visokih temperatura vode može da dovede do isključivanja elektrane. Termoelektrane spadaju u najveće potrošače vode i emitente CO₂ u privredi. U industrijskim zemljama skoro 40 % celokupne potrošnje iz izvora sveže vode otpada na termoelektrane, pri čemu najveću potrošnju imaju nuklearne elektrane i (buduće) elektrane na uglj sa izdvajanjem i akumuliranjem CO₂. Kod svakog procesa hlađenja voda mora pomoću filterskih postrojenja da se čisti od prljavštine, kako gruba prljavština koja uvek postoji ne bi začepila povezani kondenzator turbine i time je učinila nedelotvornom. U tu svrhu se koriste rešetke i filteri.

Rashladna voda se zatim hladi u rashladnom tornju ili rashladnom bazenu tako da se može ili ispustiti u tekuću vodu ili ponovo koristiti u rashladnom ciklusu. Nadalje rashladni tornjevi velikih elektrana deluju kao perači vazduha. Njihov efekat čišćenja na vazduh koji struji kroz njih je mali za životnu sredinu, ali isprana prašina koja se koncentriše u rashladnoj vodi može da prouzrokuje značajno zaprljanje delova povezanih postrojenja.²³

²¹ J. Giesecke, S. Heimerl, E. Mosonyi, *Wasserkraftanlagen: Planung, Bau und Betrieb*, Springer Verlag, Berlin 2005, 570.

²² Wärmekraftwerk-Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/W%C3%A4rmekraftwerk>, 09.03.2019.

²³ E. Byers, J. Hall, J. Amezcaga, "Electricity generation and cooling water use: UK pathways to 2050", *Global Environmental Change*, Nr. 25/2014, 16–30.

Ali ova vrsta energije za industriju i domaćinstvo je i najproduktivniji izvor za štetne gasove staklene bašte. Ovo područje doprinosi oko 30% globalnom zagrevanju.

3. Održivi potencijal obnovljive energije

Kakvi su izgledi za povećanje proizvodnje obnovljive energije u budućnosti? Mogućnosti su vrlo različite. Najveći potencijal za proširenje trenutno izgleda imaju snaga vetra i fotonaponska postrojenja. Obe ove primarne energije se nalaze u prirodi u izobilju. Obnovljive energije danas doprinose našem snabdevanju energijom na tri načina: za proizvodnju električne energije, za proizvodnju toplote i korišćenje biomase kako bi se proizvelo gorivo.²⁴ Pretvaranje energije je put u budućnost bez nuklearne energije - ka industrijskom društvu posvećenom ideji održivosti i odgovornosti prema budućim generacijama. Naša električna energija će do 2035. godine postići 55 do 60 procenata i do 2050. godine najmanje 80 procenata iz obnovljivih izvora energije. Širenje obnovljivih izvora energije je stoga centralni stub pretvaranje energije.

Sunčeva energija koja se zrači na zemlju je više od deset hiljada puta veća od trenutne potrebe ljudi za energijom. Geotermalna energija i energija plime i oseke daju značajno niže ali u odnosu na ljudske potrebe visoke doprinose. Sa čisto fizičke tačke gledišta, postoji višak raspoložive energije koja će biti potrebna u doglednoj budućnosti, čak i ako se teoretski potencijal koji se ovde pominje smanji zbog, između ostalog, tehničkih i ekoloških pitanja. Smatra se takođe da postoje neophodne tehnologije kao i koncepti za realizaciju održivog snabdevanja energijom.

Međunarodna agencija za energiju (IEA) polazi od toga da će do 2040. godine u svetu jedna petina potrošnje primarne energije i jedna trećina električne energije biti pokrivene obnovljivim energijama. Prema IPCC (=International Plant Protection Convention, Međunarodna konvencija o zaštiti bilja (FAO)): pod optimističnim pretpostavkama bi do 2050. godine čak 77% potrošnje energije u svetu moglo poticati iz obnovljivih izvora.

U mnogim zemljama trenutno postoji jaka ekspanzija obnovljivih izvora energije. Pored klasičnih oblasti hidroenergije i bioenergije, ovo se posebno odnosi na oblasti energije vetra i sunčeve energije, koje su u 20. veku još uvek beznačajne.

U međunarodnom izveštavanju o ulozi i potencijalu obnovljive energije, dve institucije IEA i IRENA imaju istaknutu poziciju. Dok je osnivanje IEA 1973. godine bilo odgovor na naftnu krizu, osnivačka konferencija IRENA je održana tek početkom 2009. godine u Bonu, pri čemu je njena istorija počela još sa Brantovim izveštajem koji je objavljen 1980. godine. Pored ovih publikacija vladin forum REN21 redovno objavljuje izveštaje o statusu razvoja obnovljive energije u svetu. Godišnji izveštaj „Global Status Report“ se smatra standardnim radom u branši obnovljive energije.

Prema ovom izveštaju početkom 2014. godine je najmanje 138 zemalja imalo političke ciljeve za razvoj obnovljive energije ili slične propise, od kojih

²⁴ *Welt der Physik: Zukünftige Potenziale erneuerbarer Energien*, <https://www.weltderphysik.de>, 22.08.2017.

su 95 novoindustrijalizovane zemlje ili zemlje u razvoju. 2005. godine je bilo 55 država. Dok se energija vetra danas koristi u najmanje 83 zemalja u svetu, fotonaponska postrojenja su instalirana u preko 100 zemalja. Određene obnovljive energije su već konkurentne u pojedinim regionima i tamo mogu proizvesti jeftiniju električnu energiju od postrojenja na fosilna goriva.

Za proizvodnju električne energije na raspolaganju su dve varijante: solarne ćelije direktno pretvaraju svetlost u električnu energiju. Država podržava finansijski korišćenje te tehnike, koja se zove fotonapon Zakonom o obnovljivoj energiji). U zemljama sa dosta sunca ekonomičnije su solarne termalne elektrane. Sa velikim ogledalima se sunčeva svetlost fokusira, pretvara u toplotu i tako pokreće parne turbine. Dobijena električna energija se može kao jednosmerna struja transportovati na velike daljine. Takve solarne elektrane već rade u Andaluziji i Kaliforniji.²⁵

Prednosti obnovljive energije

Najznačajnija prednost obnovljivih izvora energije u odnosu na fosilne je što su rezerve vode, sunca, vetra, geotermalne energije i biomase neiscrpne. Na taj način se može sačuvati količina konvencionalnih sirovina koja je ograničena. Proizvodnja električne energije iz obnovljivih izvora ima nižu emisiju ugljen-dioksida od one proizvedene sagorevanjem fosilnih goriva. Pri tome treba imati na umu da nije svaki oblik ekološki prihvatljivih oblika energije bez CO₂.

Proizvodnjom zelene električne energije se može održivo sačuvati sigurnost našeg snabdevanja, jer opada zavisnost od fosilnih goriva, a time i zavisnost od isporučilaca sirovina. Upravo u slučaju eskalacije problema između Ukrajine i Rusije, najvažnijim isporučiocem zemnog gasa Austriji, stremljenje energetske samodovoljnosti može predstavljati pouzdan dugoročni izlaz. Energetska samodovoljnost je proklamovani cilj austrijskog Ministarstva privrede koje je odgovorno za energetske politiku. Razvijajući elektrane koje proizvode električnu energiju putem obnovljivih sirovina, Austrija ne preuzima samo odgovornost. Pored toga, veliki broj proizvođača zelene električne energije je takođe važan za oživljavanje tržišta ekološki prihvatljive energije. Što ima više proizvođača, to je dinamičnija konkurentna struktura, što obično dovodi do poboljšanja situacije u pogledu cena za krajnjeg potrošača.²⁶

Nedostaci obnovljive energije

Sagorevanje čvrste, tečne i gasne biomase ima, kao i fosilna goriva, emisiju CO₂. Međutim, ona je znatno niža od emisije mrkog i kamenog uglja ili zemnog gasa. Biogena goriva emituju samo onu količinu CO₂ koju je izvorni organski nosač akumulirao u fotosintezi. Oni se stoga mogu opisati kao CO₂-neutralni (nasuprot onih bez CO₂), jer ne nastaju dodatne emisije.

²⁵ Energie: Erneuerbare Energien - Energie - Technik - Planet Wissen, <https://www.planet-wissen.de>

²⁶ Die Vor- und Nachteile von erneuerbaren Energien - wirtschaft.at, www.wirtschaft.at, 29.03.2017.

Kroz investicije koje su potrebne za postrojenja zelene električne energije, cena za pojedine oblike zelene struje je još veća od cene za konvencionalnu električnu energiju. Ova cena se ne može prevaliti na krajnje potrošače jer je toliko visoka da pod slobodnim konkurentskim uslovima ne bi bilo šanse za obnovljivu energiju. Zato proizvodnju i prodaju zelene električne energije mora subvencionisati država.

Posebno hidroelektrane predstavljaju značajnu intervenciju u ekološku strukturu. Prekid prirodnog vodotoka, akumulacija vodene mase i njeno vođenje kroz turbine može imati dramatične posledice za biološku ravnotežu reke: stanovnici vode su ometeni u svojoj prirodnoj migraciji u mrestilišta i mesta za parenje i usisani u turbine gde dolazi do uginuća, a takođe “prevrtanjem vode” može doći do oslobađanja metan-ugljendioksida. U tom kontekstu veliki projekti kao što je na primer brana Guangzu u Kini su kontraverzni. U Austriji su prvenstveno u radu male hidroelektrane. One su ekološki prihvatljivije i u mnogo manjem obimu sa sobom nose gore navedene rizike.

Proizvodnja električne energije pomoću vetra i sunca zahteva odgovarajuće meteorološke uslove. Ukoliko ne duva vetar ili ne sija sunce, postrojenja ne mogu da rade, dakle ne mogu da proizvode električnu energiju. Pošto su postrojenja na otvorenom, ona su podložna uticaju vremenskih prilika i potrebno je često održavanje. Dopunjavanja postrojenja koja proizvode električnu energiju izgaranjem biomase u određenim uslovima mogu biti ograničena. Manje za stajnjak, ali to jako pogađa uljanu repicu i drvo. Jer, kod zasađivanja korisne površine radi dobijanja energije javljaju se i etička pitanja, da li bi na primer neophodne resurse (površina, voda, itd.) trebalo pre koristiti za životinje ili hranu.²⁷

Pregled fotonapona

Pod fotonaponom se podrazumeva direktno pretvaranje svetlosne energije, najčešće iz sunčeve svetlosti, u električnu energiju pomoću solarnih ćelija. Za dobijanje energije se koristi fotoelektrični efekat solarnih ćelija, koje su opet sa svoje strane povezane u takozvane solarne module. Proizvedena električna energija se može direktno koristiti, napajati u električne mreže ili akumulirati u akumulatorima. Pre nego što se napaja mreža sa naizmeničnom strujom, proizvedena jednosmerna struja se transformiše u inverteru. Sistem od solarnih modula i drugih komponenti (inverter, dalekovod) se naziva fotonaponsko postrojenje.²⁸

Od 1958. godine se fotonapon koristi u svemirskim letovima. U međuvremenu se na zemlji uglavnom koristi za proizvodnju električne energije. Do kraja 2017. godine u svetu su fotonaponska postrojenja instalirana sa kapacitetom od ca. 400 GW. Do 2020. godine. IEA računa sa daljim povećanjem na ca. 400 do 500 GWp. Između 1998. i 2015. godine je kapacitet fotonapona instaliran u svetu

²⁷ *Ökostrom: Das sind die Nachteile und Vorteile von Ökostrom – WELT*, <https://www.welt.de/Strom>, 10.3.2010.

²⁸ Photovoltaik – Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org/wiki/Photo>, 13.3.2019.

rastao prosečno 38 % godišnje.²⁹ Ovo je bilo mnogo više nego što je većina scenarija porasta mogla da pretpostavi.

Fotonapon se dugo smatrao najskupljim oblikom proizvodnje električne energije pomoću obnovljive energije; gledište koje je međutim zbog velikih smanjenja troškova za komponente postrojenja u međuvremenu prevaziđeno. Od 2011. do 2017. godine troškovi proizvodnje električne energije od fotonapona su pali za gotovo 75 %.³⁰

Već 2014. godine troškovi proizvodnje električne energije u fotonaponskim postrojenjima su u određenim regionima sveta bili na istom nivou ili čak niži nego kod fosilnih konkurenata. Uključujući akumulatore, koji su neophodni kod visokog udela fotonapona u mešavini napajanja električnom energijom, troškovi su u tom trenutku bili i dalje veći nego kod fosilnih elektrana. Međutim, solarna energija je već bila konkurentna u onom trenutku, kada su u obzir uzeti eksterni troškovi proizvodnje električne energije iz fosila (tj. štete po životnu sredinu, klimu i zdravlje).³¹

Prema studiji koja je 2017. godine objavljena u stručnom žurnalu *Nature Energy* fotonapon do 2050. godine može tehnički i ekonomski da pokriva ca. 30–50 % potrebe za električnom energijom u svetu i tako postane dominantni način proizvodnje električne energije.

Rešenja na bazi akumulatora, mešovitih i autonomnih postrojenja

Za smisleno korišćenje u mnogim slučajevima paneli mogu biti nedovoljni; zbog toga se preporučuju različita rešenja -npr. za pojedinačne kuće rešenje PV-MiniGrid, kod koga je integrisan medijum za akumulaciju.

Omiljena metoda su akumulatori odnosno specifične akumulatorske baterije. Posebna prednost fotonaponskih akumulatorskih baterija je povećanje stepena sopstvene potrošnje. Kada sunce upravo ne sija ili se naprosto električna energija ne troši, pomoću akumulatora se mogu uskladiti proizvodnja i potrošnja električne energije. Inteligentnom kombinacijom fotonaponskih postrojenja, akumulatorskih baterija i sistema za upravljanje energijom poboljšavaju se energetski tokovi u domaćinstvu. Tako se potrošnja električne energije može smanjiti i na dugi rok štedeti novac.

Po pitanju tkz. inteligentnog upravljanja energijom – u zavisnosti od razvojnog statusa regiona – nude se kombinovana rešenja za energiju. Tako se npr. fotonaponska postrojenja kombinuju sa vetrogeneratorima i/ili hidroelektranama odnosno PV-MiniGrids sa klasičnim dizel generatorima, postoje dakle Hybrid-MiniGrids. Sva ova kombinovana rešenja nude prednost, što se rasterećuju akumulatorski medijumi u periodima vršnih opterećenja.³²

²⁹ „Weltweite Erzeugungskapazitäten: Nach Windkraft übertrifft auch Photovoltaik die Atomkraft“, *PV-Magazine*. 12. 02. 2018.

³⁰ F. Creutzig et al.: “The underestimated potential of solar energy to mitigate climate change”, *Nature Energy*, 2017, 140.

³¹ N. Haegel et al.: “Terawatt-scale photovoltaics: Trajectories and challenges”, *Science*, Nr. 6334/2017, 141–143.

³² K. Mertens, *Photovoltaik. Lehrbuch zu Grundlagen, Technologie und Praxis*, München 2015, 287.

Pored rasprostranjenog dobijanja električne energije za napajanje mreže, fotonapon se danas koristi i za mobilnu primenu i primenu bez priključivanja na električnu mrežu, takozvana autonomna postrojenja. Ovde se jednosmerna struja može koristiti i direktno. Zato se mreže jednosmerne struje sa akumulatorskim puferisanjem jednosmerne struje najčešće nalaze u novoindustrijskim zemljama u svakidašnjim objektima kao što su vikendice, solarne svetiljke, električne ograde, parkovi itd. Autonomna postrojenja sa inverterima mogu da snabdevaju i potrošače naizmenične struje. U mnogim zemljama gde cela površina nije pokrivena mrežom za snabdevanje električnom energijom fotonapon je mogućnost da se električna energija proizvede jeftinije nego npr. pomoću dizel generatora.

Takođe i povezivanje fotonaponskih postrojenja i solarnih baterija u postojeća autonomna postrojenja predstavlja mogućnost da se značajno smanje troškovi proizvodnje energije.³³

4. Komponente između Maršalovog plana sa Afrikom i fotonapona

U ovom poglavlju je prikazano da fotonapon može da doprinese da se smanje katastrofe usled žeđi i gladi u Africi pa čak i regionalno spreče posledica migracije u Evropu koje rezultiraju iz toga.

Dok su se u 20. veku u Africi i Aziji odvijale mnogobrojne bitke za naftu, u 21. veku se u prvom planu nalazi ogorčena borba za vodne resurse. Šta može da se učini za predele ili u predelima čija je površina pustinja, ali za koje je dokazano da imaju rezerve vode na dubini od 70 do 90 metara? Danas postoje visoko efikasne solarne pumpe koje iz dubine od 60 - 80 m crpu podzemne vode i za kratko vreme pustinje pretvaraju u plodno poljoprivredno zemljište. Na površini fotonaponska postrojenja za navodnjavanje obezbeđuju kontinuitet vlaženja pašnjaka i snabdevanja vodom za piće. Radi se o ekonomičnoj tehnologiji, bez CO₂, koja kombinuje prihod, produktivnost i uštede u radu.

Međutim, veliki deo stanovništva je suviše siromašan da bi finansirao i najmanje investicije. Nigde u svetu se ekonomska snaga i rast stanovništva ne razlikuju u tolikoj meri kao u Africi. Eksplozija stanovništva, slaba infrastruktura, nizak nivo obrazovanja, klimatski poremećaji odnosno periodi suša, pustinje koje se šire itd. su glavni razlozi za to. Ako sa Evropljanima načnete temu o ovom problemu, već deo njih još uvek misli da se kod ovih pojava radi o pojavama koje su specifični problem Afrike.

Prognoze, međutim, dovode do zaključka da će Evropa sledećih decenija morati da se suoči sa snažnim migracionim kretanjima iz Afrike, ukoliko ogromni regioni i dalje ostanu bez vode a time i bez održive poljoprivrede i električne energije itd. Naime, bez obzira na nedostatak vode i sušne periode upravo u kritičnim regionima Afrike kao što je Sahara dolazi do masovnog rasta stanovništva i to za više od 3 procenta godišnje.

Afrika je kontinent sa najgorim perspektivama za budućnost. Uprkos stopi smrtnosti od prosečno 15 procenata za decu ispod 5 godina, stanovništvo Afrike

³³ M. Stemer, I. Stadler: *Energiespeicher: Bedarf, Technologien, Integration*, Berlin/Heidelberg 2014, 75.

će prema procenama Ujedinjenih nacija do 2050. godine narasti na 2,5 milijarde a do 2100. godine na 4,4 milijarde! Time je, dakle, najveći problem Afrike nezaustavljivi rast broja stanovnika. To u početku može izgledati čudno. Za površinu od preko 30 miliona kvadratnih kilometara i populaciju od 1,1 milijarde ljudi u početku se čini da nema znakova prenaseljenosti.

Poređenja radi, Indija sa površinom od 3,25 miliona kvadratnih kilometara i više od 1,3 milijarde stanovnika ima skoro deset puta veću gustinu naseljenosti. Ipak se u Indiji nazire kraj tome. Rast stanovništva je izgubio svoj zamah.

U Africi je razvojna pomoć iz Evrope i Severne Amerike delom doprinela nekontrolisanom rastu stanovništva, time što se pomoglo poboljšanju medicinskog zbrinjavanja a u sušnim periodima isporukama životnih namirnica. Podrška za samopomoć u izgradnji održive privrede i infrastrukture u mnogim afričkim zemljama je bila suviše mala. I sada imamo masovno bekstvo iz regiona.³⁴

Ono što je Africi potrebnije od bilo kakve dobrotvorne dostave životnih namirnica je kontinuirano snabdevanje vodom.

„Maršalov plan za Afriku“

je politička inicijativa na koju se vraća nemački ministar za razvoj, Gerd Müller.

Plan se bazira na tri stuba:

- ekonomija, trgovina, zapošljavanje;
- mir, bezbednost i stabilnost i
- demokratija, vladavina prava i ljudska prava.
- Fokus je na širenju ekonomske saradnje.³⁵

Još na početku svog mandata ministar je spomenuo „Maršalov plan za Afriku“ koji je po njegovom mišljenju neophodan, kako bi se otvorila radna mesta i perspektive za mlade ljude iz afričkih zemalja. U zajedničkoj inicijativi Ministarstva za razvoj i Ministarstva za privredu pristup predviđa pre svega podsticanje privatnih investicija. U nedavnoj prošlosti samo je oko 1.100 preduzeća sa nemačkog govornog područja bilo aktivno na afričkom kontinentu (stanje 2017. godine). Osim toga zalaže se za redefinisane odnosa između EU i Afrike. Glavna karakteristika predloga je povezivanje javnih i privatnih privrednih aktera za razvoju saradnju (RS) sa afričkim pristupima.

Nadalje, razvoj treba da bude „održiv“; u smislu Ciljeva održivog razvoja (Sustainable Development Goals (SDGs)).³⁶ Cilj je poboljšanje okvirnih uslova za sva preduzeća u afričkim zemljama. Fokus je na smanjenju birokratije, borbi protiv

³⁴ „Die Freie Welt“, *Internet&Blogzeitung der Zivilgesellschaft*, Wirtschaft und Bevölkerungsentwicklung: Nirgendwo sonst sind die Zahlen so alarmierend; Afrika – Die demographische Zeitbombe, 27.06.2017.

³⁵ D. Riedel, „Deutsche Wirtschaft begrüßt Gerd Müllers neuen Marshallplan für Afrika“, *Handelsblatt*, 9. 7. 2018.

³⁶ *Kommentierung des Entwurfs zum Marshallplan mit Afrika – Schwerpunkt Energie und Infrastruktur Germanwatch e.V.*, 21. 07. 2017.

korupcije kao i pružanju bezbednosti i stvaranju infrastrukture. Treba poboljšati uslove investiranja. Podsticanje investicija i preduzeća sa sedištem u EU u afričkim zemljama. U tu svrhu treba primeniti klasične instrumente unapređenja spoljne trgovine (kreditne garancije kao i garancije za izvoz i investicije). Isto tako treba da postoje poreske olakšice za preduzeća koja se angažuju u afričkim zemljama. Podrška afričkim preduzećima i izgradnja lanca vrednosti. Treba pružiti podršku osnivanjima (start-up) preduzeća u Africi, takođe i „najmanjih preduzeća“. Ovdje su u fokusu pomoć za dalju preradu sirovina u afričkim zemljama i ponude za finansiranje afričkih preduzeća.

ICMPD (International Centre for Migration Policy Development

Od pre 25 postoji *Međunarodni centar za razvoj politike migracije ICMPD* (International Centre for Migration Policy) sa sedištem u Beču I, Gonzaga Gasse 1. Bivši vicekancelar dr Michael Spindeleger je od januara 2015. godine generalni direktor Međunarodnog centra za razvoj migracione politike. Njegov cilj je: „Želim da organizaciji dam više političke težine. ICMPD ima izvanredno, iskusno osoblje, ali gotovo da niko u javnosti ne zna za njihov rad. Spindeleger je započeo da ICMPD razvija u političku platformu za koju će se vezivati ne samo države već i *Međunarodna organizacija za migracije (IOM)* i *Agencija UN za izbeglice - UNHCR*.

U 15 članica Organizacije spadaju – osim Austrije – Hrvatska, Srbija, Bosna, Makedonija, Slovenija, Rumunija, Bugarska, Mađarska, Češka, Slovačka i Poljska, uz to još i Švajcarska, Švedska i Portugalija. Spindeleger-ov komentar u vezi sa ovim: „Mi smo ekspertska organizacija, koja po pitanjima migracije savetuje vlade. Pre izbegličke krize ova tema još nije bila toliko u žiži interesovanja.“³⁷

Postoje inicijative za pilot projekat, koji se tiče austrijskih firmi koje žele da rade npr. u Nigeriji i Nigerijaca koji u ovom trenutku borave u Austriji a ne mogu da budu deportovani jer su mlađi od 18 godina. EU i/ili Austrija ovim mladim ljudima finansiraju odgovarajuće školovanje, ako se obavežu da će nakon završenog školovanja ići u Nigeriju da izgrađuju svoju zemlju. Zauzvrat austrijske firme koje te ljude zaposle u Nigeriji dobijaju finansijsku pomoć. Neki žele da iskoriste ovu šansu pošto ona njihovim radnicima garantuje redovnu isplatu i socijalno osiguranje.

³⁷ C. Ultsch, „Wie Michael Spindeleger zu seinem neuen Job kam“, *Die Presse*, 02. 10. 2015.

* * *

RENEWABLE ENERGY
yesterday – today –tomorrow

Summary

Man of a millenium uses different kinds of energy for his needs. In the ancient times, as in Medieval Period and nowadays, the kinetic energy of wind and water has been widely used. In the period from the 18th till 21st century four industrial revolutions had a great influence on a rapid progress, resulting in multiple energy needs. In the 19th and 20th century fossil fuel have found their application. Their usage was limited, but still connected to high emission of harmful substances and other environmental pollution (greenhouse effect). These increasingly noticeable disadvantages resulted in the change of mindset in the late 20th century.

In the 21st century, the usage of renewable energy is of great importance. The forecasts indicate that Europe, despite the increased demand for energy, will have less pollution of the environment. In technically undeveloped vulnerable areas in Africa and Asia, however, the acquisition of electricity from solar energy through economical photovoltaic plants will lead to a significant improvement in living conditions. On the other hand, sales opportunities for European photovoltaic companies are growing. Finally, these EU-funded energy projects are seen as an economic contribution, which also helps reduce the influx of refugees into Europe.

Key words: Biomass, Fossil Energy, Geothermal, Coal, Photovoltaic, Solar Energy.

Ljubodrag Pljakić¹

STOPEDESET GODINA UPRAVNOG SUDSTVA U SRBIJI - GDE SMO DANAS?

Apstrakt

Donošenjem novog Zakona o opštem upravnom postupku, ukazala se nužna potreba za odgovarajućim (ili/i još boljim) rešenjima u Zakonu o upravnim sporovima. Naravno, uz donošenje novog ZUS-a nužno je pripremiti potpunu reformu upravnog sudstva izmenama i drugih odgovarajućih zakona. Na taj način će država Srbija u ovoj za njene građane i pravna lica važnoj oblasti ostvarivanja svojih prava i pravnih interesa, svrstati se u red pravno uređenih država što će doprineti i njenom, još većem, međunarodnom ugledu. U traženju najboljih rešenja, modeli pravno uređenih država u Evropi će nam uveliko pomoći. Autor smatra da ubuduće, izmene i dopune dva važna procesna zakona, ZUP-a i ZUS-a, moraju da se vrše jednovremeno i usklađeno, kako se ne bi pojavljivali problemi u njihovoj vremenskoj važnosti.

Ključne reči: ZUS, ZUP, usklađivanje, uređenje upravnog sudstva, uporedno zakonodavstvo

1. Uvod

Godine 2019. u Srbiji se navršava 150 godina od uvođenja upravnog sudstva u naš pravni sistem. Važan jubilej koji nas obavezuje da znamo gde je upravno sudstvo danas, koliko je napredovalo u smislu pravne zaštite građana i pravnih lica i kakvo je stanje procesnog zakonodavstva koje, kao demokratija postupka, treba da obezbedi primenu materijalnog prava uz pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja.

Kada je reč o važećim, ključnim procesnim zakonima u ovoj oblasti prava, Zakonu o opštem upravnom postupku, kao procesnom zakonu u primeni kod organa javne vlasti i Zakonu o upravnim sporovima, kao sudskom postupku ocene zakonitosti postupanja organa izvršne vlasti, čini se da je usklađenost ta dva zakona bila najveća u periodu njihove dugogodišnje primene, od preko pola veka. Krajnje je logično bilo da se dalja usklađenost ta dva zakona međusobno, a i sa pravom modernih zakonodavstava, vrši istovremeno, uporedno. Samo tako bi se postiglo jedinstvo pravnog sistema u ovoj, po građane, veoma važnoj oblasti prava. Odavno je rečeno da upravno postupanje počinje rođenjem (upis u matične knjige) i završava se okončanjem živo-

¹ Sudija Vrhovnog kasacionog suda u penziji. mail:ljubodragpljagic@yahoo.com

ta (takođe, upisom u odgovarajuće knjige). Između tih ugaonih kamenova ljudskog života mnogo toga se dešava od upisa u predškolske ustanove, u škole od osnovnog do najvišeg obrazovanja, pa do sticanja raznih sposobnosti i svih aktivnosti vezanih sve do otvaranja firme, učešća u javnom i političkom životu, odnosu prema životnom prostoru i mnogo toga. Navedene aktivnosti su date primera radi, ali one ni iz daleka ne zaokružuju bogatstvo zaštite ljudskih prava kroz njihovu suptilnost, niti odslikavaju prava na zaštitu imovine fizičkih i pravnih lica u upravno sudskom postupku.

Nažalost, to istovremeno zakonsko uređivanje dva procesna zakona nije se odvijalo na pravi način. Najpre je raniji Zakon o upravnim sporovima² zamenio novi Zakon o upravnim sporovima³ (u daljem tekstu: ZUS), a da istovremeno nije donet i novi Zakon o opštem upravnom postupku, već je i dalje bio u primeni raniji zakon.⁴ Dakle, novi ZUS, a “stari Zakon o opštem upravnom postupku”. Novi Zakon o opštem upravnom postupku⁵ - u daljem tekstu: ZUP, donet je znatno kasnije, sada sa obrnutim novinama u odnosu na raniju primenu procesnog zakonodavstva: Novi ZUP, sa aktuelnim već prevaziđenim ZUS-om. Nikako država da shvati važnost i potrebu jednovremenog donošenja (usklađivanja ZUP-a i ZUS-a). Ne sme da se dogodi da osnovni instituti u ova dva zakona budu različito definisani, posebno ne načelo.

Treća bitna pretpostavka za pravilno funkcionisanje upravno sudske zaštite, pored citirana dva procesna zakona je takođe, istovremena (hronološki čak i pre ZUS-a) adekvatno dobro osmišljena, prema najboljim standardima pravno uređenih zemalja, izmena Zakona o uređenju sudova. Više puta smo ponavljali potrebu uvođenja dvostepenog upravnog sudstva, jer smo valjda, jedina zemlja u Evropi koja ima jednostepeno sudstvo. Takvo uređenje upravno sudske zaštite građanima i pravnim licima znači tek malo više od situacije da ta zaštita i ne postoji (primer Istočne Nemačke, predsednika Eriha Honekera). Prošla je 2018. godina do kada je trebalo da se uspostavi dvostepeno upravno sudstvo prema Strategiji razvoja pravosuđa.

Ukoliko bi bio donet novi ZUS, pre odgovarajućih promena Zakona o uređenju sudova, ponovo bi taj novi ZUS morao da se menja.

Jako je važno, ne samo da se predvidi dvostepeno upravno sudstvo, već još više kakav karakter i smisao tog uređenja mora da bude. U Nemačkoj na primer, po kazivanju sudija Vrhovnog upravnog suda te zemlje, taj Sud ima veća uvažavanja u javnosti u odnosu na isti sud građanske i krivične orijentacije. U Hrvatskoj Visoki upravni sud je, po svom statusu, malo niži od Vrhovnog suda Hrvatske. Na skupovinu u organizaciji Upravnog suda Srbije, vrlo često su učestvovali predsednici Vrhovnih upravnih sudova pojedinih Evropskih zemalja.

Sadašnje stanje upravnog sudstva u Srbiji, u kojoj se pravni stavovi u upravnom sporu zauzimaju na sednici Građanskog odeljenja VKS (uz češće dve upravne sudije) je krajnje ponižavajuće rešenje, jer se uz, sva poštovanja, radi o sudijama koji nijednu presudu nisu doneli niti napisali u ovoj materiji.

Autor smatra da su ovo glavne odrednice u pristupu izrade novog ZUS-a.

² Zakon o upravnim sporovima, *Sl. list SRJ* br. 46/96

³ Zakon o upravnim sporovima, *Sl. glasnik RS* br. 111/09.

⁴ Zakon o opštem upravnom postupku, *Sl. list SRJ* br. 33/97, 31/01, *Sl. glasnik RS* br. 30/10

⁵ Zakon o opštem upravnom postupku, *Sl. glasnik RS* br. 18/16.

2. Novine ZUP-a od značaja za novi ZUS

2.1. Načela postupanja u novom ZUP-u

Osnovno polazište u novom ZUP-u na kome kome je građen čitav postupak je da je u centru događanja stranka sa svim svojim pravima i obavezama. Smatramo da valjanost pojedinih njegovih procesnih odredbi treba posmatrati upravo u pravcu poštovanja stranke. Nedovoljna pažnja u zaštiti prava i pravnih interesa stranaka ukazuje da u odnosnoj normi nešto treba menjati (neko je odavno rekao da je na-teže kad od čoveka postaneš stranka po ZUP-u).

Rečeni smisao ZUP-a je vidljiv (gde bi inače?) još u njegovim osnovnim načeli-ma. Namera zakonodavca je bila da osnovna načela prilagodi aktuelnim dostignućima prava stranaka naročito kroz odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.

Pre poglavlja o osnovnim načelima, ZUP potpunije nego do sada, u uvo-dinim odredbama definiše pojam upravnog postupka i organe koji su dužni da primenjuju ovaj postupak, počev od državnih organa i organizacija do drugih subjekata kojima su poverena javna ovlašćenja kada postupaju u upravnim stvari-ma. U direktnoj vezi sa definisanjem upravnog postupka je i objašnjenje pojma upravne stvari, pitanja koje je često izazivalo glavobolje u njegovoj praktičnoj primeni u upravnom sporu. Veliki doprinos u prepoznavanju suštine upravne st-vari učinio je ZUS, kada je u članu 5. pojam upravne stvari vezao za javni interes i autoritativnost u odlučivanju (u Nemačkoj, na početku ovoga veka su objašn-javali da je ta definicija prevaziđena demokratizovanjem pojma upravne stvari kroz zaštitu prava i pravnih interesa građana i pravnih lica od njihove sopstvene države). ZUS dakle, upravnu stvar vezuje za donošenje pojedinačnih akata sa karakterom upravnih akata.

ZUP značajno šire posmatra upravnu stvar. Ona ne predstavlja samo donošenje upravnih akata, već i garantnih akata, zaključivanja upravnih ugovora, preduzimanje upravnih radnji i pružanja javnih usluga. Već ova značajna razlika dva procesna zakona u definisanju upravne stvari, sama za sebe, predstavlja ozbil-jan razlog za izmenu ZUS-a.

Osnovna načela takođe, predstavljaju ozbiljan povod za izmenu ili/i prilagođavanje ZUS-a. Razlog je u tome što je sama suština procesnih odred-bi ZUP-a, zasnovana na načelima. Reći ćemo, da se često u primeni procesnih odredaba posebnih zakona (koje se donese zbog posebnosti u odnosnoj materiji) ispušta iz vida jedno ozbiljno ograničenje (postojalo je i u ranijem ZUP-u) prema kome te posebne procesne odredbe ne smeju da budu u suprotnosti sa načelima ZUP-a. O tome sudije Upravnog suda i kolege koje odlučuju u organima javne vlasti, moraju ozbiljno da povedu računa. Loš primer (gotovo skandalozan) pred-stavlja procesna norma iz člana 148. stav 5. Zakona o javnim nabavkama⁶. Ona daje prednost procesnim odredbama tog zakona u odnosu na ZUP:

⁶ Zakon o javnim nabavkama, *Sl. glasnik RS* br. 124/012 ... 68/2015.

“Na pitanja postupka zaštite prava koja nisu uređena ovim zakonom, shodno se primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje upravni postupak.”

Takva procesna odredba koja upućuje da će se jedan sistemski zakon “shodno” primenjivati, eliminiše primenu svih drugih procesnih odredbi tog zakona, koliko god da one, same za sebe, predstavljaju dobra rešenja.

U ZUP-u je uz načelo zakonitosti dodato i “predvidivosti”. Ono je rezultat sudske prakse Suda u Strazburu, ali i nasleđene upravno sudske prakse VSS i Saveznog suda o obavezujućim pravnim shvatanjima iz obrazloženja upravno sudskih presuda, u odnosu na upravne organe. Zakonodavac u članu 5. stav 2. ZUP-a reče u blagoj formi (ali jako obavezujućoj) da “kada postupa u upravnoj stvari, organ vodi računa i o ranijim odlukama donetim u istim ili sličnim upravnim stvarima”.

Ovakva norma ne znači uvođenje precedentnog prava u naš pravni sistem, budući da je oivičena načelom zakonitosti.

Važna novina u načelima, od značaja i za odgovarajuću ne samo praktičnu primenu u upravnom sporu, već i kao odgovarajuće zakonsko regulisanje, je odredba člana 9. stav 3. i 4. ZUP-a (sa njom u vezi i čl. 103. i 207. ZUP-a), koje su u primeni i pre 01. juna 2017. godine, kao početka primene ZUP-a u celini. Ta odredba po kojoj organ po službenoj dužnosti “vrši uvid u podatke o činjenicama neophodnim za odlučivanje o kojima se vodi službena evidencija, da ih pribavlja i obrađuje”, ne znači samo pomoć stranci u radu sa državnim organima, već joj u prvom redu štiti dostojanstvo. Imajući u vidu uvreženu činovničku svest da sama stranka mora sve dokaze da pribavlja, čak i one o kojima se vodi službena evidencija, trebaće vremena na navikavanje na bezpogovornu primenu ove norme.

Nekada se načelo istine nazivalo materijalne istine, obzirom da se u pravu samo takva istina utvrđuje, a ne neka druga, na primer, u filozofskom smislu reči. I u aktuelnom ZUP-u, zakonodavac je ostao pri prethodnom rešenju da se radi o načelu istine.

Ranijem načelu saslušanja stranke dat je jedan širi smisao koji ne umanjuje prava i zaštitu stranke. Reč je o pravu stranke na izjašnjavaње. Zaista, stranci se može pružiti mogućnost da se izjasni o predmetu postupka ne samo saslušanjem, već i podnescima, preko punomoćnika i sl.

Uz načelo samostalnosti, koje je i do aktuelnog ZUP-a bilo u primeni, značajno je napomenuti da ono postoji u radu organa javne vlasti samo do donošenja presude Upravnog suda u određenoj upravnoj stvari. Posle uvažavajuće presude u upravnom sporu, načelo samostalnosti se ograničava vezanošću “pravnih shvatanjem suda, kao i primedbama suda u pogledu postupka”, u smislu čl. 69. stav 2. ZUS-a.

U ranijoj podeli iz ZUP-a na redovna i vanredna pravna sredstva sada se izgubio naziv “vanredni” (autor se uzaludno zalagao da u aktuelnom ZUP-u oстане naziv “vanredna pravna sredstva” jer ih kao takva pominje ustavni osnov za donošenje ZUP-a). Uvek je u primeni ranijeg ZUP-a bilo govora da je žalba osnovno redovno pravno sredstvo, pa je tako glasilo i odgovarajuće načelo. U aktuelnom ZUP-u je pored žalbe uveden i prigovor, pa tako i načelo glasi “pravo na žalbu i prigovor”.

Pristup informacijama od javnog značaja i zaštiti podataka o ličnosti iz odgovarajućeg zakona, po svom značaju, je sa razlogom podignut na nivo načela, što je od važnosti za primenu u širokom spektru materijalnih zakona.

3. Upravno postupanje

3.1. Upravni akt

Već smo rekli da je aktuelni ZUP predvideo već broj akata u upravnom postupanju pored upravnih akata. Karakter upravnih akata je dat i rešenjima i zaključcima donetim u postupku.

3.2. Garantni akt

Garantni akt, kao način upravnog postupanja nije nov u ZUP-u, imao ga je u vidu i Carinski zakon i Zakon o državljanstvu. Objašnjenje za njegovo donošenje je da je preko ovog načina odlučivanja u carinskom postupku, stranka bila zadovoljna postignutom svrhom i ciljem donošenja garantnog akta na koji način su izbegnuti donošenja rešenja i žalbeni postupci, što je doprinosilo ekonomičnosti postupka.

3.3. Upravni ugovori

Upravni ugovori nisu novina u uporednom pravu. U Nemačkom i posebno Francuskom pravu su u primeni od preko 100 godina. Njihova obligaciona pravna priroda je prepoznatljiva iako to nisu ugovori iz Zakona o obligacionim odnosima koji se u ovom materiji shodno primenjuje.

3.4. Upravne radnje

Upravne radnje su materijalni akti organa vlasti koji utiču na prava, obaveze i pravne interese stranaka. Prethodni ZUP ih je prepoznao kroz postupak primene dokaznih sredstava.

3.5. Pružanje javnih usluga

Svrha javnih usluga je uredno i kvalitetno obezbeđenje ostvarivanja prava i pravnih interesa korisnika javnih usluga i zadovoljavanje njihovih potreba. Pojedini od oblika upravnog postupanja upravo pokazuju zbog čega je prigovor uveden u aktuelni ZUP radi zaštite prava i pravnih interesa stranaka.

3.6. Ovlašćeno službeno lice

Uvođenje ovog instituta u aktuelni ZUP je od značaja za čitav tok kako upravnog postupka, tako i upravnog spora. Budući da se kontrola zakonitosti do-

netog upravnog akta vrši počev od samog uvoda rešenja, vrlo je važno da donosilac upravnog akta bude pravilno označen kao i izvor iz koga crpi ovlašćenje za donošenje akta.

4. Elektronska komunikacija organa i stranke

Obaveza je organa da na svojoj veb prezentaciji obavesti sva zainteresovana lica o mogućnostima komuniciranja sa strankama. U savremenoj ubrzanoj komunikaciji ovaj način je veoma važan zbog efikasnosti rada organa, a na taj način i zbog bržeg ostvarivanja prava i pravnih interesa stranaka.

5. Troškovi postupka

Baveći se dosadašnjom analizom aktuelnog ZUP-a, autor je dužnu pažnju poklonio poglavlju koje se odnosi na troškove upravnog postupka⁷ sa razlogom, imajući u vidu da je u čitavoj dosadašnjoj upravnoj praksi ovom pitanju, kao pravu stranke na obrazloženu odluku o troškovima postupka, posvećivano izuzetno malo prostora. Nekako je bilo odomaćeno, kroz lošu činovničku svest, da je dovoljno da stranka u upravnom postupku ostvari neko svoje pravo pa da i ne treba da joj pripadnu i troškovi postupka. Podsetimo, troškovi zastupanja preko punomoćnika advokata i ostali troškovi (veštačenja, dolaska na raspravu, izlazak na lice mesta...) često su bili znatni i nije bilo razloga da se stranci ne priznaju. Rečju, aktuelni ZUP je ovo poglavlje dobro razradio, te ostaje samo da se odgovarajuće odredbe praktično i primenjuju, što, na osnovu dosadašnje upravne prakse, neće biti lako ni jednostavno.

6. Pokretanje postupka

Bitna novina novog ZUP-a, od značaja i za rešenja u budućem ZUS-u, je način pokretanja postupka. Za razliku od ranijeg ZUP-a prema kome je uvek organ pokretao postupak (po zahtevu stranke ili po službenoj dužnosti), aktuelni ZUP predviđa pokretanje postupka 1. zahtevom stranke, 2. po službenoj dužnosti. Novina je u tome što sada i sama stranka zahtevom može da pokrene postupak. Zanimljiva su i rešenja (od značaja za samo vođenje postupka), odredbe o trenutku pokretanja postupka i o ovlašćenjima organa s tim u vezi.

7. Prekid postupka

Odredbe o prekidu postupka su rezultat dugogodišnje upravno-sudske prakse, koja je praktično pretočena u Zakon.

⁷ Pokretanje upravnog postupka i troškovi u novom Zakonu o opštem upravnom postupku – XXII Budvanski pravnički dani 2017. godine.

8. Neposredno odlučivanje i ispitni postupak

Raniji skraćeni i poseban ispitni postupak su označeni kao neposredno odlučivanje i ispitni postupak sa manje – više istom sadržinom.

9. Rešenje po ZUP-u

Kod rešenja kolegijalnog organa otklonjena je dugogodišnja nelogičnost po kojoj je kolegijalni organ mogao da odlučuje ako je bila prisutna većina članova, a da se odluka smatrala donetom ako je za nju glasala većina prisutnih. Tako se često događalo da je odluku donosila većina prisutnih koja nije bila većina u odnosu na ukupan broj članova kolegijalnog tela. Propust je otklonjen tako da se odluka smatra donetom ako je za nju glasala većina od ukupnog broja kolegijalnog tela.

Podsetićemo da je u upravnom postupku, i u upravnom sporu, prilikom ocene zakonitosti donetog rešenja, veoma bitna bila forma donetog akta i to u pogledu svakog od sastavnih delova rešenja: uvoda, dispozitiva, obrazloženja i ostalih. Obogaćene novine naročito u uvodu i obrazloženju rešenja nikako ne smeju da budu zaobiđene u izradi i prilikom ocene zakonitosti donetog rešenja. U suprotnom, rešenje bi bilo manjkavo, a na duže vreme gledano, stvarana bi pogrešna praksa.

10. Prigovor i žalba

Prigovor je novo pravno sredstvo i njemu treba posvetiti dužnu pažnju jer se vezuje za određene vrste upravnog postupanja. Posebno bi smo ukazali na dispozitiv rešenja kojim se prigovor usvaja u članu 149. stav 3. ZUP-a. Dispozitiv takvog rešenja treba da izgleda kao ozbiljna parnična presuda! Da li uprava ima toliko dobrih kadrova koji su tome vični? Ostaje nam usavršavanje kao trajni proces.

Određbe o žalbi su uglavnom poznate. Vrlo je važno, zbog poštovanja prava stranaka, što se, u smislu člana 164. ZUP-a žalba dostavlja na odgovor. Krajnje logično rešenje, a stranka koja očekuje ulaganje žalbe je zaštićena od stalnog trčkanja do organa da to proveriti.

11. Posebni slučajevi uklanjanja i menjanja rešenja

Već smo rekli da smo mišljenja da je trebalo zadržati u ZUP-u da se radi o vanrednim pravnim sredstvima, jer ona to u nekom svom dubljem smislu, jesu. Podsetićemo, da se i obrazloženje ustavnog osnova za donošenje zakona koristi ovim terminom.

Treba obratiti pažnju da je brisano vanredno pravno sredstvo iz ranijeg ZUP-a “oglašavanje rešenja ništavim”, a da su razlozi ovog pravnog sredstva preneti u Poništavanje konačnog rešenja, uz ranije razloge koji su postojali u ovom pravnom sredstvu. Važno je naglasiti da je razlog iz ranijeg teksta ZUP-a za ukidanje rešenja ostao uz Poništavanje konačnog rešenja, a da su razlozi za Ukidanje

rešenja oni iz ranijeg Vanrednog ukidanja. Ovo je značajno za kolege i kolegice koji su primenjivali raniji ZUP, budući da je pristup u tumačenju citiranih instituta potpuno različit u odnosu na rešenja prethodnog ZUP-a.

Poništavanje, ukidanje ili smanjenje pravnosnažnog rešenja, na preporuku Zaštitnika građana je institut u granicama ovlašćenja Zaštitnika građana.

Bilo bi interesantno da postoje podaci o primeni u praksi prekršajnih odredbi u odnosu na ovlašćeno službeno lice, kao i na njegovu disciplinsku odgovornost ako po službenoj dužnosti ne pribavi podatke o kojima se vodi službena evidencija.

12. Izmene ZUS-a – traženje boljih rešenja- Upravni akt, upravna stvar

Već je bilo govora o traženju novih rešenja u odnosu na određenje upravnog akta i same upravne stvari. Naravno da ne mora nužno da znači da će se ZUS uvek usaglašavati sa aktuelnim ZUP-om. Moguće je, da će se u odnosu na oba ova procesna zakona nalaziti potpuno nova rešenja. Primena rešenja iz uporedno pravnih sistema može u tome da nam mnogo pomogne.

13. Organizacija upravnog sudstva

Jedno od ključnih pitanja ZUS-a je organizacija upravnog sudstva. Upravedo (ili/i prethodno) u odnosu na promene ZUS-a, moraju da se dogode željene promene u Zakonu o uređenju sudova da bismo znali kakvu organizaciju upravnog sudstva hoćemo. Čini se da bi u obezbeđenju dvostepenog upravnog sudstva trebalo početi od sadašnjeg Upravnog suda i njegovih odeljenja, tako što bi umesto odeljenja Upravnog suda trebalo da postoje četiri prvostepena Upravna suda, da Vrhovni kasacioni sud nema nikakve ingerencije u odnosu na upravno sudstvo, te da bi kao drugostepeni trebalo da postoji odgovarajući Visoki ili Vrhovni upravni sud. Već smo govorili o lošem odnosu koji je u javnosti formiran prema upravnom sudstvu. Čini se da je to rezultat loše opšte pravne kulture. Najčešće se govori o Upravnom sudu kao III stepenu upravnog odlučivanja. Pri tome se zaboravlja da se u upravnom sudstvu rešavaju sporovi na relaciji građana i pravnih lica u pravnim odnosima sa njihovom državom. Od mere odnosa dve grane vlasti predstavljene kroz ocenu zakonitosti upravnih akata, zavisi visina stepena demokratije u državi Srbiji. Naravno da, kako rekosmo, u zemljama razvijene demokratije (Nemačka na primer) važnost i značaj Vrhovnog upravnog suda je na prvom mestu u odnosu na građanski i krivični sud istog ranga.

Imajući u vidu ogromno materijalno pravo koje se primenjuje u materiji upravnog spora, morala bi da postoji specijalizacija sudija za odgovarajuće oblasti, posebno u najvišem sudu. Većito bolno pitanje pripreme kadrova koji će da se bave upravnim sudstvom trebalo bi da bude takođe, jedan od prioriteta. Ne mogu se na konkursu za sudije Upravnog suda prijavljivati kandidati koji nisu prošli na konkursima za sudije Apelacionog suda, a koji nisu u materiji upravnog sudovanja, a da im jedini razlog bude plata republičkog ranga. Nažalost, ponekad su i uspevali.

14. Odložno dejstvo tužbe

Odložno dejstvo tužbi je omiljena tema ovog autora, već i po tome što je ovu temu tretirao iz različitih uglova za Savetovanje u Budvi, već tri puta.⁸ Pitanje odložnog dejstva tužbe, a naročito razlozi za odlaganje izvršnog upravnog akta pre podnete tužbe, mogu znatno da doprinesu građanima i pravnim licima da ostvare svoja prava u odnosu na nezakonita ponašanja organa uprave ili da otežaju njihovo ostvarenje. Istovremeno odlaganje izvršenja doprinosi i samom Sudu da, prilikom donošenja meritorne odluke, potpunije sagleda razloge iz tužbe. Dosadašnja praksa Upravnog suda u primeni ovog instituta je bila šarenilika. Ovo verovatno i zbog toga što protiv odluke Suda nije postojalo nikvo pravno sredstvo! Prilikom odlučivanja, uprkos ukazivanju u zahtevu Sudu, nije se dovoljno vodilo računa o pravnoj prirodi ovog instituta – karakteru privremenih mera iz ZPP-a i ZIP-a. To dalje znači, da je stranci bilo dovoljno da njen zahtev bude uvažen, da učini verovatnim da će pretrpeti nenaknadivu štetu. Sud je naime, u pojedinim predmetima, odbijajući zahtev stranke u razlozima navodio “da stranka nije dokazala da će štetu pretrpeti” što treba da budu razlozi meritorne prirode. Često se Sud nije pridržavao pravnog stava Upravnog suda Hrvatske iz 1983. godine citiranom u komentarima ZUS-a, da je u prirodi izvršenja upravnog akta, otklanjanje njegovog pravnog dejstva, što bi značilo da se odnosi ne samo na kondemnatorna rešenja.

Stoga bi bilo nužno, u interesu i Suda i stranaka, da se nađe jasnije, preciznije i pravno primenjivije rešenje (videti pravni domašaj privremenih mera) u čemu bi rešenja savremenih zakonodavstava značajno pomogla. Ima primera u Evropi da podneta tužbe uvek odlaže izvršenje upravnog akta. U nas na primer, prvostepena poreska rešenja su izvršna, uz mali procenat odlaganja izvršenja od strane Suda, a jednom naplaćena sredstva u poreskom postupku, koja su ušla u budžet Srbije, teško da će se povratiti.

15. Rasprava i utvrđivanje činjenica

Rasprava iz aktuelnog ZUS-a, iako proglašena kao princip, svodi se najčešće na njena dva obligatorna razloga. Ostali razlozi za držanje rasprave su prepušteni diskrecionoj oceni Suda. Stiče se utisak da se utvrđivanje činjenica na raspravi svodilo na konstatacije onoga što je već napisano. Izostalo je raspravljanje, uz utvrđivanje činjenica u kontradiktornom postupku, što će se videti iz obrazloženja presude. Najčešće je izostala primena odredbe člana 39. stav 2. ZUS-a prema kojoj “Sud na raspravi odlučuje koji će se dokazi izvesti radi utvrđivanja činjeničnog stanja”.

Loše vođena rasprava iz koje se ni u zapisniku, niti u obrazloženju presude ne može utvrditi koje činjenice na raspravi je Sud utvrdio, samo odugovlači postupak uz potpuni promašaj njene svrhe.

⁸ Pljakić Lj, (2010), „Odložno dejstvo tužbi u upravnom sporu“, *XVI Budvanski pravnički dani*, Budva.

16. Spor ograničene i pune jurisdikcije

Autor se u svojim dosadašnjim radovima zalagao da Sud u upravnom sporu mnogo više okončava predmete u sporu pune jurisdikcije⁹. Spor pune jurisdikcije pojačava integritet i autoritativnost Suda prema organima izvršne vlasti, što je uostalom, i svrha presuđenja u upravnom sporu. Možda je još i važnije da stranka na taj način, dobije potpuno zadovoljenje u ostvarivanju svojih prava i pravnih interesa. Naravno, u slučajevima da priroda stvari ne omogućava ovakvo presuđenje, presuda se donosi u sporu ograničene jurisdikcije, ali sa detaljno datim razlozima i pravnim stavom u smislu koje su to odlučne činjenice koje upravni organi moraju da utvrde.

Ne smeju se ispustiti iz vida pravni stavovi Suda u Strazburu prema kojima se posebnim zakonima ne mogu stvarati zabrane i ograničenja upravnom sudstvu za presuđenje u sporu pune jurisdikcije¹⁰

17. Obaveznost presuda u upravnom sporu

Vrhunska odredba, koja je i u ranijem ZUS-u postojala i koja štiti autoritativnost upravnog sudstva je iz člana 69. stav 2. ZUS-a, prema kojoj je u ponovnom postupku “nadležni organ vezan pravnim shvatanjem suda, kao i primedbama suda u pogledu postupka”. Ni u bilo kome drugom procesnom zakonu ovakva odredba, po kojoj pravno shvatanje obavezuje, ne postoji. To je razlog što ovakva odredba u najvećoj mogućoj meri i treba da obavezuje i sam Sud.

Obavezivanje od strane Suda organa uprave da se ponašaju u skladu sa citiranom normom i za Sud znači bar dve obaveze:

1. Postojanje jasnog, utemeljnog, jezički preciznog i razumljivog pravnog stava;
2. Jasno ukazivanje koje su to odlučne činjenice koje upravni organi treba da utvrde i značaj tog utvrđenja.

Samo na taj način svi učesnici u procesu presuđenja mogu da budu zadovoljni: Sud, jer je ostvario svoju funkciju, stranka jer je doživela da je pravda moguća i ostvarljiva, a i upravni organ jer je na osnovu izgrađenog pravnog stava dobio model za buduća zakonita odlučivanja.

18. Zaključak

Svrha pisanja ovog referata je u mogućem doprinosu utemeljenog budućeg upravnog sudstva radi pomoći građanima da svoja prava i pravne interese ostvare na zakonit način. Donošenjem novog kvalitetnog ZUS-a država ojačava temelje sudstva i autoritativnost sudija što je krupan korak u demokratizaciji društva. Sudska vlast u punom kapacitetu, štiteći svoj dignitet, omogućava svojim građanima da do pravde dođu ne kršeći tuđa prava i ne zadirući u javni interes.

⁹ Pljakić Lj. (2018), „Upravni spor pune jurisdikcije“, Pravni život, Beograd.

¹⁰ *Capital Bank protiv Republike Bugarske* 49429/00 od 24.11.2015. godine

Razume se, ovim referatom nisu iscrpljeni svi razlozi za izmene ZUS-a, ali i već prikazani, nalazim da mogu da budu od koristi u traženju i boljih i pravdnijih rešenja.

* * *

ONE HUNDRED AND FIFTY YEARS OF THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL SYSTEM IN SERBIA – WHERE ARE WE TODAY?

Summary

The enactment of the new Law on the General Administrative Procedure has necessitated some relevant (and/or improved) decisions in the Law on Administrative Disputes. The enactment of the new Law on the General Administrative Procedure certainly entails the preparation of a full reform of the administrative judicial system through amendments to other relevant laws as well. Thus, in this very field, which is important for the exercise of the rights and the realization of the legal interests of its citizens and legal persons, the state of Serbia will be ranked among the countries with proper legal order, whereby its international reputation will be improved further. In the quest for the best solutions, the models of European countries with proper legal order will be of considerable assistance to us. The author believes that, in future, amendments to two important procedural laws, namely the Law on Administrative Disputes and the Law on the General Administrative Procedure, should be simultaneous and compatible with each other, in order that any possible problems in their temporal significance should be forestalled.

Keywords: the Law on Administrative Disputes, the Law on the General Administrative Procedure, adjustment, administrative judicial system order, comparable legislation