



Institut za uporedno pravo



Udruženje za odštetno pravo



ПРАВОСУДНА
АКАДЕМИЈА

Pravosudna akademija

**XXV MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
XXV INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE**

**PROUZROKOVANJE ŠTETE,
NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE**
Causation of Damage, Damage Compensation
and Insurance

Urednici - Editors: Prof. dr Zdravko Petrović

Prof. dr Vladimir Čolović

Prof. dr Dragan Obradović

Zbornik radova sa XXV međunarodne naučne konferencije
Proceedings from XXV International scientific conference

Generalni pokrovitelj
Grad Valjevo



Beograd-Valjevo, 2022.

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



XXV Međunarodna naučna konferencija
XXV International scientific conference

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

Causation of Damage, Damage Compensation and Insurance

Zbornik radova sa XXV međunarodne naučne konferencije
Proceedings from XXV International scientific conference

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



Beograd, Valjevo, 2022.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE
- XXV međunarodna naučna konferencija -

Izdavač (Publisher):

Institut za uporedno pravo

Za izdavača (Publisher):

Prof. dr Vladimir Čolović, direktor

Urednici (Editors):

Prof. dr Zdravko Petrović

Prof. dr Vladimir Čolović

Prof. dr Dragan Obradović

Recenzenti (Reviewers):

Dr Jovan Ćirić, naučni savetnik

Prof. dr Boris Marović

Prof. dr Milan Počuča

Naučni odbor (Scientific Committee):

Prof. dr dr Wolfgang Rohrbach
(Austrija), predsednik naučnog
odbora

Prof. dr Marijan Ćurković
(Hrvatska)

Prof. dr emeritus Šime Ivanjko
(Slovenija)

Prof. dr Silvija Petrić (Hrvatska)

Dr Marija Bakonyi (Mađarska)

Prof. dr Milan Vujanić (Crna Gora)

Prof. dr Zbigniew Makiela (Poljska)

Prof. dr Jasna Pak (Srbija)

Prof. dr Zdravko Petrović (Srbija)

Prof. dr Nataša Mrvić Petrović (Srbija)

Prof. dr Slobodan Stanišić (BiH)

Prof. dr Dragan Mrkšić (Srbija)

Prof. dr Klime Poposki (Makedonija)

Prof. dr Jelena Ćeranić Perišić (Srbija)

Doc. dr Nikola Dožić (Crna Gora)

Dr Simone Benvenuti (Italija)

Organizacioni odbor (Organizing Committee):

Prof. dr Nataša Mrvić Petrović, Udruženje za odštetno pravo

Prof. dr Vladimir Čolović, Institut za uporedno pravo

Prof. dr Dragan Obradović, Viši sud u Valjevu

Dr Mirjana Glintić, Institut za uporedno pravo

Nenad Vujić, Pravosudna akademija

Zorica Šipovac, Wiener Stadthische osiguranje ado Beograd

Radni jezici savetovanja (Official Languages): engleski, nemački, srpski
(English, German, Serbian)

Prevodilac (Translator): Miloš Baltić

Prelom (Print breaking) : Ana Ranković Lukman

Štampa (Print): Tri O d. o. o. Aranđelovac

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. Sva prava na objavljivanje i distribuiranje ove publikacije zadržava izdavač, prema odredbama Zakona o autorskim i srodnim pravima.

Beograd, Valjevo, 2022.

**PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA
ŠTETE I OSIGURANJE**
**Causation of Damage, Damage Compensation
and Insurance**

Zbornik radova sa XXV međunarodne naučne konferencije
Proceedings from XXV International scientific conference

**XXV Međunarodna naučna konferencija
Instituta za uporedno pravo, Udruženja za odštetno pravo i
Pravosudne akademije**

XXV International scientific conference

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



SADRŽAJ / TABLE OF CONTENTS

REČ UREDNIKA	15
--------------------	----

I - PROUZROKOVANJE ŠTETE I ODGOVORNOST

Ilija Smiljanić, Dušan Smiljanić

ZAKONSKA DEFINISANOST TROTINETA NA SOPSTVENI POGON KAO PREVOZNOG SREDSTVA U REPUBLICI SRBIJI	21
LEGAL DEFINITION OF ELECTRIC SCOOTERS AS A MEANS OF TRANSPORT IN REPUBLIC OF SERBIA	33

Maria Bakonyi, Ferenc David

LAŽNI UNUCI – TZV. „UNUČKE PREVARE“ U MAĐARSKOJ	35
THE SO-CALLED “GRANDCHILD FRAUD” IN HUNGARY	47

Dragica Popesku

POVREDA PRAVA LIČNOSTI FUNKCIONERA I JAVNIH LIČNOSTI U MEDIJIMA	49
VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS OF OFFICIALS AND PUBLIC FIGURES IN THE MEDIA	61

Artan Kurti

OSPORAVANJE POTRAŽIVANJA POVJERIOCA OD STRANE DRUGOG POVJERIOCA U STEČAJNOM POSTUPKU PRIZNATOG OD STRANE STEČAJNOG UPRAVNIKA - KRITIKA PRAVNOG STAVA VRHOVNOG SUDA CRNE GORE Su. I br. 365-1/20 od 28. 12. 2020. GODINE	63
CHALLENGING OF A CREDITOR'S CLAIM BY ANOTHER CREDITOR IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS, RECOGNIZED BY THE BANKRUPTCY TRUSTEE- CRITICISM OF THE SUPREME COURT OF MONTENEGRO'S LEGAL POSITION, SU. I NO. 365-1/20 DATED 28.12.2020.	80

Velisav Marković

PROMENA STAVOVA VRHOVNOG KASACIONOG SUDA SRBIJE KAO IZVOR PRAVNE NESIGURNOSTI I UZROK ŠTETE	81
THE CHANGE OF OPINIONS OF THE SUPREME COURT OF CASSATION OF SERBIA AS A SOURCE OF LEGAL UNCERTAINTY AND A CAUSE OF DAMAGE	91

Slobodan Vukadinović

UGOVORNI I ZAKONSKI REŽIM ISKLJUČENJA I OGRANIČENJA UGOVORNE ODGOVORNOSTI	93
CONTRACTUAL AND LEGAL REGIME OF EXCLUSION AND LIMITATION OF CONTRACTUAL LIABILITY	106

Samir Manić

INFORMISANI PRISTANAK PACIJENTA NA ZDRAVSTVENU INTERVENCIJU I ODGOVORNOST ZBOG PREDUZIMANJA ZDRAVSTVENE INTERVENCIJE BEZ PUNOVAŽNOG PRISTANKA	107
INFORMED PATIENT CONSENT TO HEALTH INTERVENTION AND RESPONSIBILITY FOR UNDERTAKING HEALTH INTERVENTION WITHOUT AUTHORIZED CONSENT	124

Milorad Marjanović

PROFESIONALNA ODGOVORNOST JAVNIH BELEŽNIKA U REPUBLICI SRBIJI	125
PROFESSIONAL LIABILITY OF PUBLIC NOTARIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA	132

II - NAKNADA ŠTETE**Ilija Zindović**

ODSTUPANJE OD NAČELA NEPREKORAČENJA TUŽBENOG ZAHTEVA I NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE	135
DEVIATION FROM THE PRINCIPLE OF NON-EXCEEDING THE CLAIM AND COMPENSATION OF NON-MATERIAL DAMAGE	142

Nataša Mrvić Petrović, Zdravko Petrović

PRAVO NA NAKNADU ŠTETE ZBOG NERAZUMNOG TRAJANJA UPRAVNOG POSTUPKA	143
RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY THE UNREASONABLE DURATION OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE	158

Milan Vujanić, Dragan Obradović

NAKNADA ŠTETE U SAOBRAĆAJU – PODELJENA ODGOVORNOST U PRAKSI	159
TRAFFIC DAMAGE COMPENSATION - SHARED RESPONSIBILITY IN PRACTICE	178

Slobodan Stanišić

OBEZBJEĐENJE NAKNADE ŠTETE U OBLIKU NOVČANE RENTE I ISPLATA UKUPNE SVOTE	181
PROVISION OF COMPENSATION IN THE FORM OF CASH RENT AND PAYMENT OF TOTAL AMOUNT	199

Vladimir Đurić, Jelena Čeranić Perišić

NAKNADA ŠTETE U SLUČAJU UPRAVNOG UTVRĐIVANJA ZAJEDNIČKOG KORIŠĆENJA U OBLASTI ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJA	201
DAMAGE COMPENSATION IN THE CASE OF ADMINISTRATIVE DETERMINATION OF NETWORK ELEMENTS' SHARING IN THE FIELD OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS	214

Katarina Jovičić

NAKNADA ŠTETE ZBOG POVREDE POSLOVNE TAJNE	215
COMPENSATION FOR TRADE SECRETS DAMAGES	230

Jelena Vukadinović Marković, Ivana Radomirović

PRAVO NA NAKNADU ŠTETE KAO POSLEDICA POVREDE <i>RECEPTUM ARBITRI</i>	231
RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGE AS A CONSEQUENCE OF BREACH OF <i>RECEPTUM ARBITRI</i>	245

Ana Knežević Bojović, Vesna Ćorić, Milica Matijević	
EVOLUCIJA PRAKSE SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE U POGLEDU NAKNADE ŠTETE USLED POVREDE PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU	247
EVOLUTION OF THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN AWARDING DAMAGES FOR VIOLATIONS OF THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME	266
Dragan Obradović, Stevan Karac	
POVREDA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U STEČAJNOM POSTUPKU I NAKNADA IMOVINSKE ŠTETE	267
VIOLATION OF THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS AND COMPENSATION FOR PROPERTY DAMAGES	282
Vladimir Kozar, Vladimir Vrhovšek, Sandra Đorđević	
NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE USLED TRZAJNE POVREDE VRATA KAO LAKE TELESNE POVREDE	283
COMPENSATION OF NON-PECUNIARY DAMAGES DUE TO WHIPLASH INJURY AS A MINOR INJURY	296
Dragan Bataveljić, Vanda Božić, Bojan Petrović	
NAKNADA NEIMOVINSKE ŠTETE ZBOG POVREDE PRAVA NA SLOBODU (NEOSNOVANE OSUDE)	297
COMPENSATION FOR NON-PROPERTY DAMAGE DUE TO VIOLATION OF THE RIGHT TO FREEDOM (UNFOUNDED CONVICTIONS)	311
Ognjen Vujović	
FAKT I PRAVO KOD PITANJA NAKNADE IMOVINSKE ŠTETE	313
FACT AND LAW IN THE MATTER OF COMPENSATION FOR PROPERTY DAMAGE	329
Zoran Bajin, Milica Z.Petrović, Sara Zarubica	
SUDSKOMEDICINSKE DILEME KOD VEŠTAČENJA TRZAJNIH POVREDA VRATA	331
FORENSIC-MEDICAL DILEMMAS IN EXPERTISE OF A NECK INJURY	339

III – OSIGURANJE

Wolfgang Rohrbach

NESREĆA NA TITANIKU IZ VIZURE ISTORIJE OSIGURANJA	343
DIE TITANIC-KATASTROPHE IM SPIEGEL DER VERSICHERUNGSGESCHICHTE	361

Berislav Matijević

PRAVO SUBROGACIJE OSIGURATELJA	381
THE INSURER'S RIGHT OF SUBROGATION	399

István László Gál

THE PROTECTION OF INSURANCE SECRET IN HUNGARY	401
ZAŠTITA TAJNE OSIGURANJA U MAĐARSKOJ	407

Nebojša Žarković, Dragan Mrkšić

ODNOSI SA STRANKAMA U POSREDOVANJU I ZASTUPANJU U OSIGURANJU	409
CUSTOMER RELATIONSHIP IN INSURANCE BROKERAGE AND AGENCY	429

Vladimir Čolović, Magdalena Makiela

ISPLATNI REDOVI U STEČAJNOM POSTUPKU PROTIV OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA	431
PAYOUT RANKS IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS AGAINST INSURANCE COMPANIES	445

Jelena Kostić, Valentina Ranaldi

FINANSIJSKA STABILNOST I DRUŠTVA ZA OSIGURANJE U KONTEKSTU PREDLOŽENIH IZMENA DIREKTIVE 2009/138/EC	447
FINANCIAL STABILITY AND INSURANCE COMPANIES IN THE CONTEXT OF PROPOSED AMENDMENTS OF THE DIRECTIVE	458

Vladimir Njegomir

UTICAJ INSTITUCIONALNOG INVESTIRANJA OSIGURAVAČA NA EKONOMSKI RAST U USLOVIMA EKONOMSKIH TURBULENCIJA	459
IMPACT OF INSURANCE COMPANIES' INSTITUTIONAL INVESTMENT ON ECONOMIC GROWTH IN CONDITIONS OF ECONOMIC TURBULENCE	477

Nikola Dožić

DOBROVOLJNI PENZIONI FONDOVI U CRNOJ GORI	479
VOLUNTARY PENSION FUNDS IN MONTENEGRO	493

Mirjana Glintić

OBAVLJANJE POSLOVA KOJI NISU POSLOVI OSIGURANJA OD STRANE OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA	495
CONDUCTING NON-INSURANCE BUSINESS BY INSURANCE COMPANIES	507

Iva Tošić, Olivera Novaković

ZAŠTITA POTROŠAČA USLUGA OSIGURANJA - ANALIZA ZAKONODAVNOG OKVIRA REPUBLIKE SRBIJE	509
INSURANCE CONSUMER PROTECTION - ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE FRAMEWORK OF THE REPUBLIC OF SERBIA	520

IV – OSTALO**Ana Lalević Filipović, Milijana Novović Burić, Daliborka Jovičić**

REGULATORNI OKVIR NEFINANSIJSKOG IZVJEŠTAVANJA U FUNKCIJI PODSTICANJA ODRŽIVIH FINANSIJA	523
REGULATORY FRAMEWORK OF NON-FINANCIAL REPORTING AS A MEANS OF STIMULATING SUSTAINABLE FINANCE	539

Andreja Katančević

ODGOVORNOST OSTAVOPRIMCA ZA ŠTETU U RIMSKOM PRAVU	541
THE DEPOSITARY'S LIABILITY FOR DAMAGES IN ROMAN LAW	554

Dušan Ilić

PROMENA USTAVA SRBIJE U KONTEKSTU REFORME PRAVOSUĐA SA OSVRTOM NA KOMPARATIVNU PRAKSU	555
CHANGE OF CONSTITUTION OF SERBIA IN THE CONTEXT OF JUDICIAL REFORM WITH REFERENCE TO COMPARATIVE PRACTICE	562

Vesna Bilbija

ZAKON O RODNOJ RAVNOPRAVNOSTI -OSNOVNE NAPOMENE	563
LAW ON GENDER EQUALITY – BASIC NOTES	578

Vukašin Stanojlović

ODGOVORNOST POSLUGOPRIMCA ZA ŠTETU U KLASIČNOM RIMSKOM PRAVU	579
THE LIABILITY OF THE BORROWER FOR DAMAGE IN CLASSICAL ROMAN LAW	589

REČ UREDNIKA

Međunarodna naučna konferencija „Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje” traje 25 godina. Sa ponosom ističemo ovu činjenicu, s obzirom da je na našim prostorima veoma teško organizovati u kontinuitetu savetovanja ove vrste. Još ako se radi o međunarodnim savetovanjima, onda je uspeh naše konferencije izuzetan. Naša konferencija je prepoznatljiva ne samo kod pravnika koji se bave osiguranjem i naknadom štete, već i drugim oblastima prava. Na konferencijama u zadnjih četvrt veka učestvovali su eminentni autori iz oblasti prosvete, nauke, pravosuđa, prakse. Autori su dolazili iz različitih institucija: fakulteta, instituta, sudova, privrednih društava, državnih organa, advokature. Ističemo da su, neretko, sa svojim priložima, učestvovali i mladi istraživači, asistenti, pravnici. Na konferencijama je predstavljeno na stotine radova, koji predstavljaju, sa stanovišta prava uopšte, pravo blago.

Međunarodna naučna konferencija „Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje” je okupljala i naše koleginice i kolege iz inostranstva. Ponosimo se što smo imali priliku da ugostimo autore iz Austrije, Norveške, Poljske, Mađarske, Italije, Slovenije, Hrvatske, Crne Gore, Bosne i Hercegovine, Severne Makedonije, kao i iz drugih država. Oni su doprineli svojim priložima da naša konferencija ne bude samo međunarodna, već je ona dobila na značaju i van granica naše zemlje.

Sve je počelo u Budvi, nastavilo se na Zlatiboru, pa onda u Beogradu, na Kopaoniku, u Vršcu, Zrenjaninu, da bi se od 2018. godine ova konferencija organizovala u Valjevu, kao i Banji Vrujci. U svim mestima je konferencija bila uspešna i okupljala je veliki broj, kako autora, tako i ostalih učesnika. Kako smo rekli na početku, ova konferencija ima kontinuitet. Čak i 2020. godine, kada je pandemija uzimala maha u svetu i kada, praktično, ništa nije bilo organizovano, naša konferencija je održana u Beogradu, sa manjim brojem učesnika, ali ipak održana.

Svi radovi odštampani u 25 zbornika predstavljaju dokaz da u Srbiji stvaraju i rade eminentni stručnjaci u dve oblasti, koje predstavljaju i osnovne teme naše konferencije. Osiguranje i naknada štete. Ti radovi su, u mnogome, doprineli razvoju pravne misli, ali i razvoju zakonodavstva. Takođe, stavovi u

mnogim radovima su uticali i na praksu, ne samo sudsku. Plan je organizatora konferencije da tokom 2023. godine izađu dva zbornika, jedan posvećen šteti, a drugi osiguranju. U njima će svoje mesto naći najbolji i najznačajniji radovi sa konferencija. Veoma teško će biti izabrati one članke koji će biti objavljeni tim knjigama, ali oni članci koji se ne budu našli u njima, nisu ništa manje vredni.

Udruženje za odštetno pravo je organizator svih konferencija u zadnjih 25 godina. Idejni tvorac konferencija je prof. dr Zdravko Petrović. Kasnije su se priključili i drugi organizatori, Institut za uporedno pravo i Pravosudna akademija. Urednici zbornika i savetovanja su se menjali. Dugi niz godina su to bili prof. dr Zdravko Petrović i prof. dr Nataša Mrvić Petrović. Kasnije su se kao urednici priključili prof. dr Vladimir Čolović i prof. dr Dragan Obradović. Ako pogledamo organizatore i urednike, vidimo da je kod ovih konferencija napravljen jedan savršen spoj teorije i prakse. To je možda najviše uticalo da ova konferencija bude dugovečna u da bude prepoznatljiva.

Urednici 25. međunarodne naučne konferencije „Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje” se zahvaljuju svim autorima koji su učestvovali na svim konferencijama. Nemoguće je na ovom mestu nabrojati sve one koji su slali radove i koji su dolazili. Ali, sa radošću možemo reći da je objavljena bibliografija svih konferencija sa imenima svih autora i navođenjem naslova svih članaka koji su objavljeni u dosadašnjih 25 zbornika. Hvala i svim učesnicima, kao i svim drugim institucijama koji su pomogli u organizaciji ovih konferencija.

Nadamo se da će međunarodna naučna konferencija „Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje” još dugo trajati.

Nažalost, jedna tužna vest je potresla sve nas. Krajem juna ove godine napustio nas je prof. dr Duško Medić, sudija Ustavnog suda Republike Srpske i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ Banja Luka. Kolega Duško, naš Duško bio je redovni učesnik naših savetovanja. Uvek je nalazio vreme da dođe na naša savetovanja, bez obzira gde su se ona održavala, da nas uvaži, ne samo svojim prisustvom, već i velikim doprinosom, što je uticalo na kvalitet naših skupova. Njegovi članci su uvek bili kvalitetni, njegova diskusija je uvek bila sadržajna i korisna.

Kao vrstan sudija i pravnik, stručnjak u oblasti građanskog i stvarnog prava, kolega Duško Medić je iza sebe ostavio 20 knjiga, kao i preko 100 članaka koje predstavljaju svedočanstvo razvoja, pre svega, stvarnog prava u Republici Srpskoj i BiH, kao i ogromnog znanja koje je Duško imao i koje je nesebično delio, kako sa studentima, tako i sa svima nama. Duško je bio veliki prijatelj, u svakom pogledu, uvek je htio da pomogne, da podeli iskustvo. Bio je neumoran, nalazio je vreme za svakog od nas. Duško je, pre svega, bio odličan sudija, ali, takođe i vrstan predavač. Ostavio je trag u svim sudovima u kojima je radio, ali i na Univerzitetu „Apeiron“ na kome je, moramo reći, najviše od svih dao Fakultetu pravnih nauka, kao dekan i prodekan. Duško će ostati simbol tog Fakulteta. Nećemo na ovom mestu govoriti o njegovom profesionalnom razvoju.

Te činjenice možemo naći na internetu, kad na bilo kom pretraživaču navedemo njegovo ime. Nažalost, Duško nije dočekao penziju. Nije dočekao ni 69. rođendan.

Svi mi koji smo poznavali Duška, pamtićemo ga do kraja života. Pamtićemo ga i kao čoveka privrženog svojoj porodici. Nedostajaće nam na savetovanjima, nedostajaće nam njegovi članci, ali i druženje sa njim. Ostale su njegove knjige i njegovi članci koje ćemo beležiti u njegovoj biografiji, kao i godinu rođenja i godinu smrti. Onaj deo života koji se nalazi u crtici između tih godina ne možemo prepričati. Ta crtica je najbitnija, a o kojoj znamo samo mi koji smo ga poznavali. Ona predstavlja život, a Duško je voleo život.

Dragi naš Duško, hvala Ti na svemu. Ovaj zbornik je posvećen Tebi.

Beograd – Valjevo, septembar 2022.

Urednici:

Prof. dr Zdravko Petrović
Prof. dr Vladimir Čolović
Prof. dr Dragan Obradović

I

**PROUZROKOVANJE ŠTETE I
ODGOVORNOST**

Ilija Smiljanić*
Dušan Smiljanić**

ZAKONSKA DEFINISANOST TROTINETA NA SOPSTVENI POGON KAO PREVOZNOG SREDSTVA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt

Cilj naslovljene teme je da se ukaže na problem upotrebe električnog trotineta u saobraćaju. Obzirom da upotreba ovog prevoznog sredstva nije definisana zakonom može se smatrati nelegalnom.

Ovo prevozno sredstvo se trenutno nalazi u „sivoj“ zoni. Zakonski nije definisano ni samo vozilo niti njegov položaj u saobraćaju. Putanja kojom se može kretati, maksimalna brzina, lica koja mogu njime upravljati, su samo neki od elemenata koje je potrebno definisati.

Poseban problem je osiguranje od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima. Obzirom da osiguranje od odgovornosti ne postoji, a električni trotinet ima status vozila za štetu koju pričinu trećem licu odgovara Garantni fond.

Ključne reči: *električni trotinet, motorno vozilo, odgovornost, obavezno osiguranje.*

1. Uvod

Dok su bili deca, zadovoljavali su se sa običnim trotinetom, onim na guranje jednom nogom. Kada su postali „velika deca“, izumili su Električni trotinet. I to je dobro. Dobro je da su nešto novo osmislili, jer to njima i priliči. Mladosti pripada kreativnost koja donosi prosperitet čovečanstva. Ali mora da bude kreativna do kraja. Nije dovoljno nekada samo nešto izumiti i stvoriti. Potrebno je i obezbediti njegovu primenu, pogotovo danas ta primena mora da bude bezbedna. Da li je upotreba električnog trotineta na našim ulicama danas bezbedna?

* Doktor ekonomskih nauka, predavač u centru za edukaciju Privrdne komore Srbije, Vlasnik Društva za posredovanje u osiguranju “NORDAL DIV”, Beograd, e-mail: ilijadsmiljanic@gmail.com

** Diplomirani inženjer mašinstva, doktorand, Putevi Srbije, inženjer održavanja, e-mail: dusansmiljanic1980@gmail.com

Cilj odabrane teme je upravo da ukaže na bezbedno korišćenje električnog trotineta kao i obezbeđenu zakonsku regulativu koja će ovaj problem definisati. Obrađujući pojedine podteme kao što su:

- tehničke karakteristike električnog trotineta
- definisanje trotineta u saobraćaju
- odgovornost vlasnika od upotrebe trotineta
- iskustva zemalja u svetu i
- zakonsko regulisanje navedenog problema u Srbiji,

trebalo bi da dobijemo sliku o stanju u saobraćaju danas i predloge potrebnih mera kako bi se električni trotinet uveo u legalne tokove saobraćaja.

Da li u Republici Srbiji postoje zakonska akata koja regulišu ovaj deo materije? Na koji način treće lice koje je pretrpelo štetu (povredu) za koju je odgovoran vozač trotineta može da ostvari naknadu?

Na kraju su data zaključna razmatranja i sugestije o preduzimanju mera kojima bi se otklonile određene nedoumice koje danas zaokupljaju ovaj, još uvek, nerešen problem.

2. Tehničke karakteristike trotineta na sopstveni pogon

Tehničke karakteristike elektrotrotineta, koje se mogu pronaći na mnogim sajtovima su uobičajenih performansi. Navodi se da je to prevozno sredstvo koje se kreće na sopstveni pogon. Pokreće ga elektromotor snage od 80 do 700 wati, ovisno o modelu. Maksimalna brzina kojom se može kretati iznosi do 40 km/h. Maksimalni uspon koje vozilo može da savlada iznosi 15°. Predviđen je da se njime prevozi jedna osoba maksimalne težine do 120 kilograma. Za pogon elektromotora se koriste litijumske baterije kapaciteta do 6,6 Ah, te se sa jednim punjenjem baterije može preći razdaljina do 45 km. Punjenje baterije traje do 4,5 sati. Posедуje aplikaciju Mini robot za kontrolu performansi trotineta - prikazivanje brzine i nivoa baterije preko multifunkcionalnog displeja, kao i svetla i reflektora. Kočioni sistem je na prednjem i zadnjem točku. Maksimalne težine je do 15 kilograma. Dimenzije u voznom stanju su: dužina 108 cm, širina 43 cm i visina 114 cm, a kada se sklopi i pripremi za prenos ili transport, dimenzije dužine i širine ostaju iste, a visina se smanjuje na 49 cm, što ga čini pogodnim za ručni prenos. Prilikom kupovine kupcu se isporučuje i dodatna oprema kao što su: kaciga, retrovizor, torbica i pumpa za gume.¹

¹ Tehnomanija, Prodajni katalog sa tehničkim podacima proizvođača, www.tehnomanija.rs, datum pristupa 17.03.2022.



Električni trotinet pripremljen za vožnju i spakovan za transport

Ne može se zanemariti podatak koji je iznela radna grupa MUP-a Srbije koja se bavi izradom Zakona o bezbednosti u saobraćaju kojim će se propisati i vožnja ovih dvotočakaša, da postoje trotineta koji mogu da razviju brzinu čak do 90 kilometara na sat, a zabeležen je slučaj vožnje trotineta na auto-putu od 80 na sat.

Tragom ove informacije došli smo na sajt firme DUALTRON² koja se bavi proizvodnjom elektro trotineta i u njihovoj ponudi tržištu, pronašli trotinet sa sledećim tehničkim podacima:

- Model električnog trotineta: DUALTRON X2
- Maksimalna konstruktivna brzina 110 km/h, uz ovaj podatak stoji napomena (Svi naši električni trotineta su limitirani na 25 km/h i po trenutno važećim zakonima nisu predviđeni za registraciju i učestvovanje u saobraćaju, - postavlja se pitanje kojim zakonima?)
- Maksimalna snaga motora 8.300 W (dvostruki BLDC HUB motori)
- Maksimalan domet 150 km (LG baterija od 72V 42Ah)
- Maksimalna nosivost 150 kg
- Maksimalan savladiv uspon 70 %
- Kontrola - EYE INSTRUMENT TABLA (Izbor jedinice mere za brzinu, načina polaska, tempomat, podešavanje ubrzanja, dostupne snage, ekonomije baterije, jačine električne kočnice, osvetljenosti ekrana, ABS on/off, limiter brzine, tajmer za automatsko gašenje ekrana)
- Čitač otisaka prsta (Skener otiska prsta za sve Dualtron e-trotineta je kompatibilan sa EYE kontrolnom tablom. Spada u dodatnu opremu i služi za zaštitu od krađe i neovlašćenog korišćenja)
- MAIN & SUB BATTERY VOLTMETAR (Izdvojen voltmetar za glavnu i pomoćnu bateriju nalaze se na vrhu stuba volana. Pružaju precizne podatke o stanju baterije i obezbeđuju siguran povratak)
- MULTY SWITCH ZA OSVETLJENJE (Novi multi switch sa poboljšanom ergonomijom i osvetljenim tasterima. Opremljen je posebnim tasterima za snažnu prednju LED lampu, migavce, upozoravajuće migavce, sirenu ali i eco/turbo način rada motora)

² www.dualtron.rs, datum pristupa 19. 03. 2022. godine.

- DALJINSKI UPRAVLJAČ (Za kontrolu svake od funkcija osvetljenja, Dualtron X2 je opremljen LED daljinskim upravljačem koji je zasnovan na tehnologiji infracrvenih talasa. Daljinski upravljač sadrži tastere za podešavanje intenziteta, brzine i izbor broja aktivnih LED dioda kao i tastere za izbor svetla sa više boja



Električni trotinet Dualtron X2

Spoznavši navedene tehničke podatke, nameće se pitanje: u koju kategoriju prevoznih sredstava, u skladu sa Zakonom o bezbednosti saobraćaja Republike Srbije svrstati ovo prevozno sredstvo.

3. Da li je trotinet motorno vozilo i predstavlja li opasnu stvar?

Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima Srbije definiše motorno vozilo kao vozilo koje se pokreće snagom sopstvenog motora, koje je po konstrukciji, uređajima, sklopovima i opremi namenjeno i osposobljeno za prevoz lica, odnosno stvari, za obavljanje radova, odnosno za vuču priključnog vozila, osim šinskih vozila. Pod tačkom 34 daje se definicija mopeda kao motornog vozila sa dva točka čija najveća konstruktivna brzina, bez obzira na način prenosa, ne prelazi 45 km/h, pri čemu radna zapremina motora, kada vozilo ima motor sa unutrašnjim sagorevanjem ne prelazi 50 cm³, ili sa motorom čija najveća trajna nominalna snaga ne prelazi 4 kW kada vozilo ima električni pogon. Tačka 36 definiše motocikl i kaže da je to motorno vozilo sa dva točka ili sa tri točka asimetrično raspoređena u odnosu na srednju podužnu ravan vozila (motocikl sa bočnim sedištem), čija najveća konstruktivna brzina, bez obzira na način prenosa, prelazi 45 km/h, ili sa motorom čija radna zapremina motora kada vozilo ima motor sa unutrašnjim sagorevanjem prelazi 50 cm³, ili sa motorom čija najveća trajna nominalna snaga prelazi 4 kW kada vozilo ima električni pogon.³

³ Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Sl. glasnik RS*, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 - odluka US, 55/2014, 96/2015 - dr. zakon, 9/2016 - odluka US, 24/2018, 41/2018, 41/2018 - dr. zakon, 87/2018, 23/2019 i 128/2020 - dr. zakon, čl. 7. tač. 33, 34 i 36.

Važeći propis Evropske unije o osiguranju od odgovornosti motornih vozila - Direktiva Evropske unije br. 2009/103/EU od 16. septembra 2009. godine o osiguranju od građanske odgovornosti za štetu od upotrebe motornog vozila i izvršenju obaveze osiguranja od te odgovornosti određuje značenje pojma vozilo, koje se mora osigurati.⁴ Ovaj propis definiše motorno vozilo kao „svako vozilo namenjeno za kopneni saobraćaj, koje pokreće mehanička snaga, ali koje se ne kreće po šinama.”⁵ Država članica Evropske unije dužna je da preduzme sve odgovarajuće mere kako bi obezbedila da građanskopravna odgovornost za štetu nastala upotrebom tako definisanog vozila, koje se uobičajeno nalazi na njenoj teritoriji, bude pokrivena obaveznim osiguranjem.⁶

Iz navedene definicije proističe da trotinet na električni pogon ima status motornog vozila, obzirom da zadovoljava navedene kriterije. Međutim postavlja se pitanje u koju grupu motornih vozila se može razvrstati. Neki autori⁷ smatraju da se trotinet može svrstati u grupu mopeda. Očigledno za ovakvu tvrdnju im nisu bili dostupni tehnički podaci koje smo prikazali za električni trotinet marke „Dualtron X2“. Njegove tehničke karakteristike ga očigledno svrstavaju u grupu motocikala.

U svakom slučaju, neosporno je da je električni trotinet motorno vozilo, obzirom da se kreće na sopstveni pogon, namenjen je za prevoz lica i ne kreće se po šinama. Ispunjavanjem uslova da se tretira kao motorno vozilo, samim tim predstavlja opasnu stvar.

Ovo prevozno sredstvo se trenutno nalazi u „sivoj“ zoni. Zakonski nije definisano ni samo vozilo niti njegov položaj u saobraćaju. Putanja kojom se može kretati, maksimalna brzina, lica koja mogu njime upravljati, su samo neki od elemenata koje je potrebno definisati.



Načini upravljanja i prevoza trotinetom u praksi

⁴ Directive 2009/103/EC of the European Parliament and Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and enforcement of the obligation to insure against such liability, OFL 263.

⁵ Direktiva, čl. 1, st.1.

⁶ Direktiva, čl. 3, st.1.

⁷ M. Jovičić, „Električni trotineti“, *Pravo i svet oko nas*. M. Radovanović, Električni trotineti i osiguranje od autoodgovornosti, *Udruženje za pravo osiguranja Srbije*, savetovanje 2021, 124.

4. Odgovornost vlasnika trotineta prema trećim licima

Tehničke karakteristike električnog trotineta su ukazale da se trotineti mogu kretati velikom brzinom, te samim tim mogu uzrokovati saobraćajnu nezgodu, pa čak i sa smrtnim posledicama. Obzirom da zakonski nisu definisani i da se kreću svuda podjednako: po kolovozu, biciklističkim stazama i po trotoaru, ugrožavaju u prvom redu one koji sa njim upravljaju, a potom pešake i bicikliste.

Da li su električni trotineti opasniji od bicikala? Istraživanja su pokazala da je rizik od smrtnog ishoda usled povrede na električnim trotinetima i biciklima približno isti, međutim rizik od povreda je veći na električnom trotinetu, a razlog tome je neiskustvo u vožnji i nenošenje zaštitne opreme, pre svega kacige.

Istraživanja sprovedena od strane Centra za kontrolu i prevenciju bolesti u Atlanti ukazuju na činjenicu da se broj povreda nastalih prilikom vožnje električnih trotineta, a koje zahtevaju prijem u bolnicu ili medicinsko zbrinjavanje, kreće oko 15 na 100.000 vožnji.

Najveći broj povreda zadobijenih u padovima ili sudarima u kojima su učestvovali električni trotineti predstavljaju povrede glave od 40-45%, povrede ruku (gotovo svaka treća), i nogu (svaka osma), a prosečna starost povređenih je 29 godina. Uprkos upozorenjima proizvođača da korisnici treba da budu stariji od 18 godina, 1 od 20 povređenih u ovim incidentima imao je manje od 18 godina.⁸

Zbog njihove brzine električne trotinete teško je zaustaviti na vreme, a zbog njihove veličine teško ih je primetiti na vreme. Najčešće dolazi do povreda lica koja upravljaju električnim trotinetom. Međutim, nije zanemarljiv broj slučajeva u kojima dolazi do povreda trećih lica. Istraživanja pokazuju da pešaci čine oko 8,5% povređenih u nezgodama u kojima učestvuju električni trotineti.

Mogućnost da električni trotinet povredi treće lice, npr. pešaka, postavlja pitanje odgovornosti za štetu prouzrokovanu takvim trotinetom i obaveze osiguranja od te odgovornosti. Osiguranje od odgovornosti za štetu prouzrokovanu električnim trotinetom, drugačije je uređeno u različitim pravnim sistemima.

U američkoj državi Njujork, šteta prouzrokovana električnim trotinetom nije pokrivena osiguranjem od autoodgovornosti, jer u toj državi osiguranje od autoodgovornosti uglavnom ne pokriva štetu prouzrokovanu vozilima na dva točka.

Francuski garantni fond isplaćuje naknadu štete prouzrokovane neosiguranim i nepoznatim električnim trotinetom, kao štetu prouzrokovanu

⁸ Gradski zavod za javno zdravlje Beograda, *Električni trotineti novi factor rizika za povrede*, sajt www.zdravlje.org.rs/index.php/lat/aktuelne-vesti/924-elektricni-trotineti-i-povrede?fbclid=IwAR09wSd4xVPr2zxi4UPBxFq5Vf5F8bb1c2rZi9r_PhDlx6uRYpuw_RjWGU, datum pristupa 7. 11. 2020.

neosiguranim ili nepoznatim motornim vozilom.⁹

U Republici Sloveniji Slovensko zavarovalno združenje ne isplaćuje naknadu štete prouzrokovane neosiguranim električnim trotinetom. Električni trotinet u Slovniji ne mora da se registruje. Zato po slovenačkom pravu električni trotinet ne mora ni da se osigura, pa se šteta prouzrokovana električnim trotinetom ne nadoknađuje iz sredstava Garantnog fonda.

Električni trotineti očigledno jesu vozila. Namenjeni su za prevoz lica i ne kreću se po šinama. Najznačajnija karakteristika električnih trotineta, sa stanovišta obaveznog osiguranja i garantnog fonda, jeste činjenica da se električni trotineti pokreću snagom sopstvenog motora. Električni trotinet, zbog toga što se pokreće snagom sopstvenog motora, može se kvalifikovati kao motorno vozilo u smislu Zakona o bezbednosti saobraćaj na putevima u Srbiji. Dakle, zaključak je nedvosmislen „Trotinet sa električnim pogonom jeste motorno vozilo, pokreće ga sopstveni motor, a njime se prevozi neko lice.”

Slučajevi da električni trotinet povredi pešaka dešavali su se i u Srbiji. U sudskoj praksi još uvek ne postoje presude o naknadi štete prouzrokovane električnim trotinetom. Važeći propisi, isto kao i propisi koji su ranije važili, ne koriste termin trotinet, niti električni trotinet. Pitanje osiguranja električnog trotineta i naknade štete koja je njime prouzrokovana, zavisi od pravne kvalifikacije tog prevoznog sredstva.

Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju republike Srbije¹⁰ je definisano da za svako motorno vozilo koje učestvuje u saobraćaju, mora da se zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti. Samim tim i za električni trotinet mora da se zaključi osiguranje od odgovornosti. Ukoliko je šteta prouzrokovana električnim trotinetom koji nije osiguran, oštećeni ima pravo na naknadu štete iz sredstava Garantnog fonda pri Udruženju osiguravača Srbije.¹¹

Činjenica da električni trotinet pokreće elektro-motor, a ne motor sa unutrašnjim sagorevanjem, nije ni od kakvog značaja za obavezu osiguranja i naknadu štete. Obaveza osiguranja od odgovornosti propisana je za sve vlasnike motornih vozila, a ne samo za vlasnike motornih vozila sa benzinskim i dizel motorima. Sudska praksa beleži slučaj da je oštećeno lice od Garantnog fonda naplatilo naknadu štete iz saobraćajne nezgode, u kojoj je učestvovalo neosigurano motorno vozilo na električni pogon – trolejbus.¹²

⁹ M. Radovanović, 126.

¹⁰ Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Sl. glasnik RS*, br. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012 i 7/2013 - odluka US, čl. 2, tač. 2. i čl. 18, st. 1.

¹¹ Čl. 74, st. 1 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju.

¹² Presuda Apelacionog suda u Beogradu GŽ 5926/16 od 17. novembra 2016. godine.

5. Iskustva drugih zemalja

Danas svetsko tržište električnih trotineta beleži više od 1,5 milijardi dolara godišnjeg prometa. Boston konsalting smatra da će do 2025. godine, to tržište da naraste do 40, a možda i 50 milijardi dolara. Ovakva ekspanzija odgovara potrebama urbanog stanovništva koje trotinetom prelazi distance do 10 km i trotinet može da kombinuje sa javnim prevozom.

Smatrati da je pojava i upotreba električnih trotineta modni hit koji će kako je došao tako brzo i da nestane je pogrešno. Trotineta se svojom praktičnošću nameću korisnicima, a svojim doprinosom čistijoj životnoj sredini i čitavom čovečanstvu. Prema tome njihovo korišćenje u prevozu u budućnosti se može samo povećavati.

Nažalost njihovu naglu primenu većina zemalja nije spremno dočekala te je njihova upotreba van zakona, što društvu, ukupno gledajući, ne služi na čast. Električni trotinet jeste inovacija, nešto novo u sferi prevoza lica, ali sve novo što se izmisli i stvori mora imati obezbeđenu i svoju sigurnu primenu u promenu u svakodnevnom životu.

Trenutno imamo situaciju da svaka zemlja na osnovu sopstvenog iskustva i procene donosi propise koji se odnose na vožnju električnih trotineta, a koji su veoma raznorodni i po pitanju maksimalne dozvoljene brzine i po pitanju prostora po kome se mogu kretati.

U Sloveniji, je na primer, zabranjena vožnja trotineta kolovozom, a vožnja trotoarom ograničena na brzinu hoda.

U Holandiji je uvedena obaveza da trotineta moraju da se registruju i imaju tablice, a da vozači moraju da imaju vozačku dozvolu i više od 16 godina. Takođe, brzina trotineta je ograničena na 25 km na sat. Za one, čiji trotineta imaju veću brzinu od 25 kilometara na čas obavezna je vozačka dozvola i kaciga. Dozvoljena je vožnja i kolovozom, ali samo desnom stranom bližoj trotoaru.

U Belgiji je maksimalna dozvoljena brzina 25 kilometara na čas, ali ako idu trotoarom onda je brzina samo šest kilometara na čas. Kao i u Holandiji, dozvoljena je vožnja i kolovozom, ali samo desnom stranom bližoj trotoaru.

Francuska je nedavno promenila zakon po kome su svi električni dvotočkaši imali satus pešaka. Sada im je zabranjeno kretanje trotoarom, mogu da se kreću pored kolovoza i biciklističkim stazama. Na biciklističkim stazama maksimalna brzina je 25 kilometara na čas, a na kolovozu 45. Kazne za kršenje propisa su i do 1.500 evra. Deca od osam godina ne smeju da voze, a ona od osam do 12 moraju da imaju zaštitnu kacigu. Uz to, zabranjena je vožnja sa slušalicama i prevoz više osoba

U Nemačkoj trotinetaši imaju ista prava kao biciklisti koji voze i u najprometnijim ulicama najvećih gradova.

Velika Britanija je u potpunosti zabranila trotineta u javnom saobraćaju, ukoliko nemaju osiguranje od odgovornosti.

U Hrvatskoj je, odlukom Vrhovnog suda do donošenja novog zakona o bezbednosti u saobraćaju, električni trotinet svrstan među pješake, što znači da se može voziti po trotoaru, i da nije potrebno imati vozačku dozvolu, kacigu, ni reflektirajući prsluk.

Kao što se da primetiti sve navedene zemlje su članice Evropske unije, ali je u nedostatku direktive EU, svaka ovaj problem regulisala na svoj način.

U našoj zemlji, Srbiji, vozači ovih prevoznih sredstava se trenutno tretiraju kao pešaci (vozači skejtboarda i rolera) i podležu istim kaznenim odredbama kao i oni, ali se uskoro očekuje izmena zakonske regulative, odnosno Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima, kojom će biti utvrđena pravila vožnje električnih trotineta, kao i kaznene odredbe za nepridržavanje istih.

Dok ovaj zakon ne stupi na snagu „na snazi“ je samo apel da se električni trotineti ne voze kolovozom i da se koriste samo trotoari i biciklističke staze uz maksimalno poštovanje pešaka i biciklista. Na trotinetima ne bi trebalo da se prevoze deca koja stoje ispred njih, dok u uslovima smanjene vidljivosti treba nositi reflektujuće prsluke.

6. Trenutni status električnih trotineta u Republici Srbiji

Prema informacijama dostupnim javnosti, u Srbiji trenutno ima više od 50.000 električnih trotineta. S druge strane, Beograd ima oko 650.000 automobila i trotineti su nakon gradskog prevoza postali najpopularniji alternativni način transporta, što je pozitivno, ako se ima u vidu potreba da se smanji zagađenje vazduha u prestonici. Štaviše, misija EU je da Evropa do 2050. godine bude prvi kontinent sa nultom emisijom ugljenika.

Ali, kako raste broj trotineta, raste i potreba da se uvedu pravila i način njihovog korišćenja kako bi se zaštitili svi učesnici u saobraćaju, pa samim tim i vozači ovih dvotočkaša. S obzirom da ovaj problem nije podveden pod zakonske okvire, praktična upotreba trotineta u Srbije je narodski kazano „šarolika“.

Neki ga voze po trotoarima, neki po biciklističkim stazama, a neki po kolovozu. Ko je u pravu - ne zna se, jer je i dalje sve novo i nije deo Zakona o bezbednosti saobraćaja, što znači nedefinisano.

Da li je rešenje postupiti uvesti zabranu upotrebe trotineta, obzirom da za njih ne postoji infrastruktura niti zakonska regulativa. Svakako nije racionalno da ukinemo nešto što praktično ceo svet praktikuje. Trotineti su realnost, a već sada ih u Srbiji ima gotovo kao i biciklista.

Pred radnom grupom MUP-a Srbije zaduženom za izradu izmena Zakona o bezbednosti u saobraćaju koja bi obuhvatila i problem korišćenja električnih trotineta, ne stoji niti malo lak zadatak.

Jeste da im stoji na raspolaganju iskustva zemalja koje su ovaj problem već regulisale zakonom, ali postoje i mnoga otvorena pitanja na koja je potrebno dati racionalna rešenja.

Prvo pitanje na koje je potrebno dati odgovor jeste, šta je električni trotinet? Činjenica je da jeste motorno vozilo, obzirom da se kreće na sopstveni pogon, ne kreće se po šinama i služi za prevoz lica. Međutim ostaje dilema u koju grupu vozila ga svrstati. Videli smo da neki autori smatraju da pripada grupi mopeda, navodeći da mu je konstruktivna brzina maksimalno 45 km/h. Međutim videli smo da na tržištu postoje modeli električnog trotineta koji se kreću brzinom čak do 110 km/h, što ih u tom slučaju svrstava u kategoriju motocikla.

Predlagač zakonskog rešenja može da kaže: brzina se ograničava na 45 km/h i svrstava se u grupu mopeda. To može da bude jedno od rešenja, ali u tom slučaju se ne može razgovarati o administrativnom ograničenju brzine, već o njegovom tehničkom ograničenju. U praksi bi to značilo da postoji telo za homologaciju koje bi sve trotinete čija je konstruktivna brzina veća od 45 km/h, koji se prodaju na tržištu u Srbiji, kao i one koji se uvezu mahanički ograničilo na 45 km/h, što svakako povećava njihovu cenu koštanja. Ali je ovo jedini način da bi trotinet, prilikom registracije imao status mopeda. Da li smo obespravili one koji ne žele da im se ugradi limitator već prihvataju da njihov trotinet ima status motocikla. Drugi pristup je da se električni trotinet ne podvodi pod grupu niti mopeda niti motocikla, već da se definiše zasebno, naprosto trotinet na električni pogon.

Ukoliko se predvidi da se trotineti kreću kolovozom njihova brzina bi morala da bude ograničena na 8 ili više km/h. Nismo pomenuli ograničenje na 6 km/h, zato što smatramo da bi to bilo obezvređivanje korišćenja trotineta, obzirom da je to brzina kojom se kreće pešak, a korisnik trotineta bi svakako da se kreće nalo brže.

S druge strane, ukoliko se ograniči brzina kretanja, nejasno je ko će i na koji način da kontroliše vozače trotineta da li poštuju ograničenje brzine do šest, sedam ili osam kilometara na sat? Kako će da uhvate nekog ko prekorači brzinu ako trotineti nemaju registarsku oznaku? Zašto bicikl po zakonu ne sme na trotoar, a trotinet sme? Zašto ne propisati uslove pod kojima se trotinet može kretati i kolovozom, obzirom da na svim putevima ili ulicama nema trotoara ni biciklističke staze? Šta će se dogoditi ako se neko sa brzinom od 80 km/h kreće trotoarom i udari pešaka. Velika je verovatnoća da će to biti uzajamna povreda, vrlo lako i sa smrtnim ishodom. Sve su to pitanja koja traže odgovor u vidu zakona.

Kada se navedene dileme reše i definišu, treba da se definišu uslovi koje električni trotinet i onaj ko sa njim upravlja treba da ispuni da bi bio učesnik u saobraćaju, a to su pre svega svetlosna signalizacija i zaštitna oprema.

Sledeća dva problema koje terba defebnisati, kako bi električni trotinet po Zakonu o bezbednosti saobraćaju imao ravnoparavan tretman su:

- Identifikacija električnog trotineta kao prevoznog sredstva
- Ko ima pravo da upravlja električnim trotinetom i pod kojim uslovima
- Osiguranje od odgovornosti prema trećim licima (autoodgovornosti)

Ukoliko bi se sva navedena otvorena pitanja uredila zakonom, da bi se ista mogla sprovesti u praksi potrebno je da postoji identifikacija električnog trotineta kao učesnika u saobraćaju. Da bi se to sprovelo potrebno je da se električni trotineta registruje i da ima registarsku tablicu. Sama kontrola tehničke ispravnosti i period u kojem je istu potrebu proverati bi se primereno utvrdila.

Sledeće što je potrebno je da se definiše ko ima pravo da upravlja električnim trotineta, od koje starosne dobi i da li je potrebno da ima vozačku dozvolu. U ovom slučaju je najbitnije odrediti donju starosnu granicu, koja bi bila optimalna za mlade naraštaje. Vozačka dozvolabi, mislimo trebalo da bude obavezna. Korisnik električnog trotineta je učesnik u saobraćaju i morao bi da poznaje saobraćajne propise.

Treća stvar je osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe motornog vozila, odnosno osiguranje od odgovornosti prema trećima licima. S obzirom da će električni trotineta, predpostavljamo, nakon usvajanja izmena Zakona o bezbednosti u saobraćaju postati ravnopravan učesnik u saobraćaju, kao i svi ostali učesnici moraće da ima obavezno osiguranje od autoodgovornosti, kako bi u slučaju saobraćajne nezgode oštećeno treće lice imalo pravo na adekvatnu naknadu za pretrpljenu štetu. Na ovaj način bi se ova obaveza sa Garantnog fonda prenela na društvo za osiguranje.

Da li se u sklopu postojećih uslova i tarifa obaveznog osiguranja od autoodgovornosti može zaključiti polisa obaveznog osiguranja od odgovornosti električnog trotineta? Na ovo pitanje odgovaramo potvrdno i slažemo se sa onim autorima, koji tvrde da nije potrebno menjati propise o obaveznom osiguranju u saobraćaju.

Utvrdili smo da električni trotineta jeste motorno vozilo. Njegove tehničke karakteristike ga svrstavaju u kategoriju mopeda ili motocikla. Po važećem tarifnom sistemu postoji mogućnost obaveznog osiguranja i mopeda i motocikla. Troškovi osiguranja elektro trotineta kao mopeda bi iznosili oko 1.400,00 dinara, a troškovi registracije do 4.500,00 dinara (računajući saobraćajnu dozvolu i tablice). Smatramo da ovo nisu preveliki izdaci da se električni trotineta koa prevozno sredstvo uvede u zakonski okvir.

Smatramo da upotreba električnog bicikla na putevima također nije definisana, obzirom da su njene prvobitne tehničke karakteristike izmenjene ugradnjom električnog pogona.

7. Zaključak

Električni trotineta jeste novo prevozno sredstvo koje polako ali sigurno osvaja svet. Popularan je među mladima, a koristan je zbog svoje praktičnosti, ekonomičnosti i efikasnosti. Spada u vrstu prevoznih sredstava koji svojom upotrebom ne zagađuju životnu sredinu, što je veoma korisno. Nisu mu potrebni punjači na javni mestima kao za elektro automobile, pošto ga vlasnici vrlo lako

unesu u stan ili kancelariju i priljuče na punjač. U nekim zemljama kao što su: Francuska, Belgija, Holandija, pa u novije vreme i Srbija uveliko se razvila usluga iznajmljivanja trotineta.

Nažalost danas imamo situaciju da je u većini zemalja, među kojima je i Srbija, korišćenje električnog trotineta još uvek van zakona, što znači da se ne bi smeli koristiti, a oni ne samo da se koriste nego se već i razvio posao usluge iznajmljivanja istih.

Ovo su dovoljni razlozi da se konačno izvrši izmena Zakona o bezbednosti u saobraćaju i odrede norme po kojima električni trotinet može da učestvuje u saobraćaju kao prevozno sredstvo.

Svi navodi u ovom radu, kao i radovi drugih autora, nedvosmisleno upućuju na zaključak da električni trotinet po važećim zakonima jeste motorno vozilo. Prema postojećem Zakonu o bezbednosti u saobraćaju električni trotineta se mogu svrstati u grupu mopeda ili motocikala. Da li ga svrstati u grupu mopeda ili motocikala, to zavisi od njegovih tehničkih karakteristika. Samo svrstavanje u grupu mopeda ili motocikala definiše i ostale obaveze, kao što su pitanje upravljanja, registracije i osiguranja od odgovornosti.

S obzirom da je električni trotinet motorno vozilo proističe i obaveza vlasnika da zaključi osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe istog. Da bi se zaključilo osiguranje od odgovornosti ne postoji pravna praznina u važećim zakonima Republike Srbije u pogledu osiguranja električnih trotineta. Nije potrebno menjati propise o obaveznom osiguranju u saobraćaju, kao ni donositi posebna pravila za osiguranje električnih trotineta. Pravna pitanja u vezi sa osiguranjem električnih trotineta i nadoknadom štete prouzrokovane njihovom upotrebom, mogu se rešiti tumačenjem važećih propisa.

Svako prevozno sredstvo, uključujući i električni trotinet, predstavlja opasnost od oštećenja, odnosno opasnu stvar. Mogućnost nanošenja štete otvara pitanje obaveze vlasnika električnih trotineta da zaključe osiguranje od autoodgovornosti.

U slučaju saobraćajne nezgode i nanošenja štete trećem licu, ukoliko ne postoji osiguranje od odgovornosti električni trotinet, obzirom da nedvojbeno ima status motornog vozila tretiraće se kao neosigurano vozilo u saobraćaju. U ovom slučaju oštećenik ima pravo da potražuje naknadu štete od Garantnog fonda. Obavezu Garantnog fonda ne isključuje činjenica da Zakonom o bezbednosti u saobraćaju nije regulisano učešće električnog trotineta u saobraćaju. Odlučujuće je da se na osnovu postojećih zakonskih propisa nedvosmisleno može utvrditi da električni trotinet jeste motorno vozilo.

Na osnovu svih navoda rezultira obaveza nadležnih organa Republike Srbije da se upotreba električnih trotineta iz „sive“ zone što pre premesti u zakonske okvire, odnosno da se Zakonom definiše njihovo učešće u saobraćaju.

* * *

***LEGAL DEFINITION OF ELECTRIC SCOOTERS
AS A MEANS OF TRANSPORT IN REPUBLIC OF SERBIA***

Summary

The aim of this title is to point out to the problem of the usage of electric scooters in public transport. Since the usage of this means of transport is not legally defined, it can be considered almost illegal.

Neither the vehicle itself nor its position in public transport is legally defined. The path it uses, the maximum speed, the people who can control it, are just some of the elements that have to be defined.

A special problem is liability insurance for the damage that it can cause to the other participants in transport. Since there is no liability insurance, any possible damage that can be caused by the drivers of these vehicles is responsibility of the fund.

Keywords: electric scooter, motor vehicle, liability, compulsory insurance.

Maria Bakonyi*
Ferenc David**

LAŽNI UNUCI – TZV. „UNUČKE PREVARE“ U MAĐARSKOJ

Apstrakt

U radu je ukazano na pojedine oblike prevara, koje dovode do štete u imovini (pokretnoj i nepokretnoj) starijih, uglavnom bogatijih ljudi u Budimpešti, ali i širom Mađarske. Kriminalci uvek pronalaze nove metode kako da putem prara pribave sebi imovinu na štetu različitih grupa lica. Oblik prevare o kojem je reč u ovom radu je poznat pod nazivom „unučke prevare“, a takvih slučajeva sasvim sigurno ima i u drugim državama. Šteta koja se u tim prevarama pouzrokuje oštećenima po pravilu se ne može nadoknaditi.

***Ključne reči:** prevara, vrednost izvršenja, lica ograničeno sposobna da prepoznaju ili odbiju krivično delo usled starosti.*

1. Uvod

Kriminalni krugovi koji su se organizovali radi obmanjivanja starijih lica i prilikom izvršenja krivičnih dela unučke prevare primenjuju istovetne metode.

Suština ovog pomodnog oblika prevare koji se tek nedavno rasprostranio je da se vremešniji oštećeni koji imaju „unuke“ nazovu na fiksni kućni telefonski broj, kojom prilikom vinovnici saopštavaju starijoj osobi da mu se „unuk“ našao u problemu: da je imao dugove pa je zato otet, ili da je izazvao nesreću kojom je nastala pozamašna šteta i ukoliko deda ili baba ne plate štetu, oteti unuk će biti ubijen, ili će ga odvesti u inostranstvo i tada ga više nikad neće videti. Poziv oštećenima starije dobi upućuje jedan od članova organizacije i prilikom razgovora se predstavi ili kao da je on unuk oštećenog ili da je njegov rođak.

Unuk ili „lažni rođak“, da bi izbegao neposredan susret, ubedi oštećenog da on lično ne može da dođe po novac, nego da će poslati jednog svog poznanika. Nakon toga, na kućnu adresu starijih ljudi se upućuje kurir koji preuzima novac ili nakit.

* Doktor pravnih nauka, javni tužilac, Glavnogradsko Javno Tužilaštvo (Fővárosi Főügyészség) Budimpešta, Mađarska, e-mail: bakonyimaria21@gmail.com

** Doktor pravnih nauka Univerzitet u Pečuju, Fakultet za nauku o državi i pravo, Katedra za krivično pravo, predavač, e-mail: david.ferenc@pte.hu

Međutim, u novije vreme kriminalci pokušavaju da navedu starije ljude čak i na to da određenu sumu pošalju preko poznate mreže za slanje novca – najčešće na inostrani – broj bankovnog računa. Ako oštećeni nije u mogućnosti da to uradi od kuće, na njegovu adresu stanovanja će uputiti taksi vozilo, koje će ga odvesti na mesto na kom može da izvrši transfer novca. Bilo je i takvih slučajeva kada su tražili da se izdiktiraju podaci o platnoj kartici, onda se obave razne onlajn transakcije i time nanese pozamašna šteta oštećenom.

U vezi sa ovakvim slučajevima postavilo se pitanje pravnog tumačenja da li se oštećeni, imajući u vidu njihovu starosnu dob mogu smatrati licima koja su ograničeno sposobna da prepoznaju ili odbiju krivično delo, s obzirom da se tim licima prouzrokuje šteta (i kakve su njihove mogućnosti u postupcima naknade štete).

2. Pravno regulisanje prevare u Mađarskoj – od početka do današnjih dana

Prvo kažnjavanje prevarnih radnji, kao najraznovrsnijih zloupotreba uvedeno je rasuto i nedosljedno u naše pisane pravne izvore još u srednjem veku. Zajednička karakteristika im je bila da se kao središnji cilj uvek pojavljivalo uvećanje imovine stečeno na neki prevaran način.

Formiran je i jedan „opšti” pojam prevare, „*crimen stellionatus*”, odnosno zlodelo varanja, pod koje spadaju „svi oni oblici prevare, koji u našem zakonu nemaju posebna imena”, a usled kojih „drugi, putem lukavo prouzrokovane omaške ili njenom zloupotrebom pretrpe štetu u svojoj imovini ili nekom svom drugom pravu”. Ako tražimo zajedničke karakteristike srednjovekovnih prevara, jasno se uočava da su delikti, naročito u početnoj fazi – po svojoj prilici zbog odlučujuće uloge feuda – karakteristično bili usmereni na prevarno sticanje, povećanje ili protivpravno zadržavanje nepokretnosti, „ležećeg blaga”.¹

Prvi mađarski krivični zakonik (poznatiji kao Kodeks Čemegi)² je s jedne strane jasno razdvojio radnje falsifikovanja od prevare, a s druge strane limitirao činjenja koja se mogu svrstati pod prevaru. Pored „opšte” prevare koja u grubim crtama odgovara današnjem poimanju, ali je užeg značenja (prouzrokovanje štete *zlonamernom prevarom* radi sticanja materijalne koristi), kažnjavao je i prevaru u osiguranju, prevaru kod zajma i zelenašenje sa maloletnikom i štićenikom. Biće krivičnog dela je izmenjeno samo u tom smislu da od 1908, godine umesto prvenstvene „lukave prevarne radnje” stoji samo „prevarna radnja”.

Prema § 382. Kodeksa Čemegi: „nezavisno od visine prouzrokovane štete (...) prevara je, ako je tu radnju izvršilo lice uništavanjem ili oštećenjem svoje osigurane imovine.” Uticaj dogmatskog sistema i samog duha Kodeksa Čemegi se oseća i u krivičnopravnom sistemu današnjice, ali se on istovremeno suočavao i sa brojnim nedostacima.

¹ T. Pauler, *Büntetőjogtan II*, Budapest 1873, 260.

² Zakon broj IV iz 1878. godine – prvi mađarski Krivični zakonik.

Do njegovih prvih značajnijih izmena i dopuna došlo je tridesetak godina nakon njegovog stupanja na snagu, kada je doneta Artikula XXXIV. iz 1908. godine, Novela Krivičnog zakona broj I. Usvajanje zakona je dovelo i do promena u zakonskoj definiciji krivičnog dela prevare. Odredbama Kodeksa Čemegi je praksa i struka zamerala sledeće: 1.) izraz „lukava prevarna radnja”, 2.) identitet lica dovedenog u zabludu i oštećenog lica, 3.) lakši oblici kod prevare i nekažnjivost pokušaja.³ Opis je promenjen samo u delu da je od 1908. godine „lukava prevarna radnja” zamenjena „prevarnom radnjom”, zatim, protivpravno pribavljanje materijalnog dobitka se moglo ticati ne samo na izvršioca, već i nekog drugog lica, a kažnjavao i onaj slučaj kada šteta nije nastala kod lica dovedenog u zabludu nego i kod drugog.⁴

Prevarne radnje u periodu između dva svetska rata – prema Andalu – činjene su u vezi sa prodajom i kupovinom robe, podizanjem kaucije, simuliranjem sposobnosti i spremnosti za izvršenje, dovođenjem u zabludu partnera i vlastodavca, prilikom lažnih igara davanjem obećanja za brak, nadrilekarstvom, simuliranjem provale, odnosno dovođenjem vlasti i javnih institucija u zabludu. Pored navedenog, karakterističnu i posebno ispitivanu kategoriju su predstavljale prevare činjene zloupotrebom isprava.

Zakon broj V. iz 1961. godine je prividno dodatno proširio krug mogućih prevara jer je iz opisa bića krivičnog dela izostavio načine izvršenja. Prema obrazloženju zakonodavca, „na vagi krivičnog prava u socijalističkom sistemu je bezuslovno društveno opasno i zaslužuje kažnjavanje svako ponašanje koje je usmereno na sticanje prihoda bez rada na osnovu tuđe greške, na tuđu štetu, bez obzira na način na koji se ova greška zloupotrebi radi postizanja parazitskih ciljeva.” Zakon broj V. iz 1961. godine koji je usvojen nakon Drugog svetskog rata je u odnosu na krivična dela protiv imovine razlikovao dva oblika svojine i ova diferencijacija je bila skopčana i sa različitim značajem. Krivična dela koja su bila usmerena protiv društvene imovine su tretirana kao teži oblici u odnosu na slična krivična dela izvršena protiv imovinskih dobara privatnih lica.

Prevare koje su karakteristične za naredni period od deceniju i po se, posmatrane iz današnje perspektive, čine beznačajnim i prema tadašnjoj terminologiji su to uglavnom bila dela protiv društvene imovine: prevare sa gorivom, prevare radne zajednice ili prevare sa platama, a ponekad produžena krivična dela obično sastavljena od lakših pojedinačnih dela koja su činjena iskorišćavanjem inercije državne birokratije.

Zakon broj IV iz 1978. godine nije doneo ništa novo u pogledu pravnog regulisanja prevare, ali je od kraja 80-ih godina kriminalizacija nekih posebnih

³ S. Madai, *A csalás büntetőjogi értékelése*, HVG-Orac Lap-és Könyvkiadó Kft, Budapest 2011, 48-49.

⁴ M. Tóth, *A csalás formáinak és büntetőjogi értékelésének változásai*, Belügyi Szemle 2001, 4-5. szám 5.

oblika prevarnih radnji ponovo postala karakteristična tendencija. Postale su tipične prevare sa subvencijama u cilju prevarnog pribavljanja raznih pogodnosti, oslobađanja ili dotacija, često veoma visoke svote uzastopno iskamčene lažnim obećanjem visokih kamata, piramidalne igre koje su na početku bile direktne, a kasnije pokušane da budu prikrivene nekom agencijsko-trgovinskom delatnošću, robni i kapitalni krediti podignuti pa nestali preko prikriivenih privrednih delatnosti, „privatizacija” državne svojine ili svojine društava putem komplikovanih i teško prativih transakcija (čiji se elementi pojedinačno posmatrano često čine zakonitim, ali su u celosti ipak protivpravni). Zakon broj IV. iz 1978. godine je u potpunosti preuzeo zakonski opis krivičnog dela prevare u KZ-u iz 1961. godine.

Taj opis je ponovljen i u sadašnjem Zakonu broj C. iz 2012. godine, koji prevaru reguliše među krivičnim delima protiv imovine i prema kojem „ko radi protivpravnog sticanja materijalne koristi drugo lice dovede u zabludu ili drži u zabludi, a time prouzrokuje štetu, kazniće⁵ se u zavisnosti od visine prouzrokovane štete.”⁶

Do danas su se pojavili razni i sve prefinjeniji oblici prevare, kojim pogodno tle obezbeđuje takoreći potpuno odsustvo privrednog morala, samovoljno krivo tumačenje načela da je „sve dozvoljeno što zakon ne zabranjuje”, stalno kašnjenje države sa pravnim regulisanjem i kontrolom ili činjenica da se „pravne praznine” iznova stvaraju, odnosno da se na njih poziva.

U odnosu na Kodeks Čemegi, iz zakonskog opisa krivičnog dela prevare je kod kasnijih krivičnih zakonika izostala „lukava prevarna radnja”, odnosno „prevarna radnja”. Naime zakonodavac je procenio da se prevara može izvršiti bilo kojim običnim dovođenjem u zabludu. Takođe je ispušteno pozivanje na protivpravno pribavljanje koristi „za sebe ili za drugoga”, ali to još ne znači meritornu promenu u sudskoj praksi, jer se ovaj stav i dalje primenjuje.⁷

Kod ovog krivičnog dela predmet pravne zaštite je imovinsko pravo koje može da potiče kako iz prava svojine, tako i iz obligacionog odnosa. Predmet izvršenja krivičnog dela je neki (pokretan, nepokretan) imovinski predmet ili bilo koji aktivan ili pasivan imovinskopravni odnos.

3. Prouzrokovanje štete prevarom

Još i danas uporno opstaje mišljenje, pre svega među laicima, mada nekad dovodeći u iskušenje i pravnike, prema kojem centralni element prevare

⁵ Mađarski Krivični zakon broj C iz 2012. godine, § 373. stav 1.

⁶ Prevarom je prouzrokovana manja šteta ako je šteta 50.001-500.000 forinti, veća šteta ako je šteta 500.001-5.000.000 forinti, značajna šteta ako je šteta 5.000.001-50.000.000 forinti, a naročito velika šteta ako je šteta iznad 50.000.001 forinti.

⁷ S. Madai, 48-49.

predstavlja protivpravno prouzrokovanje štete. Jasno je, ili bi bar trebalo da bude jasno da je šteta neizostavan element kod svršenih prevara, ali prouzrokovanje štete samo po sebi proizvodi samo privatnopravnu obligaciju: ko prouzrokuje štetu drugome, dužan je i da je nadoknadi. Ovakve obligacije postaju prevare ako se može dokazati da prilikom sklapanja posla dužnik već unapred nije imao nameru da ispuni svoju obavezu, ili da je znao da neće biti u mogućnosti da je ispuni.

Ovo naravno podrazumeva dokazivanje svesnih elemenata, a kao što je opšte poznato, to je uvek veoma teško. Međutim, sumnju na prevaru mogu često da potkrepe i objektivne okolnosti: npr. ako neko za kraće vreme napušta već treći hotel kroz zadnji ulaz bez plaćanja; ako je beznadežno zadužen, ali tvrdi da je kreditno sposoban i podiže nove i nove kredite; ako oglašava (ili čak i pruži) neku uslugu pa u svojoj ponudi u svoju korist prećuti ili iskrivi neku okolnost koja je bitna za uslugu ili za protivuslugu – tada osnovano možemo da dođemo do zaključka o postojanju namere koja je potreba kod ovog krivičnog dela, te odlučujući element prevare nije nastanak štete, već *obmanjivanje, dovođenje u zabludu ili držanje u zabludi partnera*.

Prevara je bez sumnje krivično delo koje se sastoji iz dva segmenta: s jedne strane je ono povezano sa prevarnom radnjom izvršioca, a s druge strane prouzrokovanje štete treba da bude protivpravno.

Ovo naravno podrazumeva dokazivanje svesnih elemenata, a kao što je opšte poznato, to je uvek veoma teško. Međutim, sumnju na prevaru mogu često da potkrepe i objektivne okolnosti (...). Dakle, iz ovog se može zaključiti da nastanak štete ne predstavlja odlučujući element prevare, već je to obmanjivanje, dovođenje u zabludu ili održavanje partnera u zabludi⁸ što može biti i neko sasvim jednostavno, lako prepoznatljivo ponašanje. Ono samo mora da bude takvo da dovede do prouzrokovanja štete u odnosu na ličnost oštećenog. Iz tog aspekta je nebitna neopreznost oštećenog, nemarno ponašanje i njegova naivnost.⁹

Da se malo podrobnije osvrnemo na dovođenje u zabludu: u takvim slučajevima izvršilac predstavlja neistinu kao istinu, te se kao rezultat toga u svesti obmanutog lica stvaraju pogrešne slike. Dovođenje u zabludu samo mora da bude takvo da dovede do prouzrokovanja štete u odnosu na ličnost oštećenog. Kod dovođenja u zabludu može biti reči samo o *aktivnom činjenju*.

Održavanje u zabludi je neotklanjanje ili potvrđivanje neke zablude koja je nezavisna od činjenja izvršioca, a to je pasivno ponašanje čija je suština da izvršilac propušta da licu u zabludi rasvetli činjenice. Ova pasivnost se međutim može smatrati prevarom samo ako rasvetljavanje predstavlja zakonsku

⁸ M. Tóth, 8.

⁹ Dr. J. Akác, *Magyar Büntetőjog Kommentár a gyakorlat számára* 3. kiadás XXXIV. fejezet HVG-Orac Lap-és Könyvkiadó, Budapest 2016, 1405.

obavezu izvršioca. Pravna obaveza se može zasnivati na radnom odnosu, administrativnom pravnom odnosu, ugovoru. U nedostatku zakonske obaveze, propuštanjem rasvetljavanja može doći do protivpravnog otuđenja.

Dva načina ponašanja zavise od karaktera pravnog posla koji je predmet prevare i može da se utvrdi na osnovu činjeničnog stanja u datom slučaju. Nije neophodno da dovođenje u zabludu, odnosno održavanje u zabludi obuhvati ceo pravni posao, dovoljno je da se ponašanje odnosi na bitne okolnosti posla.¹⁰

4. Najnoviji oblik prevarnih radnji: Prevara od strane „unuča”

Pitanje je kako se može definisati, kada i u kom obliku je tzv. „unučka prevara” dospela među prevare. Originalan metod se može povezati sa oštećenima koji su usled svoje starosne dobi samo ograničeno sposobni da prepoznaju prevarne radnje. Počinioци su se prethodno s nekim razlogom ili simulirajući pružanje neke usluge, tako naročito npr. premeravanje parcele, očitavanje strujnog brojila, prodaja ogreva, ... približili svojim žrtvama, pa su ih oštetili iskoristivši njihovo starosno doba.

Serije ovakvih prevara su privukle pažnju društva i medija na prelasku iz prošlog u ovaj vek, kada su „beskrupulozne kriminalce koji su prevarili starije ljude zloupotrebivši njihovu dobronamernost i neobazrivost” u stručnom žargonu istražnih organa nazvali „hijenama.”¹¹

Mada su među prevarnim metodama u 21. veku sve zastupljenije elektronske, onlajn ili zloupotrebe putem lova na podatke, tradicionalna sredstva su, kao što je naročito telefon, i dalje sačuvala svoje istaknuto mesto. Širenjem mobilnih telefona i potiskivanjem telefonskih imenika u zapećak fiksni telefoni se sve više vezuju za starije generacije. Izbor oštećenog se već na samom početku zasniva na običnom metodu „lova”: počinilac je na osnovu gradskih telefonskih imenika pozivao isključivo žene, kod kojih je ispred njihovog prezimena stajao skraćeni prefiks za označavanje „udovice”. Pošto se sa starenjem kvari i čovekov sluh, razgovor koji je počinilac započeo sa pozdravom „ćao, bako” je već bio rešen kada je unuk oštećene po krštenom imenu oslovio telefonsku sagovornicu. Na osnovu ovakve jednostavne formule se rasprostranila „unučka prevara”, prilikom koje je počinilac različitim pričama tražio pomoć od starijeg oštećenog i molio da zbog njega preda trećem licu jednu određenu svotu novca ili neku drugu dragocenost.

Bilo je i takvih slučajeva kada su zapodenući razgovori sa starijim ženama na autobuskim stajalištima, sa pitanjima o porodičnim prilikama, mestu stanovanja, ima li dece, odnosno unučadi. A starije žene koje žive same

¹⁰ E. Belovics, G. Molnár, P. Sinku, *Büntetőjog II. Különös Rész*, „Hetedik hatályosított kiadás”, HVG- Orac Lap- és Könyvkiadó Kft, Budapest 2019, 714.

¹¹ Gy. Halmos, „Mama, kérlek, segíts!” *Napló*, 2010. augusztus 14, 1.

su govorljive, pa tokom razgovora saopštavaju i svoj broj fiksnog telefona u nadi da će „s nekim” ubuduće moći da pričaju.

„Unučka prevara” se može svrstati među prevare izvršene telefonom. To podrazumeva svaki metod kod koga počinioc sa potencijalnom žrtvom komunicira putem telefona i nastoji da od njega pribavi izvesnu sumu novca. Prednost ovog metoda je u tome da ne iziskuje lični susret sa oštećenim, nije bitan izgled, fizičke karakteristike i pojava, potrebna je samo odgovarajuća lična komunikacija, koja kod oštećenog može da izazove poverenje.¹² Pošto se oštećeni prvenstveno može osloniti na svoj sluh, a usled oslabljenog sluha starija generacija može dospeti u nepovoljan položaj, dovođenje i držanje u zabludi starijih ljudi je bitno jednostavnije, dok se prouzrokovanje štete koja je potrebna za sticanje bespravne materijalne koristi zasniva na odgovornosti i poverenju kod starijih ljudi prema pretpostavljenom članu njihove porodice.

Brojčana promena je u Mađarskoj prvi put zabeležena 2010. godine, kada se broj krivičnih dela izvršenih protiv starijih lica iznad 60 godina sa 36 717 za godinu dana povećao za četvrtinu i to na 46 735.¹³ Mada je među krivičnim delima bilo i krađa, provala pomoću trikova, pljački i prevara, među načinima obmanjivanja su postali sve zastupljeniji oni slučajevi u kojima nije bio neminovan i susret žrtve i počinioca. Ako među okončanim istragama po krivičnim delima izvršenim protiv starijih lica iznad 60 godina posmatramo isključivo prevare, posle gore pomenutog perioda, od januara 2009. do juna 2018. godine, 26 598 oštećenih su bile žrtve prevare, a od krivičnih dela izvršenih protiv starijih ljudi čiji je prosečan broj u navedenom periodu godišnje 2600, skoro polovina se vezuje za Budimpeštu. Na osnovu raspoloživih podataka od jula 2018. godine do danas u 12 073 okončanih istraga su žrtve prevare bile starije osobe iznad 60 godina. To je značilo već 4000 oštećenih starijih lica godišnje, što predstavlja povećanje od 15% u odnosu na prosek iz prethodne dekade. Osim toga, jedva da se trećina krivičnih dela mogla povezati sa Budimpeštom, a u skoro dve trećine su oštećene bile žene, ukupno 7272.¹⁴ Pošto se ne vodi posebna evidencija, iz gore pomenutih podataka se ne mogu izdvojiti „unučke prevare”, ali se može konstatovati brojčano povećanje žrtava prevare, proširenje izvršenja dela na šire područje zemlje, kao i to da među žrtvama iznad 60 godina starosti većinu čine žene.¹⁵

¹² F. Sántha, „A telefonon, illetve a telemarketing útján elkövetett csalások jellemző vonásai”. *Publicationes Universitatis Miskolcincensis Sectio Juridica et Politica*, Tomus XXXVII/2., 2019, 253-254, 258.

¹³ Á. Győr, „Idősekre szakosodó tolvajok. Elterjedtek az „unokás” csalások” *Magyar Nemzet*, 2011, március 7, 17.

¹⁴ Lásd, Belügyminisztérium Bűnügyi Statisztikai Rendszer, link: <https://bsr-sp.bm.hu>, datum pristupa 25. 06. 2022.

¹⁵ Á. Győr, 17.

5. Sudska praksa iz Mađarske

U predmetu koji ćemo prikazati bilo je 218 oštećenih, svi su stanovnici Budimpešte.

Od svih oštećenih 110 njih živelo je u II kvartu u Budimu, ali se ne može zanemariti ni broj onih iz I i XII kvarta, koji se takođe nalaze u Budimu. Ova činjenica je važna jer su to kvartovi opštepoznati po tome da tu žive „bogatiji“.

U dva slučaja je visina štete izvršenja bila između 5.000.001,- forinte i 50.000.000 forinti, koje vrednosti su i predate počiniocima, ali prilikom njihovog hapšenja tog novca više nije bilo, i mada je sud obavezao osuđene prevarante na naknadu štete, pitanje je da li će do toga ikada i doći. U 46 slučajeva je visina štete bila između 500.001,- forinte i 5.000.000,- forinti, u 58 slučajeva su prevaranti tražili iznose između 50.001 i 500.000,- forinti, dok je u preostalim slučajevima vrednost izvršenja bila ispod 50.000,- forinti.

U tom slučaju model postupanja optuženog u pogledu činjeničnog stanja je bilo sledeće:

Optuženi I reda je lišen slobode u drugom krivičnom postupku, nezavisno od postupka o kome je reč u konkretnom slučaju, usled čega je dospao u Kaznenu ustanovu i zatvor u Marijanostri, gde je ćeliju delio sa optuženim IV reda. Nakon toga je optuženi I reda premešten u Ustanovu za izvršenje sankcija u glavnom gradu, pa u Državnu ustanovu za izvršenje sankcija u Tisaleki, gde je ćeliju delio sa optuženim X reda.

Optuženi I reda je tokom boravka u ustanovama za izvršenje sankcija – uglavnom u večernjim i noćnim satima i u zoru – sa različitih brojeva mobilnih telefona (koje su mu prilikom poseta prokrijumčarili) pozivao fiksne telefonske brojeve većinom starijih oštećenih, i tada se uplakanim, očajnim glasom predstavio kao rođak (sin, unuk, zet) oštećenog, rekao da je dospao u nevolju, da ga na nepoznatom mestu zlostavljaju neki Albanci i zahtevaju određenu sumu da bi ga pustili na slobodu. Ukoliko ga je oštećeni saslušao, optuženi I reda ga je molio da sakupi što više gotovine, zlatan nakit ili druge dragocenosti, ali da nikome, odnosno ni policiji ne govori ništa, jer će ga onda izvesti iz zemlje i više nikad neće biti pronađen. Prilikom poziva je optuženi I reda od oštećenog zatražio i jedan broj mobilnog telefona, pomoću koga će optuženi I reda saopštavati oštećenom trasu koja će ga odvesti do mesta predaje dragocenosti.

Ukoliko je optuženi I reda uspeo da dovede oštećenog u zabludu, optuženi I reda mu je davao instrukcije i usmerio ga ka mestu određenom za predaju dragocenosti gde je trebalo da dođe putničkim automobilom ili – u nekim slučajevima – taksi vozilom taksi udruženja kojeg je optuženi I reda preporučio. Tamo mu je rečeno da izvrši predaju licu kojeg je za određenu naknadu angažovao optuženi I reda, ili je oštećeni trebalo da ostavi dragocenosti na određenom mestu (trotoar, kanta za otpatke).

U realizaciji tih postupaka optuženom I reda je uvek pomagala najmanje jedna osoba izvan ustanove za izvršenje sankcija, koju je on angažovao, i to na taj način što je ta osoba optuženom u ustanovu doturala mobilne telefone, SIM kartice, telefonske brojeve potencijalnih oštećenih, pa pratila i nadzirala eventualno obmanutog oštećenog tokom izvršenja radnji, preuzimala ili pribavljala vrednosne predmete i na kraju ih dostavljala licu koje je optuženi I reda odredio. Pomagač je u svakom slučaju imao saznanja o tome da li je oštećeni, koga je optuženi I reda doveo u zabludu, predao ili ostavio na određenom mestu dragocenosti, jer je uglavnom iz njih dobijao svoj udeo za asistenciju.

Prikazaćemo i jedan konkretan slučaj:

Oštećenu koja je imala 69 godina je dana 18. decembra 2016. godine u njenom stanu u Budimu oko 22 sata i 40 minuta na fiksni telefonski broj nazvao optuženi I reda i tvrdio da je on njen sin (Zoltan), ispričao prethodnu priču i zatražio prvo 60.000 evra (18.745.800,- forinti), a zatim još 24.000.000 forinti. Oštećena je probudila supruga, kome je optuženi I reda ponovio priču. Optuženi I reda je rekao da su mu oduzeli telefon i priključili telefon na kompjuter kako bi kontrolisali njegove pozive, pa da ga zato ne zovu na taj broj. Oštećeni su sakupili 18 miliona forinti, što je prema uputstvima oštećenog I reda trebalo odneti u Kebanju, pa su tako oštećeni oko 23 sata i 30 minuta svojim putničkim vozilom krenuli s novcem, pri čemu su putem mobilnog telefona već bili na stalnoj vezi sa optuženim I reda. Usput ih je optuženi I reda instruisao da odu u IV kvart, u Rakošpalotu do broja 125. na putu Foti, gde iz vozila treba da izađe samo ženski član bračnog para i da preda novac njegovom najboljem drugu Laslu Totu koji stiže taksijem i koji je već isplatio 2 miliona forinti na ime otkupnine. Kada su stigli na zadatu adresu optuženi IV reda je prišao ženskom članu oštećenog bračnog para i preuzeo od nje gotovinu u iznosu od 18 miliona forinti. Nakon toga su se oštećeni vratili kući, kada je oko 3 sata optuženi I reda ponovo telefonirao i saopštio da su ga pustili na slobodu, ali da će zbog povreda otići u bolnicu. U jutarnjim satima su oštećeni nazvali svog sina, koji im je rekao da mu se ustvari nije ništa desilo. Šteta nastala ovim krivičnim delom iznosi 18 miliona forinti, koja nije nadoknađena.

Među slučajevima bilo je i takvih u kojima nije došlo do određivanja potrebne svote: optuženi I reda je preko telefona rekao da je potrebno da se licima koja su ga zarobila predaju *sve vrednosne stvari i gotovina* koja se nalazi kod kuće, jer će ga u suprotnom ubiti. Deda je tada spakovao srebrni pribor za jelo, zlatan nakit, antičku futrolu za sat i saopštio da na svom bankovnom računu ima 500.000,- forinti. Optuženi I reda mu je tada rekao da sutradan sa bankovnog računa podigne novac i odnese ga na mesto koje će on kasnije saopštiti.

U drugom slučaju oštećeni od kojeg je optuženi I reda zahtevao 1 milion forinti je kazao da ima 600.000,- forinti i 1.200 evra, ali je optuženi od njega tražio još više, pa je oštećeni ponudio svoj zlatni pečatni prsten i jedan par zlatnih naušnica.

U ova dva slučaja je vrednost štete prouzrokovane prevarom utvrđena u visini od 500.001,- forinte do 5.000.000,- forinti.

Bilo je i slučajeva gde su oštećeni u toku kontakta sa optuženim I reda posumnjali, pa su radnje optuženog ostale u pokušaju, što proizilazi iz sledećih slučajeva koje predstavljamo:

U jednom slučaju je optuženi I reda od jednog oštećenog zahtevao 20 miliona forinti, koji mu je saopštio da nema toliko novaca, pa može da punudi samo putničko vozilo tipa Nisan Almera staro 10 godina, odnosno slike, skulpturu i porcelan. Oštećeni je tokom razgovora zapazio da mu se sin ne seća dragocenosti koje imaju u kući, što mu je postalo sumnjivo, pa je zamolio svoju suprugu da nazove njihovog sina, koji je rekao da je dobro, da ga ne drže u zatočeništvu. Ovde je radnja ostala u fazi pokušaja.

U drugom slučaju je do raskrinkavanja došlo tako što se nakon sakupljanja i stavljanja u koverat sve gotovine koja se nalazila u kući telefonska veza više puta prekidala, pa je oštećena nazvala svog sina da ga pita gde to treba da se odnese novac. Sin oštećene nije razumeo o čemu njegova majka priča, zbog toga je otišao kod nje i tada shvatio da je njegova majka zamalo postala žrtva prevare.

6. Prevarne radnje protiv lica koja su usled starosnog doba ili invaliditeta ograničeno sposobna da prepoznaju ili odbiju krivično delo

Prevara u Mađarskoj spada među krivična dela protiv imovine koja su regulisana u poglavlju XXXVI. Među kvalifikatornim okolnostima kod krivičnih dela protiv imovine se ne nalazi izvršenje „protiv lica koja su usled starosnog doba ili invaliditeta ograničeno sposobna da odbiju krivično delo”.

Ovakva kvalifikatorna okolnost u mađarskom pravu postoji na primer kod ubistva, telesne povrede, razbojništva, pljačke itd.

Nesumnjivo je, da je u ovim slučajevima prilikom odabira oštećenog lica primarni aspekt da ono bude starije, dobro situirano i da adresa stanovanja bude na takozvanom „elitnom” mestu na budimskoj, odnosno peštanskoj strani. Prevaranti zasnivaju prevarnu radnju na činjenici da je sluh starijih oštećenih slab, da fiksni telefon nekada krči, ne može se „normalno” čuti, da su stariji ljudi manje pažljivi i da je njihova memorija i sposobnost prisećanja u opadanju.

Imajući u vidu ovu činjenicu, optužnica u svakom slučaju treba da sadrži starosnu dob ili godinu rođenja oštećenih, a osim toga sudu treba staviti na raspolaganje i informacije o mentalnom i fizičkom stanju oštećenih, jer se u protivnom to ne može proceniti. Ne postoji izričita zakonska odredba o tome koji životni period treba da se smatra za starost.

A prema sudskoj praksi, kao osnov za utvrđivanje izvršenja dela protiv lica koje je usled starosnog doba ili invaliditeta ograničeno sposobno da prepozna ili otkloni krivično delo ne služe godine života, već se to utvrđuje samo na

osnovu procene.¹⁶

Obično se za lice koje je ograničeno sposobno za prepoznavanje ili odbijanje krivičnog dela smatra ono, koje usled svog mentalnog ili fizičkog stanja životnu situaciju koju preživljava prilikom krivičnog dela nije u stanju ili je samo ograničeno sposobno realno da proceni i da u skladu s tim ispolji odgovarajuće ponašanje.

Tako je, na primer, u opisanom slučaju jedan od oštećenih – koji je u vreme izvršenja krivičnog dela imao 77 godina – tokom saslušanja na sudskom ročištu sam obavljao svoje poslove. Bio je zaposlen do 2015. godine, bio je prevodilac za dva specijalna jezika i do poslednjeg momenta je prevodio veoma ozbiljne tekstove na mađarski jezik. U pogledu njegovog psihičkog stanja nije imao i nema nikakvih problema. Obično je sumnjičava osoba. U vezi sa datim slučajem je rekao da njegov sin često putuje vozom, pa je pomislio da se zbog toga telefonska linija prekida, ali i da je glas muškarca koji ga je nazvao bio „avetinjski” sličan glasu njegovog sina. Uz to, i priča je bila puna takvih elemenata koji su podupirali njenu istinitost, a bila je i veoma dobro koncipirana. Tokom razgovora, dok je u skladu sa datim uputstvima vozio ka mestu predaje novca imao je snažan osećaj da ga prate. Ostavili su ga da vozi kola bar 100 kilometara, sve u uzrujanom nervom stanju, i to u vreme saobraćajnog špica. Bila je to psihološka borba, sa valjano obrađenom pričom i uspešnom realizacijom. U septembru prethodne godine su ga takođe nazvali sa sličnom pričom, ali je tada postavio jedno „kontrolno pitanje”, iz čega je zaključio da su tvrdnje pozivaoca neistinite.

Zatražio je naknadu pretrpljene štete - u iznosu od 8 miliona forinti – s kamatom. Događaj je uznemirio ovog 77-godišnjeg oštećenog, jer posle ovog slučaja često se budi i posle ne može da zaspi.

Kada se prilikom inicijalnog razgovora više puta postave pitanja, to upućuje na to da osoba ne čuje dobro i da obmanjivanje može da bude uspešno.

Zabrinutost zbog deteta ili unuka predstavlja osnov i smatramo da će starija osoba kojoj će pre ili kasnije možda biti potrebna nega učiniti sve kako bi pomogla mlađem članu porodice. Kod starijih ljudi se materijalna dobra više ne nalaze toliko u fokusu (ta dobra ne mogu poneti sa sobom u grob, više im nisu neophodna), pa ih se lakše odriču ako time mogu da budu od pomoći.

7. Naknada štete

Prema odredbama mađarskog krivičnog procesnog prava, oštećeni može da zahteva naknadu štete koja mu je naneta, to je takozvani građanskopravni zahtev, koji konkretno treba da se postavi tokom postupka. Ima takvih oštećenih, koji smatraju da je bezizgledno da će im se ikada vratiti iskamčeni novac i zbog toga uopšte i ne podnose građanskopravni zahtev. O građanskopravnom zahtevu

¹⁶ Sudska odluka broj 2020.169. (BH. 2020. 169).

sud može da odluči presudom, ali može da uputi i na druge pravne mogućnosti.

Ukoliko oštećeni ne postavi građanskopravni zahtev u pogledu imovine koja je proistekla iz krivičnog dela i koju je počinitelj stekao prilikom izvršenja krivičnog dela ili u vezi sa delom, može se odrediti konfiskacija imovine.¹⁷

Naravno, oduzimanje imovine se može odrediti ne samo u ovom slučaju, nego na primer i u slučaju kada je imovina nastala iz izvršenja krivičnog dela došla na mesto imovine koja je stečena prilikom krivičnog dela ili u vezi sa delom,¹⁸ ili za imovinu koja je u cilju izvršenja krivičnog dela obezbeđena ili namenjena stvaranju potrebnih uslova ili za olakšanje izvršenja.¹⁹

Unučka prevara je jedan veoma „grub” oblik prevare. Kod ovih krivičnih dela se radi o milionskim sumama: gotovini, ušteđevinama položenim u bankama, nakitu i drugim dragocenostima, dakle mogu da se izgube plodovi celoživotnog rada ako stariji oštećeni nasedne na obmanu prevaranata.

Ako počinitelj prilikom hapšenja još nije potrošio novac, nije prodao nakit ili druge dragocenosti, do naknade štete može doći i u krivičnom postupku, ali ako je novac već potrošen prevaranti obavezani na naknadu štete – verovatno – nikada neće vratiti novac ionako već starijim oštećenima, koji postaju traumatizovani samim događajem, a nekad i ne dočekaju završetak krivičnog postupka.

8. Zaključak

Zaštita od prevare se ne može svesti samo na strogu pravnu odmazdu u pojedinačnim slučajevima. Kod prevaranata izuzetno retko dolazi do društveno-etičkog popravljavanja posle izdržane kazne, jer neefikasnost kažnjavanja naročito kod varalica velikog stila njih podstiče na još veće lukavstvo, još prepedenije smicalice i još savršeniju razradu strategije; a strah od kazne jedva da se javlja kao fajktor odvrćanja, jer je on u velikoj meri kompenzovan očekivanom velikom verovatnoćom da delo neće biti otkriveno. (Jedan od) načina preventivne zaštite – imajući u vidu da je uspešnost prevare u ne maloj meri potpomognuta bezgraničnom lakovernošću publike – jeste *prosvećivanje u najširem smislu*.²⁰

Pal Andál /Angyal Pál/ mađarski pravni stručnjak je 1939. godine u vezi sa prevarom napisao sledeće: „odbrana od prevare se ne može svesti samo na strogu pravnu odmazdu u pojedinim slučajevima. Kod prevaranta izuzetno retko dolazi do društveno-etičkog popravljavanja posle izdržane kazne, jer neefikasnost kažnjavanja naročito varalice velikog stila navodi na još veće lukavstvo, još prepedenije manipulacije i još savršeniju izradu ratnih planova, dok strah od kriminala jedva da se javlja kao faktor odvrćanja, jer je on u značajnoj meri

¹⁷ 74. § (1) stav a) tačka Kaznenog zakona Mađarske (Zakon iz 2012 godine broj C.).

¹⁸ 74. § (1) stav d) tačka Kaznenog zakona Mađarske.

¹⁹ 74. § (1) stav d) tačka Kaznenog zakona Mađarske.

²⁰ P. Angyal, *A magyar büntetőjog kézikönyve*, 16. A család, Budapest 1939, 55-61.

kompenzovan velikom verovatnoćom da neće doći do otkrivanja. (Jedan) od načina preventivne odbrane je – imajući u vidu da je bezgranična naivnost publike ne tako beznačajan pomagač uspešnosti prevare – najsveobuhvatnija odbrana.”²¹

I zaista, procvat prevara u prvom redu zavisi od „sa-radnje” (potencijalnih) oštećenih. Potrebno je, dakle, iskoristiti sva moguća sredstva u cilju da publika, upoznavši savremene oblike prevare prozre prevarna saletanja i da ostatak trezvene pameti kod ljudi u njihovom interesu nadvlada njihovu lakovernost ili čak i gramzivost. Prepušteni smo sami sebi, od prevaranata ne možemo da očekujemo razumevanje i/ili kajanje. Uzaludna je velika propaganda i pozivanje na oprez, broj unučkih prevara je i dalje veoma velik. I to nije slučaj samo u Mađarskoj već i drugim državama!

* * *

THE SO-CALLED „GRANDCHILD FRAUD” IN HUNGARY

Summary

The paper points out certain forms of fraud, which lead to damage to the property (movable and immovable) of older, mostly richer people in Budapest, but also throughout Hungary. Criminals always find new methods to obtain property for themselves through fraud at the expense of various groups of persons. The form of fraud discussed in this paper is known as „grandchild fraud”, and there are certainly such cases in other countries as well. As a rule, the damage caused to the victims in these frauds cannot be compensated.

Keywords: fraud, value of execution, persons with limited ability to recognize or reject a criminal offense due to age.

²¹ *Ibid.*, 32.

Dragica Popesku*

POVREDA PRAVA LIČNOSTI FUNKCIONERA I JAVNIH LIČNOSTI U MEDIJIMA

Apstrakt

Shodno odredbi člana 10. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, ograničenje slobode izražavanja postoji i radi zaštite ugleda ili prava drugih, čime su obuhvaćene i javne ličnosti u koje spadaju i funkcioneri i kada ne nastupaju u privatnom svojstvu, s tim da se uslovi za zaštitu njihovih prava ličnosti moraju odmeriti u skladu sa interesom javnosti. Svaka javna ličnost je dužna da u odnosu na obične građane trpi veći stepen kritike u odnosu na svoju profesionalnu aktivnost, pa su njihova prava ličnosti u sukobu sa slobodom izveštavanja masmedija ograničenija u odnosu na ista prava drugih osoba. Informaciju predstavlja određen činjenični iskaz ili vrednosni iskaz (vrednosni sud ili mišljenje), kao i mešoviti iskaz koji je sadržan od činjeničnih i vrednosnih iskaza. Mogu je predstavljati i stvarni sudovi, kao proizvodi subjektivnog vrednovanja realnih okolnosti koje se čulima mogu registrovati i proveriti, te mogu biti neispravni ili neistiniti, odnosno netačno preneti i nepotpuni, zbog činjeničnog sadržaja i objektivnih sudova o činjenicama. Kada se informacije tiču političara, teže je ograničiti slobodu izveštavanja medija, pošto je politika oblast života koja je u javnom interesu, pa se mogu objaviti i informacije kojima im se povređuju prava ličnosti. U javne ličnosti osim političara spadaju i funkcioneri, kao i lica koja sa njima ulaze u političke rasprave, pa svi oni moraju da trpe veći stepen dopuštene kritike, jer su pod budnim okom javnosti. O pitanjima u vezi sa politikom koja su od opšteg značaja, te se o njima vodi javna debata, nije dozvoljeno mešanja države (suda) u velikoj meri, pa su političari i funkcioneri, kao javne ličnosti, dužni da zbog poverenja građana ispolje viši stepen tolerancije i prema njima su šire granice prihvatljive kritike, kao i veća dopuštenost objavljivanja njihovih ličnih zapisa (fotografija, audio-vizuelnih snimaka, pisanih zapisa). Pravo šire dopuštene kritike istovremeno imaju i javne ličnosti i novinari u odnosu na druge javne ličnosti i nosioce javnih funkcija. Međutim, kada se iznosi vrednosni sud o javnim ličnostima, kritika ne sme biti uvredljiva i

* Doktor pravnih nauka, sudija Apelacionog suda u Beogradu, e-mail: popesku24@gmail.com

učinjena neprimerenim i grubim rečima, niti je tada opravdano iznošenje neistinitih činjenica u javnosti.

Ključne reči: *javne ličnosti, funkcioneri, političari, činjenični iskaz, vrednosni iskaz, stvarni sud, prava ličnosti, dostojanstvo, čast, ugled, konstruktivna kritika.*

1. Uvod

Položaj nosilaca javnih i političkih funkcija u medijima,¹ regulisan je članom 8. Zakona o javnom informisanju i medijima, tako da je izabran, postavljen, odnosno imenovan nosilac javne i političke funkcije dužan da trpi iznošenje kritičkih mišljenja koja se odnose na rezultate njegovog rada, odnosno politiku koju sprovodi, a u vezi su sa objavljivanjem njegove funkcije, bez obzira na to da li se oseća lično povređenim iznošenjem tih mišljenja. Ovo prističe otud što je informisanje o pitanjima od interesa za javnost putem medija koji objavljuju informacije, ideje i mišljenje o pojavama, događajima i ličnostima o kojima javnost ima opravdani interes da zna, bez obzira na način na koji su pribavljene te informacije, u skladu sa odredbama navedenog zakona, s tim da svako ima pravo da istinito, potpuno i blagovremeno bude obavešten o pitanjima od javnog značaja i sredstava javnog obaveštavanja su dužna da poštuju to pravo.²

Shodno odredbi člana 10. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama,³ ograničenje slobode izražavanja postoji i radi zaštite

¹ Zakon o javnom informisanju i medijima – ZJIM, *Službeni glasnik RS*, br. 83/2014, 58/2015, 12/2016 (Autentično tumačenje).

² Vid. čl. 5 ZJIM i istovrmeno odredbu čl. 9 ZJI, *Službeni glasnik RS*, br. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010, 41/2011, kojim je bilo propisano da su nosiocima državnih i političkih funkcija ograničena prava na zaštitu privatnosti koja imaju lica na koja se odnosi informacija, ako je informacija važna za javnost, s obzirom na činjenicu da lice na koje se odnosi informacija vrši određenu funkciju (st. 1). Prava lica iz st. 1 tog člana ograničena su srazmerno opravdanom interesu javnosti u svakom konkretnom slučaju (st. 2).

³ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, 4. novembar 1950, u daljem tekstu EK, ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjena u skladu sa Protokolom broj 11 Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; Protokola br. 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 br. 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne; Protokola br. 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola br. 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne u svim okolnostima, *Sl. list SCG- Međunarodni ugovori*, br. 9/2003. DZ SCG ratifikovala je Evropsku konvenciju u januaru 2004. godine i deponovala potpise o ratifikaciji početkom marta iste godine. Evropska konvencija u načelu ne obavezuje retroaktivno.

ugleda ili prava drugih, odnosno radi zaštite svih ličnosti, čime su obuhvaćene i javne ličnosti i osobe na funkciji i kada ne nastupaju u privatnom svojstvu. Međutim, uslovi za zaštitu njihovih prava ličnosti, naročito u pogledu prava na privatnost, identitet, čast i ugled, odnosno dostojanstvo, kao osnov svih prava ličnosti se odmeravaju u skladu sa interesom javnosti. To se odnosi i na njihove lične zapise, najčešće zapise lika, ali i glasa i pisane zapise, jer se informacije mogu prenositi i na taj način.

2. Informacija može biti određen činjenični ili vrednosni iskaz (vrednosni sud ili mišljenje), ili mešoviti iskaz kada se sastoji i od činjeničnog i od vrednosnog iskaza. Mogu je predstavljati i stvarni sudovi koji nastaju u misaonom postupku subjektivnog vrednovanja činjenica - pojava, događaja, svojstava, odnosa ili stanja i radnji koje se mogu registrovati čulima i proveriti. Stvarni sud je nečiji lični stav o činjenicama koje su već nastale ili koje će nastati, pa predstavlja zaključak o činjenicama podložnim dokazivanju istinitosti, potpunosti ili tačnosti prenosa tvrdnji. Kako nečije mišljenje može biti ispravno ili neispravno za druge, stvarni sud može biti i neispravan, ali tada nije samo nepravilan, poput mišljenja, već je i neistinit, netačno prenet ili nepotpun, zbog činjeničnog sadržaja u njemu, te se na isti način, kao i činjenični iskaz, može dokazivati.

3. Informacija se može preneti i najčešće se i prenosi putem medija, kada služi informisanju javnosti, kao obaveštavanje koje se može saopštiti na različite načine od kojih je najčešći usmeni ili pisani - rečima ličnim ili tuđim i vizuelni - video zapisom, fotografijom, filmom i na drugi sličan način. Informacija se u medijima može preneti i konkludentnim putem - glumom, igrom, mimikom, pantomomom i slično, ponekad i kombinacijom ovih načina prenosa, koji mogu biti u domenu autorskog i srodnih prava. Stoga se može preneti i putem umetničkih dela, ali i pomoću kiča. Informacija može predstavljati originalnu duhovnu tvorevinu, odnosno pisano autorsko delo u koje spada novinarski članak, ali može biti i vest, koja nije autorsko delo, pošto samo služi izveštavanju javnosti o bitnom događaju. Informacija se putem masmedija prenosi širokoj javnosti kada je nepoznat broj primalaca, s tim da postoje i lokalni mediji kada se pretpostavlja da je krug primalaca informacije objektivno manji.

4. Svaka javna ličnost je dužna da trpi veći stepen kritike svoje profesionalne aktivnosti u odnosu na obične građane, pa su prava ličnosti tih osoba sklona većim ograničenjima od istih prava anonimnih osoba u sukobu sa slobodom izveštavanja masmedija, zbog širih granica dopuštene kritike.⁴

⁴ Vid. u priručniku Sloboda izražavanja i njen odnos sa pravom na poštovanje privatnog života i pravom na pravično suđenje, presudu Velikog veća Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima Aksel Špringer protiv Nemačke i Fon Hanover (br. 2) protiv Nemačke, 07. 02. 2012. godine (predstavke br. 39954/08, 40660/08 i 60641/08), kojom je utvrđeno da nije bilo kršenja člana 8. EK, za razliku od presude u slučaju Karolina Fon Hanover protiv Nemačke od 24. 06. 2004. godine (predstavka 59320/00), kada je Evropski našao da je objavljivanjem fotografija prekršeno pravo princeze Karoline od Monaka na poštovanje

privatnog života, zasnovano na članu 8. EK. Naime, pozivajući se na odluku u slučaju Karolina Fon Hanover protiv Nemačke, princeza i njen suprug su su vodili par postupaka pred nemačkim građanskim sudovima tražeći zabranu objavljivanja novih fotografija, s tim da je Savezni sud pravde za dve fotografije uvažio princezin zahtev, sa obrazloženjem da ne doprinose debati od opšteg javnog interesa, dok je negativno rešio zahtev u odnosu na fotografiju na kojoj je prinčevski par u šetnji u Sent Moricu, a koja ilustruje članak o lošem zdravstvenom stanju princezionog oca, princa Renijea od Monaka, sa obrazloženjem da je njegovo zdravstveno stanje tema od opšteg interesa, a da štampa ima pravo da obaveštava javnost o porodičnoj solidarnosti prinčeve dece i podmirenjem njihovih privatnih potreba. Od strane Fon Hanovera je podneta predstavka Evropskom sudu zbog povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana 8. EK. Sa druge strane, u slučaju Aksel Špringer protiv Nemačke, u vezi sa člankom objavljenim u Bildu (čiji je izdavač Aksel Špringer), 2004. godine, u vezi sa hapšenjem poznatog TV glumca na Festivalu piva u Minhenu 2004. godine, zbog posedovanja kokaina, koji od 1998. godine glumi načelnika policije u popularnoj TV seriji, a koji je 2000. godine, uslovno osuđen na kaznu zatvora zbog posedovanja droge, i u vezi sa člankom iz 2005. godine, gde je objavljeno da je isti glumac priznao delo za koje je optužen, te je oglašen krivim i osuđen na novčanu kaznu za nezakonito posedovanje droge, Okružni sud u Hamburgu i Hamburški Apelacioni sud su odlučili u korist tog glumca, koji je tražio zabranu daljeg objavljivanja navedenih članaka, našavši da mu je povređeno pravo na privatnost koje je nadjačalo javni interes, pa je kompanija Aksel Špringer AG podnela predstavku Evropskom sudu, zbog povrede prava na slobodu izražavanja. Ovi postupci su spojeni i predmet je ustupljen na nadležnost Velikom veću Evropskog suda koje je našlo da mešanje nemačkih sudova u slučaju Aksel Špringer, radi zaštite ugleda poznatog glumca nije bilo neophodno u demokratskom društvu pošto su se članci o njegovom hapšenju i osudi odnosili na „javne pravosudne činjenice”, koje informacije su novinari dobili od policije i javnog tužilaštva u Minhenu. Stoga nije dovedena u pitanje njihova istinitost, a o tim činjenicama je javnost imala interes da bude obaveštena, jer je reč o javnoj ličnosti koja je prekršila zakon, a nisu izneti detalji o njenom privatnom životu, već se članak odnosio na hapšenje i krivični postupak. Kako nije bilo omalovažavajućih iskaza, niti neosnovanih tvrdnji, a država (sudovi u Nemačkoj) nije dokazala da je popularni glumac, koji je predstavljao javnu ličnost, pretrpeo teške posledice objavljivanjem istih, našao je da su ograničenja nametnuta sudskim odlukama izdavaču medija Bild, kompaniji RAS, predstavljale kršenje člana 10. EK. Istovremeno, Evropski sud je našao da je u slučaju Fon Hanover (br. 2) protiv Nemačke, Savezni sud pravde Nemačke uneo izmene u svoju sudsku praksu, jer je cenio okolnost da li je informacija u medijima doprinela činjeničnoj debati i da li je sadržaj informacije prekoračio granice želje da se zadovolji radoznalost javnosti, našavši da što je veće interesovanje javnosti za informaciju, veći je interes titulara prava da ne bude objavljena i obratno, te da je manje značajna radoznalost čitalaca (potreba da se zabave) od zaštite interesa privatnosti. Međutim, kako je princeza javna ličnost, a zdravstveno stanje njenog oca je tada bio „dogadaj od važnosti za savremeno društvo”, fotografije prinčevskog para sa zimovanja, kao ilustracija članka o bolesti princa Renijea, doprinele su u izvesnoj meri debati od opšteg javnog interesa, s tim da nisu nastale u atmosferi opšteg javnog progona, niti su slikane tajno, pa je Evropski sud našao da su nemački sudovi pravilno ocenili da u tom slučaju preteže pravo izdavačke kuće na slobodu izražavanja u odnosu na pravo Fon Hanovera na poštovanje privatnog

Važeći Zakon o javnom informisanju i medijima štiti dostojanstvo ličnosti (čast, ugled, odnosno pijetet) lica na koje se odnosi informacija, s tim da se karikaturalno, satirično, kolažno i drugo slično prikazivanje lica ne smatra povredom dostojanstva, odnosno prava na autentičnost.⁵ Pošto tvrdnja da je neka osoba nepoštena može predstavljati i vrednosni sud i činjeničnu tvrdnju ako se takvo mišljenje daje na osnovu konkretnih dešavanja (npr. ako je neko lice prisvojilo tuđu imovinu) i u situaciji kada se vrednosni sud pojavljuje kao logičan zaključak donet na osnovu određene činjenične podloge, okolnost da li u iskazu preovlađuju činjenične tvrdnje ili mišljenja, kao i u kom je kontekstu nešto rečeno, opredeljuje da li se radi o vrednosnom ili činjeničnom iskazu.⁶

Stoga je u tzv. „graničnim slučajevima”, potrebno ceniti sve okolnosti date informacije. Autor V. Prančić smatra da je uv od značaja onaj element informacije koji je za prosečnog posmatrača – čitaoca, gledaoca, slušaoca dominantan,⁷ s tim da je u sudskom postupku važno utvrditi koji elementi preovlađuju u kvantitativnom ili u kvalitativnom smislu, tj. da li dominiraju navodi kojih je sadržinski više ili oni koji stvaraju jači utisak. Zato u opisu određene situacije može preovladati mišljenje novinara, kao subjektivni vrednosni sud koji može biti uvredljiv ili predstavljati iskaz na granici između vrednosnog i činjeničnog iskaza. Tvrdnja u kojoj se novinar zadržava na objektivnoj proceni okolnosti slučaja i uzdržava od nepotrebnih, ili preteranih subjektivnih procena, naginje ka činjeničnom iskazu, jer tada nije dominantan vrednosni sud, odnosno njegovo mišljenje. Lično mišljenje može biti ispravno ili tačno, zavisno od toga da li je zasnovano na realnoj proceni nekog dešavanja ili činjenja, nečijih osobina ili koječega drugog, kada predstavlja stvrani sud baziran na činjeničnoj građi. Međutim, ocena pravilnosti, odnosno tačnosti nečijeg suda, zavisi i od standarda „prosečnog posmatrača - slušaoca, čitaoca, gledaoca” zavisno od sredine u kojoj se informacija plasira, te je za procenu validnosti informacije važna okolnost i

života, te je uzimajući u obzir praksu Evropskog suda, našao da nije prekršena odredba člana 8. EK - izdavač Aire The AIRE Centre, 2017, 66-70.

⁵ Čl. 79. st 1. i 4. ZJIM.

⁶ Vid. presudu Velikog veća Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima Aksel Špringer protiv Nemačke i Fon Hanover (br. 2) protiv Nemačke od 07. 02. 2012. godine (predstavke br. 39954/08, 40660/08 i 60641/08), gde se navodi da se o istim stvarima ne bi izveštavalo da je na isti način postupilo neko javnosti nepoznato lice, ovde je reč o poznatom glumcu uhapšenom na javnom mestu, na minhenskom Festivalu piva, čije očekivanje zaštite privatnosti je umanjeno time što je prethodno, u nizu intervjua otkrio detalje iz svog privatnog života. Istovremeno, zvanična funkcija Karoline Fon Hanover, bez obzira na meru u kojoj ju je preuzela u ime Kneževine Monako, čini princezu poznatom u javnosti, tj. javnom ličnošću.

⁷ V. Prančić, „Pravo na ispravak objavljene informacije i pravo na odgovor na objavljenu informaciju prema Zakonu o medijima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu* 5/2008, 1240 - 1241.

kome je namenjena, iako masmediji deluju u širokom spektru. Naime, javnost, koja kao pojam izgleda neograničeno, nikada zapravo nije sačinjena od iste publike, jer se različiti ljudi ne interesuju uvek i podjednako za iste informacije, niti sve informacije zainteresovana publika medija prima na isti način, pošto je profilisana socijalnim, obrazovnim, nacionalnim, kulturološkim, političkim, verskim i drugim aspektima da procenjuje o kakvoj tvrdnji je reč (prim. autora).⁸

5. U skladu sa odredbom člana 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, sloboda izražavanja utiče na razmenu informacija u svim sferama društva, pa i u oblasti politike, ekonomije, nauke, kulture, verskih pitanja, sporta i drugog, na koji način pomaže ublažavanju različitosti i podstiče obaveštenost, prosvetčenost, toleranciju i veće razumevanje, kako između pojedinaca, tako i na opštem nivou. Sloboda izražavanja garantuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja i primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Njome se dozvoljava i slobodno izražavanje mišljenja o nečijoj politici ili o ponašanju osobe koja se bavi politikom ili javnom funkcijom, ili nastoji da bude izabrana na istu, kao i o vladanju i delanju drugih ličnosti koje su na određen način istaknute i mogu služiti kao uzor u bilo kom pogledu, a u odnosu na koje se mogu izneti i vrednosni, ali i stvarni sudovi, kao kritika njihovog rada ili ponašanja. Ta kritika može biti uvredljiva ili podobna da te osobe na drugi način uznemiri i uzrokuje im duševne patnje, strah, pa i materijalnu štetu, što se ponekad mora prihvatiti zbog različitosti mišljenja i sredstava širenja informacija i ideja u demokratskom društvu u koja sredstva spadaju mediji, a u koje se ubrajaju i registrovani internet sajtovi, a sve više i društvene mreže.⁹

Međutim, kako je nesporno da se sloboda izražavanja, u smislu odredbe člana 10. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, može ograničiti mešanjem države (sudova) u određenim situacijama, radi zaštite jednakih ili većih vrednosti od te slobode, ona može biti ograničena u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ali i radi zaštite ugleda ili prava drugih, pored sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju i očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva. Stoga je očigledno da korišćenje slobode izražavanja, pa i putem masmedija, povlači sobom dužnosti

⁸ D. Popesku, „Informacija u masmedijima i pravo na odgovor“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa* Zbornik radova Udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, XXV Budvanski pravnički dani, Beograd 2022, 117-132.

⁹ Vid. Arhiv Vrhovnog kasacionog suda u Beogradu, presuda Rev 903/2019 od 30.09.2020. godine, prema kojoj zaštita iznošenja kritičkih i vrednosnih sudova nije ograničena samo na sadržaj koji naiđe na pozitivan prijem ili koji se smatra neuvredljivim ili indiferentnim, već i na one informacije i ideje koje vređaju, šokiraju ili uznemiravaju, a koje su zaštićene slobodom izražavanja na osnovu toga što demokratsko društvo ne može postojati bez određenog pluralizma, tolerancije i širokogrudosti.

i odgovornosti, i može se podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u cilju zaštite pobrojanih interesa. Iako se njome dozvoljava slobodno izražavanje mišljenja o nečijoj politici ili o ponašanju političara ili osoba koje su na javnoj funkciji, nije dozvoljeno uvredivo informisanje u pogledu tih lica, davanjem mišljenja o fizičkom izgledu, telesnim ili govornim manama, što spada u uvredljivo izražavanje i ne služi interesu javnosti, a povređuje prava ličnosti tih osoba, koja su zaštićena putem zaštite ugleda ili prava drugih, na osnovu odredbe člana 10. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

6. U slučaju kada je mešanje države (suda) opravdano, ne povređuje se sloboda izražavanja, s tim da je za rešavanje sukoba između slobode izražavanja i prava ličnosti, radi utvrđenja da li je dopušteno zadiranje u ova prava (časť, ugled, privatnost i druga), pre svega od značaja okolnost da li se može odrediti lice na koje se odnosi sporna nedopuštena informacija koja je leziono sposobna, tako što je uvredljiva, klevetnička - neistinita ili pak, istinita, ali koja zadire u privatnost. Takođe je od značaja da li je to lice ili umesto njega ovlašćeno lice, dalo pristanak za objavljivanje, ili ga je opozvalo i da li informisanje služi ostvarenju legitimnog interesa bar iste vrednosti, kao i pravo ličnosti koje se povređuje, ako legitimni interes nije pretežniji. Na kraju, potrebno je utvrditi i da li bi se taj interes mogao ostvariti i na drugi način, tj. bez prekomerne povrede prava ličnosti ili bez ikakve povrede tih prava.¹⁰ Ova formula služi utvrđivanju da li postoji povreda prava ličnosti zbog prekoračenja slobode izveštavanja medija, kada se titular prava može tužbom za naknadu štete obratiti sudu, s tim da plaćanje te naknade predstavlja način ograničavanja slobode medija.

Kada se informacije tiču političara teže je ograničiti slobodu izveštavanja medija, pošto je politika oblast od javnog interesa, pa je dozvoljeno izneti i neke informacije kojima se ovim osobama povređuju prava ličnosti. U tu grupu lica, osim političara, spadaju i javni funkcioneri, kao i lica koja sa njima ulaze u političke debate, što je od javnog značaja, zbog čega oni moraju da trpe veći stepen dopuštene kritike, jer prihvataju da su pod budnim okom javnosti.¹¹ Zaštita

¹⁰ V. Vodinić, *Pravo masmedija*, Fakultet za poslovno pravo u Beogradu, Beograd 2003, 92.

¹¹ *Ibid.*, 93; vid. presudu Evropskog suda pravde: *Castells protiv Španije* (predstavka broj 11798/85), presuda od 23. aprila 1992. <http://www.hraction.org/wp-content/uploads/16-Evropski-sud-za-ljudska-prava-i-uvreda.pdf>; članak kojim se osuđuje podrška Vlade Španije napadima na Baske od strane naoružanih grupa nije uvredljiv, iako je podnosioc predstavke bio osuđen za vređanje Vlade da je fašistička organizacija koja je odgovorna što su politička ubistva prošla nekažnjeno, s tim da u članku nisu upotrebljene uvredljive reči osim reči „fašista“, pa Evropski sud smatra da je osuda prekršila pravo na slobodu izražavanja. Članak podnosioca predstavke, Castells-a je bio političke prirode i nije prešao granicu dozvoljenog, već je opisivao činjenice od velikog interesa za javnost, mada je izneo ozbiljne primede na račun Vlade koja je po njegovom mišljenju bila odgovorna za situaciju koja je nastala u Španiji, članak se mora posmatrati kao celina, s tim da se

ugleda ili prava drugih, kao ograničenje slobode izražavanja iz člana 10. stav 2. Evropske konvencije, odnosi se i na čast i ugled političara, koji moraju trpeti i određene uvredljive kritike u vezi sa svojom funkcijom i određena neosnovana pripisivanja ili odricanja od svojstava i statusa koje imaju, na koji način su dužni da u većoj meri trpi povrede prava ličnosti od ostalih ljudi. Najčešće su to povrede prava na čast i ugled, na identitet (autentičnost) i na privatnost, u pogledu kojih osoba je veća sloboda izveštavanja medija, ukoliko se ti navodi dovode u vezu sa njihovom obavezom u vezi sa funkcijom koja je pod kontrolom javnosti. Prema uporednom pravu nije ujednačeno mišljenje da li je njihova saglasnost potrebna kada im se objavljuju informacije iz privatnog života, dok se prema našim propisima, uvek kada se informacija odnosi na njihovu funkciju, može se objaviti, bez njihove saglasnosti, kao i njihove fotografije i drugi zapisi, ako je to od značaja za funkciju na kojoj su ili na koju žele da budu izabrani, čime im se dopušteno zadire u privatnost.¹² Stoga im je i pravo na privatnost ograničeno srazmerno interesu javnosti, u smislu odredbe čl. 5. i 8. ZJIM.

7. Kod više odlučujućih aspekata prilikom utvrđenja pretežnijeg interesa u medijskim sporovima, od značaja je da li su u pitanju informacije o nepoznatim licima ili o javnim ličnostima, u koje spadaju i političari i funkcioneri i da li su ta lica dala povoda javnom izveštavanju koje sadrži kritiku njihovog rada i u vezi sa tim i ponašanja, kao i politike koju vode i drugog što može biti u vezi sa njihovom javnom ulogom. Osim sadržaja informacije koje se plasiraju o njima, značajan je i način izveštavanja, pa samim tim i masmedij u kome su objavljene, kao i posledice koje su te informacije izazvale. Kako su politička pitanja od opšteg značaja, te se o njima često vodi javna debata, u pogledu takvih informacija nije dozvoljeno mešanja države (suda) u velikoj meri, jer su političari i javni funkcioneri, kao i određene javne ličnosti, dužni da zbog poverenja građana ispolje viši stepen tolerancije, pa su u odnosu na njih šire granice za objavljivanje prihvatljive kritike, kao i njihovih ličnih zapisa (fotografija, audio-vizuelnih snimaka i dr). U smislu odredbi člana 82. ZJIM¹³ ceni se da li je potreban

tuženom za klevetu ne sme uskratiti pravo na dokazivanje istinitosti činjenica. Vidi presudu istog suda *Lingens protiv Austrije* od 08.07.1986.

¹² V. Vodinelić, 93 – 94 govori o funkcionalnom ograničenju privatnosti političara i drugih javnih funkcionera.

¹³ Čl. 82 ZJIM – Kad nije potreban pristanak za objavljivanje: Informacija iz privatnog života, odnosno lični zapis može se izuzetno objaviti bez pristanka lica iz čl. 80 i 81. ZJIM, ako u konkretnom slučaju interes javnosti da se upozna sa informacijom, odnosno zapisom, preteže u odnosu na interes da se spreči objavljivanje (stav 1). Smatra se da interes javnosti iz stava 1. ovog člana preteže u odnosu na interes da se spreči objavljivanje informacije iz privatnog života, odnosno ličnog zapisa, naročito: 1) ako je to lice informaciju, odnosno zapis namenilo javnosti, odnosno dostavilo mediju u cilju objavljivanja; 2) ako se informacija, odnosno zapis, odnosi na ličnost, pojavu ili događaj od interesa

njihov pristanak, kao titulara prava privatnosti čiji su vidovi navedeni u članu 80. ZJIM,¹⁴ odnosno za objavljivanje informacija iz njihovog privatnog života, kao i ličnih zapisa (reči, lika, odnosno glasa), ili je potreban pristanak lica iz člana 81. ZJIM, ukoliko su preminuli, kada pristanak daju supružnik, dete od navršene šesnaeste godine života samostalno, roditelj, brat, sestra, pravno lice čiji je umrli bio učesnik (organ, član, zaposleni), ako se informacija, odnosno zapis odnosi na njegovo učešće u tom pravnom licu.¹⁵ Takođe, kada je reč o informacijama kojima se ruži slika o pokojnicima, kao tužiocu u sporovima

za javnost, posebno ako se odnosi na nosioca javne ili političke funkcije, a objavljivanje informacije je u interesu nacionalne bezbednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala, ili zaštite prava ili sloboda drugih; 3) ao je lice svojim javnim izjavama, odnosno ponašanjem u privatnom, porodičnom ili profesionalnom životu privuklo pažnju javnosti i na taj način dalo povoda za objavljivanje informacije, odnosno zapisa, 4) ako je informacija saopštena, odnosno ako je zapis sačinjen u javnoj skupštinskoj raspravi ili u javnoj raspravi u nekom skupštinskom telu; 5) ako je objavljivanje u interesu pravosuđa, nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti; 6) ako se lice nije protivilo pribavljanju informacije, odnosno pravljenju zapisa, iako je znalo da se to čini radi objavljivanja; 7) ako je objavljivanje u cilju nauke ili obrazovanja; 8) ako je objavljivanje potrebno radi upozorenja na opasnost (sprečavanje zarazne bolesti, pronalaženje nestalog lica, sprečavanje prevare i sl.); 9) ako se zapis odnosi na mnoštvo likova ili glasova (navijača, koncertne publike, demonstranata, uličnih prolaznika i sl.); 10) ako se radi o zapisu sa javnog skupa; 11) ako je lice prikazano kao deo pejzaža prirode, panorame, naseljenog mesta, trga, ulice ili kao deo sličnog prizora (st. 2).

¹⁴ Čl. 80. ZJIM - Informacija iz privatnog života, odnosno lično zapis (pismo, dnevnik, zabeleška, digitalni zapis i sl.), zapis lika (fotografski, crtani, filmski, video, digitalni i sl.) i zapis glasa (magnetofonski, gramofonski, digitalni i sl.), ne može se objaviti bez pristanka lica čijeg se privatnog života tiče, odnosno lica čije reči, lik, odnosno glas sadrži, ako se pri objavljivanju može zaključiti koje je to lice (stav 1). Maloletnik se ne sme učiniti prepoznatljivim u informaciji koja može da povredi njegovo pravo ili interes (stav 2). Pristanak je potreban i za neposredno prenošenje lika ili glasa putem televizije, radija i slično (stav 3). Informacija i zapis iz stava 1. ovog člana ne mogu se objaviti bez pristanka onoga na koga se odnose, ako bi objavljivanjem bilo povređeno njegovo pravo na privatnost ili koje drugo pravo (stav 4). Pristanak dat za jedno objavljivanje, odnosno da objavljivanje u određenom cilju, ne smatra se pristankom za ponovljeno objavljivanje, za objavljivanje na drugi način, odnosno za objavljivanje za druge ciljeve (stav 5).

¹⁵ Čl. 81 ZJIM- Ako je lice iz člana 80. st. 1, 2. i 4. ovog zakona umrlo, pristanak daju njegov supružnik, dete od navršene šesnaeste godine života samostalno, roditelj, brat, sestra, pravno lice čiji je umrli bio učesnik (član, organ, zaposleni) ako se informacija, odnosno zapis odnosi na njegovo učešće u tom pravnom licu ili lice koje je umrli za to odredio (stav 1). Prestankom pravnog lica ne prestaje pravo učesnika pravnog lica koga se lično tiče informacija, odnosno zapis (stav 2). Smatra se da je pristanaka dat čim ga je dalo jedno od lica iz stava 1. ovog člana, bez obzira na to da li su druga lica odbila da ga daju (stav 3).

pojavljuju se njima bliska lica zbog povrede prava na pijetet, pa i u slučaju povrede putem masmedija lika i dela javnih ličnosti.¹⁶

Pravo svakog čoveka je da iznese svoje mišljenje o nekom pitanju od opšteg interesa, pa i o politici, kao i da javno u masmedijima saopšti svoje mišljenje i kritiku situacije u državi, istupanja i ponašanja političara i javnih funkcionera, što s obzirom na slobodu izražavanja iz člana 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima, može da objavi i na društvenim mrežama. Ovo pravo istovremeno imaju i javne ličnosti i novinari u odnosu na druge javne ličnosti i nosioce javnih funkcija. Kada se nečiji vrednosni sud iznese na Tviter nalogu, preko Fejsbuka ili putem neke druge društvene mreže, takva kritika ne sme biti uvredljiva i učinjena neprimerenim i grubim rečima. Iako sloboda izražavanja podrazumeva iznošenje ne samo informacija koje se smatraju bezopasnim ili nevažnim, već i onih koje vređaju ili uznemiravaju ličnosti koje se bave javnim pozivom, iako postoje šire granice prihvatljive kritike u tom slučaju, ni kada je reč o javnim ličnostima, vrednosni sud o njima ne sme biti učinjen grubim i neprimerenim terminima, s tim da je potrebno utvrditi da li za taj sud postoji dovoljan činjenični osnov, te da li je nečije mišljenje bez činjeničnog osnova preterano, kako se navodi u jednoj odluci Vrhovnog kasacionog suda.¹⁷

¹⁶ „Kod pijeteta, kao prava ličnosti, kao titular se ne pojavljuje lice o kome se iznose neistinite, uvredljive ili druge nedopuštene informacije (zadiranjem u privatnost, objavljivanjem podataka o kažnjavanju lica koje je brisano iz krivične evidencije i drugo), jer je ta osoba ili pokojna, ili nema saznanje o lezionim tvrdnjama, usled toga što je stara, bolesna, živi daleko itd. Stoga potomci, srodnici ili prijatelji tog lica, čiji psihički integritet povređuje pisanje, ili na drugi način netačno, neprilično, uvredljivo informisanje o osobi koja im jeste, ili im je bila bliska, tako da trpe psihički bol, imaju pravo zaštite od povređivanja prava na očuvanje „slike“ o nekom. Svodi se na zaštitu osećanja bliskih lica u svetlosti očuvanja istine, zaštite od uvreda zadiranjem u intimu, ili izrugivanjem predaka, srodnika, prijatelja, koji reaguju tužbom zbog povrede prava na svoje dostojanstvo...“; D. Popesku, „Povreda prava ličnosti u medijima prema Zakonu o javnom informisanju i medijima“, *Zbornik radova Naknada štete i osiguranje – Savremeni izazovi*, Intermeks Beograd i Institut za uporedno pravo, Beograd 2016, 49.

¹⁷ Vid. Arhiv Vrhovnog kasacionog suda u Beogradu, presuda Rev 903/2019 od 30.09.2020. godine, gde stoji: „... Kada određeni navod predstavlja vrednosni sud, mora se imati u vidu da li postoji dovoljno činjeničnih osnova za isti, pošto vrednosni sud bez činjeničnog osnova koji ga potkrepljuje može biti preteran, što što po oceni ovoga suda jeste situacija konkretnog slučaja, jer pisanje o tužilji da pljuje državu, odnosno da „ostraćeno i u svakoj prilici napada državu i vlast“ nije zasnovano na činjeničnoj građi o tome da se tužilja zaista time bavi. Zbog navedenog je iskazani vrednosni sud leziono sposoban, odnosno podoban da povredi tužiljino pravo na ugled i čast u smislu Zakona o javnom informisanju i medijim, Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sloboda jednog novinara da izrazi svoj stav o nekim društvenim okolnostima i prokomentariše izjave određenih lica – drugog novinara, koji se saglašava sa iznetim stavom, ne može i ne sme biti ograničen slobodom drugog novinara da se izjašnjava o iznetom stavu, na

8. Prilikom odlučivanja sud mora dati jasne razloge za svoju odluku u pogledu odgovornosti tuženog (izdavača medija, odgovornog urednika ili novinara) za nastanak nematerijalne štete, ako je tužilac javna ličnost u koje spadaju i političari i javni funkcioneri. Oni su dužni da trpe veći stepen kritike u odnosu na svoju profesionalnu aktivnost i funkciju, pošto su zbog prirode svog posla izložene kontroli javnosti, ali koji su shodno odredbi člana 10. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, obuhvaćeni zaštitom koju pruža ograničenje slobode izražavanja radi zaštite ugleda ili prava drugih, čak i kada ne nastupaju u privatnom svojstvu. Međutim, u takvim slučajevima se uslovi za zaštitu njihovih prava ličnosti moraju odmeriti u skladu sa interesom javnosti, što važi za sva prava ličnosti, pa i na čast i ugled, identitet ili pravo na privatni život i u vezi sa tim i na zapise lika glasa i lične pisane zapise. Prava ličnosti političara, javnih funkcionera i ostalih javnih ličnosti uža su u sukobu sa slobodom izražavanja od istih takvih prava nepoznatih osoba, te su prema njima šire granice dopuštene kritike u odnosu na anonimna lica. Stoga je pretežniji interes javnosti za objavljivanjem određenih informacija o njima i kada im se povređuju prava ličnosti, ukoliko su informacije od značaja za javnost i odlučne za formiranje javnog mnjenja, a tiču se ponašanja tih ličnosti na javnoj sceni ili u privatnom životu, ako je to suprotno njihovom javnom istupanju i funkciji.¹⁸ Međutim, ni tada nije dopušteno objavljivanje informacija koje sadrži same uvrede bez činjenica na osnovu kojih je izveden takav vrednosni sud, što ne predstavlja proporcionalno sredstvo za ostvarivanje legitimnog cilja kao što je informisanje javnosti, koja se može izveštavati i na drugi način, ili drugačijim terminima (koji nisu uvredljivi), kojima se ne povređaju prava javnih ličnosti u tolikoj meri ili se ne povređuju uopšte. Suprotno čini da je konkretno izveštavanje nedopušteno, ako je uvreda osnovni cilj, iako je dopušteno određeno preterivanje i provociranje u izveštavanju o politici i temama od javnog interesa, naročito tokom javne rasprave o tim stvarima. Takođe, nije neophodno osobu učiniti prepoznatljivom ako se piše o opštoj pojavi, pa ni ako je akter nekog događaja javni funkcioner, ako se ta pojava ne odnosi na njegovu funkciju. Takođe, nije dopušteno ni označiti ga učinioцем krivičnog dela ili ga oglasiti krivim pre pravnosnažne presude, niti je neophodno izveštavanje široke javnosti o događaju o kome se izveštavanje

grub i neprimeren način, vređajući ljudsko dostojanstvo napadnutog, čast i ugled. Povodom ove kritike i Savet za štampu je izrekao tuženom javnu opomenu¹⁹. Sud je dosudio tužilji novčanu naknadu nematerijalne štete u konkretnom slučaju, u smislu člana 200. Zakona o obligacionim odnosima, a takođe je u smislu člana 120. Zakona o javnom informisanju i medijima tuženima naložio da objave pravnosnažnu presudu o svom trošku, kao vid nenovčane naknade nematerijalne štete.

¹⁸ Vid. Arhiv Apelacionog suda u Beogradu, rešenje broj Gž3 90/2018; presuda Gž3 51/22; vidi Arhiv Višeg suda u Beogradu, presuda P3 br. 254/16 od 14. 09. 2017. godine; presuda P3 br. 118/20 od 22. 11. 2021. godine.

zainteresovane javnosti može ostvariti objavljivanjem informacije pred užom publikom, u lokalnom glasilu, van udarnog termina i sl.^{19 20}

2. Umesto zaključka

Za odluku suda po tužbi radi naknade nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti funkcionera i drugih javnih ličnosti, bitna je činjenica da je tužilac, kao vršilac javne funkcije, dužan da trpi da mu rad i ponašanje budu izloženi kritici javnosti, s tim da ta kritika mora biti prihvatljiva, tako što neće sadržati neistinite i netačne informacije i uvredljive vrednosne sudove. Stoga, iako su granice prihvatljive kritike široke kada se kritikuje nosilac javne vlasti, one nisu apsolutne, pa pravo medija i drugih lica da ih kritikuju nije neograničeno. Naime, sloboda medija se može ograničiti radi ostvarivanja poštovanja zaštite prava i ugleda drugih, u smislu odredbe člana 10. stav 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a u te „druge” spadaju i političari, na koju zaštitu nosioci javnih funkcija i druge javne ličnosti, imaju pravo, čak i kada ne nastupaju privatno, ako se o njima iznose neistinite i/ili uvredljive tvrdnje. Iako je sloboda izražavanja jedan od osnovnih temelja demokratskog društva i dozvoljava posedovanje sopstvenog mišljenja i primanje i saopštavanje informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice, pa stoga i iznošenje informacije i ideja koje nisu uvek prihvatljive, već mogu biti i uznemirujuće i uvredljive za vršioce javnih funkcija koji moraju trpeti više od drugih objavljivanje leziona sposobnih informacija o sebi, sloboda izražavanja je ograničena i kada su oni i njihov rad predmet izveštavanja i kritike. Ovo je slučaj ako su objavljene neistinite informacije koje im vređaju pravo na čast i ugled i druga prava ličnosti ili su to nedopuštene istinite (privatne) informacije ili su u pitanju isključivo uvredljive tvrdnje i izrazi, bez činjenične podloge, u kom slučaju će zaštita njihovih prava ličnosti biti pretežniji interes od informisanja javnosti. Glavni i odgovorni urednik i novinar moraju da ulože potreban stepen pažnje primeren okolnostima slučaja radi provere istinitosti objavljenih informacija i utvrđenja da li su objektivno uvredljive i lezione, te podobne da povrede prava ličnosti titulara, koji mogu biti i javne ličnosti, pa i kada se radi o tvrdnjama u vezi sa njihovom ulogom u javnosti.

¹⁹ V. Vodinelić, 86, 92; Čl. 73, 74 ZJIM.

²⁰ Vid. u Arhivu Apelacionog suda u Beogradu, odluku Gž3 197/22.

* * *

VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS OF OFFICIALS AND PUBLIC FIGURES IN THE MEDIA

Summary

Pursuant to the provisions of Article 10, Paragraph 2 of the European Convention on Human Rights, the restriction of freedom of expression also exists for the protection of the reputation or rights of others, which includes public figures, including officials even when they do not act in a private capacity, but the conditions for the protection of their personality rights must be weighed in accordance with the public interest. Every public figure is obliged to suffer a greater degree of criticism in relation to ordinary citizens in relation to their professional activity, so their personality rights, conflicted with the freedom of the mass media reporting, are more limited than the same rights of other persons. Information is represented by a specific factual statement or value statement (value judgment or opinion), or a mixed statement comprised of factual and value statements. It can also be represented by actual judgments, as products of subjective evaluation of real circumstances that can be registered and verified by the senses, and can thus be incorrect or untrue, i.e. inaccurately conveyed and incomplete, due to factual content and objective judgments about facts. When the information concerns politicians, it is more difficult to restrict the freedom of media reporting, since politics is an area of life in the public interest, so information that violates their personality rights may also be published. Apart from politicians, public figures also include officials, as well as persons who enter into political debates with them, so all of them must suffer a higher degree of permissible criticism, because they are under the watchful eye of the public. State (court) interference is not allowed to a large extent when it comes to politics-related issues of general importance which are a subject of public debates, so politicians and officials, as public figures, are obliged to show a higher degree of tolerance for the sake of the citizens' trust, and the boundaries of acceptable criticism are wider towards them, and the admissibility of publishing their personal records (photographs, audio-visual recordings, written records) is greater. Concurrently, public figures and journalists have the right to wider permissible criticism in relation to other public figures and public office holders. However, when a value judgment about public figures is expressed, criticism must not be offensive and made with inappropriate and harsh words, nor is it then justified to present untrue facts in public.

Keywords: public figures, officials, politicians, factual statement, value statement, actual judgment, personality rights, dignity, honor, reputation, constructive criticism.

Artan Kurti*

OSPORAVANJE POTRAŽIVANJA POVJERIOCA OD STRANE
DRUGOG POVJERIOCA U STEČAJNOM POSTUPKU
PRIZNATOG OD STRANE STEČAJNOG UPRAVNIKA- KRITIKA
PRAVNOG STAVA VRHOVNOG SUDA CRNE GORE Su. I br.
365-1/20 od 28. 12. 2020. GODINE

Apstrakt

Predmet rada je kritička analiza pravnog stava Vrhovnog suda Crne Gore Su. I br. 365-1/20 od 28. 12. 2020. godine, da li treće lice koji nije u bilo kakvom pravnom odnosu sa dužnikom može u vidu tužbe da istakne prigovor zastarjelosti potraživanja, s obzirom da Zakon o stečaju predviđa mogućnost da u situaciji kada stečajni upravnik prizna potraživanje povjerioca u stečajnom postupku drugi povjerilac može priznato potraživanje da ospori, da li stečajni upravnik ima ovlašćenje da prizna zastarjelo potraživanje, pravi se razlika između priznatog i utvrđenog potraživanja, prekida i priznanja zastarjele obaveze, samostalnih i nesamostalnih prigovora, tužbe i tužbenog zahtjeva, tužbe u formalnom i materijalnom smislu, procesne i pasivne legitimacije, kao i razlika između tužbe za osporavanje potraživanja i pobijanja dužnikovih pravnih radnji.

***Ključne riječi:** osporavanje potraživanja u stečajnom postupka od strane povjerilaca, prigovor zastarjelosti potraživanja, priznato i utvrđeno potraživanje, samostalni i nesamostalni prigovori, tužba i tužbeni zahtjev, procesna i pasivna legitimacija, pobijanje pravnih radnji.*

1. Uvod

Privredni sud Crne Gore se aktom Su. VI br.72/20 od 12. 11. 2020. godine obratio Vrhovnom sudu Crne Gore, radi zauzimanja pravnog stava povodom spornog pitanja:

„Da li stečajni povjerilac koji je osporio potraživanje drugog povjerioca, koje je priznato od strane stečajnog upravnika, može u parničnom postupku ovo potraživanje osporavati pozivajući se na njegovu zastarjelost“.

* Advokat, e-mail: artankurti.ul@gmail.com

U obrazloženju podnijetog zahjeva za zauzimanje načelnog pravnog stava, Privredni sud je mišljenja na kom stanovištu je i Apelacioni sud CG u presudi Pž. br. 383/20 od 10. 09. 2020. godine, da lice koje nije dužnik u obligacionom odnosu ne može isticati prigovor zastarjelosti i po tom osnovu osporavati priznato potraživanje drugog povjerioca, jer je bitno da je to potraživanje priznao stečajni upravnik, pa se priznanje postojećeg duga od strane ovlašćenog lica, čak i kada se radi o zastarjelom potraživanju koje je postalo prirodna obligacija ne može se pobijati, već samo ako je priznat dug koji ne postoji ili u većem iznosu od stvarnog, može biti predmet pobijanja, jer bi samo u tom slučaju povjerilac bio doveden u povoljniji položaj od ostalih povjerilaca.

Sa druge strane, u odlukama Pž. br. 406/20 od 08. 10. 2020. godine i Pž. br. 433/20 od 06. 10. 2020. godine Apelacioni sud CG je iznio suprotan stav, da odredbom člana 120 stav 2 Zakona o stečaju nije ograničeno iz kojih razloga povjerilac može osporavati potraživanje drugog povjerioca koje je priznato u stečajnom postupku i da se ovo potraživanje može osporavati i zbog zastarjelosti budući da je Zakon o stečaju *lex specialis* u ovom slučaju u odnosu na odredbe Zakona o obligacionim odnosima.

Vrhovni sud Crne Gore je dana 28. 12. 2020. godine zauzeo sljedeći pravni stav Su. I br. 365-1/20:

-Povjerilac koji ospori potraživanje drugog povjerioca, priznato od strane stečajnog upravnika, u parnici na koju je upućen radi utvrđenja da ovo potraživanje nije osnovano, može isticati prigovor zastarjelosti.

-Osnovanost prigovora zastarjelosti prvostepeni sud će cijeniti primjenom odredbi Zakona o obligacionim odnosima koje regulišu zastarjelost potraživanja.

U obrazloženju Vrhovni sud CG je naveo, da Zakon o stečaju je *lex specialis* u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima koji daje mogućnost i povjericima stečajnog dužnika da učestvuju u ispitivanju potraživanja drugih povjerilaca i mogućnost osporavanja istih, bez ograničenja u pogledu materijalno-pravnih prigovora koji se mogu isticati, pa i u situaciji kada je stečajni upravnik priznao potraživanje drugog povjerioca. Dalje je navedeno, da je Zakon o stečaju ograničio ovlašćenje stečajnog upravnika kao zakonskog zastupnika stečajnog dužnika, predviđajući prethodnu saglasnost stečajnog sudije za preduzimanje određenih radnji, odnosno odbora povjerilaca za preduzimanje određenih radnji, odnosno odbora povjerilaca za preduzimanje radnji koje se tiču stečajne mase. Osim toga, priznanje prijavljenog potraživanja od strane stečajnog upravnika nije dovoljno da bi se potraživanje smatralo utvrđenim, već se zahtijeva da isto nije osporeno i od strane drugih povjerilaca. Zato priznanje potraživanja od strane stečajnog upravnika nema dejstvo priznanja duga koje predviđa Zakon o obligacionim odnosima, niti ima dejstvo kao priznanje duga od strane zakonskog zastupnika društva koje nije u stečaju. U konačnom se ističe, da Zakon o stečaju nije ograničio prigovore koje može isticati stečajni upravnik prilikom osporavanja prijavljenih potraživanja, niti prigovore koje može isticati stečajni povjerilac kada osporava

potraživanje drugog povjerioca, to povjerioci, kao i stečajni upravnik, mogu isticati sve materijalno-pravne prigovore, pa i prigovor zastarjelosti.

Vrhovni sud CG prednji stav bazira, odnosno kopira pravno shvatanje usvojeno na sjednici odjeljenja za privredne sporove Apelacionog suda u Beogradu od 24. 05. 2016. godine u kojem je navedeno:

„Poverilac koji je po uputu stečajnog sudije pokrenuo parnicu radi utvrđivanja da nije osnovano potraživanje drugog stečajnog poverioca koje je priznato od strane stečajnog upravnika, u tom parničnom postupku može isticati prigovor zastarelosti. Osnovanost prigovora zastarelosti ceni se u svakom konkretnom slučaju, a primenom odredbi Zakona o obligacionim odnosima koji se reguliše zastarelost potraživanja. Zakon o stečaju ne definiše koje materijalno-pravne prigovore može isticati stečajni upravnik prilikom osporavanja potraživanja, niti koje materijalno-pravne prigovore može isticati poverilac koji osporava potraživanje drugog poverioca koje je priznato od stečajnog upravnika. Sama ta činjenica ukazuje da se u postupku osporavanja potraživanja bilo od strane stečajnog upravnika, bilo od strane poverioca koji osporava potraživanje priznato od strane stečajnog upravnika mogu isticati svi materijalno-pravni prigovori koji utiču na osnovanost potraživanja poverioca osporenog potraživanja“.

2. Sadržaj

Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka nastupaju danom objavljivanja oglasa o otvaranju postupka na oglasnoj tabli suda, ako ovim zakonom nije drukčije određeno.¹ Danom otvaranja stečajnog postupka prestaju zastupnička i upravljačka prava izvršnog direktora, zastupnika i punomoćnika, kao i organa upravljanja stečajnog dužnika i ta prava prelaze na stečajnog dužnika, osim prava na podnošenje žalbe na rješenje o otvaranju stečajnog postupka kao i pravo na podnošenje izjave o reorganizaciji.²

Dakle, danom otvaranja stečajnog postupka dolazi do potpunog gubitka poslovne sposobnosti stečajnog dužnika. Nismo saglasni sa stanovištem da otvaranje stečajnog postupka *ex lege* dovodi do ograničenja poslovne sposobnosti stečajnog dužnika,³ jer otvaranjem stečajnog postupka ovlašćenja svih organa stečajnog dužnika prestaju i prelaze na stečajnog upravnika i otvaranjem stečajnog postupka pravo na upravljanje i raspolaganje imovinom koja ulazi u sastav stečajne mase prelazi na stečajnog upravnika. Stoga, ova dva pravila su uzajamno povezana, jer ako ovlašćenja svih organa stečajnog dužnika prelaze na stečajnog upravnika, onda je jasno da on jedini kao stečajni upravnik ima pravo da upravlja

¹ Čl. 75 Zakona o stečaju, *Službeni list CG*, br. 1/11, 53/16 i 32/2018- Odluka US CG i 62/2018- Odluka US CG i 1/2022.

² Čl. 76 st. 1 Zakona o stečaju.

³ D. Slijepčević, *Komentar Zakona o stečaju*, Privredni savetnik, Beograd 2016, 230.

i raspoláže imovinom koja ulazi u sastav stečajne mase, a kod činjenice da je neko preuzeo ovlašćenja svih organa ukazuje na to da niko drugi osim tog lica (stečajnog upravnika) ne može donositi odluke u vezi sa imovinom stečajnog dužnika. Međutim, stvari stoje drugačije u pravnim sistemima gdje stečajni dužnik može biti i fizičko lice. Tu se ne postavlja pitanje prestanka rada organa i tijela stečajnog dužnika, jer on i nakon otvaranja stečajnog postupka nastavlja da živi i radi van stečaja, a to znači i da donosi odluke u svoje ime i za svoj račun. Takođe, otvaranjem stečajnog postupka, dolazi do razdvajanja imovine stečajnog dužnika u dvije mase: jednu koja ulazi u sastav stečajne mase i drugu koja je izuzeta od izvršenja u stečajnom postupku. Zbog toga je u tim sistemima važnije da se naglasi da otvaranjem stečajnog postupka na stečajnog upravnika prelazi pravo da upravlja i raspoláže imovinom stečajnog dužnika koja ulazi u sastav stečajne mase. Ostalom imovinom slobodno raspoláže stečajni dužnik. Ako se bliže sagledaju oba sistema (stečaj nad fizičkim licem i pravnim licem) karakteristična je upravo druga posledica - prelaz prava upravljanja i raspolaganja na stečajnog upravnika, dok je prva posledica odraz ograničenja pojma stečajnih dužnika samo na pravna lica.⁴

Dakle, imajući u vidu da po Zakonu o stečaju Crne Gore, stečajni dužnici su pravna lica i da je stečajni upravnik zakonski zastupnik stečajnog dužnika, na stečajnog upravnika prelazi ovlašćenje raspolaganja cjelokupnom imovinom stečajnog dužnika, jer ne postoji imovina stečajnog dužnika koja ne ulazi u stečajnu masu, dok kod fizičkih lica stečajni upravnik ima pravo da raspoláže samo stečajnom masom, ali ne i ostalom (izuzetom) imovinom dužnika.

Naime, članom 32 Zakona o stečaju je jasno određeno, da stečajni upravnik ima prava i obaveze organa stečajnog dužnika kao pravnog lica, ako ovim zakonom nije drukčije određeno (stav 1). Ako stečajni dužnik nastavlja sa poslovanjem tokom stečajnog postupka, poslovanje vodi stečajni upravnik (stav 2). Stečajni upravnik zastupa stečajnog dužnika i stečajnu masu (stav 3).

Slijedom citirane odredbe stečajni upravnik po Zakonu o stečaju Crne Gore je **zakonski zastupnik stečajnog dužnika**, dok je u drugim pravima (na primjer, njemačkom), stečajni upravnik zakonski povjerenik, koji u svoje ime upravlja tuđom imovinom, tj. imovinom koja ulazi u sastav stečajne mase. Privredna društva zastupaju zastupnici društva, koji su tu po samom zakonu, individualno ili kolektivno, zavisno od vrste društva i društvo mora imati jedno fizičko lice kao zakonskog zastupnika, jer pravna osoba ne može očitovati volju ako to za nju ne učini neka fizička osoba. Upravo, stečajni upravnik kao fizičko lice momentom otvaranja stečajnog postupka po Zakonu o stečaju postaje zakonski zastupnik društva i to sa **pravima i obavezama organa stečajnog dužnika kao pravnog lica**. Uz to, otvaranjem stečajnog postupka, ne prestaje pravna osoba, već prestaju prava koja su prije zakonski zastupnici tog društva imali i ta prava prelaze na

⁴ V. Radović, *Stečajno pravo, Knjiga prva*, Pravni Fakultet, Beograd 2018, 634-635.

stečajnog upravnika. Pravna osoba nad kojom je otvoren stečajni postupak i dalje postoji i ima pravnu, poslovnu i stranačku sposobnost.⁵

Sa druge strane, Zakon o stečaju Crne Gore kada je u pitanju pravni položaj stečajnog upravnika je prihvatio sistem mješovite teorije i to 1) zastupanja i 2) službe. Stečajni upravnik prema zakonu vodi poslove i zastupa stečajnog dužnika i te radnje stečajni upravnik vrši u ime i za račun stečajnog dužnika, kao njegov zastupnik, kao npr. stečajni upravnik tuži lice koje kasni sa izvršenjem svoje obaveze prema stečajnom dužniku, prodaje imovinu stečajnog dužnika, podnosi tužbu za pobijanje dužnikovih pravnih radnji i slično. Međutim, brojne radnje u stečajnom postupku stečajni upravnik vrši u svoje ime (teorija službe), a ne kroz zastupanje. Na primjer, stečajni upravnik po samom zakonu ima pravo na izbor u slučaju dvostranoteretnog ugovora (čl. 96), otkazuje ugovore o zakupu (čl. 101 st.3), da podnese plan reorganizacije ne u ime stečajnog dužnika, već u svoje ime (čl. 162 st.1), da prihvata izlučni zahtjev (čl. 113, st. 2), **ispituje prijavljena potraživanja (čl. 114)**, popisuje imovinu stečajnog dužnika, sačinjava brojna dokumenta u stečajnom postupku (početni stečajni bilans, nacrt rješenja za gavnu diobu i sl.).⁶

Vrhovni sud CG u iznijetom pravnom stavu ističe „*Zakon o stečaju ograničio je ovlaštenje stečajnog upravnika kao zakonskog zastupnika stečajnog dužnika, predviđajući prethodnu saglasnost stečajnog sudije za preduzimanje određenih radnji, odnosno odbora povjerilaca za preduzimanje određenih radnji, odnosno odbora povjerilaca za preduzimanje radnji koje se tiču stečajne mase*“.

Članom 35 stav 1 Zakona o stečaju je određeno „*radnje koje preduzima stečajni upravnik, a koje **značajnije utiču na stečajnu masu, kao što su 1) uzimanje kredita ili zajma, 2) nabavka opreme veće vrijednosti i druge radnje, mogu se preduzeti uz prethodnu saglasnost odbora povjerilaca.*** Saglasno citiranoj odredbi, saglasnost odbora povjerilaca je najznačajnija kod preduzimanja radnji od „*izuzetnog značaja koji značajnije utiču na stečajnu masu*“, tj. radnji koje imaju ili mogu imati značajan uticaj ili posledice na stečajnu masu. Obaveza pribavljanja saglasnosti odbora povjerilaca postoji u situacijama unovčenja stečajne mase i to: prodaje neposrednom pogodbom (čl. 134, st. 12), prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica (čl. 142 st.1) i slično. Saglasnost stečajnog sudije je potrebna u slučaju angažovanja potrebnih broja lica radi okončanja započetih poslova ili radi vođenja stečajnog postupka (čl. 79, st. 3), obračun i isplatu naknade predsjedniku i članovima odbora povjerilaca nužnih troškova za rad u odboru povjerilaca (čl. 48, st. 3) i slično.

Iz prednjeg proizilazi, da su Zakonom o stečaju taksativno propisana brojna ograničenja ovlaštenja upravljanja i raspolaganja stečajnom masom od strane stečajnog upravnika, i to obaveza pribavljanja saglasnosti stečajnog

⁵ J. Čuveljak, *Komentar Stečajnog zakona*, Narodne novine, Zagreb 2018, 523.

⁶ *Ibid.*, 271.

sudije ili odbora povjerilaca, **ali za zasnivanje novih pravnih odnosa, a ne i za već nastale pravne odnose.** U prilog prednjem jasno govori odredba člana 96 Zakona o stečaju (pravo na izbor u slučaju dvostranoteretnog ugovora), odnosno isključivo ovlaštenje stečajnog upravnika da li će već zaključeni ugovor održati na snazi ili ne, tj. da se izjasni da li će ispuniti obaveze iz ugovora ili ne. Stoga, stečajnom upravniku je potrebna saglasnost odbora povjerilaca ili stečajnog sudije za zasnivanje novih pravnih odnosa za radnje koje imaju ili mogu imati značajan uticaj ili posledice po stečajnu masu, a ne i za priznanje duga, jer **priznanje duga ne znači zasnivanje novih pravnih odnosa.**

Priznanje ili osporavanje potraživanja je u isključivoj nadležnosti stečajnog upravnika.

Stečajni upravnik shodno članu 33 stav 1 tačka 9 Zakona o stečaju „**dužan**“ je da utvrdi osnovanost, obim i prioritet prijavljenih potraživanja prema stečajnom dužniku i svih obezbjeđenja potraživanja, **da ih prizna** ili ospori i odluči po izlučnim zahtjevima.

Iz citirane odredbe, nesporno proizilazi isključivo ovlaštenje stečajnog upravnika da prizna i ospori prijavljena potraživanja u stečajnom postupku i **u tom polju se ne traži ni saglasnost stečajnog sudije, ni saglasnost odbora povjerilaca.** Međutim, Vrhovni sud CG uopšte ne pravi razliku između **priznatog i utvrđenog potraživanja, jer shodno članu 120 stav 2 Zakona o stečaju samo priznato potraživanje može biti osporeno, a ne i utvrđeno i ne mora da znači da stečajni upravnik nema ovlaštenje da prizna određeno potraživanje, samo zbog toga što ga osporava drugi stečajni povjerilac, jer faza osporavanja može nastupiti tek nakon što potraživanje prizna stečajni upravnik.**

Nismo saglasni sa pravnim shvatanjem Privrednog apelacionog suda u Beogradu od 24.05.2016. godine, da tek kada potraživanje prizna stečajni upravnik i ne ospori ga niko od poverilaca na ispitnom ročištu, da se potraživanje smatra priznatim i očigledno se ne pravi razlika između priznatog i utvrđenog potraživanja.

Naime, shodno članu 112 Zakona o stečaju prijavljivanje potraživanja se vrši podnošenjem pisane prijave stečajnom sudu, dok poslije isteka roka za prijavljivanje potraživanja stečajni sudija dostavlja sve prijave potraživanja stečajnom upravniku. Stečajni upravnik utvrđuje osnovanost, obim i ispladni red svakog potraživanja i o tome sačinjava listu priznatih i osporenih potraživanja. Lista priznatih i osporenih potraživanja sačinjava se u roku od 40 dana od dana isteka roka za podnošenje prijave potraživanja određenog rješenjem o otvaranju stečajnog postupka. Stoga, preliminarno utvrđivanje potraživanja je faza koja traje sve do ispitnog ročišta i ona je u potpunoj nadležnosti stečajnog upravnika. Kada ispita sva prijavljena potraživanja, stečajni upravnik sačinjava preliminarnu listu potraživanja, iz koje za svako potraživanje treba jasno da proizilazi u koju kategoriju je svrstano. Prvo se vrši podjela na priznata i osporena potraživanja. Nakon toga se priznata potraživanja dijele u kategorije razlučnih i stečajnih, da bi

na kraju stečajna potraživanja bila svrstana u isplatne redove. Stečajni upravnik je dužan da, u roku od pet dana od isteka roka od 40 dana (koji rok počinje od dana isteka roka za podnošenje prijave potraživanja određenog rješenjem o otvaranju stečajnog postupka), da sačini listu potraživanja dostavi sudu radi isticanja na oglasnoj tabli suda ili, ukoliko je lista nesrazmjerno velika, da na oglasnoj tabli istakne obavještenje o mjestu gdje se lista nalazi.

Nadalje, lista priznatih i osporenih potraživanja usvaja se na ispitnom ročištu kao konačna lista. Zakazivanje ispitnog ročišta je sudska radnja, na koju stečajni upravnik nema nikakvog uticaja. Datum, vrijeme i mjesto održavanja ispitnog ročišta određuje stečajni sudija rješenjem o otvaranju stečajnog postupka. Povjerioci mogu osporavati prijavljena potraživanja drugih povjerilaca nakon isticanja liste potraživanja, a najkasnije na ispitnom ročištu.⁷ Zaključenjem ispitnog ročišta gasi se pravo povjerilaca da osporavaju prijavljena potraživanja drugih povjerilaca.

Iz navedenog proizilazi, da povjerilac može osporiti potraživanje drugom povjeriocu priznato od strane stečajnog upravnika najkasnije na ispitnom ročištu, odnosno potraživanje se smatra **utvrđenim** ako nije osporeno od stečajnog upravnika ili od stečajnih povjerilaca do zaključenja ispitnog ročišta. Stoga, nesporno je da priznanje prijavljenog potraživanja od strane stečajnog upravnika nije dovoljno da bi se potraživanje smatralo utvrđenim, već se zahtijeva da isto nije osporeno i od strane drugih povjerilaca. Međutim, kao što je navedeno treba praviti jasnu *distinkciju između priznatog i utvrđenog potraživanja*, **jer osporiti se može samo priznato potraživanje, a ne i utvrđeno potraživanje, s obzirom da se utvrđeno potraživanje ne može osporiti, pa je neprihvatljivo obrazloženje Vrhovnog suda CG da „priznanje potraživanja od strane stečajnog upravnika nema dejstvo priznanja duga koje predviđa Zakon o obligacionim odnosima, niti ima isto dejstvo kao priznanje duga od strane zakonskog zastupnika društva koje nije u stečaju.**

Očigledno, da Vrhovni sud CG ne pravi razliku između ovlašćenja stečajnog upravnika za priznanje potraživanja shodno Zakonu o stečaju i utvrđenog potraživanja i upada u zamku samo zbog toga što se potraživanje ne smatra utvrđenim ako ga ospori drugi povjerilac. Vrhovni sud ispušta iz vida, da i u situaciji kada potraživanje prizna stečajni upravnik, a ospori ga drugi povjerilac da se potraživanje i dalje smatra priznatim, ali ne i utvrđenim.

U tom pravcu se onda postavlja pitanje da li može i ko u ime stečajnog dužnika da prizna potraživanje? Prije svega, stečajni upravnik ima ovlašćenje priznati potraživanje shodno članu 33 stav 1 tačka 9 Zakona o stečaju i ta radnja raspolaganja je u isključivoj nadležnosti stečajnog upravnika. Takođe, shodno članu 114 stav 2 stečajni upravnik utvrđuje osnovanost, obim i isplatni red svakog potraživanja i o tome sačinjava listu priznatih i osporenih potraživanja.

⁷ Čl. 117 Zakona o stečaju.

U suprotnom ako se prihvati rezon Vrhovnog suda CG da priznanje stečajnog upravnika nema dejstvo priznanja duga, onda u tom slučaju stečajni upravnik niti bi mogao priznati dug, niti bi imao prava i obaveze organa stečajnog dužnika kao pravnog lica, nego bi u takvoj situaciji morao za priznanje duga da traži saglasnost stečajnog sudije ili odbora povjerilaca, odnosno stečajni upravnik bi bio punomoćnik stečajnog dužnika, a ne zakonski zastupnik, što intencija zakonodavca svakako nije.

Pri tome, stečajni sudija nema ovlašćenja da po sopstvenoj ocjeni utvrđuje da li su pojedina potraživanja osnovana ili sporna. To pravo je u isključivoj dispoziciji stečajnog upravnika. On je jedino ovlašćen za to da cijeni osnovanost prijavljenih potraživanja.⁸

Slijedom navedenog, treba praviti jasnu razliku između ovlašćenja za priznanje potraživanja u stečajnom postupku i utvrđenog potraživanja i evidentno je da Vrhovni sud smatra da samim tim što se potraživanje ne smatra utvrđenim ako ga ospori drugi stečajni povjerilac, da se isto potraživanje ne može smatrati priznatim. Međutim, shodno članu 120 stav 2 Zakona o stečaju povjerilac koji je osporio potraživanje drugog povjerioca „*priznato*“ od strane stečajnog upravnika upućuje se na parnicu i da će se osporeno potraživanje smatrati priznatim ako povjerilac koji je osporio potraživanje drugog povjerioca ne pokrene parnicu u zakonom propisanom roku, što predstavlja omašku zakonodavca, jer ako povjerilac koji je osporio potraživanje drugog povjerioca ne pokrene parnicu u zakonom propisanom roku od 8 (osam) dana potraživanje se ne smatra priznatim, nego utvrđenim.⁹ Ponoviti je, utvrđenim se smatra samo potraživanje koje do zaključenja ispitnog ročišta nije osporeno od strane stečajnog upravnika ili nekog drugog povjerioca. Upravo u (parničnom) postupku osporavanja potraživanja, se ispituje osnovanost ili neosnovanost i obim priznatog potraživanja i ukoliko povjerilac dokaže osnovanost ili neosnovanost i obim priznatog potraživanja, priznato potraživanje se smatra **kao utvrđeno ili neutvrđeno potraživanje, a ne kao priznato ili nepriznato i u toku postupka parnični sud će kao prethodno pitanje cijeniti ovlašćenje stečajnog upravnika za priznanje duga.**

Dakle, u parničnom postupku radi osporavanja priznatog potraživanja se ispituje isključivo da li postoji potraživanje drugog povjerioca kao subjektivno pravo i u slučaju osporavanja potraživanja jedino parnični sud ima ovlašćenje da utvrdi potraživanje da li postoji ili ne.

⁸ D. Slijepčević, 368.

⁹ „Stečajno veće ne proverava niti utvrđuje razloge zbog kojih je stečajni upravnik priznao i osporio prijavljeno potraživanje. Sama po sebi činjenica što je na ročištu za ispitivanje potraživanja stečajni upravnik priznao potraživanje, a povjerioci isto nisu osporili, je osnov za donošenje rešenja kojim se to potraživanje smatra utvrđenim“. Vid. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Pzz. 23/1997 od 05. 11. 1997. godine.

Postavlja se pitanje da li zastarijeva samo subjektivno pravo, tj. potraživanje jedne strane u obligaciji prema drugoj, ili zastarijeva zahtjev za prinudno ostvarenje ovlašćenja subjektivnog prava?

Ovlašćenje sadržano u nekom subjektivnom obligacionom pravu koje proističe iz određenog obligacionog odnosa, podrazumijeva pravo titulara toga ovlašćenja da zahtijeva određeno ponašanje od druge strane u tom odnosu. Pod ovlašćenjem se podrazumijeva pravo povjerioca da od dužnika zahtijeva ispunjenje obaveze (isplatu kupoprodajne cijene, vraćanja zajma, itd.). Međutim, od subjektivnog prava koji proističe iz određenog pravnog odnosa treba razlikovati zahtjev za njegovo ostvarenje, jer se radi o dva odvojena i samostalna pojma. Zahtjev za prinudno ostvarenje je mogućnost koja je objektivnim pravom data jednoj strani u obligaciji da u cilju realizacije njenog obligacionog subjektivnog prava (ovlašćenja na neko potraživanje iz ugovornog odnosa), od druge strane u obligaciji traži određeno ponašanje, tačnije da od nje zahtijeva određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od činjenja prinudnim putem, tj. angažovanja aparata državne prinude. Zahtjev za prinudno ostvarenje ovlašćenja sadržanog u subjektivnom obligacionom pravu naziva se tužba u materijalnom smislu, dok tužba u formalnom smislu je zakonom propisana procesna radnja kojom titular određenog subjektivnog obligacionog prava ostvaruje svoj materijalno- pravni zahtjev sudskim putem.¹⁰

Zato jedino zahtjev kao takva mogućnost može zastarjeti, a ne i samo subjektivno pravo, koji se tim zahtjevom nastoji ostvariti, jer zastarijevaću obligacija ne prestaje, ona nastavlja postojati i dalje, ali sada ne više kao prinudna (utuživa), nego prirodna (neutuživa) obligacija. Zastarijevaću ne ukida tražbinu, već jedino njenu utuživost. Štaviše, ni utuživost tražbine nije prestala apsolutno, već samo uslovno: ukoliko dužnik istakne prigovor zastarijevaću.

U literaturi¹¹ se zastupa stav, da bi valjalo razmotriti mogućnost i da se pozivanje na zastaru može ostvariti i drugim procesnopravnim sredstvima- deklaratornom tužbom i protivtužbom, jer Zakon o obligacionim odnosima ne propisuje oblik pozivanja na zastaru, ni prigovorom ni nekim drugim pravnim sredstvom, ali ne isključuje bilo kakav oblik pozivanja na zastaru. Uporište valja tražiti u činjenici da niti dužnikov dug kao ni povjeriočevo subjektivno pravo u koje ulazi ovlašćenje ne zastarijevaju.

¹⁰ S. Stanišić, *Obligaciono pravo, Knjiga prva*, Panevropski Univerzitet, Banja Luka 2019, 793-797.

¹¹ Z. Česić, *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Opći dio, Knjiga prva*, Libertin naklada, Rijeka 2021, 490.

Takođe, u literaturi¹² se zastupa stav, da način pozivanja na zastaru može biti procesni i vanprocesni, jer davanje izjave o pijeboju (kompenzaciji) bi se moglo uporediti sa dužnikovim pozivanjem na zastaru. Davanjem izjave o prijebioju (kompenzaciji) dolazi do prijebioja (kompenzacije), ali ne u trenutku davanje ili dostave izjave, već u trenutku kad su se ispunile druge materijalnopravne pretpostavke. Argumentum per analogiam, pozivanjem na zastaru dolazilo bi do prije opisanih pravnih posljedica zastare (zatezne kamate, ugovorna kazna, odgovornost za štetu), i to odmah po isteku zastarnog roka, a ne tek u trenutku pozivanja na zastaru.

Sa izloženim stanovištem nismo saglasni. Zastarjelošću prestaje zahtjev da se tužbom traži pravna zaštita određenog sadržaja. Postavlja se pitanje da li se takva zaštita može ostvariti putem prigovora, a po načelu „što je ograničeno vremenom kao tužba, neograničeno je kao prigovor“ (*quae ad agendum sunt temporalia ad excipendum sunt perpetua*). Smatra se da samostalni prigovor ne zastarijeva, a da se perpetuira i uvijek može istaći povodom tužbe druge strane. Samostalni prigovori se odnose na zahtjeve koji se mogu ostvariti samo prigovorom, a nesamostalni oni koji se mogu ostvarivati i tužbom. Kao primjer samostalnog prigovora navodi se prigovor zastare, a kao nesamostalnog prigovor kompenzacije.¹³

Ne postoji znak jednakosti između prigovora zastare i prebijanja (kompenzacije). Nije sporno, da kada je data izjava o prebijanju (kompenzaciji) vanprocesno da ista predstavlja materijalnopravnu izjavu, koja pod određenim uslovima dovodi do prestanka dva uzajamna potraživanja. Međutim, pravno dejstvo prebijanja (kompenzacije) nastaje onog trenutka kada se ispune uslovi za prebijanje, stoga prebijanje (kompenzacija) djeluje retroaktivno i to ne od trenutka izjave, već od trenutka kada su ispunjeni uslovi da bi mogla nastupiti kompenzacija, jer dug se može prebiti sa zastarjelom tražbinom samo ako ona još nije bila zastarjela u času kad su se stekle pretpostavke prebijanja (kompenzacije), dok prigovor zastare ne djeluje retroaktivno, nego tek od trenutka kad ga ističe tuženi kao dužnik, s obzirom da na isti sud ne pazi po službenoj dužnosti, posebno kod činjenice što zastarjelost ne nastupa samim protekom vremena, već je dužnik dužan da isti istakne.

Za razliku od prigovora radi prebijanja, o prigovoru zastarjelosti ne teče parnica, jer se odluka o ovom prigovoru ne unosi u izreku presude, te nije zahvaćena materijalnom pravosnažnošću. Prigovor zastarjelosti nije mješovit (procesno- materijalnopravni), već samo materijalnopravni prigovor, o čijoj se

¹² J. Brozović, „Mogućnost podnošenja tužbe na utvrđenje zastare u domaćem i poredbenom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2016, 709.

¹³ J. Studin, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, drugo izdanje, Savremena administracija, Beograd 1983, 1118.

osnovanosti ne donosi posebna odluka.¹⁴

Naime, ukoliko se prihvati stanovište da se prigovor zastare može ostvariti i drugim procesnopravnim sredstvima poput deklaratorne tužbe ili protivtužbe, onda bi i prigovor zastare mogao zastarjeti, što bi predstavljalo apsurd, jer samostalni prigovori ne zastarjevaju, kod činjenice da se isti ne mogu ni postaviti dok se ne postavi zahtjev protiv kojeg su upereni.

U rimskom pravu pa i dalje kroz pandektno pravo, nije bio poznat pojam zahtjeva nego samo pojam „action” i imao je drugo značenje od današnjeg pojma tužbe, jer je pretor mogao strankama davati tužbe samostalno, pa čak i takve koje nisu bele temeljene na ius civile. Prema tome, pojam koji je u recentnom pravu materijalnopravni zahtjev, to je u rimskom pravu bio procesualni akt kojim je protivnika tjerao da ostvari neko pravo, što je bilo moguće samo onda kada je magistrat (pretor) tužbu dopustio. S obzirom na potrebe razvijanja pravnih odnosa, njemački pravnik Windsheid je prvi pravio razliku, jer je od pojma tužbe- actio koji je procesnopravni instrument, odvojio pojam zahtjeva kao materijalnopravni institut. Upravo u savremenom pravu treba razlučiti tužbu od zahtjeva, jer je tužba samo procesno sredstvo za ostvarenje prava. Razlika je potrebna i zbog toga što tužba nije institut građanskog prava, kao što je to bila u rimskom pravu, nego je to instrument građanskog procesnog prava.¹⁵

Nekada se smatralo da su zahtjevi za ostvarivanje subjektivnih privatnih prava identični s onim pravima iz kojih su proizašli (da su to ista subjektivna prava, ali u stanju odbrane; ili da su to odbrambena ovlašćenja koje ta prava sadrže), odnosno da su tek materijalnopravni (privatnopravni) aspekt tužbi - tzv. tužbe u materijalnopravnom (privatnom) smislu. Pokazalo se, međutim, da to nije tako; zahtjevi nisu identični s pravima iz kojih su proizašli, a ni s bilo kojim ovlašćenjem iz njihovog sadržaja, čak ni ako im se sadržaj podudara sa sadržajem tih prava odnosno ovlašćenja. Zahtjevi za ostvarenje subjektivnih privatnih prava nisu niti materijalno- pravni aspekt tužbi (tužbe u materijalnom smislu), nego su subjektivna privatna prava, sporedna onim pravima iz kojih su proizašli.¹⁶

Zakon o parničnom postupku pojam zahtjeva (petitum) nije definisao. U nauci preovlađuje shvatanje tužbenog zahtjeva kao tvrdnje tužioca da je, usled povrede ili ugrožavanja njegovog subjektivnog prava, nastupila u njegovu korist pravna posledica određene sadržine. Tužbeni zahtjev treba shvatiti kao tužiočevu tvrdnju da iz činjenica navedenih u tužbi proističe pravna posledica

¹⁴ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, PF Union Beograd, Beograd 2015, 340- 341.

¹⁵ A. Raspor, *Zastara, sistematski prikaz po Zakonu o obveznim odnosima i po drugim zakonima, sa sudskom praksom*, Informator, Zagreb 1982, 19-20; D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, sedmo izdanje, Savremena administracija, Beograd 1975, 99.

¹⁶ N. Gavella, *Privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2019, 210-211.

o kojoj sud treba da odluči tako što će, usvajanjem tužbenog zahtjeva, tu posledicu izreći presudom. Tužbeni zahtjev je predmet spora. O njemu sud raspravlja i odlučuje. U zakonu se često govori o predmetu spora, pri čemu se misli na tužbeni zahtjev. Međutim, predmet spora nije sam tužbeni zahtjev, već je predmet spora ispitivanje osnovanosti tužbenog zahtjeva.

Prije svega, sudovi prenebregavaju da je tužbeni zahtjev procesnopravni pojam kojeg je nužno razlikovati od zahtjeva u materijalnopravnom smislu. Ako kažemo da neko ima zahtjev u materijalnopravnom smislu, onda to znači da mu pripada subjektivno pravo na činidbu po tražbeno- pravnom ili nekom drugom osnovu. Kada govorimo o tužbenom zahtjevu u procesnom smislu reći, onda mislimo na tužiočevu tvrdnju o pravnoj posledici o kojoj on traži presudu. Ta posledica može biti ne samo neko njegovo pravo na činidbu nego i neko drugo pravo, pa i pravni odnos u cjelini.¹⁷

Dakle, tužbeni zahtjev je čisto procesnopravni pojam koji ne zavisi od materijalnog ovlašćenja tužioca koje on ima u skladu sa materijalnim pravom. Naprotiv, tužilac u tužbenom zahtjevu ističe da smatra da iz određenih činjenica proizilazi određena pravna posledica.¹⁸ Za tačno razumijevanje pojma tužbenog zahtjeva potrebno je razlikovati ga od zahtjeva u materijalnopravnom smislu, pod kojim se podrazumijeva pravo jednog pravnog subjekta da od drugog traži izvršenje određene činidbe (činjenje ili nečinjenje) po stvarnopravnom, obligacionopravnom ili nekom drugom osnovu.¹⁹

Zahtjev ili tužba u materijalnom smislu predstavlja mogućnost da se od određenog lica (dužnika) prinudnim putem traži ostvarenje ovlašćenja povjerioca sadržanog u subjektivnom pravu. Prema tome zahtjev ili tužba u materijalnom smislu, postoji samo kao mogućnost koju titular konkretnog subjektivnog obligacionog prava može upotrijebiti ako njegovo pravo bude povrijeđeno.

Tužba u formalnom smislu je zakonom propisana procesna radnja kojom titular određenog subjektivnog obligacionog prava ostvaruje svoj materijalno-pravni zahtjev sudskim putem. Podnošenjem tužbe u smislu zakonom propisane formalne parnične procesne radnje titular u stvari stavlja zahtjev za sudsku zaštitu svoga subjektivnog obligacionog prava tražeći od suda da presudom prinudi drugu stranu u obligaciji (dužnika) da izvrši obavezu koja odgovara sadržaju ovlašćenja koje crpi iz svoga subjektivnog prava.²⁰

To znači da usljed protoka zakonom propisanog vremena prestaje zahtjev ili tzv. tužba u materijalnom smislu, ali ne i tužba u formalnom smislu shvaćena kao procesna radnja titular obligacionog prava, kojom on poziva sud da njegovo

¹⁷ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, 308-309.

¹⁸ A. Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Pravni fakultet Beograd, Beograd 2021, 355.

¹⁹ B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmjenama i dopunama*, Službeni glasnik, Beograd 2009, 410.

²⁰ S. Stanišić (2019), 794-797.

subjektivno obligaciono pravo zaštiti. Tužba u formalnom smislu, dakle, ne zastarijeva i može se podnijeti sudu, ali će sud zahtjev za ostvarenje potraživanja koji je sadržan u njoj odbiti kao neosnovan u slučaju kada se tuženi pozove na zastarjelost, tj. istakne prigovor da je protekom zakonom propisanog roka prestalo pravo tužioca da zahtijeva prinudno ostvarenje svoga potraživanja.²¹

Imajući u vidu prednje činjenice, ukoliko bi se prihvatilo stanovište da treće lice može u vidu tužbe da istakne prigovor zastarjelosti potraživanja, onda tužba ne bi bio procesnopravni pojam, nego materijalnopravni pojam, jer pojam zahtjeva za ostvarenje materijalno- pravnog ovlašćenja koji je sadržan u subjektivnom pravu je razdvojen od pojma tužbe kao procesne radnje kojim se pokreće sudska zaštita materijalnog prava. Takođe, ukoliko se prihvati stanovište da se prigovor zastare može istaknuti u vidu tužbe, onda ne bi zastarijevaio zahtjev za ostvarivanje subjektivnog prava, nego samo subjektivno pravo, i u takvoj situaciji protekom vremena ne bi nastao gubitak zahtjeva, odnosno tužbe u materijalnom smislu. Uostalom, isticanjem prigovora zastare u vidu tužbe od strane trećeg lica, ukinula bi se tražbina, a ne utuživost. Uz to rokovi zastarjelosti su materijalnopravni, a ne procesnopravni, pa ukoliko bi se mogao istaknuti prigovor zastare u vidu tužbe, onda i prigovor zastare bi se pretvorio u procesnopravni institut, a ne materijalni.

Kao što je naprijed navedeno, stečajni upravnik ima shodno Zakonu o stečaju zakonsko ovlašćenje da prizna ili ospori potraživanje, stoga ukoliko stečajni upravnik prizna već zastarjelo potraživanje, u tom slučaju se ne radi o prekidu zastarjelosti potraživanja, jer zastarjelost se može prekidati samo dok još traje zastarni rok, a nakon isteka zastarnog roka dužnik se može odreći zastarjelosti i to pisanim priznanjem zastarjele obaveze, davanjem zaloge ili kog drugog obezbjeđenja za zastarjelo potraživanje. U situaciji kada stečajni upravnik prizna i uvrsti stečajnog povjerioca u listi priznatih i osporenih potraživanja, smatra se da se odrekao zastarjelosti potraživanja, jer je u pisanoj formi kroz listu potraživanja, priznao osnov i visinu potraživanja. Stoga, u parnici radi osporavanja priznatog potraživanja se ne može smatrati da je zastarjela (prirodna, neutuživa) obaveza nepostojeća, nego je ista postojeća obaveza, samo potraživanje povjerioca i dalje postoji, ali u oslabljenom obliku zbog odsutnosti sankcije kojom se omogućava njegovo prinudno ostvarenje, **pa upravo smisao člana 120 Zakona o stečaju, je da se ospori “samo subjektivno pravo, odnosno samo potraživanje”, a ne zahtjev za ostvarenje subjektivnog prava, jer zakon i koristi jasnu jezičku formulaciju “osporena potraživanja”, a u suprotnom bi koristio “osporeni zahtjevi potraživanja”, a kod činjenice da se kod zastarjelosti radi o zastari zahtjeva, a ne o prestanku prava. U prilog tome govori činjenica da u slučaju isticanja prigovora zastarjelosti sud ne**

²¹ *Ibid.*, 798-799.

raspravlja postoji li dug ili ne, nego utvrđuje da li je obaveza zastarjela ili ne, dok u slučaju osporavanja potraživanja sud upravo utvrđuje da li postoji potraživanje kao subjektivno pravo ili ne.

Sa druge strane, ne pravi se dovoljna razlika između procesne legitimacije i stvarne legitimacije, odnosno iste se izjednačavaju²² i po našem mišljenju treba odvojiti stvarnu legitimaciju od procesne legitimacije, odnosno praviti distinkciju sa praktičnog stanovišta. Praktični problem nastaje kad zakonodavac odvoji procesnu legitimaciju od stvarne legitimacije, kada daje procesno ovlaštenje na podnošenje tužbe onome za koga je izvjesno da nije bio učesnik u materijalnopravnom odnosu u kome je spor nastao, kao i kada procesno pasivno legitimisanog tuženog određuje onoga za koga je izvjesno da nije bio učesnik spornog materijalnopavnog odnosa.²³

Zakon o stečaju kao *lex specialis* u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima daje mogućnost i povjeriocima stečajnog dužnika da učestvuju u ispitivanju potraživanja povjerilaca, što jasno ukazuje da stečajni povjerioci u tom slučaju imaju procesnu legitimaciju, a ne stvarnu. Stvarna legitimacija, kako aktivna tako i pasivna, su pojmovi materijalnog prava. Prema tome, stvarna legitimacija je ovlaštenje nekog lica, da, s obzirom na propise materijalnog prava koje reguliše konkretni građansko-pravni odnos, nastupi kao parnična stranka u parnici koja se pred nadležnim sudom vodi o tom odnosu.²⁴

Prigovor zastarjelosti nije procesnopravni, već materijalnopravni prigovor koji ima za cilj da osujeti povjerioca u ostvarenju njegovog subjektivnog obligacionog prava prinudnim putem i ističe ga strana u obligaciji prema kojoj je u parničnom postupku istaknut tužbeni zahtjev za ispunjenje utuženog potraživanja. **Stoga, prigovor zastarjelosti se može istaknuti samo prema strani u materijalno-pravnom odnosu, a ne i strani u procesno-pravnom odnosu, jer tužbeni zahtjev može zastarijeti samo prema pasivno legitimisanoj osobi, a ne i prema procesno-legitimisanoj osobi. Uz to, ne postoji dobitna zastarjelost, nego samo gubitna zastarjelost, jer prigovori²⁵ su činjenične tvrdnje kojima tuženi hoće da postigne odbijanje tužbenog zahtjeva, a u situaciji kada povjerilac ospori potraživanje drugog povjerioca onda isticanjem prigovora zastarjelosti povjerilac bi imao dobitnu zastarjelost, i prigovor zastarjelosti bi se pretvorio kao napadno sredstvo, a ne odbrambeno sredstvo.**

²² S. Stanišić, „O strankama i zastupnicima u parničnom postupku“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka 2011, 180-181.

²³ B. Poznić, V. Rakić Vodinić, 204.

²⁴ S. Kamhi, *Građanski sudski postupak*, Sarajevo 1967, 168-169.

²⁵ S. Mulabdić, *Zabrana dvostrukog ukidanja prvostepene presude*, Privredna štampa, Sarajevo 2020, 54.

Pravilno prof. Ilija Babić²⁶ ističe da je prigovor zastarjelosti potraživanja sredstvo odbrane tuženog u parnici. Ako je takav prigovor osnovan sud će odbiti tužbeni zahtjev. Prigovor se ističe pred sudom i pojavljuje se, po pravilu, u obliku prigovora zastarjelosti same tužbe u materijalnom smislu, u kom slučaju će sud povodom takvog prigovora ispitati da li postoji nativitet konkretne tužbe (da li je zahtjev dospio i da li je došlo do povrede postojeće obaveze propuštanjem da se ona izvrši) i da li je protekao zakonom predviđen rok u kojem je povjerilac mogao zahtijevati ispunjenje obaveze, jer prigovor zastarjelosti kao samostalni materijalno- pravni prigovor dužnika ima za cilj da osujeti povjerioca u ostvarenju njegovog subjektivnog obligacionog prava prinudnim putem.²⁷ Postoji izuzetak po kojem dužnik osujećuje ostvarivanje povjeriočevog prava prigovorom, jer u jednom slučaju instrument tog osujećivanja nije prigovor nego tužba, i to brisovna tužba koja se može podignuti kao odbrambeno sredstvo.²⁸

Sa druge strane, ukoliko povjerilac osporava potraživanje drugog povjerioca zahtjevom da je nastupila zastarjelost, u toj situaciji parnični sud nikako ne bi mogao da obrazloži stanovište da je predmetno potraživanje zastarjelo, jer je zastarjelo potraživanje priznato od strane stečajnog upravnika kao zakonskog zastupnika stečajnog dužnika i ne bi mogao da se brani nikako stav i rezon da stečajni upravnik nije mogao da prizna zastarjelo potraživanje samo zbog toga što ga osporava drugi stečajni povjerilac.

Apelacioni sud CG u presudi Pž.br.383/20 od 10.09.2020. godine je istakao „*Zakonski zastupnik prvotuženog, stečajni upravnik je priznao potraživanje drugotuženom, pa po ocjeni ovog suda priznanje postojećeg duga od strane ovlašćenog lica, čak i da se radi o zastarjelom potraživanju koje je postalo prirodna obligacija ne može se pobijati*“.

Očigledno da Vrhovni sud CG ispušta iz vida, da drugi povjerilac ne osporava potraživanje drugog povjerioca, nego isti pobija dužnikovu pravnu radnju. Različiti su zahtjevi za osporavanje potraživanja povjerioca koji osporava drugi povjerilac priznato od strane stečajnog upravnika (čl. 120, st. 2), jer o tom zahtjevu se sud ograničava samo na ispitivanje osnovanosti ili obima priznatog prijavljenog potraživanja, dok kod pobijanja pravnih radnji **predmet pobijanja su pravne radnje**, jer pravne radnje koje imaju samo faktičko, a ne i pravno dejstvo, ne treba tretirati pravnim radnjama u smislu pobijanja. Pod pravnim radnjama se podrazumijevaju ne samo aktivne radnje, već i propuštanje vršenja pravnih radnji (radnje nečinjenja). Pobojne pravne radnje nečinjenja mogu biti materijalnopravnog karaktera između ostalog neisticanje prigovora koji vodi gubitku prava u koje spada i prigovor zastarjelosti. Stoga, povjerilac ne osporava

²⁶ I. Babić, *Građansko pravo*, Knjiga 4, Obligaciono pravo, Opštio deo, JP Službeni glasnik, Beograd 2016, 474.

²⁷ S. Stanišić (2019), 803.

²⁸ A. Raspor, 49.

potraživanje drugog povjerioca zbog toga što je potraživanje zastarjelo, nego ističe prigovor zastarjelosti, a taj prigovor je trebao istaći stečajni upravnik u toku ispitivanja potraživanja, pa upravo drugi stečajni povjerilac pobija pravnu radnju nečinjenja.

U konačnom ukazati je na doktrinarni stav dr. sc. Vlada Skorupa²⁹ koji ističe:

„Svrha instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji je u zaštiti savjesnog vjerovnika od- u širokom smislu- nesavjesnih dužnikovih raspolaganja imovinom kojima se onemogućava potpuno namirenje vjerovnika. Istovremeno je svrha postojanja instituta zastare i prekluzije u sankcionisanju pasivnosti vjerovnika i uspostavi dužnikove pravne sigurnosti nakon proteka odgovarajućeg vremena, na što posredno upućuje i okolnost da su odredbe o dužini zastarnih rokova prisilne i da ih, stoga, strane ne mogu mijenjati. Iako su institutom pobijanja dužnikovih pravnih radnji pravni odnos između vjerovnika i dužnika i pravni odnos između dužnika i trećeg, povezani, radi se ipak o dva zasebna pravna odnosa, a povezani su samo u okolnostima i u mjeri kad je i koliko je to potrebno radi zaštite vjerovnika. Vjerovnika se ne može uzeti kao osobu koja je stupila u pravni položaj dužnika prema trećem, što bi moglo dovesti do teze da pitanje zastare vjerovnikove tražbine prema dužniku nije relevantno. Dužnikova propuštanja su sastavni dio pravnih radnji koje vjerovnik može pobijati i tim slijedom može se zaključiti da se vjerovniku ne može istaknuti prigovor zastare ili prekluzije dužnikove tražbine, odnosno prava prema trećem“.

3. Zaključak

Polazeći od naprijed obrazloženih razloga smatramo:

1. Da je isključivo ovlaštenje stečajnog upravnika kao zakonskog zastupnika stečajnog dužnika da prizna ili ospori potraživanja u stečajnom postupku, i da mu nije potrebno ovlaštenje stečajnog sudije ni odbora povjerilaca;

2. Stečajni povjerilac ne može istaći prigovor zastarjelosti potraživanja u parnici na koju je upućen radi osporavanja potraživanja drugog povjerioca priznatog od strane stečajnog upravnika, jer prigovor zastarjelosti se može kao odbrambeno sredstvo istaći samo prema strani u materijalnopravnom odnosu, odnosno osobi kojoj je neko postavio zahtjev za ostvarenje potraživanja, i ta strana može na nekom pravnom temelju biti ovlaštena da tom zahtjevu postavi neke prigovore između ostalog i prigovor zastarjelosti. Stoga, samo dužnik može povjeriocu istaći prigovor zastarjelosti potraživanja kao odbrambeno sredstvo, jer prigovor u vidu zahtjeva nije identičan sa tužbom, obzirom da se tužba ne može postaviti u obliku prigovora. Ponoviti je da je tužba u formalnom smislu zakonom preduzeta radnja radi traženja sudske zaštite određenog „*subjektivnog*

²⁹ V. Skorup, *Pobijanje dužnikovih pravnih radnji*, Novi informator, Zagreb 2021, 98.

prava“³⁰, dok je tužba u materijalnom smislu pravno ovlaštenje da se određeno subjektivno pravo prinudno ostvari.³⁰ Upravo će sud u postupku ispitivanja prigovora zastare cijeniti da li je formalna apstraktna tužba postala konkretno materijalna tužba, to će biti ako je zahtjev povjerioca postao egzistentan i ako je dospio, a ne obrnuto, jer prigovor zastare smatra se kao tzv. samostalni peremptorni prigovor koji i služi za odbijanje tužbe u materijalnom smislu i protiv ostvarenja u njoj postavljenog tužbenog zahtjeva.³¹

3. Samim tim što je jedan povjerilac osporio potraživanje drugom povjeriocu, ne znači da potraživanje nije priznato od stečajnog upravnika, nego se u tom slučaju potraživanje ne smatra utvrđenim, a osporiti se može samo priznato potraživanje, a ne i utvrđeno potraživanje i sud u daljem toku parničnog postupka cijeni da li je stečajni upravnik ovlašten kao zakonski zastupnik da prizna potraživanje ili ne;

4. Isticanjem prigovora zastarjelosti, stečajni povjerilac ne spori samo potraživanje kao subjektivno pravo, nego osporava zahtjev za ostvarenje subjektivnog prava, jer smisao odredbe člana 120 Zakona o stečaju, je da se ospori „samo subjektivno pravo, odnosno samo potraživanje“, a ne zahtjev za ostvarenje subjektivnog prava, jer zakon i koristi jasnu jezičku formulaciju „osporena potraživanja“, a u suprotnom bi koristio „osporeni zahtjevi potraživanja“, a kod činjenice da se kod zastarjelosti radi o zastari zahtjeva, a ne o prestanku prava;

5. U parnici radi osporavanja priznatog potraživanja se ne može smatrati da je prirodna (neutuživa) obaveza nepostojeća, nego je ista postojeća obaveza, samo potraživanje povjerioca i dalje postoji, ali u oslabljenom obliku zbog odsutnosti sankcije kojom se omogućava njegovo prinudno ostvarenje, dok stečajni upravnik ima ovlaštenje priznati potraživanje shodno članu 33 stav 1 tačka 9 Zakona o stečaju i ta radnja raspolaganja je u isključivoj nadležnosti stečajnog upravnika, pa ako se prihvati stanovište Vrhovnog suda da priznanje stečajnog upravnika nema dejstvo priznanja duga, onda u tom slučaju stečajni upravnik niti bi mogao priznati dug, niti bi imao prava i obaveze organa stečajnog dužnika kao pravnog lica, nego bi u takvoj situaciji morao za priznanje duga da traži saglasnost stečajnog sudije ili odbora povjerilaca, odnosno u tom slučaju bi stečajni upravnik bio punomoćnik stečajnog dužnika, a ne zakonski zastupnik.

6. Svrha tužbe radi osporavanja potraživanja povjerioca priznatog od strane stečajnog upravnika (čl. 120 Zakona o stečaju), nije da se pobija potraživanje zbog toga što bi povjerilac bio dovođen u povoljniji položaj od ostalih povjerilaca kao što ističe Apelacioni sud u presudi Pž.br.383/20 od 10.09.2020. godine, nego zbog toga što potraživanje ne postoji kao subjektivno pravo, ili zbog toga što je priznat veći iznos od stvarnog duga. Da bi se određena pravna radnja stečajnog dužnika mogla pobijati, potrebna je ispunjenost jednog od tri

³⁰ B. Vizner, *Komentar ZOO-a*, Knjiga II, Zagreb 1978, 1284.

³¹ *Ibid.*, 1292.

uslova, odnosno potrebno je da se pravnom radnjom: 1. narušava ravnomjernost namirenja povjerilaca ili 2. oštećuju povjerioci ili 3. da se pojedini povjerioci stavljaju u povoljniji položaj u odnosu na druge. Stoga, da li je neki povjerilac doveden u povoljniji položaj u odnosu na druge, može biti razlog za pobijanje shodno članu 122 Zakona o stečaju, a ne predmet osporavanja potraživanja shodno članu 120 stav 2 Zakona o stečaju, jer predmet osporavanja može biti osnovanost ili obim.

* * *

CHALLENGING OF A CREDITOR'S CLAIM BY ANOTHER CREDITOR IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS, RECOGNIZED BY THE BANKRUPTCY TRUSTEE- CRITICISM OF THE SUPREME COURT OF MONTENEGRO'S LEGAL POSITION, SU. I NO. 365-1/20 DATED 28.12.2020.

Summary

The subject of this paper is a critical analysis of the legal position of the Supreme Court of Montenegro, Su. I No. 365-1/20 dated 28.12.2020. godin; whether a third party that is not in any relationship with the debtor may, in the form of a lawsuit, raise an objection to the statute of limitations of the claim, given that the Bankruptcy Law provides for the possibility that in a situation where the bankruptcy trustee recognizes the creditor's claim in bankruptcy proceedings another creditor may challenge the recognized claim; whether the bankruptcy trustee has the authority to recognize an obsolete claim; a distinction is made between recognized and established claims, termination and recognition of obsolete obligations, independent and non- independent objections, lawsuits and statement of claims, lawsuits in formal and material terms, procedural standing and standing to sue, as well as the difference between a lawsuit challenging a claim and rebuttal of the debtor's legal actions.

Keywords: challenging of claims in bankruptcy proceedings by creditor's, objection to the statute of limitations of claims, recognized an established claims; independent and non- independent objections, lawsuit and statement of claims; procedural standing and standing to sue, rebuttal of legal actions.

Velisav Marković

**PROMENA STAVOVA VRHOVNOG KASACIONOG SUDA SRBIJE KAO
IZVOR PRAVNE NESIGURNOSTI I UZROK ŠTETE**

Apstrakt

U cilju obezbeđivanja jedinstvene sudske primene prava Vrhovni kasacioni sud Srbije formira sudsku praksu iskazujući je kroz stavove u svojim odlukama i kroz zaključke i sentence donete na odeljenskim sednicama i na Opštoj sednici. Međutim, Vrhovni kasacioni sud u praksi često menja svoje stavove zbog čega predstavlja ozbiljan izvor pravne nesigurnosti, nepoverenja u pravosuđe ali i uzrok štete.

U radu je autor predstavio tri primera promene pravnih stavova i to u sporovima povodom isplate naknade za ishranu i regresa za koršćenje godišnjeg odmora zaposlenih u javnom sektoru, povodom nadležnosti suda da odlučuje o zahtevu za uplatu doprinosa za socijalno osiguranje i u sporovima povodom prava na uvećanje plate zaoslenima koji žive i rade na teritoriji AP KiM.

***Ključne reči:** pravni stav, promena pravnog stava, sudska praksa, pravna sigurnost, Vrhovni kasacioni sud Srbije.*

1. Uvod

Osnovni problemi u primeni propisa u domaćem pravosuđu su naglašenost zaštite ljudskih i manjinskih prava kao minimuma zahteva moralno političke prirode prema državi, stalni porast predstavlki pred Evropskim sudom za ljudska prava i ustavnih žalbi, masovnost sporova, nedoslednost sudske prakse kod istog pravnog i činjeničnog stanja i sporost u presuđenju.

Najaktuelniji problem „pravičnog suđenja“ je nedosledna sudska praksa koja se može upodobiti arbitrarnom postupanju.¹

Evropski sud za ljudska prava insistira na jednakosti u primeni prava za sva lica koja se nađu u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji, to jest na jednoobraznoj

* Doktor pravnih nauka, redovni profesor, Univerzitet Singidunum;
e-mail: vmarkovic@singidunum.ac.rs

¹ V. Marković, *Prestanak radnog odnosa (u opštem režimu radnih odnosa) sa obrascima i aktuelnom sudskom praksom*, Poslovni biro, Beograd 2018, 10.

sudskoj praksi koja vodi pravnoj sigurnosti i poverenju u sudski sistem; da je nužno naći mehanizam usaglašavanja; i da se sudska praksa može izuzetno menjati u situacijama koje su izuzetno opravdane i koje su korisne za sve. Njena izmena u odmakloj fazi nije moguća.²

Evropski sud za ljudska prava, u odluci *Vinčić i dr. protiv Srbije*, primećuje da „sudska praksa“ nije obavezujući izvor prava u Srbiji, ali da protivurečna tumačenja suda iste nadležnosti – praksa okružnog suda smanjuje poverenje u javnosti u pravosuđe, pa je predmetna sudska nesigurnost sama po sebi lišila pravičnost suđenja pred okružnim sudom zbog čega je došlo do povrede člana 6. stav 1. EK.³

Jednako postupanje sudova tj. donošenje uvek istih presuda za istovetne slučajeve naziva se dobrom sudskom praksom. Iako u našem pravu sudska praksa nije izvor prava ona ima snagu faktičkog izvora prava i izuzetno je važna za poštovanje načela jednakosti.⁴ Ima i mišljenja da je sudska praksa u sadašnjoj fazi razvoja našeg prava supsidijarni izvor prava, posle zakona.⁵

Primena prava u praksi tj. ostvarivanje prava je itekako važno, jer je za pravni saobraćaj mnogo važnije ono što je učinjeno, od onoga što bi trebalo da bude učinjeno. Ostvarivanje prava je pokazatelj stanja datog prava, zbog čega ono može da posluži kao pouzdan osnov za njegovu argumentovanu načunu kritiku.⁶

Nažalost sudska praksa Vrhovnog kasacionog suda Srbije je bogata u donošenju različitih sudskih odluka u istim činjeničnim i pravnim pitanjima, odnosno izraženo je da Vrhovni kasacioni sud često menja svoje stavove zbog čega predstavlja ozbiljan izvor pravne nesigurnosti ali i uzrok štete za subjekte prava koji se pouzdaju u stavove suda, pokrenu postupke, a nakon promene stava suda gube sporove, zbog čega trpe štetu u vidu plaćanja troškova postupka.

U radu su dati primeri promene stavova Vrhovnog kasacionog suda koji ozbiljno dovode do pravne nesigurnosti i uzrok su štete za građane a ne radi se o poznatim „bankarskim sporovima“.

² Vid. P. Trifunović, „Pravično suđenje u radno-socijalnim sporovima“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda Srbije* 1/2013, 293-295.

³ Vid. odluku *Vinčić i dr. protiv Srbije* na http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/cr/presude/u-odnosu-na-rs/vincic-i-drugi-protiv-srbije-44698-06-i-dr./vincic_p_44698-06_sg.pdf, datum prisutpa 10.06.2022.

⁴ D. Mitrović, *Osnovi prava*, Univerzitet Singidunum, Beograd 2006, 190-191. Tako i *Vetustas vicem legis optinet* (Sec. Scaevola – D. 39. 26) – Dugotrajna praksa dobija snagu zakona.

⁵ A. Gams, Lj. Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1991, 78.

⁶ D. Mitrović, 244.

2. Uloga Vrhovnog kasacionog suda Srbije u ujednačavanju sudske prakse

Sudska praksa je oblik prava u kome se iskazuje pravo značenje opšte pravne norme. To se postiže sudskim tumačenjem prava. Njegov materijalni izraz može biti odgovarajuća pojedinačna pravna norma odnosno usvojeno pravno shvatanje. Primena prava iskazana u njihovom sadržaju nema uvek isti stepen obaveznosti. Stepenn obaveznosti pravne prakse zavisi od pravne moći suda koji je njen autor. Tako, na primer, pravno shvatanje usvojeno na sednici odeljenja Vrhovnog kasacionog suda obavezuje sva veća u sastavu odeljenja-argument iz odredbe člana 43. stav 3. Zakona o uređenju sudova.⁷ Nesporan je i njegov uticaj na odluke nižestepenih sudova.⁸

Pravno shvatanje iskazano u sudskoj odluci obrazovano povodom tumačenja merodavnih pravnih normi deluje i u odnosu na sve *pro futuro* iste situacije. Podrazumeva se da je taj stav izdržao kontrolu po pravnom leku, odnosno da je reč o pravnom shvatanju odgovarajućeg suda, koji s obzirom na svoj položaj u sistemu sudske vlasti ima snagu delovanja koja se mora poštovati. To je u skladu sa zahtevom za ostvarivanje prava na pravično suđenje. Stav iz sudske odluke mora biti podvrgnut proveru suda po odgovarajućem leku da bi za slučaj da bude prihvaćen obavezivao taj sud.

Na taj način pravni stav iz odgovarajuće sudske odluke postaje oblik prava, jer se njegovim sadržajem iskazuje pravo značenje opšte pravne norme. To se primarno čini u odnosu na određenu *in concreto* situaciju i između određenih subjekata-stranaka u parničnom postupku, na taj način se ne iscrpljuje dejstvo sudske odluke ali taj stav postaje obavezan za buduće iste pravne situacije. Pravno shvatanje iskazano u toj odluci obrazovano u povodu tumačenja merodavnih pravnih normi deluje i u odnosu na sve *pro futuro* iste situacije.⁹

Vrhovni kasacioni sud ujednačava praksu sudova:

1) odlučujući o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim u pojedinačnim predmetima, po odredbama procesnih zakona (ZPP, ZKP, ZUS),

2) zauzimanjem pravnih shvatanja – kada postoje „duboke i dugoročne razlike u sudskoj praksi“ kao sistemski poremećaj, koji je doveo do kršenja prava na pravnu sigurnost ili podriva poverenje javnosti u pravosudni sistem,

⁷ Čl. 43 Zakona o uređenju sudova, *Sl. glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015-dr zakon, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – odluka US, 87/2018 i 88/2018 – odluka US.

⁸ Iz konačnog pravnog shvatanja *Gradanskog odeljenja za radne sporove Apelacionog suda u Beogradu od 21. januara 2015. godine*, tekst dostupan na: <http://cdn-host.bgdream.net/lt/news/sudska-praksa/pravna-shvatanja-stavovi-i-zakljucci-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/obavezujuce-obrazlozenje-odluke-ustavnog-suda.html>, datum pristupa 10. 06. 2022.

⁹ *Ibid.*

- 3) objavljivanjem odluka donetim u repetitivnim predmetima,
- 4) objavljivanjem utvrđenih sentenci.¹⁰

3. Primeri promene pravnog stava Vrhovnog kasacionog suda Srbije

3.1. Isplata naknade za ishranu i regresa za godišnji odmor zaposlenima u javnom sektoru

U sudskoj praksi je prisutan veoma veliki broj sporova zaposlenih u javnom sektoru kojima su uskraćene naknade za regres i topli obrok.

Jedan broj zaposlenih u javnom sektoru (zdravstvu, školstvu, predškolskom obrazovanju i dr.) sa nižom stručnom spremom i nižim koeficijentom ima utvrđenu platu u iznosu nižem od minimalne zarade. Iz tih razloga njima se vrši korekcija u isplati plate do minimalne zarade. Problem je nastao što su ostali uskraćeni za regres i topli obrok. Plata zaposlenih u javnom sektoru izračunava se tako što se osnovica pomnoži sa koeficijentom. Odredabom čl. 4. stav 2. Zakona o platama u državnim organima i javnim službama¹¹ propisano je da koeficijent sadrži i dodatak na ime naknade za ishranu u toku rada i regresa za korišćenje godišnjeg odmora. Međutim, dodaci na platu, kakvi su regres i topli obrok nisu i ne mogu biti sadržani u minimalnoj zaradi.

Međunarodna organizacija rada je pravo na minimalnu zaradu regulisala Konvencijom broj 131 o utvrđivanju minimalnih nadnica, koju je Republika Srbija ratifikovala¹² i kojom je propisano da minimalne nadnice imaju zakonsku snagu i da se ne mogu smanjivati.

U sudskoj praksi Vrhovni kasacioni sud Srbije je prvo zauzeo stav: „Pravo zaposlenog na isplatu naknade za ishranu u toku rada i regres za godišnji odmor po Zakonu o platama u državnim organima i javnim službama, nije realizovano u situaciji kada je zaposlenom u spornom periodu isplaćivana plata u visini minimalne zarade.“¹³

Takođe, Apelacioni sud u Novom Sadu je u više presuda zauzeo pravni stav da tužioci imaju pravo realizovati ono što im je zakonom priznato, odnosno pravo na isplatu naknade troškova za ishranu u toku rada i regresa

¹⁰ Plan aktivnosti Vrhovnog kasacionog suda radi ujednačavanja sudske prakse, broj I SU-724/2014 od 01.04.2014. godine, tekst dostupan na: <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/PlanAktivnostiVrhovnogKasacionogSuda%20radi%20ujedna%C4%8Davanja%20sudske%20prakse.pdf>, datum pristupa 21. 06. 2022.

¹¹ *Sl. glasnik RS*, br. 34/2001....21/2016 – dr. zakon, 113/2017 – dr. zakon.

¹² *Sl. list SFRJ* – Međunarodni ugovori, br. 14/82.

¹³ Iz presude Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1557/2019 od 13. 02. 2020. godine, sentenca objavljena u Paragraf Lex.

za korišćenje godišnjeg odmora.¹⁴ Kako pozitivnim propisima nisu određene visine ovih naknada njih je moguće obračunati prema visini koja je bila određena ranijim opštim aktima. Na primer, konkretno Opštim kolektivnim ugovorom¹⁵ i Posebnim kolektivnim ugovorima koji su bili na snazi. Na primer, Posebnim kolektivnim ugovorom za osnovne škole¹⁶ (za zaposlene u osnovnim školama) koji je u članu 28. propisivao da je poslodavac dužan da zaposlenom isplati regres za korišćenje godišnjeg odmora u visini prosečne mesečne neto zarade po zaposlenom u privredi Republike, prema poslednjem objavljenom podatku republičkog organa za poslove statistike a članom 29. je propisivao da je poslodavac obavezan da isplati zaposlenom mesečnu naknadu za ishranu u toku rada u visini 25% prosečne mesečne neto zarade po zaposlenom u privredi Republike, prema poslednjem objavljenom podatku republičkog organa za poslove statistike.¹⁷

Vrhovni kasacioni sud je u obrazloženju presuda kojima je usvajao reviziju i preinačavao presude Apelacionih sudova koji su odbijali tužbene zahteve navodio: „Imajući u vidu izneto, Vrhovni kasacioni sud nalazi da je prvostepenom presudom pravilno usvojen tužbeni zahtev, nakon što je, uz pravilnu primenu materijalnog prava, utvrđeno da tužilac ima pravo na naknadu troškova za ishranu i regres, da Kolektivnim ugovorom tuženog, kao ni drugim opštim aktom, u spornom periodu visina ovih naknada nije utvrđena, niti je plaćena zaposlenima, što čini osnovanim tužbeni zahtev kojim tužilac potražuje dosuđene iznose na ime naknade troškove ishrane u toku rada i regresa za korišćenje godišnjeg odmora, čija visina je utvrđena pravilnom ocenom nalaza i mišljenja sudskog veštaka, prema parametrima iz prethodnog kolektivnog ugovora.“¹⁸

Primena Posebnog kolektivnog ugovora koji nije na snazi (odnosno opšteg akta) je pravilna iz razloga primene pravne analogije kojom se popunjava pravna praznina. Naime, „putem pravne analogije pravna praznina popunjava se tako što se na neregulisan slučaj primenjuje opšta pravna norma koja je predviđena za neki drugi slučaj“.¹⁹

¹⁴ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1 1997/21 od 06. 10. 2021., presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1 1998/21 od 02. 11. 2021., presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1 3395/21 od 15. 12. 2021., presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1 3389/21 od 13. 12. 2021., presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1 3390/21 od 13. 12. 2021., presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1 1856/21 od 02. 11. 2021. godine.

¹⁵ *Sl. glasnik RS*, br. 104/08.

¹⁶ *Sl. glasnik RS*, br. 53/1999.

¹⁷ Vid. presudu Osnovnog suda u Novom Sadu, P1 1869/17 od 12. 03. 2018. godine koja je potvrđena presudom Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1557/2019 od 13. 02. 2020. godine.

¹⁸ Vid. presudu Vrhovnog kasacionog suda Srbije Rev2 1412/2021 od 23. 06. 2021. godine.

¹⁹ Iz odluke Ustavnog suda Srbije UŽ-782/2009 od 27.09.2012. godine.

Dakle, Vrhovni kasacioni sud je brojnim presudama zauzeo pravni stav po kome zaposleni u konkretnom slučaju ima pravo na naknadu troškova za ishranu u toku rada i regresa za godišnji odmor.²⁰

Ovakav stav Vrhovnog kasacionog suda Srbije doveo je do podnošenja hiljada tužbi oštećenih građana.

Međutim, nakon toga i pored svega Vrhovni kasacioni sud menja svoj pravni stav i odjednom donosi drugačije odluke odbijajući reviziju kao neosnovanu sa obrazloženjem: „Pravilan je zaključak drugostepenog suda da se državni službenici nalaze u posebnom režimu radnih odnosa na koje se primenjuju posebni propisi u ostvarivanju prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa i da prilikom odlučivanja o pravu na naknadu za ishranu u toku rada i regresa za korišćenje godišnjeg odmora nema mogućnosti primene odredbi Zakona o radu, odnosno propisa koji se odnose na opšti režim radnih odnosa, jer je pitanje zarade regulisno odredbama Posebnog kolektivnog ugovora za državne organe, pa nisu osnovani navodi revizije o pogrešnoj primeni materijalnog prava“.²¹ Vrhovni kasacioni sud je dao i sledeće obrazloženje u sporu zaposlene u predškolskoj ustanovi: „Pravo zaposlnog na naknadu troškova za ishranu u toku rada ili regres za korišćenje godišnjeg odmora, propisanih članom 118. Zakona o radu, realizovano je kao sastavni deo koeficijenta radnog mesta svakog zaposlenog, u kom slučaju se ne obračunava, niti isplaćuje kao posebna naknada. Ovakvim zakonodavnim rešenjem, ni na koji način se ne umanjuje pravo zaposlenog na osnovnu zaradu u visini minimalne zarade, garantovane članom 111. Zakona o radu“.²²

Očigledno se radi o drastičnoj promeni pravnog stava koje je u praksi dovelo do nesagledivih posledica u vidu pravne nesigurnosti građana ali i nanošenja ogromne materijalne štete u vidu plaćanja troškova postupka za izgubljene parnice koje su pokrenute sa poverenjem u stavove Vrhovnog kasacionog suda.

²⁰ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 715/2021 od 07. 04. 2021, presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1004/2021 od 12. 05. 2021, presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 2570/2020 od 25. 11. 2020., presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1672/2020 od 04. 11. 2020, presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 2136/2019 od 02. 10. 2019, presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 2714/2018 od 13. 06. 2019, presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 3176/2018 od 13. 06. 2019. godine.

²¹ Vidi sudu Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev2 1252/2021 od 09. 06. 2021. godine.

²² Iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev2 2515/2021 od 01. 12. 2021. godine.

3.2. Nadležnost suda da odlučuje o zahtevu za uplatu doprinosa za socijalno osiguranje

U sudskoj praksi se više puta menjao stav o nadležnosti suda za rešavanje sporova povodom neplaćanja doprinosa za socijalno osiguranje (penzijsko i invalidsko osiguranje, zdravstveno osiguranje i osiguranje za slučaj nezaposlenosti).

Prvo je Vrhovni sud Srbije zauzeo pravni stav da sporovi povodom uplaćivanja doprinosa spadaju u sudsku nadležnost. „Prijavom tek zaposlenog radnika organizacijama obaveznog osiguranja, poslodavac preuzima obavezu da uplaćuje doprinose za zdravstveno, penzijsko i invalidsko osiguranje. Kako su ti oblici osiguranja, po članu 40. Ustava Republike Srbije, prava iz radnog odnosa, rešavanje sporova o uplaćivanju doprinosa za socijalno osiguranje, spada u sudsku nadležnost, kao radni spor.“²³

Zatim, krajem 1999. godine Vrhovni sud Srbije menja svoj pravni stav. „Utvrđivanje i naplata doprinosa za obavezno socijalno osiguranje (penzijsko i invalidsko) vrši se u upravnom postupku i ne spada u sudsku nadležnost. Sud nije nadležan (član 16. Zakona o parničnom postupku) da u parničnom postupku odlučuje o zahtevu zaposlenog da poslodavac uplati doprinose iz zarade nadležnim fondovima obaveznog osiguranja. Sud nije nadležan (član 16. ZPP) da odlučuje o zahtevu za upis radnog staža u radnu knjižicu.“²⁴

Zatim u novembru 2001. godine Vrhovni sud Srbije ponovo menja stav. „Sud u parničnom postupku odlučuje o zahtevima zaposlenog da poslodavac uplati doprinose za obavezno socijalno osiguranje odgovarajućem fondu i da upiše staž osiguranja u radnu knjižicu.“²⁵

Ovo shvatanje Vrhovnog suda je promenjeno Zaključkom Vrhovnog kasacionog suda iz 2010. godine u kome se navodi:

„1) Odlučivanje o samostalnom tužbenom zahtevu koji se odnosi na obavezivanje poslodavca na uplatu doprinosa iz obaveznog socijalnog osiguranja ne spada u nadležnost suda opšte nadležnosti jer se ne radi o sporu iz člana 1. Zakona o parničnom postupku.

2) Kada se tužbeni zahtev odnosi na isplatu zarade, naknade zarade i drugih primanja iz radnog odnosa i naknade štete zbog izgubljene zarade uz obavezivanje poslodavca na uplatu doprinosa iz obaveznog socijalnog osiguranja nadležan je osnovni sud u prvom stepenu, na osnovu člana 22. stav 3. Zakona o uređenju sudova u vezi člana 105. stav 2. i 191. stav 2. Zakona o radu.“²⁶

²³ Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Rev 7580/98 od 27. 1. 1999. godine.

²⁴ Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije održanoj 27. 12. 1999. godine.

²⁵ Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije održanoj 5. 11. 2001. godine.

²⁶ Zaključak sa sednice Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 23. 3. 2010. godine.

Nakon ovoga Ustavni sud Srbije je zauzeo stav da smatra ustavnopravno neprihvatljivim odbijanje redovnih sudova da postupaju u sporovima o pravima iz radnog odnosa, jer se takvom praksom sužava pravo na pristup sudu kao jedna od garancija prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava.²⁷

Posle svega Vrhovni kasacioni sud je u martu 2019. godine zauzeo stav: „Sud je nadležan da u parničnom postupku odlučuje o zahtevu zaposlenog lica ili lica koje je korisnik naknade za vreme privremene nezaposlenosti da poslodavac ili Nacionalna služba za zapošljavanje uplate doprinose za obavezno socijalno osiguranje odgovarajućim organizacijama za obavezno socijalno osiguranje, bez obzira na to da li je takav zahtev jedini predmet spora.“ U obrazloženju stava sud je konstatovao: „Iz svega izloženog proizlazi da je obraćanje sudu u parničnom postupku jedini pravni put koji stoji na raspolaganju korisniku naknade za vreme privremene nezaposlenosti na obavezanje Nacionalne službe za zapošljavanje da uplati doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje.“²⁸

Sud je nadležan da u parničnom postupku odlučuje o zahtevu zaposlenog lica ili lica koje je korisnik naknade za vreme privremene nezaposlenosti da poslodavac ili Nacionalna služba za zapošljavanje uplate doprinose za obavezno socijalno osiguranje odgovarajućim organizacijama za obavezno socijalno osiguranje, bez obzira na to da li je takav zahtev jedini predmet spora.²⁹

3.3. Pravo na uvećanje plate zaoslenima koji žive i rade na teritoriji AP KiM

Zaključkom Vlade Republike Srbije 05 broj 02-4586/2003-001 od 17. jula 2003. godine u stavu 1. tačke 1. prihvaćena je Informacija u pogledu statusa određenih organa, organizacija i službi sa područja AP Kosovo i Metohija, koja je sastavni deo Zaključka. Informacijom u pogledu statusa određenih organa, organizacija i službi sa područja AP Kosovo i Metohija, koja je prema tački 1. osporenog Zaključka, sastavni deo Zaključka, u cilju rešavanja pitanja „radno-pravnog statusa zaposlenih u državnim organima, pokrajinskim organima, organima lokalne samouprave, javnim preduzećima čiji je osnivač Republika i lokalna samouprava i javnim službama sa područja AP Kosovo i Metohija koja su bila zaposlena, a koja bez svoje krivice ne rade i ne ostvaruju prihod po drugom osnovu, privremeno do donošenja odgovarajućih zakona, uredi(ti)... (na sledeći način)...:

²⁷ Vid. Odluke Ustavnog suda Srbije, UŽ-3506/2012 od 21.2.2013. godine, UŽ-1431/14 od 24. 11. 2016. godine, UŽ-1430/2014 od 9. 11. 2016. godine.

²⁸ Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 12. 3. 2019. godine.

²⁹ Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 12. 3. 2019. godine.

1. Iznos plate ili zarade, odnosno naknade koju primaju zaposleni u državnim organima, pokrajinskim organima, organima lokalne samouprave, javnim preduzećima čiji je osnivač Republika i javnim preduzećima čiji je osnivač lokalna samouprava sa područja AP Kosovo i Metohija, a koja obavljaju registrovanu delatnost na području osnivača, kao zaposleni u javnim službama sa područja AP Kosovo i Metohija, izmeneće se tako da:

- zaposleni koji žive i rade na području AP Kosovo i Metohija primaju platu odnosno zaradu u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom uvećanu za 100%,

- zaposleni koji žive na području uže Srbije, a rade na području AP Kosovo i Metohija, primaju platu odnosno zaradu u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom, uvećanu za 25%,

- zaposleni koji žive i rade van područja AP Kosovo i Metohija primaju platu, odnosno zaradu u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom za obavljanje poslova na koje su raspoređeni,

- zaposleni koji žive na području AP Kosovo i Metohija a ne rade, primaju naknadu plate, odnosno zarade u visini minimalne zarade utvrđene u skladu sa zakonom za period januar-jun 2003, uvećanu za 30%,

- zaposleni koji žive van područja AP Kosovo i Metohija a ne rade, primaju naknadu plate, odnosno zarade u visini minimalne zarade utvrđene u skladu sa zakonom za period januar-jun 2003. godine.

Uvećanje plate, odnosno zarade iz alineje 1. ove tačke obračunava se na iznos plate, odnosno zarade koji se dobija na osnovu koeficijenta i osnovica utvrđene u skladu sa zakonom, odnosno kolektivnim ugovorom.³⁰

Veliki broj pripadnika Ministarstva unutrašnjih poslova je tužio državu zbog manje isplaćene plate u odnosu na platu koja je trebala biti isplaćena u skladu sa navedenim zaključkom.

Okružni sud u Beogradu je prvo usvojio tužbene zahteve tužilaca. U obrazloženjima tih presuda je istaknuto da su zarade tužilaca morale biti isplaćivane u skladu sa odlukama Vlade Srbije od 24. januara 2000. godine i/ili 17. jula 2003. godine.³⁰

Vrhovni sud Srbije je, prvo, potvrdio odluke nižih sudova donete u korist tužilaca (Rev II 429/08 i Rev 623/08).

Međutim, nakon toga Okružni sud u Beogradu menja pravni stav i odbija tužbene zahteve kao nesnovane u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji.³¹

Odlučujući o revizijama, Vrhovni sud je presudio protiv tužilaca, iako sa donekle drugačijim obrazloženjem u poređenju sa obrazloženjem Okružnog

³⁰ Presude Okružnog suda u Beogradu Gž I 3179/07 od 4. 7. 2007. godine, Gž I 17/07 od 14. 2. 2007. godine, Gž I 3073/07 od 4. jula 2007. godine, Gž I. 816/07 od 17. januara 2008. godine.

³¹ Presuda Okružnog suda u Beogradu GžI. 1704/08 od 18. 02. 2009. godine.

suda u Beogradu. Vrhovni sud je posebno utvrdio, između ostalog, da odluka Vlade od 17. jula 2003. godine nije bila direktno primenjiva.

Rešavajući po ustavnoj žalbi Ustavni sud Srbije je u svojim odlukama UŽ-703/2009 od 17. marta 2011. godine³² i UŽ-2416/2009 od 12. 5. 2011. godine³³ naveo: „S obzirom na ovako utvrđene činjenice i okolnosti, Ustavni sud je ocenio da su donoseći različite odluke, Okružni sud u Beogradu, sa jedne strane i u ovom slučaju, Vrhovni sud Srbije, sa druge strane, kao sudovi poslednje instance, povodom iste činjenične i pravne situacije, stvorili pravnu nesigurnost kod podnosioca ustavne žalbe, te da ova okolnost sama po sebi predstavlja dovoljan razlog da se utvrdi postojanje povrede prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava. Stoga je Ustavni sud, saglasno odredbi člana 89. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu (Službeni glasnik RS, broj 109/07), u ovom delu, u tački 1. izreke, ustavnu žalbu usvojio.“

U ovim predmetima ujedinjavanjem sudske prakse se bavio i Evropski sud za ljudska prava u Strazburu. Evropski sud je to učinio u presudi *Rakić i drugi protiv Srbije*³⁴ i *Živić i drugi protiv Srbije*.³⁵

Evropski sud je presudom u navedenom predmetu *Rakić i drugi protiv Srbije* utvrdio da je došlo do povrede člana 6. stav 1. Konvencije. Evropski sud je našao „da iako se određena odstupanja u tumačenju mogu prihvatiti kao sastavni deo svakog pravosudnog sistema koji je, baš kao i srpski, zasnovan na mreži sudećih i apelacionih sudova koji imaju nadležnost nad određenom teritorijom, u slučajevima podnosilaca predstavki suprotna tumačenja proistekla su iz iste sudske nadležnosti, tj. Okružnog suda u Beogradu, i podrazumevala su dosledno presuđivanje zahteva podnetih od strane mnogih lica u istim situacijama (videti *Vinčić i drugi protiv Srbije*, stav 56; videti takođe, *mutatis mutandis*, *Tudor Tudor protiv Rumunije*, broj 21911/03, stav 29, 24. mart 2009. godine).“ Dalje je navedeno da je sve to stvorilo stanje trajne neizvesnosti, koje je zauzvrat moralo umanjiti poverenje javnosti u pravosuđe, pri čemu je to poverenje, jasno, jedna od osnovnih komponenti države zasnovane na vladavini prava.

4. Zaključna razmatranja

U strategiji razvoja pravosuđa za period 2020-2025 godine konstatovano je da je delimično ostvarena dostupnost sudske prakse, što predstavlja preduslov

³² Objavljena u *Sl. glasniku RS*, br. 36/2011 od 27. maja 2011. godine.

³³ Objavljena u *Sl. glasniku RS*, br. 51/2011 od 13. jula 2011. godine.

³⁴ *Rakić and Others v. Serbia*, app. 47460/07 ... 5. oktobar 2010. (HUDOC). U posebnom izdanju ova presuda se nalazi u zbirci Odluke i presude Evropskog suda za ljudska prava IV, Beograd 2011, 3–63.

³⁵ *Živić v. Serbia*, app. 37204/08, 23. avgust 2011. (HUDOC).

predvidivosti sudske prakse i ujednačene primene prava.³⁶ To je tačno, pored ostalog, dostupnost sudske prakse pomaže da se uoče i različite odluke sudova u istim pravnim i činjeničnim situacijama. Strategija se ne bavi pitanjem ujednačavanja sudske prakse od strane najvišeg suda u zemlji, odnosno pitanjem zabrane menjanja stavova suda.

U teoriji je bilo mišljenja da presude u predmetima Vinčić, Rakić i Živić protiv Srbije pokazuju jedan pomalo neočekivan pravac uticaja evropskog prava ljudskih prava na srpsko pravo u oblasti sudske prakse i da se osnovano može pretpostaviti da će pomenute presude izrečene protiv Republike Srbije pred Evropskim sudom ipak ostati jedna vrsta izuzetka sa nadom da izjednačenje sudske prakse u našem pravu, posebno u prisustvu postojećih reformi pravosuđa, ubuduće neće predstavljati problem.³⁷

Nažalost, imajući u vidu poznate slučajeve menjanja sudske prakse od strane najvišeg suda u zemlji vezano za bankarske kredite kao i za slučajeve navedene u ovom radu, ali i brojne druge slučajeve koji nisu navedeni a postoje, dolazimo do zaključka da se ne radi o izuzecima i da bi Vrhovni kasacioni sud prilikom zauzimanja pravnih stavova morao da vodi računa da kasnija izmena pravnog stava predstavlja ozbiljan izvor pravne nesigurnosti, nepoverenja u pravosuđe ali i uzrok štete za pravne subjekte što je suprotno zahtevu za ostvarivanje prava na pravično suđenje.

Na kraju, može se otvoriti i pitanje prava građana na naknadu štete koja im je prouzrokovana promenom stava Vrhovnog kasacionog suda. Većina građana podnosi tužbu nakon uvida u stav Vrhovnog kasacionog suda pouzdajući se u sigurnost dobijanja spora. Nakon promene stava, što je najčešće nakon pojave masovnih sporova, građani gube sporove i trpe materijalnu štetu. U ovakvoj situaciji smatram da bi građani imali pravo na naknadu materijalne štete od strane Vrhovnog kasacionog suda, odnosno države.

* * *

***THE CHANGE OF OPINIONS OF THE SUPREME COURT OF
CASSATION OF SERBIA AS A SOURCE OF LEGAL UNCERTAINTY AND
A CAUSE OF DAMAGE***

Summary

In order to ensure uniform application of law, the Supreme Court of Cassation of Serbia forms its jurisprudence presenting it through opinions

³⁶ Strategija je objavljena u *Sl. glosniku RS*, br. 101/2020.

³⁷ D. Popović, „Uticaj Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda na srpsko zakonodavstvo i sudsku praksu“, *Pravni zapisi* 2/2011, 355.

expressed in its decisions, and through conclusions and sentences adopted at its departmental sessions and the session of all the Judges. However, in practice, the Supreme Court of Cassation frequently changes its opinions for which it represents a serious source of legal uncertainty, distrust of the judiciary, and the cause of damage.

The author of the paper presented three examples of changes in legal opinions including the payment of food allowances and payments for annual leave of the public sector employees; the jurisdiction of the Court to reach decisions on applications for contributions for social security insurance and the right to a salary increase for the employees living and working in the territory of the Autonomous Province of Kosovo and Metohija.

Keywords: legal opinion, change of legal opinion, court practice, legal certainty, the Supreme Court of Cassation of Serbia.

Slobodan Vukadinović

UGOVORNI I ZAKONSKI REŽIM ISKLJUČENJA I OGRANIČENJA UGOVORNE ODGOVORNOSTI

Apstrakt

U radu se polazi od ugovornog i zakonskog osnova za isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti. U fokusu rada su pitanja koja se otvaraju u vezi sa klauzulama egzoneracije, počev od njihovih klasifikacija do domašaja. Razmatra se i njihova primena u međunarodnom poslovnom i u potrošačkom pravu, u smislu da li su češće klauzule kojima se teži isključenju ili ograničenju odgovornosti. U tom svetlu, ispituje se da li je potrebno, opravdano i korisno izričito navođenje kovida i oružanih sukoba u ugovornim klauzulama, naročito u standardnim modelim ugovora, sa jedne strane u odnosu na mogućnost podvođenja pod zakonske pojmove, pre svega pod pojam više sile i promenjenih okolnosti, sa druge. U kontekstu načina navođenja razloga za isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti, u klauzulama egzoneracije, ukazuje se i na rizike da ovakve klauzule budu kvalifikovane kao nepoštene ugovorne odredbe, te da budu pogođene sankcijom ništavosti. U završnom delu, rad je usmeren na ispitivanje granica isključenja ugovorne odgovornosti, imajući u vidu da mnogi nacionalni propisi, poput našeg Zakona o obligacionim odnosima, sadrže odredbe imperativnog karaktera, saglasno kojima nije moguće isključiti odgovornost za nameru i grubu nepažnju.

***Ključne reči:** ugovorna odgovornost, oslobođenje od odgovornosti, isključenje odgovornosti, klauzule egzoneracije, viša sila, promenjene okolnosti.*

1. Uvod: osnov isključenja i ograničenja ugovorne odgovornosti

Osnov isključenja i ograničenja ugovorne odgovornosti, nesporno može biti u zakonu ili zakoniku nacionalog prava koje je merodavno za dati ugovorni odnos. Osim toga, može postojati ugovorni osnov isključenja odgovornosti. To znači da i strane ugovorne mogu same, kao deo kako glavnog tako i pripremnih ugovora

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu i naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, <https://orcid.org/0000-0002-4692-321X>, e-mail: slobodan.vukadinovic@pravnikafakultet.rs

ili predugovora, pa sve do zaključenja glavnog ugovora precizirati situacije koje će, ukoliko nastupe, predstavljati pravni osnov za isključenje (ili ograničenje) ugovorne odgovornosti. Koliki je domašaj ovog aspekta autonomije volje strana odrediće zakon ili zakonik, jer većina nacionalnih prava, kao i naše pravo, predviđaju ograničenja u pogledu vrsta ili stepena odgovornosti čije se isključenje može ugovarati.

2. Vanredne okolnosti i ugovorna odgovornost

Pandemija kovida 19, a aktuelno i oružani sukobi u određenim državama i ekonomske sankcije, te specijalne operacije i intervencije koje imaju realan potencijal da dovedu do sudara svetova, aktuelizuju pitanje ne samo ugovorne odgovornosti, već i više sile i promjenjivih okolnosti. Ovakvi događaji nisu samo vanredni, oni su sistemski i imaju globalni uticaj, a njihovo trajanje, ublažavanje, prestanak ili pogoršavanje se ne može sa sigurnošću predvideti, pa su njihove posledice neretko, praktično i pravno posmatrano, nesagledive. Tako, na primer, u trenutku pisanja ovog rada (jun 2022. godine) neizvesno je ne samo trajanje aktuelnih dešavanja i sukoba među državama, već njihov uticaj na eventualni nedostatak energenata, što može uzrokovati poremećaje proizvodnih procesa i dovesti u pitanje izvršenje ugovora širom sveta. Ali uz to, imajući u vidu nedavna iskustva sa pandemijom covid-19, aktuelizuje se i pitanje domašaja ugovornih klauzula kojima se ograničava ili isključuje ugovorna odgovornost. Da li su ovakve odredbe potrebne, primerene i korisne, da li su one prednost za stranu koja ih predlaže, a koje druga strana nije u mogućnosti ili poziciji da odbije zbog potrebe da zaključi ugovor - neka su od pitanja. Međutim, čak i da je ovakva klauzula nesporno ugovorena uz saglasnost volja ugovornih strana, otvara se i pitanje njene punovažnosti spram merodavog prava, polazeći od činjenice da nacionalni pravni poredak određuje nekada i kogentnim normama domen u kome se može ugovornim putem odstupati od zakonskih pravila koja uređuju pitanje isključenja i ograničenja ugovorne odgovornosti. Ograničenja mogućnosti da se ugovornim putem isključi ili ograniči ugovorna odgovornost nisu neočekivana, jer u svim pravnim sistemima postoje uobičajene granice kako slobode ugovaranja, tako i šireg načela autonomije volje.

Ugovorni osnov za oslobođenje i ograničenje ugovorne odgovornosti realizuje se ugovaranjem posebnih ugovornih odredaba koje pravna teorija uglavnom naziva: klauzule egzoneracije. Reč je o tome da ugovorne strane, saglasno principu slobode ugovaranja ili šire posmatrano principu autonomije volje, koriste mogućnost da samostalno i slobodno urede sadržinu sopstvenog ugovornog odnosa, poštujući granice koje postavlja pravni poredak (one zemlje čije je pravo merodavno za dati ugovorni odnos). U srpskom ugovornom pravu,

saglasno članu 10. Zakona o obligacionim odnosima¹ (dalje: ZOO) granice slobode ugovaranja određene su imperativnim normama, javnim poretkom i dobrim običajima. Međutim, bez obzira na proklamovanu slobodu ugovaranja, postoje različiti razlozi i različite situacije u kojima za jednu ugovornu stranu (nekada možemo reći i slabiju) u praksi faktični nema realnog ostvarivanja slobode oblikovanja ugovornog odnosa u kome učestvuje, odnosno može doći do toga da pristaje na već pripremljene uslove druge ugovorne strane. Razlozi se mogu nalaziti u praktičnoj neophodnosti zaključenja ugovora za jednu (slabiju) stranu zarad zadovoljenja određene opravdane potrebe, zatim to može biti činjenica da strana ne obraća potrebnu pažnju na uslove ugovora prilikom zaključenja ugovora, a razlozi mogu biti i posledica nekih vanrednih okolnosti.

Vanredne situacije i okolnosti, kao što su npr. uslovi pandemije, organičenja načina poslovanja koje je uzrokovano merama o zabrani kretanja ili načinu ponašanja što usporava ili otežava funkcionisanje privrednih aktivnosti, ratovi i sl. sve zajedno može otežati ili onemogućiti pregovore, pa se u tim situacijama opravdano može pretpostaviti da se nekada ili bolje reći neretko prihvataju i ugovori koji sadrže klauzule oslobođenja od ugovorne odgovornosti. U tom kontekstu u ovom radu se ispituje da li se može punovažno isključiti odgovornost za neispunjenje ugovora i naknadu štete putem ugovorne odredbe, odnosno klauzule posebno za slučaj kovida 19 i oružanih sukoba. U tom smislu ovaj rad ima za cilj da podstakne na razmišljanje o tome da li aktuelna situacija može uticati da klauzule o oslobođenju od odgovornosti od pandemije (za koje se u medijima postavlja pitanje i da li nam predstoje novi oblici pandemije) postanu uobičajene, skoro tipične klauzule u modelima ugovora koji se koriste u poslovnim aktivnostima. Drugim rečima otvara se pitanje da li će jedna od posledica iskustva sa kovidom-19 biti i izmena standardnih ugovora koji se koriste u privredi. Idući korak dalje, postavlja se pitanje da li je uopšte potrebno posebno ugovarati ovakve razloge isključenja ugovorne odgovornosti ili su oni adekvatno obuhvaćeni zakonskim pravilima o višoj sili i promenjenim okolnostima.² Na primer, u aktuelnoj situaciji nakon više od dve godine od početka pandemije kovida 19 i kada su mere koje su državni organi uvodili značajno relaksirane u većini država, a ponegde i potpuno ukinute, o kovidu-19 kao o višoj sili iz ugla vremenskog trenutka pisanja ovog rada (jun 2022. god.) ne bi bilo osnovano govoriti, već bi se pitanje kovida-19 moglo eventualno

¹ *Sl. glasnik SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. glasnik RS*, br. 18/20.

² Suštinski problem možda i leži upravo u kvalifikaciji i poštovanju kriterijuma – da li su i koje su konkretne okolnosti u dovoljnoj meri relevantne da zasnuju sud o potrebnim i dovoljnim razlozima za primenu instituta koje građanski zakonic ili zakoni (zavisno od konkretne države čije je pravo nadležno) već poznaju?

razmatrati sa aspekta promenjenih okolnosti.³ Može se postaviti i pitanje da li će covid-19 i drugi sistemski događaji⁴ koji potresaju svet poslednjih godina, u vremenu pred nama uticati na izmene klauzula u standardnim modelima ugovora i postati jedan od nezaobilaznih razloga koji se izričito navode u odredbama o isključenju i oslobođenju od ugovorne odgovornosti.

3. Klauzule o oslobođenju u standardnim modelima ugovorima i klasifikacija klauzula o (ne)odgovornosti

Klauzule egzoneracije se u standardnim modelima ugovora⁵ mogu naći u različitim oblicima i formulacijama, pri čemu one nekada imaju za cilj pokušaj da suštinski isključe ili tako ograniče da obesmisle odgovornost za neispunjenje ugovora, čak i kada je dužnik za to kriv. Ovo isključenje odgovornosti može da bude sveukupno, tako da obuhvati sve ugovorne obaveze dužnika, a može da se odnosi i samo na pojedine njegove obaveze. U praksi se, za postizanje ovog cilja, pored direktnog isključenja ugovorne odgovornosti, koriste i druge formulacije kojima se teži postizanju istog dejstva – kao, na primer: uklanjanje neke ugovorne obaveze koju bi dužnik po redovnom toku stvari trebalo da ispuni; prebacivanje tereta dokazivanja na drugu ugovornu stranu; predviđanje uslova pod kojima jedna obaveza dužnika prestaje da postoji itd.⁶

Klauzule o odgovornosti je moguće klasifikovati na različite načine, u zavisnosti od merila koje se primeni. U našoj teoriji se uobičajeno polazi od klasifikacije koja je postavljena pod uticajem francuske pravne misli, a

³ Za širu diskusiju o tome, vid. D. Philippe, „Coronavirus: Force Majeure? Hardship? Deferral of Obligations? Some Practical Elements Advice for the Analysis and Drafting of Clauses“, *Coronavirus and the Law in Europe* (eds. E. Hondius et al.), Intersentia 2021, 528-552.

⁴ Sistemski događaji, kakvi su upravo pandemija i oružani sukobi mogu stvoriti i rizik insolventnosti za privredne subjekte. O razmatranju insolventnosti nastaloj za vreme pandemije, kao o objektivnoj nemogućnosti vršenja delatnosti i ispunjavanja obaveza, vid. V. Čolović, „Uticaj pandemije na pokretanje i vođenje stečajnog postupka“, *Pandemija kovida 19: pravni izazovi i odgovori* (ur. V. Đurić, M. Glinčić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021, 129-141.

⁵ Ovi ugovorni uslovi su, po pravilu, prilagođeni potrebama strane koja ih je kreirala i oni redovno sadrže ugovorne klauzule o ograničenju ili isključenju ugovorne odgovornosti, poznate i pod nazivom klauzule egzoneracije. Ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti donosi prednost strani u čiju korist je predviđeno, naročito u situaciji kada za drugu stranu nije ugovoreno isto pravo. Jasno je da se u tom slučaju narušava ravnoteža međusobnih ugovornih davanja i da strana koja je kreirala tipski ugovor koji sadrži takve pogodbe ostvaruje povoljnosti, često i na štetu druge strane koja je te uslove prihvatila.

⁶ S. Vukadinović, *Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, 2019, 256.

koja na širokoj osnovi pravi osnovnu trodeobu na: (1) klauzule o isključenju, izmeni i sužavanju pojedinih ugovornih obaveza; (2) klauzule o okolnostima koje sprečavaju izvršenje ugovora i eliminišu ugovornu odgovornost i (3) klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti u slučaju postojanja krivice.⁷ Detaljniju podelu daje profesor Aleksandar Ćirić, pored izložene trodeobe za koju konstatuje da je posebno naglašena u domaćoj pravnoj literaturi, izdvajajući tri kriterijuma podela klauzula egzoneracije: (1) prema obimu oslobođenja od odgovornosti vrši se podela na klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti; (2) prema stepenu određenosti oslobađajućih okolnosti razlikuju se specijalne (kod kojih se okolnosti nabrajaju - npr. rat, poplava, požar, štrajk, lokaut, embargo, sneg, karantin itd.) i generalne klauzule (kod kojih se na uopšten način predviđa oslobođenje ili ograničenje od odgovornosti, te se one najčešće sreću kao dodatak specijalnim klauzulama, tako što se posle njihovog nabiranja dodaje izraz „i sve druge okolnosti iste vrste” i sl.); (3) prema kriterijumu vremenskog trajanja oslobođenja, mogu se razlikovati klauzule koje trajno oslobađaju i one koje odlazu dejstvo odgovornosti (npr. elementarna nepogoda ograničenog trajanja), a kao tri posebne vrste klauzula egzoneracije izdvaja: (a) odredbe ugovora kojima se teret dokazivanja (*onus probandi*) prebacuje sa ekonomski jače na ekonomski slabiju stranu; (b) klauzule kojima se ograničava odgovornost do određenog iznosa (na primer, za svaki dan docnje sa isporukom robe, prodavac je dužan da plati ugovornu kaznu u visini od 0,005%, ali ne više od 8% od vrednosti predmeta isporuke) i (c) poseban vid egzoneracije kod tzv. „ugovornog proširenja pojma više sile” kada svojom saglasnošću ugovorne strane vrše izmenu pojma više sile tako što za njeno dejstvo vezuju i obične, svakodnevne pojave, kao što je na primer poledica na putu, kiša, sneg, nedostatak deviznih sredstava, teškoće u transportu i sl. a nekada se teži čak sveobuhvatnom proširenju ovog pojma upotrebnom uopštenih izraza, koji obično čine završni deo teksta klauzule, kao npr. „i druge nepredviđene okolnosti koje su van kontrole ugovornih strana”⁸

⁷ D. Mitrović, *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd 1966, 19-23, koji definiše klauzule neodgovornosti kao sve odredbe ugovora kroz koje ugovorne strane regulišu na za njih povoljniji način svoj položaj u ugovoru u pogledu njihove odgovornosti, s obzirom na vrstu ugovora i njegovo zakonsko regulisanje, i to isključujući ili modifikujući izvesne svoje obaveze ili isključujući ili ograničavajući svoju odgovornost, po svim ili pojedinim obavezama iz ugovora, uz navođenje određenih okolnosti ili bez njihovog navođenja.

⁸ A. Ćirić, „Klauzule egzoneracije u uporednom i međunarodnom trgovačkom pravu”, *Liber amicorum Dobrosav Mitrović* (ur. V. Rakić-Vodinić, G. Knežević), Službeni glasnik, Beograd 2007, 137-138.

4. Isključenje ili ograničenje odgovornosti?

Posmatrano na konkretnom nivou, na primer, kada su predmet prodaje generične stvari, a prodavac koji je sačinio standardni model ugovora njima obuhvati i klauzulu koja predviđa da će se smatrati da je ispunjenje obaveze postalo nemoguće ako su sve stvari određenog roda koje se nalaze kod njega propale, tada takva klauzula bez sumnje predstavlja klauzulu o isključenju njegove odgovornosti za neispunjenje ugovora na taj način što ugovorom derogira opšte zakonsko pravilo da rod ne propada.⁹ Slično je i kada opšti uslovi sadrže pravilo po kome prodavac neće biti dužan da izvrši predaju robe koja se nalazi u hladnjačama u njegovom specijalizovanom skladištu, ako je ona propala usled kvara na instalacijama.¹⁰

Posebnu vrstu predmetnih klauzula predstavljaju one u kojima ugovorna strana koja samostalno priprema formularni ugovor u njemu ne odredi dovoljno precizno sopstvene obaveze i tako rezerviše za sebe pravo da naknadno, prilikom izvršenja obaveze, učini njeno konačno preciziranje. To postiže na različite načine - na primer: ugovaranjem roka isporuke neodređenim terminima kao što su: „čim bude moguće“, „oko tog roka“ i sl. čime obezbeđuje sebi mogućnost da robu isporuči u trenutku kada je to upravo strani koja je kreirala takvu klauzulu najpogodnije (istovremeno „razmekšavajući“ rokove) ili predvidi odstupanja od ugovorene količine robe u većem procentu nego što je uobičajeno ili ugovori poseban, dopunski rok u kome dužnik može da ispuni svoju obavezu u slučaju da propusti da to učini na vreme itd.¹¹

4.1. Stanje u međunarodnom poslovnom pravu

Isključenje ili ograničenje odgovornosti vrši se i kada formularni ugovori sadrže klauzule koje pomeraju trenutak prelaska rizika za slučajnu propast ili uništenje stvari kod ugovora o prodaji, što može da bude povoljnost za kupca ili za prodavca, u zavisnosti od toga da li rizik prelazi u nekom ranijem ili kasnijem momentu u odnosu na onaj koji je predviđen merodavnim pravom. Ove klauzule su naročito aktuelne u međunarodnom poslovnom pravu, u kome se pitanje prelaska rizika redovno uređuje pozivanjem na INCOTERMS pravila, koje kao transportne klauzule, uređuju i pitanje prelaska rizika.¹²

⁹ I. Jankovec, „Čl. 265.“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (gl. redaktor S. Perović), Beograd 1995, 603. Prema čl. 355. ZOO, ako su predmet obaveze stvari određene po rodu, obaveza ne prestaje čak i kad sve što dužnik ima od takvih stvari propadne usled okolnosti za koje on ne odgovara. Ali, kad su predmet obaveza stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz određene mase tih stvari, obaveza prestaje kad propadne cela ta masa.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ D. Mitrović, 62-63.

¹² S. Vukadinović, 257-258.

U praksi međunarodne trgovine, a u vezi sa naknadnim produženjem roka isporuke, odavno je isticano da svi ugovori London Corn Trade Association (sa izuzetkom ugovora za Kanadu i SAD) sadrže odredbu po kojoj se previđa dodatni rok od 8 dana za ukrcaj u odnosu na ugovorom predviđeni, dok sa druge strane svi ženevski tipski ugovori i opšti uslovi predviđaju mogućnost produženja roka isporuke izuzev slučaj kada je rok bitni uslov ugovora (čvrsti rok¹³).¹⁴ U vezi sa opisanim načinima preciziranja izvršenja obaveza, ako dužnik u konačnom preciziranju opštih uslova poslovanja svoju ugovornu obavezu umanju, može se reći da je onda on isključio svoju ugovornu odgovornost za neispunjenje te obaveze.¹⁵

Kada je reč o učestalosti korišćenja ugovornih odredaba o isključenju odgovornosti u odnosu na učestalost ugovornih odredaba o ograničenju odgovornosti, procenjuje se da se u praksi međunarodne trgovine u ugovore češće unose klauzule o ograničenju odgovornosti. Ovakvo stanje stvari se objašnjava time da ove klauzule često bivaju pogođene sankcijom ništavosti, kao i činjenicom su učesnici međunarodnog poslovanja po pravilu dovoljno stručni da prepoznaju takve klauzule i da na njih ne pristanu.¹⁶ Sa druge strane, pojedini autori koji se takođe bave međunarodnim trgovinskim pravom su na stanovištu da su se klauzule i o isključenju i o ograničenju odgovornosti kroz dosadašnju praksu „ustalile, pa je zbog toga pitanje o njihovoj dopuštenosti postalo suvišno“¹⁷, kao i da je opravdanje njihovog ugovaranja (izvedeno iz ideje

¹³ Određivanje čvrstog roka za izvršenje obaveze, smatra se prvim uslovom za nastanak fiksnog ugovora. O nastanku fiksnog ugovora, fiksnog klauzuli, pravnim posledicama zakašnjenja u ispunjenju obaveze kod koje je ispunjenje o roku bitan uslov ugovora i fiksnom ugovoru kod ugovornih odnosa sa stranim elementom: J. Slavnić, *Fiksni ugovor*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerzitet u Beogradu, Beograd 1968.

¹⁴ Vid. J. Vilus, *Tipski ugovori o međunarodnoj kupoprodaji*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerzitet u Beogradu, Beograd 1963, 44-45.

¹⁵ S tim u vezi korisno je ukazati na slučaj u kome je građevinsko preduzeće u opštim uslovima poslovanja unelo klauzulu po kojoj se oslobađa odgovornosti za štetu zbog zakašnjenja sa izgradnjom stana, ako do kašnjenja dođe zbog nedostatka stručne radne snage ili pomanjkanja građevinskog materijala. Sud je odlučio da navedni razlozi ne mogu osloboditi građevinsko preduzeće odgovornosti da kupcu stana naknadi štetu nastalu neispunjenjem ugovora o roku. Vid. presuda Vrhovnog suda Hrvatske GŽ br. 1426/71, navedeno prema: D. Mitrović, „Komentar uz član 263.“ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Beograd 1983, 919.

¹⁶ J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd 2012, 125.

¹⁷ A. Ćirić, 148, koji na istom mestu dodaje i da su ove klauzule „stekle pravo građanstva“, ali istovremeno ukazuje i da su moćni poslovni krugovi određenih profesija veoma uspešno, najpre kroz praksu, a kasnije i posredstvom normativne delatnosti, princip autonomije volje doveli do njene suprotnosti, te upozorava da je neophodno imati u vidu

autonomije volje učesnika posla) sadržano u činjenici o sigurnosti u pogledu obima odgovornosti koja se ugovorom u trenutku njegovog zaključenja želi preuzeti, kao i da se time predupređuju eventualni sporovi koji bi mogli biti posledica isključenja ili ograničenja odgovornosti po osnovu zakona ili opštih normi drugih izvora prava.¹⁸

Međutim, u ugovorima koje zaključuju privredni subjekti relativno su češće klauzule o ograničenju, odnosno umanjenju ugovorne odgovornosti (nego klauzule o isključenju odgovornosti). Na primer, predviđanjem da dužnik obaveze odgovara samo za stvarnu štetu, a ne i za izgublenu dobit, ili ugovaranjem unapred određenog iznosa na ime naknade štete u slučaju da dužnik ne ispuni ugovor. Ovakav dogovor je suprotan principu potpune naknade štete koji prihvata većina pravnih sistema, uključujući i naš ZOO.¹⁹ Razlog zbog koga se ove klauzule tako često koriste, a naročito u međunarodnom poslovnom prometu, jeste činjenica da bi dužnik, bez navedenog ograničenja, bio izložen riziku plaćanja enormnih iznosa na ime izgubljene dobiti, što naročito dolazi do izražaja u slučaju kada iznos moguće štete zbog povrede ugovora u velikoj meri prevazilazi korist koju dužnik ugovorom ostvaruje.²⁰ Ovde treba imati u vidu da je naknada štete zakonsko pravo koje se ugovorom ne može isključiti. To praktično znači da su moguće tri situacije, od kojih u prvoj ne postoji problem ako je ugovornom unapred predviđen iznos na ime naknade štete koji odgovara šteti. Međutim, moguća je druga situacija u kojoj je unapred ugovori iznos na ime naknade štete veći od štete, u kojoj situaciji se postavlja pitanja kakva je priroda iznosa većeg od štete, te se čini da bi se razlika mogla smatrati ugovornom kaznom.²¹ Treća situacija je ona koja je najviše sporna a to je ako je ugovoreni iznos na ime naknade štete manji od štete. U toj situaciji oštećenom ne stoji ništa na putu da od suda potražuje razliku do punog iznosa štete (koju mora dokazati), ali je sa stanovišta teme ovog rada sporno i to što takve ugovorne odredbe mogu neka lica da odvrate od pokušaja da zatraže

da svaki ugovorni odnos, po oceni ovog autora, sadrži motive špekulativnog karaktera, jer svi trguju sa osnovnim ciljem da zarade.

¹⁸ S. Vukadinović, 259.

¹⁹ Čl. 155. ZOO predviđa da šteta obuhvata običnu štetu i izmaklu korist. Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta).

²⁰ J. Perović, 129, koja ukazuje i da se klauzulama o ograničenju odgovornosti može isključiti odgovornost dužnika i za druge posebne vrste štete, kao što su na primer indirektna šteta i predvidljiva šteta, ali da u tim situacijama može doći do problema u tumačenju i interpretaciji ovih klauzula zbog činjenice da vrste štete u uporednom pravu nemaju ista značenja niti ista terminološka određenja.

²¹ Vid. K. Jovičić, „Odnos ugovorne kazne i naknade štete“, *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2017, 223-224.

razliku do potpune nadoknade štete i što sveukupno kod ugovorne strane koja nema potrebno stručno znanje takva odredba deluje da otežava položaj upravo te ugovorne strane koja je prihvatila takvu odredbu sadržanu u modelu ugovora koji je sastavila druga ugovorna strana.

4.2. Stanje u potrošačkom pravu

Dok se na prethodno opisani način može govoriti o učestalosti primene ovih klauzula u ugovornom pravu međunarodne trgovine i o očekivanju da stručnjaci koji se po pravilu angažuju prilikom razmatranja i zaključenja ugovora u međunarodnom poslovanju, prepoznaju ovakve odredbe, situacija je potpuno drugačija u ugovornom potrošačkom pravu. Drugačija situacija je odraz činjenice da potrošači nisu stručnjaci za ugovorne odredbe i da se od njih ne može očekivati da prepoznaju klauzule egzoneracije niti da prilikom zaključenja ugovora sami pravilno razumenju domašaj primene ovakvih ugovornih odredaba. Čak i kada bi se pitanje stručnog znanja za trenutak ostavilo po strani, ostaje drugo pitanje koje bi se moglo označiti kao „specifična pregovaračka snaga“ a koja u potrošačkim ugovorima polazi od stvarnog stanja da potrošač realno nema dovoljno moći niti mogućnosti da izađe na kraj, tj. izbori se pružaocem usluga ili trgovcem, odnosno da izdejstvuje da se takve ugovorne odredbe izostave iz već pripremljenog modela ugovora. Svakako da potrošač koji prepozna klauzule egzoneracije i ne uspe da postigne promenu predloženog teksta ugovora može odbiti da pristupi takvom ugovoru. Međutim, problem postaje uočljiviji onda kada se potrošač obrati drugom prodavcu, pružaocu usluga, odnosno trgovcu koju nudi istu vrstu robe ili usluga a u svom modelu ugovora koristi doslovno ili suštinski iste klauzule o neodgovornosti, od kojih nije spreman da odstupi. Zbog takvih situacija, od značaja a i pomoći (iz ugla potrošača) jeste danas široko razvijena i rasprostranjena regulativa o nepoštenim ugovornim odredbama, koja omogućava da se na one klauzule o neodgovornosti koje predstavljaju nepoštene ugovorne odredbe primene predviđene pravne posledice, koje dovode do otvaranja pitanja punovažnosti, odnosno opstanka ovakvih ugovornih odredaba. Smatra se da su u savremenom okruženju, klauzule egzoneracije neretko sadržane u raznim tipskim i standardnim ugovorima, a naročito onima koji se odnose na: prodaju vozila, televizora, usluge vezane za parkiranje vozila, turističke aranžmane²² sa

²² Kada je reč o opštim uslovima putovanja turističkih agencija, u praksi se moglo uočiti da neki od njih sadrže i klauzule kojima se predviđa zadržavanje određenog procenta cene aranžmana (20-30-50-60%, čak u pojedinim situacijama i 100% iako putnik ne koristi uslugu putovanja) od strane organizatora putovanja, u zavisnosti od broja dana pre putovanja kada putnik otkaže putovanje, tj. izjavi da raskida ugovor. Ovakav pokušaj oslobođenja obaveze vraćanja cene u slučaju raskida ugovora, tj. smanjenja obaveze vraćanja cene, predstavlja klauzulu egzoneracije u širem smislu. Pored toga, pojedini opšti uslovi predviđaju da turistička organizacija ne odgovara za političke rizike, nemire, štrajkove i sl. koji mogu

all inclusive uslugom, osiguranje protiv krađa i požara, zdravstveno osiguranje, ugovore o kreditu, usluge mobilne telefonije i sl.²³ Osim navedenih klauzula kojima se u užem smislu ograničava odgovornost dužnika, u raznim standardnim i tipskim ugovorima, sreću se i klauzule kojima se primarno ugovara poseban, tj. ugovorni režim garancije za materijalne nedostatke i funkcionalnost proizvoda, a koji se razlikuje od zakonskog. Ovakve klauzule bi se takođe mogle podvesti u širem smislu pod klauzule o (ne)odgovornosti, naročito onda kada se njima nastoji ugovoriti režim koji se razlikuje od zakonskog. Ukoliko se njima potrošač stavlja u nepovoljniji položaj, takve klauzule takođe mogu biti obuhvaćene pravnim sredstvima koja su danas propisana za nepravilne ugovorne odredbe.

5. Granice isključenja ugovorne odgovornosti

Kada se govori o pravnom režimu isključenja ugovorne odgovornosti, treba imati u vidu i činjenicu da mnogi pravni sistemi²⁴, među kojima i naš,²⁵ ne dozvoljavaju klauzule egzoneracije kojima bi se saglasnošću volja (ugovorom) isključila ugovorna odgovornost za nameru ili krajnju nepažnju, jer ta pravila nisu dispozitivne prirode, te ne ovlašćuju strane ugovornice da postave u vezi sa ovim pitanjem drugačije pravilo za svoj ugovorni odnos, već su imperativnog karaktera.²⁶

Navedeno zakonsko ograničenje koje sadrži naš Zakon o obligacionom odnosima nije specifičnost srpskog prava, već takve odredbe srećemo i u građanskim zakonima i zakonima drugih država. Tako, na primer, italijansko pravo proglašava nevažećim sve klauzule egzoneracije ugovorene za umišljajnu povredu ugovora ili grubu nepažnju učesnika u poslu;²⁷ Građanski zakonik Ruske Federacije u članu 400. predviđa da je sporazum o isključenju ili ograničenju

nastati u inostranstvu i usled kojih nije moguće realizovati ugovoreni program putovanja, što se takođe može smatrati klauzulom egzoneracije. Vid. S. Vukadinović, 259-260.

²³ G. Alpa, „Standard Contract Terms: The Role of the Courts and Moral Persuasion by Independent Authorities”, *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, (ed. H. Collins), Kluwer Law International BV, The Netherlands 2008, 86.

²⁴ Nacionalni pravni sistemi, po pravilu, propisuju domašaj mogućnosti ugovornog isključenja ugovorne odgovornosti u smislu da postavljaju granice te mogućnosti i to, u zavisnosti od vrste i stepena nepažnje, odnosno krivice.

²⁵ Srpsko zakonodavstvo i to konkretno čl. 265. st. 1. ZOO, sadrži eksplicitnu odredbu da se odgovornost dužnika za nameru ili krajnju nepažnju ne može unapred ugovorom isključiti. Osim ove odredbe, treba reći i to da sud može na zahtev zainteresovane ugovorne strane poništiti i ugovornu odredbu o isključenju odgovornosti za običnu nepažnju, ako je takav sporazum proizašao iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Vid. čl. 265. st. 2. ZOO.

²⁶ Vid. S. Vukadinović, 260.

²⁷ Čl. 1229. Građanskog zakonika Italije.

odgovornosti dužnika u ugovoru u kome je poverilac fizičko lice (građanin), koji istupa u ulozi potrošača – ništav, a prema pravu Bugarske, a slično i Češke, poverilac i dužnik su u obavezi da se pridržavaju uzajamnih obaveza uz poštovanje morala i savesnosti, a realizacija prava koja su suprotna principima trgovačkih odnosa ne uživa pravnu zaštitu.²⁸

Kada je reč o covid 19 kao potencijalnom razlogu za oslobođenje od odgovornosti, ono otvara prethodna pitanja, među kojima je prvo dilema da li pandemija koju je izazvao ima, pravno posmatrano, karakter više sile ili promenjenih okolnosti. Odvojeno je pitanje koje se takođe može posmatrati kao prethodno da li određeno nacionalno pravo (koje se primenjuje kao *lex contractus*) poznaje zakonski pojam više sile, jer ako poznaje onda je on određen zakonom, ali ako pojam više sile nije određen zakonom,²⁹ imajući u vidu činjenicu da ne poznaju sva nacionalna zakonodavstva višu silu kao (opšti) pravni pojam, to bi onda u tim pravima moglo da otvori mogućnost stranama ugovornicama da u svom ugovornom dokumentu uredi, tj. odrede i pobroje situacije koje oslobađaju od odgovornosti, što bi učinilo izvesnijom sudbinu ugovora kada nastupi opisana situacija.³⁰ Sa druge strane, čini se nespornim da mere koje su nacionalne države donosile u pogledu ograničenja kretanja a koje su bile prinudnog karaktera, možemo posmatrati kao objektivne razloge³¹ koji sprečavaju ispunjenje ugovorne

²⁸ Za uporednopravna rešenja o klauzulama egzoneracije: A. Ćirić, 139-144.

²⁹ Neka nacionalna zakonodavstva koriste pojam više sile, dok u drugim nacionalnim zakonodavima u kojima ovaj pojam nije zakonom određen, postoji oslobađanje od ugovorne odgovornosti zbog nemogućnosti ispunjenja ugovora ili kao poseban pojam ili kao prepoznavanje situacija koje oslobađaju dužnika od odgovornosti.

³⁰ U srpskom odštetnom pravu, prof. dr Marija Karanikić Mirić grupiše čitav niz mehanizama koji imaju za cilj za ograniče odgovornost za štetu kada je to opravdano, u sledeće kategorije: (1) voljno, sudsko i zakonsko ograničenje odgovornosti, (2) vremensko ograničenje, (3) ograničenje u pogledu osnova, (4) identiteta oštećenika i odgovornog lica, (5) vrste štete, (6) iznosa dugovane naknade, zatim (7) posebni slučajevi isključenja odgovornosti, kao i (8) gubitak prava na naknadu štete usled povrede dužnosti obaveštavanja. Vid. M. Karanikić Mirić, „Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu“, *Analni Pravnon fakulteta u Beogradu* 1/2012, 271.

³¹ U tom smislu su i stanovišta iz naše sudske prakse, kako novije, tako i starije. Tako, Vrhovni kasacioni sud u presudi Prevl. br. 137/2015 od 03. 12. 2015. god. zauzima stav: „Samo pozivanje na svetsku ekonomsku krizu kao višu silu i opštepoznatu činjenicu, bez konkretnih dokaza o razlozima neispunjenja obaveze nije dovoljan dokaz da se tuženi oslobodi odgovornosti za neispunjenu obavezu“, a Viši privredni sud u Beogradu u presudi Pž. br. 6381/95 od 15. 11. 1995. godine navodi: „Tuženi nije bio u mogućnosti da izvrši uvoz određene robe iz Nemačke, carinjenje i stavljanje robe na raspolaganje tužiocu, zbog međunarodnih sankcija prema SRJ zbog čega je odbijen zahtev tužioca za naknadu štete.“ Vid. B. Jevđić, „Isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti u srpskom pravu“, *Srpska politička misao* 04/2017, 202.

obaveze ili je odlažu za vreme dok su te mere na pravnoj snazi.

U svetlu razmatranja teme ovog rada, čine se razumnim preporuke Evropskog pravnog instituta iz Beča³² koje idu za tim da, neulazeći u pravni karakter kovida19, praktično reše situaciju uz angažovanje i saradnju obe ugovorne strane, tako što sugerišu ponovne pregovore i „redefinisane“ ugovora.³³

Iako se postavilo pitanje da li je ugovorno pravo imalo odgovarajuća rešenja za uticaj pandemije kovida 19 na pitanja ugovorne odgovornosti i naknade štete, odgovor na pitanje nije nužno tražiti samo u tekstu ugovora, već i u zakonskim pravilima merodavnog prava za taj ugovor. Ako pođemo tim putem, onda primenom istorijskopravnog metoda možemo lako uvideti da se pravo i do sada nalazilo u relativno sličnim situacijama, naročito onda kada dođe do ratova, pa se rešenje može tražiti i u domenu tehnika tumačenja, odnosno eventualno popunjavanja pravnih praznina.

6. Zaključak

Nakon svega iznetog, čini se da ugovorno „naglašavanje“ razloga za isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti u domenu koji se odnosi na kovid19 i oružanih sukoba nije neophodno i to iz najmanje dva razloga. Prvi je taj da su ove okolnosti, po pravilu, već predviđene odgovarajućim pravnim institutima u nacionalnim građanskim zakonicima i zakonima, a to su pre svega viša sila i promenjene okolnosti. Drugi je razlog taj da pokušaj da se izdejstvuje neodgovornost u domenu koji je neprimeren ili nekorektan

³² European Law Institute, Vienna, <https://www.europeanlawinstitute.eu/>. ELI je pripremio 17 principa u vezi sa krizom kovid-19, u okviru kojih se princip broj 13 odnosi na pitanje više sile i poteškoća u izvršenju.

³³ Konkretno, princip 17 sadrži tri preporuke: (1) Tamo gde je izvršenje ugovora privremeno ili definitivno sprečeno direktno ili indirektno zbog epidemije kovid-19 ili odluka koje su države donele u vezi sa epidemijom kovid-19, države bi trebalo da obezbede da postojeća zakonska pravila o nemogućnosti (izvršenja) ili višoj sili budu primenjena na efikasan način i da pružaju razumna rešenja. Naročito, ugovorna raspodela rizika u ovim slučajevima treba da se proceni u svetlu postojećih ugovora, pravnih režima kojima pripadaju i načela savesnosti i poštenja. (2) U situacijama u kojima je kao posledica kovid-19 krize i mera preduzetih tokom pandemije, izvršenje postalo preterano teško, uključujući i kada su troškovi izvršenja značajno porasli, države bi trebalo da obezbede da, saglasno načelu savesnosti i poštenja, ugovorne strane stupe u ponovne pregovore čak i ako to nije bilo predviđeno ugovorom ili postojećim zakonskim propisima. (3) U skladu sa principom solidarnosti, države bi trebalo da obezbede da posledice poremećaja ugovornih odnosa, kao što je otkazivanje putnih aranžmana, ne bi trebalo da budu na rizik samo jedne strane, naročito ako je to potrošač ili malo ili srednje preduzeće. Vid. European Law Institute, *ELI Principles for the COVID-19 Crisis* (Consolidated Version of the 2020 ELI Principles for the COVID-19 Crisis and the 2021 Supplement), Vienna 2021, 10.

danas dolazi pod udar nepoštenih ugovornih odredaba, te postoji rizik da bi takva ugovorna odredba o isključenju ugovorne odgovornosti bila pogođena sankcijom ništavosti, a njen sastavljač rizikuje da bi mogao da se, ukoliko ih primenjuje (masovno) u svojim tipskim i standardnim ugovorima, nađe na listi subjekata koji primenju nepoštenu poslovnu praksu i nepoštene ugovorne odredbe što bi, šire posmatrano, štetilo njegovoj reputaciji, odnosno negativno se odrazilo na poslovni ugled, koji jeste jedna od relevantnih okolnosti koje subjekti razmatraju i uzimaju u obzir kada, saglasno slobodi ugovaranja, biraju saugovarača. Treće, čak i da takva ugovorna odredba o isključenju odgovornosti nije pogođena sankcijom ništavosti, mnogi nacionalni propisi, poput našeg ZOO sadrže odredbe imperativnog karaktera, saglasno kojima nije moguće isključiti odgovornost za nameru i grubu nepažnju.

Iako zakoni i zakonici po pravilu poznaju zakonske institute pod koje je moguće podvesti ratove i situacije poput pandemije kovida 19, ukoliko se uzme u obzir i činjenica da je moguće da će biti potrebno dokazivanje pravilnosti njihovog podvođenja pod zakonsku normu (npr. o višoj sili ili o promenjenim okolnostima), to može podrazumevati ili čak zahtevati i ulogu suda što celu situaciju može ne samo vremenski produžiti (naročito u situacijama ograničenog postupanja ili nekada i faktički potpune nemogućnosti postupanja suda ili značajno otežanog rada), već učiniti da je ishod do pravosnažnosti odluke neizvestan. Suprotno tome, ukoliko su konkretne i realno zamislive situacije, odnosno osnovani i opravdani razlozi koji za posledicu imaju neodgovornost, izričito predviđeni tekstom ugovora u vidu ugovorne odredbe, to može obema stranama olakšati situaciju, a posebno je učiniti i izvesnom u raznim situacijama u koje se može doći tokom faze izvršenja ugovora, koja po svojoj prirodi uvek podrazumeva određeni nivo neizvesnosti i rizika. Zato, ovakve ugovorne odredbe mogu biti korisne, u smislu da se izbegnu sporovi, ali da ne bi bile iznenađujuće, treba da budu predmet brižljivog razmatranja obeju strana, tj. preporučljivo je da budu obuhvaćene pregovorima i da su rezultat suštinske saglasnosti volja ugovornih strana. Dakle, iako postoji rizik da ove odredbe budu nepoštene po jednu i to u praksi slabiju ugovornu stranu, one mogu biti i korisne a to je uglavnom onda kada su ugovorne strane približno jednake snage (i po znanju i po finansijskim mogućnostima). To još jednom ukazuje da je u i turbulentnim vremenima, ako je to moguće, mudrije unapred odvojiti vreme za sastavljanje ugovora i ukazuje da uloga pravnika i advokata treba da bude i u preventivnom delovanju, a ne samo onda kada već dođe do spora, koji sam po sebi već podrazumeva štetu, a koja se tokom trajanja postupka može i uvećavati. Ovo naročito u savremenim okolnostima, u kojima su masovni ugovori dobili svoj sistemski izraz kroz standardne ugovore, pa ovakvi sistemski događaji, kakav predstavlja i pandemija kovid 19 ali i oružani sukobi, zahtevaju i sistemsko rešenje. Pojedini pravnički centri već su ponudili određena rešenja u vidu preporuka, kao što je npr. princip 17 za kovid 19 krizu, koji je formulisao Evropski pravni institut iz Beča.

Uz sve prethodno navedeno, ne treba zaboraviti ni to da vanredni događaji, kakav je pandemija i kakvi su oružani sukobi imaju i širi i sistemski uticaj na pravo, i to ne samo u domenu rešavanja pitanja ugovorne odgovornosti za konkretan ugovor, već mogu dovesti i do dodatnog rizika od insolventnosti jedne od ugovornih strana, što uz očekivano usporavanje (a nekada i prekid) rada sudova tokom ovakvih događaja, može praktično biti i od većeg značaja.

To nas još jednom „vraća na početak“ – tj. na načelo slobode ugovaranja i autonomije volje, jer ako su strane ugovornice postigle saglasnost volja o tekstu ugovora, one mogu sarađivati i u vanrednim događajima pregovarati kako da zajednički, npr. aneksom ugovora, reše pitanje i ukoliko je to potrebno i izmene ugovor, odnosno da urede pitanja koja su otvorile vanredne ili izuzetne okolnosti na način da obe ugovorne strane prilagode svoja očekivanja „novoj realnosti“, jer bi insistiranje jedne od strana na svojoj ugovornoj poziciji koja je zasnovana u značajno drugačijim okolnostima koje se nisu mogle predvideti bilo suprotno osnovnim načelima ugovornog prava, a pre svega načelu savesnosti i poštenja.

* * *

CONTRACTUAL AND LEGAL REGIME OF EXCLUSION AND LIMITATION OF CONTRACTUAL LIABILITY

Summary

The paper is based on contractual and legal grounds for exclusion and limitation of contractual liability. The focus of the paper are the questions raised regarding the clauses of limitation and exclusion of liability, from their classifications to their reach. Their application in international business and consumer law is also considered in terms of which clauses are more common – clauses for exclusion or limitation of liability. In that light, the comparison is made whether it is necessary, justified and useful to explicitly mention the Covid-19 and armed conflicts in contractual clauses, especially in standard contracts, to the possibility of qualifying them under the notion of *vis major* and changed circumstances as prescribed in laws. Depending on the way how the reasons for exclusion and limitation of contractual liability are defined, the risks of qualifying those clauses as unfair contractual provisions that could be affected by sanctions of nullity are examined. In the final part, the limits of exclusion of contractual liability are examined, bearing in mind that many national regulations, such as Serbian Law on Obligations, contain provisions of imperative character, according to which it is not possible to exclude liability for intent and gross negligence.

Keywords: contractual liability, exemption from liability, exclusion of liability, clauses of limitation and exclusion of liability, *vis major*, changed circumstances.

Samir Manić*

INFORMISANI PRISTANAK PACIJENTA NA ZDRAVSTVENU
INTERVENCIJU I ODGOVORNOST ZBOG
PREDUZIMANJA ZDRAVSTVENE INTERVENCIJE BEZ
PUNOVAŽNOG PRISTANKA

Apstrakt

Pristanak pacijenta na zdravstvenu intervenciju predstavlja jednu od osnovnih pretpostavki dopuštenosti preduzimanja zdravstvene intervencije. Imajući u vidu činjenicu da svaka zdravstvena intervencija podrazumeva, suštinski, narušavanje integriteta tela pacijenta, i redovno je povezana sa određenim rizicima koji su od pravega značaja, svakoj zdravstvenoj intervenciji, bilo invazivnog ili neinvazivnog karaktera, mora prethoditi pristanak pacijenta. Zdravstvena intervencija bez adekvatnog pristanka pacijenta vređa pravo na telesni integritet čiji je smisao u tome da od volje svakog pojedinca zavisi hoće li se podvrgći lečenju ili će ga odbiti. Pravo na informisani pristanak pacijenta predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava čijim vršenjem pacijent ostvaruje autonomiju volje, odnosno pravo da slobodno odlučuje o svom životu, telu i zdravlju. Međutim, da bi se moglo govoriti o informisanom pristanku koji je u stanju da na pacijenta prebaci rizik zdravstvene intervencije, samom pristanku pacijenta moraju prethoditi informacije o nameravanoj zdravstvenoj intervenciji, očekivanim koristima, rizicima, drugim alternativnim zdravstvenim merama, odnosno o svim onim činjenicama koje su neophodne pacijentu za donošenje adekvatne odluke. Autor u radu razmatra sam pojam obaveštenja pacijenta, dužnost zdravstvenog radnika da pacijenta obavesti o rizicima predložene zdravstvene intervencije, informisani pristanak pacijenta, kao i posledice lečenja bez punovažnog pristanka pacijenta.

***Glavne reči:** zdravstvene usluge, obaveštenje pacijenta, pristanak pacijenta, odgovornost, šteta.*

* Docent na Departmanu za pravne nauke, Državnog univerziteta u Novom Pazaru, e-mail: smanic@np.ac.rs; manicsamir@hotmail.com

1. Uvodna razmatranja

U početnim stadijumima razvoja zdravstvena delatnost, koja se zasniva na Hipokratovoj zakletvi, rukovodi se uglavnom principima paternalizma i dobročinstva.¹ Pacijent je bio predmet zdravstvene intervencije kada bi lekar konstatovao da je to u njegovom najboljem interesu, uzimajući malo ili nimalo u obzir njegovu volju.² Vremenom, pod uticajem filozofije individualizma, dolazi do prihvatanja volje pacijenta u procesu odlučivanja.³ Evoluirala je svest, a to je prihvaćeno i u različitim zakonskim aktima u većini zemalja sveta, da se zdravstvena intervencija, u najmanju ruku, ne sme preduzimati bez saglasnosti pacijenta.⁴

Iz savremenog odnosa zdravstvenih radnika i pacijenata proizilazi obaveza za zdravstvene radnike da vode računa o autonomiji pacijenata, jer do odgovornosti za štetu može dovesti i lečenje kojem bi se pristupilo bez prethodnog pristanka pacijenta.⁵ Pacijent nije objekt medicine već subjekt koji uz pomoć zdravstvenog radnika treba slobodno da donese odluku o svim merama koje se tiču njegovog zdravlja.⁶ Pošto svaka medicinska intervencija predstavlja, suštinski, narušavanje integriteta tela pacijenta, i redovno je povezana sa određenim rizicima koji su od pravnog značaja,⁷ svakom lečenju,

¹ D. Vos, „Informed Consent, Patient Autonomy and Causation: Competing Perspectives the United States, Ireland and Germany“, *Trinity College Law Review* 1/2010, 147; H. Mujović- Zornić, „Pojam i razvoj pacijentovih prava“, (ur. H. Mujović- Zornić), *Pacijentova prava u sistemu zdravstva - Srbija i evropske perspektive*, Institut za društvene nauke (Centar za pravna istraživanja), Beograd 2010, 11, 12 i 13.

² D. Vos, 147.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ E. Hondius, „The development of medical liability in the Netherlands“, *The development of medical liability*, Cambridge University Press (ed. H. Ewoud), 2010, 138; B. Koch, „The development of medical liability in Austria“, *The development of medical liability*, Cambridge University Press (ed. H. Ewoud), 2010, 117; C. DiMarzo, „Medical Malpractice: The Italian Experience“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 87, 2012, 72; J. Radišić, „Pristanak pacijenta na lečenje i odgovornost zbog lečenja bez punovažnog pristanka“, *Revija za pravo osiguranja* 1/2012a, 39; P. Klarić, „Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu- (Prvi dio)“, *Hrvatska pravna revija*, kolovoz 2001, 24.

⁶ J. Radišić (2012a), 39; V. Klajn-Tatić, „Pristanak „obaveštenog pacijenta“ na medicinsku intervenciju“, *Pacijentova prava u sistemu zdravstva- Srbija i evropske perspektive* (ur. H. Mujović- Zornić), Institut za društvene nauke (Centar za pravna istraživanja), Beograd 2010, 39; Z. Bošković, „Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje“, *Informator*, 5343 - od 21. svibnja 2005, 17.

⁷ B. Koch, 117; B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, „Medicinsko-pravni aspekti histerektomije“, *Medicinski Pregled* 5-6/2007, 253.

bilo invazivnog ili neinvazivnog karaktera, mora prethoditi pristanak pacijenta.⁸ Lečenje bez pristanka pacijenta vređa pravo na telesni integritet⁹ čiji je smisao u tome da od volje svakog pojedinca zavisi hoće li se podvrgći lečenju ili će ga odbiti.¹⁰ Ukoliko ne postoji prethodna saglasnost pacijenta, zdravstveni radnik ne sme započeti lečenje čak ni kada je ono hitno potrebno, jer se to kosi sa pravom čoveka da bude „svoga tela gospodar“.¹¹ Ovo pravo je sadržano i u našem Zakonu o pravima pacijenata¹² i glasi: „Pacijent ima pravo da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja, osim u slučajevima kada to direktno ugrožava život i zdravlje drugih lica. Bez pristanka pacijenta ne sme se, po pravilu, nad njim preduzeti nikakva medicinska mera. Medicinska mera protivno volji pacijenta, odnosno zakonskog zastupnika deteta, odnosno pacijenta lišenog poslovne sposobnosti, može se preduzeti samo u izuzetnim slučajevima, koji su utvrđeni zakonom i koji su u skladu sa lekarskom etikom“.¹³

Pristanak pacijenta na medicinsku intervenciju izraz je čovekovog neotuđivog prava na samoodređenje u odnosu na vlastito telo čiji je smisao u tome da pacijent, u načelu, slobodno odlučuje hoće li se, kojom i čijem lečenju podvrgnuti.¹⁴ Zdravstvenog radnika na lečenje ne mogu ovlastiti niti simptomi bolesti, niti medicinska indikacija, već pristanak pacijenta.¹⁵ Izjava volje pacijenta ima prednost u odnosu na medicinske razloge lečenja, jer se čovekova ličnost ne sme žrtvovati nikakvim, pa ni medicinskim ciljevima.¹⁶ To potvrđuju i odredbe ZOPP, gde se navodi da: „Pacijent, koji je sposoban za rasuđivanje, ima pravo da predloženu medicinsku meru odbije, čak i u slučaju kada se njome spasava ili održava njegov život. Nadležni zdravstveni radnik dužan je da pacijentu ukaže na posledice njegove odluke o odbijanju predložene medicinske mere, i da o tome od pacijenta zatraži pismenu izjavu koja se mora čuvati u medicinskoj dokumentaciji, a ako pacijent odbije davanje pismene izjave, o tome će sačiniti

⁸ M. Sjeničić, „Lekarska greška- građansko-pravni aspekti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* LIX/2012, 129.

⁹ R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, *Uvod u građansko pravo*, drugo izdanje, Punta Niš, Niš 2011, 187: Svako fizičko lice ima pravo na svoj telesni integritet koje obuhvata pravo na zaštitu od nanošenja telesnih povreda, sprovođenja torture i vršenja eksperimenata, neovlašćenih medicinskih zahvata i presađivanja organa.

¹⁰ P. Klarić, 24.

¹¹ J. Radišić (2012a), 39.

¹² Zakon o pravima pacijenata (u daljem tekstu ZOPP), *Sl. glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019 - dr. zakon.

¹³ Čl. 15 ZOPP.

¹⁴ J. Radišić (2012a), 39; B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253.

¹⁵ J. Radišić (2012a), 39; R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, 187; V. Klajn-Tatić, 39.

¹⁶ J. Radišić (2012a), 39.

službenu belešku. U medicinsku dokumentaciju nadležni zdravstveni radnik upisuje podatak o pristanku pacijenta, odnosno njegovog zakonskog zastupnika na predloženu medicinsku meru, kao i o odbijanju te mere¹⁷.

Pristanak pacijenta podrazumeva nekoliko različitih stvari: „a) *Pristanak na zahvat*, tj. izjavu o saglasnosti sa medicinskom merom koju lekar predloži i koja tu meru opravdava sa stanovišta prava i morala (*volenti non fit iniuria*). Ako zahvatu nije prethodio pristanak, on je protivpravan i nemoralan, jer čovek nije puki objekt medicine; b) *Pristanak na rizik zahvata*. On ne znači saglašavanje sa realizacijom rizika, nego odricanje unapred od prava na obeštećenje ako se rizik ostvari. To je neka vrsta postupanja na sopstveni rizik; c) *Pristanak na ispitivanje*. Ova saglasnost podrazumeva prikupljanje raznih podataka o pacijentu, pa i onih koji se tiču njegove intimne sfere. Po pravilu, pacijent se sa time saglašava prećutno; d) *Pristanak se ograničava na propisno lečenje*. Nijedan pacijent se ne saglašava sa narušavanjem njegovog zdravlja koje počiva na lekarskog grešci. Pristanak ne pokriva grešku za vreme operacije. Ovo ograničenje ne mora se posebno istaći, nego se ono podrazumeva¹⁸.

U skladu sa principom *volenti non fit iniuria* punovažni pristanak pacijenta isključuje protivpravost lekarske intervencije pod uslovom da su obavljani oni zahvati za koje je, nakon obaveštenja o njima, dat pristanak.¹⁹ Pristankom na određeni medicinski zahvat pacijent preuzima na sebe rizik za njegov ishod, ali ne i onaj rizik koji bi bio posledica nepažnje lekara.²⁰ Ako pacijent tvrdi da nije dobio adekvatno obaveštenje o rizicima medicinske intervencije, zdravstveni radnik mora dokazati da je to učinio na propisan način.²¹ Na zdravstvenom radniku je, dakle, obaveza da dokaže da je saglasnost pacijenta valjana data na osnovu adekvatnog znanja o rizicima medicinske mere.²²

2. Obaveštenje pacijenta kao uslov za punovažan pristanak

Pristanak na određenu medicinsku meru od strane pacijenta podrazumeva odricanje od apsolutne zaštite prava na telesni integritet i intimne sfere.²³ Pristanak pacijenta opravdava određenu medicinsku meru u

¹⁷ Čl. 17 ZOPP.

¹⁸ J. Radišić (2012a), 40.

¹⁹ P. Klarić, 25.

²⁰ Upor. *Ibid.*

²¹ E. Bernat, „Compensation for Medical Injuries: Is There a Need for a Law Reform - An Austrian Viewpoint“, *European Journal of Health Law*, 2/1998, 118.

²² B. Koch, 118.

²³ J. Radišić (2012a), 41; B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253.

pravnom i moralnom pogledu.²⁴ O punovažnosti pristanka se može govoriti samo u onoj situaciji kada pacijent to čini svesno, ako zna sa čime se saglašava.²⁵ Obaveštenje je pretpostavka pristanka i ono ga ispunjava svojom sadržinom.²⁶ Naime, pacijent mora znati na šta pristaje, šta će se sa njime dešavati i šta se može desiti.²⁷ Razumeti određenu medicinsku meru znači biti dovoljno upućen u njenu suštinu, vrednost i domašaj.²⁸

Pošto je pacijent, u najvećem broju slučajeva, medicinski laik koji o određenim medicinskim merama najčešće nema nikakvu predstavu, lekar je obavezan da ga o tome obavesti, ne čekajući da bude pitan.²⁹ Informacije treba da budu saopštene pacijentu običnim, razumljivim, jezikom i bez nejasnih stručnih termina, a zdravstveni radnik je dužan da odgovori na sva pitanja koja postavi pacijent, čak i naknadno.³⁰ Pacijentu se moraju pružiti detaljne informacije tako da je potpuno svestan vrste lečenja, mogućih rizika, očekivanih rezultata i mogućih negativnih efekata.³¹ Pacijent treba da bude svestan kako posledica primene određene medicinske mere, tako i posledica njenog izostanka.³²

Ukoliko pacijent nije u mogućnosti da razmotri razloge za i protiv i da na osnovu toga donese odluku koja se tiče njegovog zdravlja, ne može se govoriti o punovažnosti pristanka na određenu medicinsku meru.³³ U prilog tome govore i odredbe našeg ZOPP, gde se navodi da pacijenta ne obavezuje pristanak kome nije prethodilo potrebno obaveštenje, a nadležni zdravstveni radnik koji preduzima medicinsku meru, u tom slučaju snosi rizik za štetne posledice.³⁴ O punovažnosti pristanka može se, dakle, govoriti samo ako je pacijentu prethodno dato sveobuhvatno obaveštenje o suštini, smislu i cilju planirane medicinske mere, na način razumljiv i medicinskom laiku, da bi on na osnovu saznanja i razumevanja određenih činjenica, bio u stanju da izvrši

²⁴ B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253.

²⁵ J. Radišić (2012a), 41; M. Sjeničić, „Pristanak pacijenta na meru lečenja“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 129 /2009, 53.

²⁶ B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253; V. Klajn-Tatić, 40.

²⁷ J. Radišić (2012a), 41; M. Sjeničić, (2012), 129.

²⁸ V. Klajn-Tatić, 39; Upor. M. Sjeničić, (2009), 53.

²⁹ Isto. J. Radišić (2012a), 41; H. Mujović- Zornić, (2010), 21; M. Sjeničić, (2012), 130; Čl. 11. st. 3. ZOPP.

³⁰ H. Mujović- Zornić (2010), 21.

³¹ C. DiMarzo, 73.

³² *Ibid.*

³³ Odluka Vrhovnog suda Srbije rev. 2714/92, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, 1/1995, 28- 31.

³⁴ Čl. 16, st. 3 ZOPP.

lično pravo odlučivanja da li da pristane na medicinsku meru ili ne.³⁵

Treba praviti razliku između obaveštenja radi samoodređivanja i tzv. terapijskih obaveštenja. Obaveštenje radi samoodređivanja omogućava pacijentu da o svom lečenju ili nelečenju odluči slobodno na sopstvenu odgovornost, dok je suština terapijskog obaveštenja u osiguranju uspeha lečenja i izbegavanju docijnih oboljenja, pa se zato može nazvati lekarskim savetom.³⁶ Iz odredaba našeg ZOPP jasno proizilazi da se radi o obaveštenju radi samoodređivanja.

Pacijent ima pravo da od nadležnog zdravstvenog radnika blagovremeno dobije sva potrebna obaveštenja, koja su mu neophodno potrebna kako bi, na osnovu procene razloga za i protiv, doneo odluku da pristane ili ne pristane na predloženu medicinsku meru.³⁷ Blagovremenost obaveštenja je bitna jer pacijent, odnosno njegov zastupnik, ne sme biti doveden u vremenski tesnac, pa da odluku donosi na brzinu.³⁸ Adekvatne informacije o mogućim rizicima i komplikacijama treba dati dovoljno rano da bi se ostavilo dovoljno vremena pacijentu da o svemu razmisli.³⁹

Opseg obaveštenja spada u red najtežih pitanja koja se u praksi svakodnevno postavljaju, pa je zato naš ZOPP odredio detaljno šta obaveštenje treba da obuhvati.⁴⁰ U čl. 11. st. 2. ZOPP određuje se da obaveštenje obuhvata: 1) dijagnozu i prognozu bolesti; 2) kratak opis, cilj i korist od predložene medicinske mere, vreme trajanja i moguće posledice preduzimanja odnosno nepreduzimanja predložene medicinske mere; 3) vrstu i verovatnoću mogućih rizika, bolne i druge sporedne ili trajne posledice; 4) alternativne metode lečenja; 5) moguće promene pacijentovog stanja posle preduzimanja predložene medicinske mere, kao i moguće nužne promene u načinu života pacijenata; 6) dejstvo lekova i moguće sporedne posledice tog dejstva. Ne treba izgubiti iz vida okolnost da obim obaveštenja nije samo u interesu pacijenta, već i zdravstvenog radnika, zbog činjenice da ako obaveštenje ne obuhvata sve što je potrebno za odluku

³⁵ G. Jens, *Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main 1998, 71; V. Klajn-Tatić, 39- 40; B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253.

³⁶ J. Radišić, „Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima predložene medicinske mere i njegova odgovornost – poseban osvrt na praksu nemačkih i austrijskih sudova“, *Revija za pravo osiguranja* 2/2012b, 32.

³⁷ Čl. 11, st. 1 ZOPP.

³⁸ B. Koch, 118; J. Radišić (2012a), 41; B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253; V. Klajn-Tatić, 48.

³⁹ Isto. B. Koch, 119.

⁴⁰ J. Radišić (2012a), 41; P. Klarić, 27: U načelu je taj obim determinisan svrhom obaveštenja, što znači da bi trebao biti dovoljan za odluku o pristanku na predstojeću medicinsku intervenciju odnosno njeno odbijanje.

pacijenta, izlaže se riziku odgovornosti zbog samovoljnog lečenja.⁴¹

Obaveštenje ne zahteva određenu posebnu formu i daje ga nadležni zdravstveni radnik usmeno i na način koji je razumljiv pacijentu, vodeći računa o njegovoj starosti, obrazovanju i emocionalnom stanju.⁴² Ako više zdravstvenih radnika različitih specijalnosti učestvuje u lečenju pacijenta, svaki od njih je dužan obavestiti pacijenta o postupcima i rizicima lečenja koji nastaju njegovim radom.⁴³ Usmeni oblik obaveštenja doprinosi stvaranju odnosa poverenja između zdravstvenog radnika i pacijenta.⁴⁴ Međutim, u novije vreme, u cilju obezbeđivanja dokaza o datom obaveštenju, zdravstveni radnici zahtevaju od pacijenta da pre medicinskog zahvata potpiše unapred sastavljenu izjavu da je obavešten o medicinskoj meri, rizicima itd. i da na nju daje svoj pristanak.⁴⁵ Ali, pravna teorija i sudska praksa su stava da potpisani formular nije dokaz da je pacijent sadržinu pročitao i razumeo, tj. da je dovoljno obavešten.⁴⁶ Takođe, takvoj praksi se prigovara i da kod bolesnika izaziva nemir, strah i utisak da sav rizik medicinske intervencije preuzima na sebe.⁴⁷

Ako nadležni zdravstveni radnik proceni da pacijent, iz bilo kog razloga, ne razume dato obaveštenje, obaveštenje se može dati članu pacijentove uže porodice.⁴⁸ Ako pacijent ne poznaje jezik koji je u službenoj upotrebi na teritoriji zdravstvene ustanove, mora mu se obezbediti prevodilac, a ako je pacijent gluvonem, mora mu se obezbediti tumač, u skladu sa zakonom.⁴⁹ U postupku ostvarivanja zdravstvene zaštite, dete koje je sposobno za rasuđivanje, bez obzira na godine života, ima pravo na poverljivo savetovanje i bez pristanka roditelja, kada je to u najboljem interesu deteta.⁵⁰

Značajno je naglasiti činjenicu da se pacijent može odreći prava na obaveštenje, osim obaveštenja o tome da je predložena medicinska mera potrebna

⁴¹ P. Klarić, 27.

⁴² B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253; Čl. 11, st. 4 ZOPP.

⁴³ D. Giesen, *Arzthaftungsrecht*, 4. Auflage, Tübingen 1995, 258; B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253.

⁴⁴ P. Klarić, 27.

⁴⁵ B. Koch, 119; P. Klarić, 27.

⁴⁶ Vidi. J. Radišić (2012a), 41., i tamo navedenu literaturu i sudsku praksu.

⁴⁷ P. Klarić, 27.

⁴⁸ Čl. 11, st. 4 ZOPP.

⁴⁹ Čl. 11, st. 5 ZOPP.

⁵⁰ Čl. 11, st. 8 ZOPP; Više o pravu na pristanak i pravu na samoodređenje deteta videti u: O. Jović, „Primena načela pristanka informisanog u svetlu odluke zakonskog zastupnika“, *Pacijentova prava u sistemu zdravstva- Srbija i evropske perspektive* (ur. H. Mujović Zornić), Institut za društvene nauke (Centar za pravna istraživanja), Beograd 2010, 57 i dalje.

i da nije bez znatnog rizika, odnosno da je rizično njeno nepreduzimanje.⁵¹ Takođe, značajna je okolnost da nadležni zdravstveni radnik može, izuzetno, prećutati dijagnozu, tok predložene medicinske mere i njene rizike, ili obaveštenje o tome umanjiti, ako postoji ozbiljna opasnost da će obaveštenjem znatno naškoditi zdravlju pacijenta.⁵² Zdravstveni radnik može koristiti ovu mogućnost ukoliko proceni da je pacijent sklon preteranim reakcijama, te da bi obaveštenje o nepovoljnoj dijagnozi ugrozilo njegovo zdravlje ili život.⁵³ Ova tzv. terapijska privilegija moguća je stoga u onim situacijama gde bi informacija o bolesti predstavljala nepodnošljiv teret za pacijenta i ako bi dalje pogoršala njegovo zdravstveno stanje.⁵⁴ Deo nemačke teorije podržava mišljenje po kome je stvar procene lekara da li će da uskrati obaveštenje pacijentu ili ne, dok deo švajcarske teorije smatra da se ne radi o privilegiji već o pravnoj obavezi propuštanja obaveštenja.⁵⁵ U ovakvim situacijama obaveštenje se mora dati članu uže porodice pacijenta.⁵⁶

3. Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima predložene zdravstvene intervencije

Iz opsega obaveštenja koje nadležni zdravstveni radnik daje pacijentu posebno je značajno obaveštenje o rizicima. Ono mora biti umereno, ni preveliko ni premalo, jer bi prvo uplašilo pacijenta i navelo ga da ne pristane ni na apsolutno indikovanu medicinsku meru, a drugo bi njegov pristanak dovelo u pitanje.⁵⁷ Dužnost obaveštavanja odnosi se samo na rizike koji su u trenutku lečenja ordinirajućem lekaru bili ili morali biti poznati, na osnovu medicinskog iskustva ili na osnovu stručne literature.⁵⁸

Svako lice koje boluje od određene bolesti nalazi se u određenom stanju opasnosti iz kojeg proističu određeni rizici po njegov život i zdravlje. Da bi se zaštitio od tih rizika on se podvrgava određenoj medicinskoj meri, koja je

⁵¹ Čl. 11, st. 6 ZOPP.

⁵² Čl. 11, st. 7 ZOPP.

⁵³ Upor. G. Jens, 18.

⁵⁴ H. Mujović- Zornić, „Pacijentova prava – univerzalnost i evropski koncept“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. S Petrić), Neum (BiH): Pravni fakultet Mostar, Neum 2005, 261; V. Klajn-Tatić, 48.

⁵⁵ Vidi. M. Sjeničić (2012), 130. i tamo navedenu literaturu.

⁵⁶ Čl. 11 st. 7 ZOPP.

⁵⁷ Isto. J. Radišić (2012b), 33.

⁵⁸ M. P. G. Rubio, G.T. Belen, „The development of medical liability in Spain“, *The development of medical liability* (ed. H. Ewoud) Cambridge University Press, 2010, 175; J. Radišić, (2012b), 35.

takođe skopčana sa određenim rizicima. Suština obaveštenja pacijenta o rizicima određene medicinske mere ogleđa se u njegovoj mogućnosti da uporedi rizike bolesti i rizike medicinske mere i da na osnovu toga donese odluku da pristane ili ne pristane da rizike bolesti zameni rizicima medicinske mere.⁵⁹

„Pod rizicima medicinskih mera podrazumevaju se sve objektivno neizbežne opasnosti ili komplikacije lekarskog zahvata, tj. moguće sporedne posledice, trajnog ili privremenog karaktera, koje se ne mogu izbeći ni postupanjem sa potrebnom pažnjom i besprekornim radom.“⁶⁰ Pojednostavljeno rečeno, rizici su određene moguće štete koje prate medicinsku meru i koje se ne mogu izbeći ni postupanjem sa potrebnom pažnjom.⁶¹ Takođe, pod pojam rizika spada i opasnost od neuspeha određene medicinske mere.⁶²

Pravna teorija rizike medicinskih mera svrstava obično u tri grupe, i to: u rizike karakteristične za zahvat ili lečenje, u rizike karakteristične za pacijenta, i u rizike koji potiču iz sfere onoga ko lečenje obavlja.⁶³ Kod rizika karakterističnih za određeni zahvat „reč je o rizicima koji često nastupaju kod određene vrste zahvata ili su sa njima tipično povezani.“⁶⁴ Tipičnost rizika proističe iz toga što su svojstveni određenoj medicinskoj meri i ne mogu se sigurno izbeći ni maksimalnom pažnjom.⁶⁵ Kod rizika karakterističnih za pacijenta reč je o rizicima koji proističu od faktora koji su svojstveni pacijentu (starost, težina, anatomske nepravilnosti itd.), ili proističu iz okolnosti u kojima živi pacijent ili iz njegovog zanimanja.⁶⁶ Kada je reč o rizicima koji potiču iz sfere onoga ko lečenje obavlja treba naglasiti da se radi o rizicima koji se najčešće mogu izbeći na taj način što će se pacijent opredeliti za drugog davaoca zdravstvenih usluga ukoliko o rizicima bude na vreme obavešten (npr. zbog nedostataka u određenim medicinskim sredstvima, lekovima itd.).⁶⁷

Obim obaveštenja pacijenta o rizicima medicinske mere predstavlja poseban problem. Uopšteno bi se moglo reći da obim neophodnog obaveštenja koordinira sa obimom potreba pacijenta za obaveštenjem.⁶⁸ Obim obaveštenja

⁵⁹ Vid. J. Radišić (2012b), 33, i tamo navedenu literaturu.

⁶⁰ *Ibid.*, 34

⁶¹ Upor. A. Laufs, U. Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, München 2002, 512; J. Radišić (2012b), 34.

⁶² J. Radišić (2012b), 34.

⁶³ Vid. K. Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg 2003, 90; J. Radišić (2012b), 34. i tamo navedenu drugu literaturu.

⁶⁴ J. Radišić (2012b), 34

⁶⁵ Upor. *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Vid. *Ibid.*, 34- 35.

⁶⁸ Isto M. Sjeničić (2012), 130.

treba uvek prilagoditi okolnostima konkretnog slučaja, odnosno konkretnom pacijentu.⁶⁹ Međutim, ovako formulisanom pravilu, prema mišljenju određenih teoretičara, su suviše okviri široki, teško primetni i rastegljivi, pa u njima nije lako ostvariti jednaka gledišta koja se tiču konkretnih slučajeva.⁷⁰

Stav pravne teorije i sudske prakse je da rizik ne treba pacijentu izložiti detaljno i medicinski tačno, već je dovoljno obaveštenje „u glavnim crtama“, predočavanje „opšte slike konkretnog rizika“, pri čemu se rizici ne smeju ni umanjivati ni uveličavati.⁷¹ U razgovoru sa pacijentom lekar može ustanoviti kolike su subjektivne granice pacijenta i koliko je informacija objektivno potrebno da bi pacijent shvatio prateće rizike medicinske mere, koji nisu ni umanjeni ni uvećani, i na bazi toga doneo odluku da joj se podvrgne.⁷²

Opseg obaveštenja o rizicima medicinske mere manji je u hitnim situacijama, gde je određenu medicinsku meru potrebno preduzeti odmah, u odnosu na situacije u kojima je određenu medicinsku meru moguće odložiti.⁷³ Preciznije rečeno, viši stepen hitnosti i nužde za preduzimanjem određene medicinske intervencije - manji stepen obaveštenja, a manji stepen hitnosti i nužde - veći stepen obaveštenja. Konkretizacija ovog principa može ići do te mere da u određenim situacijama, kada se radi o spasavanju života pacijenta, obaveštenje o rizicima može i izostati, jer spasavanje života ima prednost u odnosu na pacijentovo pravo na samoodređenje.⁷⁴ I suprotno, kad je u pitanju neindikovani medicinski zahvat, koji ne služi održavanju života ili zdravlja, pa samim tim nije ni hitan, zahtevi za obaveštenje o rizicima su strogi, pa se često traži totalno obaveštenje.⁷⁵ Takođe, iscrpnija obaveštenja su potrebna kod primene novih metoda lečenja, kod zahvata sa trajnim štetnim posledicama, kao i kod zahvata kod kojih su izgledi za uspeh manji.⁷⁶ Ukoliko se sa izvesnošću mogu očekivati trajne i teže štetne posledice, to i obaveštenje lekara o rizicima medicinske mere mora biti obimnije.⁷⁷ Takođe, što lekar više odstupa od uobičajenog i važećeg načina lečenja, odnosno što lekar više namerava da

⁶⁹ D. Giesen, 221- 222; V. Klajn-Tatić, 45.

⁷⁰ J. Radišić (2012b), 35.

⁷¹ A. Laufs, 512; J. Radišić (2012a), 41; Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 6. 7. 2010, *Versicherungsrecht*, 27/2010, 1220–1221, navedeno prema J. Radišić (2012b), 35; V. Klajn-Tatić, 46.

⁷² Upor. J. Radišić (2012b), 35.

⁷³ K. Ulsenheimer (2003), 97; J. Radišić (2012b), 35; P. Klarić, 27; V. Klajn-Tatić, 46.

⁷⁴ Vid. više K. Ulsenheimer (2003), 100- 102.

⁷⁵ J. Radišić (2012b), 35; M. Sjeničić (2012), 132.

⁷⁶ H. J. Rieger, *Lexikon des Arztrechts*, Berlin- New York 1984, 119; P. Klarić, 27.

⁷⁷ Isto V. Klajn-Tatić, 47.

zakorači u nepoznato, to je potreba za informisanjem pacijenta veća.⁷⁸

Pacijentu treba da budu predočeni tipični rizici koji su povezani sa konkretnom vrstom zahvata.⁷⁹ Oni imaju najveći uticaj na odluku pacijenta da pristane na zahvat, pa s toga za njih važi pojačana dužnost obaveštavanja.⁸⁰ Čak i kad se radi o izuzetno retkim, ali tipičnim rizicima, zdravstveni radnik je dužan da o njima detaljno obavesti pacijenta.⁸¹ Nemačka i austrijska sudska praksa su stava da: što su rizici tipičniji i specifičniji za taj zahvat, to pacijent o njima treba biti više obavešten.⁸²

U cilju uspostavljanja jasnih granica obaveštenju koje lekar duguje pacijentu, određeni pravni teoretičari smatraju da se obaveza obaveštenja mora podvrgnuti određenom objektivnom standardu.⁸³ Naime, prema njihovom mišljenju, sadržinu tog standarda treba formulisati tako da obaveštenje treba da obuhvati sve rizike koji su za lekara saznatljivi i kojima bi razuman pacijent, u istom položaju kao konkretni pacijent, verovatno pridao značaj kod odlučivanja o tome da li da pristane na određenu dijagnostičku i/ili terapijsku meru ili da ne pristane.⁸⁴

Nije potrebno obavestiti pacijenta o neznatnim rizicima ili mogućnosti da se zdravstveni radnik nepažljivo ponaša.⁸⁵ Međutim, ukoliko je lekaru poznato da su i objektivno beznačajni rizici, iz nekih posebnih razloga, bitni konkretnom pacijentu, tada je dužan i na njih ukazati.⁸⁶ Takođe, nije neophodno obaveštenje o opštepoznatim rizicima, odnosno rizicima koji su povezani sa svakim zahvatom i koje svaki pacijent, po prirodnom toku stvari, mora imati u vidu.⁸⁷

Za nas je veoma zanimljivo pitanje da li se obaveštenje zdravstvenog radnika i pristanak pacijenta odnose i na rizike koje sa sobom nosi upotreba određenih medicinskih sredstava koja se mogu podvesti pod pojam *opasne stvari*? Verovatno će neki autori istaći činjenicu da se pacijent odriče unapred od prava na naknadu štete, koju je pretrpeo usled upotrebe medicinskih sredstava koja

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ M. Sjeničić (2012), 132.

⁸⁰ J. Radišić (2012b), 36.

⁸¹ H. L. Schreiber, „Patientenaufklärung in juristischer Sicht“, *Der Internist* 24/1983, 186; M. P. G. Rubio, G.T. Belen, 175; J. Radišić (2012b), 36.

⁸² M. Sjeničić (2012), 132.

⁸³ V. Klajn-Tatić, 45.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ E. Deutsch, *Medizinrecht*, Berlin 1999, 89.

⁸⁶ M. P. G. Rubio, G. T. Belen, 175; J. Radišić (2012b), 37.

⁸⁷ K. Ulsenheimer, „Aufklärungspflicht und Einverständniserklärung zur Behandlung“, *Chirurg BDC* 1996, 35, 76; B. Jakovljević, D. Segedi, H. Mujović-Zornić, 253; Suprotno. M. Sjeničić (2009), 57.

se mogu podvesti pod kategoriju *opasnih stvari*, pristankom na rizike koje nosi određena medicinska mera pri kojoj se koristi medicinsko sredstvo. Preciznije rečeno, pacijent neće imati pravo na naknadu štete nastale upotrebom opasnih medicinskih sredstava zbog činjenice da se unapred odrekao od tog prava. Ovakva konstatacija proizlazi iz okolnosti da se pristanak pacijenta na određenu medicinsku meru poima kao jedna vrsta raspolaganja pravom na naknadu štete.

Konstantin Petrović u svom radu kaže da „može se uočiti da će medicinski radnici u najvećem delu svog medicinskog angažovanja zbog postojanja obaveze sredstava, imati obavezu da svoje bolesnike informišu samo o rizicima lečenja koji se i normalno uočavaju i koji i normalno nastaju, a samo u retkim slučajevima, imaće obavezu da bolesnike informišu o rizicima koji se i normalno uočavaju i koji izuzetno i nastaju... Treba reći, da će rizik od objektivnih posledica lekarske intervencije bolesnik snositi onda, ukoliko je reč o riziku za koji postoji obaveza da bolesnik bude o njemu upoznat (rizik lečenja koji se normalno uočava i koji normalno nastaje) i ukoliko ga je bolesnik prihvatio. Bolesnik će snositi rizik i u slučaju kada ne postoji obaveza da se on o njemu informiše (rizik lečenja koji se normalno uočava ali koji izuzetno retko nastaje), pa zbog toga nije sa njim ni upoznat“⁸⁸

Prema navedenom stavu, ukoliko bi se radilo o šteti koju pacijent pretrpi od medicinskog sredstva za elektroterapiju, pacijent bi snosio rizike koji se normalno uočavaju i koji normalno nastaju, kao npr. peckanje struje, ukoliko je o njima obavešten i ako je na njih pristao. Međutim, kada se radi o rizicima koji se normalno uočavaju ali koji retko nastaju, kao npr. dobijanje opekotina itd., njih treba da snosi pacijent i ne postoji obaveza zdravstvenog radnika da obavesti pacijenta o njima. Ili da još više preciziramo, pacijent ne treba da bude obavešten o rizicima koji čine medicinsko sredstvo opasnim u smislu pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu, jer oni svakako padaju njemu na teret, već o rizicima koji potiču od medicinskog sredstva ali ga ne svrstavaju u kategoriju *opasnih stvari*.

Posmatrano sa današnjeg aspekta razvoja odnosa u zdravstvu, ovakav stav ne bi bio racionalan. Naime, čini se da odnos pacijent – davalac zdravstvenih usluga danas poprima sve više ekonomski karakter. Sve više dolaze do izražaja ekonomski interesi zdravstvenih ustanova. Pacijent, kao korisnik zdravstvenih usluga, plaća određene medicinske intervencije posrednim ili neposrednim putem. Takođe, danas u svetu, kao i kod nas, sve veći značaj dobijaju privatne bolnice gde se za obavljanje određene medicinske mere plaćaju astronomski iznosi koji su, ne tako retko, izraženi u stotinama hiljada evra.

Kada smo već kod cene određenih medicinskih intervencija, podelićemo rizike od medicinske intervencije na spoljašnje i unutrašnje. Spoljašnji rizici bi bili oni koji nisu uslovljeni stanjem organizma pacijenta, kao na primer rizici

⁸⁸ K. Petrović, „Svako lice koje se podvrgava medicinskoj intervenciji snosi rizik od objektivnih posledica te intervencije“, *Pravni život* 2/1982, 249.

od nepažljivog postupanja zdravstvenih radnika, rizici od upotrebe medicinskih sredstava koja se mogu podvesti pod pojam opasne stvari itd., a unutrašnji bi bili svi rizici koji su uslovljeni činiocima iz organizma pacijenta. Sasvim je normalno da pacijent bude obavješten o rizicima medicinske mere koji su uslovljeni činiocima iz organizma i da svojim pristankom snosi posledice tih rizika, i pored činjenice da plaća određenu medicinsku meru na osnovu koje se želi osloboditi rizika bolesti. Međutim, zar bi bilo pravedno da pacijenti snose spoljašnje rizike medicinske intervencije za koju moraju izdvojiti nekoliko stotina hiljada ili možda i milion evra.

O preuzimanju spoljnih rizika medicinske mere od strane pacijenta moglo bi se govoriti samo u slučaju kad bi medicinske usluge bile besplatne. Tada bi, eventualno, bilo i „normalno“ da pacijenti snose i spoljašnje i unutrašnje rizike medicinske mere. Međutim, u situaciji kad za medicinsku meru izdvajaju na stotine hiljada evra, može se govoriti samo o obavještenju i pristanku na one rizike medicinske mere koji proističu iz organizma pacijenta. U prilog tome navešćemo konstataciju prof. Radišića, koji kaže da: „onaj ko pristaje preuzima na sebe i rizik zahvata koji nije uslovljen *greškom lekara* nego činiocima iz organizma pacijentovog“.⁸⁹ Ako postoji nepažljivo postupanje zdravstvenog radnika koje je u uzročno posledičnom odnosu sa štetom koju je pretrpeo pacijent, jasno je da će postojati odgovornost zdravstvenog radnika/zdravstvene ustanove za nastalu štetu, i da pristanak pacijenta na medicinsku intervenciju, iz koje je po pacijenta proistekla šteta, nema snagu anuliranja obaveze naknade štete od strane zdravstvenog radnika/zdravstvene ustanove.

Pacijent ne pristaje niti na rizik od štete koji potiče od mogućeg nepažljivog postupanja zdravstvenog radnika, niti na rizik od štete koji potiče od upotrebe određenih medicinskih sredstava, koja se koriste tokom određene zdravstvene intervencije na koju pacijent daje svoju saglasnost, a koja se mogu podvesti pod pojam *opasne stvari* u smislu pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu. Rizik od štete na koji pristaje pacijent mora biti unutrašnjeg, a ne spoljašnjeg karaktera, odnosno mora se vezivati za organizam pacijenta, a ne za ponašanje zdravstvenog radnika ili ti, pak, za medicinsko sredstvo koje se koristi tokom zdravstvene intervencije.⁹⁰

4. Informisani pristanak pacijenta

Za određenu medicinsku intervenciju lekara nije dovoljan ugovor o lekarskoj usluzi, već je potrebna zasebna izjava volje pacijenta.⁹¹ U granicama

⁸⁹ J. Radišić, *Medicinsko pravo*, „Nomos“ Beograd, Beograd, 2004, 75.

⁹⁰ Isto E. Deutsch, 173.

⁹¹ J. Radišić (2012a), 40; R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, 187; P. Klarić, 26; H. Mujović- Zornić (2010), 22.

zdravstvene zaštite, pristanak pacijenta predstavlja temelj odnosa lekara i pacijenta.⁹² Pacijent može dati pristanak na predloženu medicinsku meru izričito (usmeno ili pismeno), odnosno prećutno (ako se nije izričito protivio).⁹³

Za jednostavne i uobičajene intervencije, dovoljan je usmeni pristanak.⁹⁴ U bolnicama i klinikama uobičajeno je da se od pacijenta traži pismeni pristanak na operaciju, tj. da potpiše unapred pripremljeni formular.⁹⁵ U tom kontekstu i naš ZOPP određuje da za preduzimanje predložene invazivne dijagnostičke i terapijske medicinske mere, neophodan je pismeni pristanak pacijenta odnosno njegovog zakonskog zastupnika.⁹⁶ Na ovaj način zdravstvena ustanova osigurava dokaz o postojanju pristanka za slučaj spora.⁹⁷

Pristanak na predloženu medicinsku meru pacijent može opozvati (usmeno ili pismeno), sve dok ne započne njeno izvođenje, kao i za vreme trajanja lečenja, pod uslovima propisanim zakonom.⁹⁸ Ova odredba je u skladu sa pravom pacijenta na samoodređenje.⁹⁹ Pacijent ima pravo da odredi lice koje će u njegovo ime dati pristanak, odnosno koje će biti obavešteno o preduzimanju medicinskih mera, u slučaju da pacijent postane nesposoban da donese odluku o pristanku.¹⁰⁰ Takođe, u skladu sa principom *rebus sic stantibus*, pribavljeni pristanak pacijenta ne može da važi zauvek. U skladu sa tim, zdravstveni radnik je dužan da pribavi ponovo pristanak pacijenta, ako su se tokom lečenja okolnosti promenile, pa je neophodno da se izmeni prethodni redosled terapije.¹⁰¹

U velikom broju pravnih sistema sposobnost pacijenta da pristane na određenu medicinsku meru ne veže se za poslovnu sposobnost, već se smatra dovoljnim sposobnost osobe da shvati značenje, domašaj i rizike konkretne medicinske intervencije.¹⁰² U skladu sa tim je i naš ZOPP u kom se predviđa da dete, koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku meru, uz prethodno obaveštenje.¹⁰³ Pravna teorija obrazlaže ovakvu praksu činjenicom da se

⁹² H. Mujović- Zornić (2010), 22.

⁹³ Čl. 16, st. 1 ZOPP.

⁹⁴ H. Mujović- Zornić (2010), 22.

⁹⁵ J. Radišić (2012a), 40; P. Klarić, 25; H. Mujović- Zornić (2010), 22.

⁹⁶ Čl. 16, st. 2 ZOPP.

⁹⁷ Isto. J. Radišić (2012a), 40.

⁹⁸ Čl. 16, st. 4 ZOPP.

⁹⁹ Isto. J. Radišić (2012a), 41; P. Klarić, 25.

¹⁰⁰ Čl. 16, s t. 5. ZOPP.

¹⁰¹ C. DiMarzo, 73.

¹⁰² P. Klarić, 25.

¹⁰³ Čl. 19, st. 4 ZOPP.

zahvat u telo i zdravlje ne može poistovetiti sa klasičnim pravnim poslom imovinskopravnog karaktera, već da se radi o ostvarivanju osnovnog prava ličnosti za šta je dovoljna zrelost i sposobnost shvatanja značaja takvog zahvata.¹⁰⁴

Nad pacijentom koji je bez svesti, ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mera može se preduzeti i bez njegovog pristanaka, o čemu će se obavestiti članovi uže porodice, uvek kada je to moguće.¹⁰⁵ U ovom slučaju, medicinska mera preduzima se na osnovu konzilijarnog nalaza.¹⁰⁶ Pošto se radi o zahvatu koji je objektivno u interesu pacijenta, smatra se da bi se on, odnosno njegov zastupnik sa time saglasio kad bi bio u mogućnosti da iskaže svoju volju.¹⁰⁷ Ako zakonski zastupnik deteta, odnosno pacijenta lišenog poslovne sposobnosti nije dostupan ili odbija predloženu hitnu medicinsku meru, hitna medicinska mera može se preduzeti, ako je to u najboljem interesu pacijenta.¹⁰⁸

Ako se tokom operativnog zahvata pojavi potreba za njegovim proširenjem, koja se nije mogla pretpostaviti, proširenje operativnog zahvata može se obaviti samo ako je, na osnovu procene doktora medicine, odnosno doktora stomatologije koji preduzima taj zahvat, on neodložno potreban.¹⁰⁹ Pitanje proširenja operativnog zahvata može se načelno rešiti i dogovorom sa pacijentom pre početka operativnog zahvata.¹¹⁰ Takođe, u nekim pravnim sistemima, postepeno se razvija institut pod nazivom *pacijentovo pravo raspolaganja*, odnosno *pacijentov testament* ili, kako se označava u nekim pravnim sistemima, *pacijentovo pismo*.¹¹¹ Kolevka ovog instituta su SAD, odakle su ga preuzeli pravници Zapadne Evrope koji su ga definisali na sledeći način: „Pacijentovo raspolaganje je pismena ili usmena izjava volje pacijenta sposobnog za odlučivanje o njegovom budućem lečenju, za slučaj da postane nesposoban da se o tome izjasni. Njome pacijent može, između ostalog, odrediti da li i u kom opsegu u slučaju njegove bolesti koja je bliže opisana, treba primeniti medicinske mere“.¹¹² Reč je, dakle, o pravnom instrumentu

¹⁰⁴ Vid. P. Klarić, 25. i tamo navedenu literaturu.

¹⁰⁵ Čl. 18, st. 1 ZOPP.

¹⁰⁶ Čl. 18, st. 2 ZOPP.

¹⁰⁷ J. Radišić (2012a), 40; H. Mujović- Zornić (2010), 22.

¹⁰⁸ Čl. 18, st. 3 ZOPP; Vid. više J. Radišić , „Odgovornost zbog uskraćivanja hitne medicinske pomoći“, *Pravni život* 9/1995, 209.

¹⁰⁹ Čl. 18, st. 4 ZOPP.

¹¹⁰ P. Klarić, 26.

¹¹¹ J. Radišić, „Pacijentovo pravo raspolaganja“, *Pacijentova prava u sistemu zdravstva-Srbija i evropske perspektive*, Institut za društvene nauke (Centar za pravna istraživanja), Beograd 2010, 63.

¹¹² *Ibid.* i tamo navedenu literaturu.

putem koga se pacijentima obezbeđuje pravo na samoodređivanje u stanjima u kojima oni nisu više sposobni da iskažu svoju aktuelnu volju.¹¹³

5. Pravne posledice lečenja bez punovažnog pristanka

Nepostojanje pristanka pacijenta na određenu medicinsku meru čini tu meru nedopuštenom sa aspekta pravnog poretka, i to bez obzira na njen ishod.¹¹⁴ Radi se o okolnosti da zdravstveni radnik ne postupa po volji pacijenta, već jedino po svojoj volji, pa se njegov postupak naziva „samovoljno lečenje“.¹¹⁵ Samovoljno lečenje može predstavljati i supsidijarni osnov odgovornosti u slučaju kada se nesavesno ponašanje lekara tokom određene medicinske intervencije ne može dokazati.¹¹⁶ Ova činjenica je od posebnog značaja za pacijente zbog okolnosti da je kod samovoljnog lečenja teret dokazivanja na zdravstvenom radniku/zdravstvenoj ustanovi.¹¹⁷

Samovoljno lečenje se u svim pravnim sistemima shvata kao telesna povreda, koja povlači odgovornost za sve nastale štetne posledice po pacijenta.¹¹⁸ U našem pravnom sistemu, ZOPP određuje se da pacijenta ne obavezuje pristanak kome nije prethodilo potrebno obaveštenje, a nadležni zdravstveni radnik koji preduzima medicinsku meru, u tom slučaju snosi rizik za štetne posledice, odnosno dužan je pacijentu nadoknaditi materijalnu i nematerijalnu štetu.¹¹⁹

Pravna teorija se razilazi povodom pitanja da li treba pacijentu priznati pravo na naknadu štete u slučaju kada je samovoljna medicinska mera izvršena uspešno. Po mišljenju jednih, pacijentu bi trebalo priznati pravo na naknadu štete, jer se radi o protivpravnoj povredi njegove ličnosti.¹²⁰ U uporednom pravu se, po pravilu, priznaje pravo na naknadu nematerijalne štete.¹²¹ Drugi su, pak, mišljenja da ako je samovoljni medicinski zahvat bio uspešan, pacijent ne trpi nikakvu štetu, pa zato nema pravo na naknadu.¹²² Međutim, postavlja se pitanje šta u slučaju kada je zahvat bio delimično uspešan, a delimično neuspešan, da

¹¹³ J. Radišić, „Pacijentovo raspolaganje ili pacijentov testament : sa posebnim osvrtom na odgovarajući austrijski zakon“, *Pravni život* 9/2007, 242.

¹¹⁴ C. DiMarzo, 73; J. Radišić (2012a), 44.

¹¹⁵ J. Radišić (2012a), 44; V. Klajn-Tatić, 49.

¹¹⁶ Upor. M. Sjeničić (2012), 133.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ J. Radišić (2012a), 45.

¹¹⁹ Čl. 16, st. 3 ZOPP.

¹²⁰ D. Giesen, 178; P. Klarić, 28; V. Klajn-Tatić, 49; M. Sjeničić (2012), 134.

¹²¹ P. Klarić, 28.

¹²² Vidi. J. Radišić (2012a), 45, i tamo navedenu literaturu; V. Klajn-Tatić, 49.

li se mogu ta dva rezultata međusobno prebiti.¹²³ Nemački pravници su stava da u tom slučaju nema prebijanja i da zdravstveni radnik/zdravstvena ustanova treba da snosi posledice delimičnog neuspeha, dok je austrijska sudska praksa koristila mogućnost prebijanja koristi i štete u svojim odlukama.¹²⁴

Još jedno značajno pitanje vezano za samovoljno lečenje, koje je od značaja za pravnu teoriju i sudsku praksu, je pitanje da li je pacijent dužan da plati ugovoreni honorar za medicinsku meru koju nije izvršio lekar na koga se odnosi njegov pristanak nego neki drugi lekar.¹²⁵ Nemačka sudska praksa je mišljenja da u tom slučaju pacijent ne duguje nikakvu naknadu, čak i kad je medicinska mera izvršena kako treba.¹²⁶

Prema nemačkom Zakonu o poboljšanju prava pacijentkinja i pacijenata¹²⁷ lekar treba da dokaže da je pribavio pristanak pacijenta i da ga je propisno obavestio.¹²⁸ Ovo pravilo važno je i ranije kod deliktne odgovornosti, jer se polazilo od činjenice da je medicinski zahvat u telo čoveka protivpravan i da ga može opravdati samo pristanak obaveštenog pacijenta, a novim pravilima prilagođeno je i ugovornoj odgovornosti.¹²⁹ Na ovaj način položaj pacijenata je značajno popravljen i pored činjenice da je lekarima priznata mogućnost da se pozovu na hipotetički pristanak pacijenta, imajući u vidu okolnost da je lekareva odbrana pozivajući se na hipotetički pristanak pacijenta veoma teška.¹³⁰

6. Zaključna razmatranja

Informisanim, svesnim, pristankom pacijent opravdava određenu zdravstvenu intervenciju u pravnom i moralnom pogledu. Da bi pristanak bio punovažan, pacijent mora znati na šta pristaje, šta će se sa njime dešavati i šta se može desiti. Pacijent mora bit dovoljno upućen u suštinu zdravstvene intervencije, njenu vrednost i domašaj. Informacije, stoga, treba da budu saopštene pacijentu običnim, razumljivim, jezikom i bez nejasnih stručnih termina, a zdravstveni radnik je dužan da odgovori na sva pitanja koja postavi pacijent. Obim obaveštenja koordinira sa principom: viši stepen hitnosti i nužde za preduzimanjem određene medicinske intervencije - manji stepen obaveštenja, a manji stepen hitnosti i

¹²³ J. Radišić (2012a), 45.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2013, Teil I, Nr. 9., ausgegeben zu Bonn am 25. Februar 2013.

¹²⁸ J. Radišić, „Građanska odgovornost zbog grešaka u lečenju i obaveštavanju pacijenata po nemačkom Zakonu o pravima pacijenata“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 4/2013, 17.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

nužde - veći stepen obaveštenja. Pacijent može dati pristanak na predloženu medicinsku meru izričito (usmeno ili pismeno), odnosno prećutno (ako se nije izričito protivio). Za jednostavne i uobičajene intervencije, dovoljan je usmeni pristanak. Ukoliko pristanku pacijenta nije prethodilo adekvatno obaveštenje tada zdravstveni radnik/zdravstvena ustanova snosi rizik za štetne posledice, odnosno dužan je pacijentu nadoknaditi materijalnu i nematerijalnu štetu.

* * *

***INFORMED PATIENT CONSENT TO HEALTH INTERVENTION AND
RESPONSIBILITY FOR UNDERTAKING HEALTH INTERVENTION
WITHOUT AUTHORIZED CONSENT***

Summary

The patient's consent to a health intervention is one of the basic preconditions for the admissibility of undertaking a health intervention. Given the fact that any health intervention involves, in essence, a violation of the integrity of the patient's body, and is regularly associated with certain risks of legal importance, any health intervention, whether invasive or non-invasive, must be preceded by patient consent. Health intervention without the adequate consent of the patient violates the right to bodily integrity, the meaning of which is that it depends on the will of each individual whether he will undergo treatment or refuse it. The right to informed consent of the patient is one of the basic human rights, by the exercise of which the patient achieves autonomy of will, that is the right to freely decide on his life, body and health. However, in order to talk about informed consent that is able to transfer the risk of health intervention to the patient, the patient's consent must be preceded by information about the intended health intervention, expected benefits, risks, other alternative health measures, and all those facts that are necessary for the patient to make an adequate decision. The author discusses the notion of informing the patient, the duty of the healthcare professional to inform the patient about the risks of the proposed health intervention, informed patient consent, as well as the consequences of treatment without valid patient consent.

Keywords: health services, patient notification, patient consent, liability, damages.

Milorad Marjanović

PROFESIONALNA ODGOVORNOST JAVNIH BELEŽNIKA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt

Odgovornost pravnih subjekata za svoje protivpravne radnje je osnova svakog demokratskog društva i nužni uslov za postojanje vladavine prava. Uvođenjem javnih beležnika u pravni sistem Republike Srbije stvorila se i potreba da se posebno stipulišu pravila o njihovoj odgovornosti s obzirom na specifičnosti koje ova slobodna profesija nosi sa sobom. S obzirom na činjenicu da je institut javnih beležnika uveden u pravni sistem radi podizanja pravne sigurnosti u društvu, adekvatnost regulisanja njihove odgovornosti je nužnost.

Ključne riječi: *javni beležnik, profesionalna odgovornost, osiguranje.*

1. Uvod

Uvođenje instituta javnih beležnika u pravni sistem Republike Srbije 2014. godine zahtijevalo je prilagođavanje pravnog sistema novom institutu s obzirom na njegove specifičnosti.

Na početku treba razjasniti terminologiju. U samom nazivu rada pominje se profesionalna odgovornost. Naš pravni sistem ne poznaje profesionalnu odgovornost kao poseban vid odgovornosti. Vrste odgovornosti mogu biti disciplinska, prekršajna, krivična ili građanska s obzirom na vrstu delikta, kao i subjektivna i objektivna s obzirom na krivicu. Profesionalna odgovornost se dakle odnosi na odgovornost, u ovom slučaju javnih beležnika, imajući u vidu sve specifičnosti koje ovaj institut nosi sa sobom.

Javni beležnici su u našem pravnom sistemu veoma mlad institut, budući da postoje tek od 2014.godine. Ipak, svjetski pravni sistemi ih poznaju jako dugo, toliko dugo da su postojali još u Rimskom pravnom sistemu, kao pružaoci usluga u javnom i privatnom pravu, sudskim procesima, ili kao pomoćnici u radu Senata.¹

* Student master akademskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: milorad.nikola.marjanovic@gmail.com.

¹ M. Simeonides Todorović, „O profesionalnoj odgovornosti javnih beležnika u Grčkoj“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 2/2013, 17.

U dva velika pravna sistema anglo-američkom i evropsko-kontinentalnom uloga javnih beležnika se razlikuje. U Velikoj Britaniji postoji razlika između pravnog položaja javnih beležnika u Engleskoj i Velsu i u Škotskoj. U Engleskoj i Velsu javni beležnik je diplomirani pravnik čiji je zadatak da potvrđuje dokumenta i transakcije kako bi one bile sprovodive van teritorije Engleske i Velsa. Posao javnih beležnika najčešće podrazumijeva pripremu punomoćja koja će se koristiti u inostranstvu, učestvovanje u kupoprodaji nepokretnosti u inostranstvu, potvrđivanje stranih testamenata itd. Javni beležnik se u Engleskoj i Velsu može baviti i pružanjem drugih pravnih usluga izuzev zastupanja pred sudom.² U Škotskoj posao javnih beležnika najčešće podrazumijeva uzimanje izjava pod zakletvom, protestnih izjava, potvrđivanje stranih isprava, potpisivanje u ime slijepih lica itd.³

U Sjedinjenim Američkim Državama usled federalnog uređenja javnim beležnicima se funkcija razlikuje od države do države. Pred javnim beležnicima se daju iskazi i izjave pod zakletvom, ovjeravaju se akti u vezi sa hipotekom, punomoćja, mjenični akti itd.⁴ Notari ne odgovaraju za zakonitost sadržaja dokumenta, već samo potvrđuju identitet lica i činjenicu da je lice potpisalo dokument svojom voljom.⁵

U evropskokontinentalnom sistemu ovlašćenja javnih beležnika se šire u smislu provjere zakonitosti pravnog posla. Tako na primer u Nemačkoj javni beležnik provjerava identitet lica koja traže notarske usluge, poučava stranke o sadržini i obavezama koje nastaju iz pravnog posla i prisustvuje potpisivanju dokumenata. Notari u pravnim poslovima djeluju kao nezavisna strana koja je dužna poučiti stranke o posledicama pravnih poslova koje zaključuju. Iako ima savjetodavnu ulogu, javni beležnik se ne smatra zastupnikom nijedne stranke, i dužan je da odbije potvrđivanje nezakonitog pravnog posla.⁶ U Francuskoj su notari definisani kao javni službenici koji potvrđuju akta i ugovore koje stranke žele ili moraju da ovjere pred javnim beležnikom. Tako, na primer, nadležnosti javnih beležnika u Francuskoj uključuju sačinjenje testamenta, potvrđivanje akata, naplatu poreza i kapitalne dobiti od prodaje nepokretnosti, učestvovanje u borbi protiv pranja novca, kao i sprovođenje ostavinskog postupka.⁷

U Republici Srbiji javni beležnik potvrđuje isprave solemnizacijom i kroz javnobeležnički zapis, sačinjava javnobeležničke zapise i potvrde, vrši

² The Notaries Society, <https://www.thenotariessociety.org.uk/>, datum pristupa 29. 06. 2022.

³ Law Society of Scotland, <https://www.lawscot.org.uk/>, datum pristupa 29. 06. 2022.

⁴ Department of State New York, <https://dos.ny.gov/>, 29. 06. 2022.

⁵ American Association of Notaries, <https://www.texasnotary.com/>, datum pristupa 29. 06. 2022.

⁶ Lawyers in Germany, <https://www.lawyersgermany.com/>, datum pristupa 27. 06. 2022.

⁷ <https://www.notaires.fr/en>, datum pristupa 27. 06. 2022.

javnobeležničke overe i obavlja depozitne poslove, ali i sprovodi ostavinske postupke kada mu ih sud delegira.⁸

Lako se može zaključiti da pojam javnog beležnika nije homogen, već heterogen, te zbog toga treba biti oprezan kako pri definisanju, sa naučnog aspekta, tako i pri stipulisanju odgovornosti u svakom konkretnom pravnom sistemu.

2. Odgovornost javnih beležnika u Republici Srbiji

Osnovna premisa vladavine prava u demokratskom društvu jeste odgovornost pravnih subjekata za svoje postupanje, a pogotovo odgovornost državnih organa i vršilaca javnih ovlašćenja. Bez pozivanja na odgovornost društvo bi lako zapalo u anomiju, a pravna sigurnost bi postala potpuno irelevantan pojam koji bi se tek povremeno sretao u nauci.

Prema našem pravu javni beležnici mogu odgovarati krivično, prekršajno, disciplinski i po osnovu građanske odgovornosti (naknada štete). Javni beležnik odgovara cjelokupnom svojom imovinom⁹, a dužan je da prije početka obavljanja djelatnosti zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi mogao učiniti prilikom obavljanja djelatnosti.¹⁰

2.1. Krivična odgovornost javnih beležnika u Republici Srbiji

Kada je riječ o krivičnoj odgovornosti javnih beležnika, pored krivičnih djela koja može učiniti bilo koje lice, javni beležnici, kao lica sa posebnim svojstvom, mogu biti odgovorni za krivična djela iz grupe krivičnih djela protiv službene dužnosti.

Članom 31a, stavom 1, tačkom 1 Zakona o javnom beležništvu propisano je da ministar donosi odluku o privremenom udaljenju javnog beležnika ukoliko je protiv njega otvorena istraga povodom krivičnog djela koje se goni po službenoj dužnosti, a koje ga čini nedostojnim javnobeležničke dužnosti. Ovakav stav zakonodavca može biti problematičan sa više aspekata. Na početku, članom 2 Krivičnog zakonika¹¹ propisana je pretpostavka nevinosti. U situaciji kao što je propisana Zakonom o javnom beležništvu javni beležnik trpi određenu vrstu sankcije i prije nego što je dokazana njegova krivica. Ako uzmemo u obzir da

⁸ Zakon o javnom beležništvu, *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

⁹ S. Jovanović, „Pravni položaj javnog beležnika i specifičnosti osiguranja od njegove profesionalne odgovornosti“, *Tokovi osiguranja* 3/2020, 7-30.

¹⁰ Zakon o javnom beležništvu, čl. 59 st. 1.

¹¹ Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr, 107/2005 - ispr, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

je moguće i namjerno lažno prijavljivanje javnog beležnika, protiv kog bi mogla biti otvorena istraga, a zbog preopterećenog i često sporog sudskog aparata postupak može trajati i više godina, može se desiti da javni beležnik znatno osiromaši bez ikakvog osnova. Treba pomenuti i da je članom 5 Zakona o javnom beležništvu propisana nespojivost javnobeležničke funkcije sa drugim (plaćenim) poslovima, što javnog beležnika stavlja u još nepovoljniji položaj. Naposljetku, ukoliko se ispostavi da je javni beležnik bio nevin, država i lice koje je namjerno lažno prijavilo javnog beležnika biće prinuđeni da naknade štetu i izmaklu dobit. U pravnom sistemu Bosne i Hercegovine ova situacija je predupređena tako što je propisano da notar može biti privremeno udaljen iz službe ako mu je određen pritvor, za vrijeme trajanja pritvora,¹² odnosno ako je protiv javnog beležnika potvrđena optužnica.¹³

2.2. Prekršajna odgovornost javnih beležnika u Republici Srbiji

Zakon o prometu nepokretnosti¹⁴ u članu 15 predviđa novčanu kaznu od 50.000 do 150.000 dinara za javnog beležnika koji ne dostavi nadležnom organu ovjeren prepis ugovora o prometu nepokretnosti u skladu sa članom 4v ovog zakona, ne dostavi potpisanu izjavu sa priloženim ispravama Republičkoj direkciji za imovinu Republike Srbije, odnosno nadležnom organu autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave, ne dostavi primjerak ugovora nadležnom pravobranioocu u slučaju otuđenja nepokretnosti iz javne svojine.

Članom 38 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji¹⁵ predviđeno je da poresku prijavu poreskoj upravi poreski obveznik može podnijeti i preko javnog beležnika. Međutim, ne postoji obaveza javnog beležnika da podnese poresku prijavu u ime i za račun poreskog obveznika. Ovakvim rješenjem javni beležnici su zaštićeni od jedne česte pojave. Recimo, u postupku za raspravljanje zaostavštine, zakonski naslednik uredno primi poziv, ali se ne odazove. Prema Zakonu o vanparničnom postupku,¹⁶ prema članu 115 stav 3 i članu 117 stav 3, smatraće se da se to lice prihvata zaostavštine koja mu pripada

¹² Zakon o notarima, *Sl. novine FBiH*, br. 45/2002 i 30/2016 - odluka US, čl. 34.

¹³ Zakon o notarskoj službi u republici srpskoj, *Sl. glasnik RS*, br. 28/2021, čl. 109.

¹⁴ Zakon o prometu nepokretnosti, *Sl. glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015.

¹⁵ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Sl. glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 - ispr., 23/2003 - ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - dr. zakon, 62/2006 - dr. zakon, 63/2006 - ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 - autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019 i 144/2020.

¹⁶ Zakon o vanparničnom postupku, *Sl. glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015, 106/2015 - dr. zakon i 14/2022.

i biće oglaseno za nasljednika. Kada bi postojala obaveza javnog beleznika da podnese prijavu u ovom slucaju, on bi vrlo lako mogao da bude kaznjen zbog nepodnošenja poreske prijave (ili podnošenja nepotpune poreske prijave), jer je moguće da osim imena i prezimena nema dovoljno podataka za identifikaciju lica koje postaje poreski obveznik (kao što je na primer JMBG). U ovakvim slucajevima treba da bude isključena odgovornost javnih beleznika, a obaveza podnošenja poreske prijave da pada na teret poreskog obveznika, kako je to, uostalom, i predviđeno Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji.

2.3. Disciplinska odgovornost javnih beleznika u Republici Srbiji

Članom 149 Zakona o javnom beležništvu propisana je disciplinska odgovornost javnih beleznika. Istim članom je propisano da krivična ili prekršajna odgovornost ne isključuju disciplinsku odgovornost. Sledećim članom predviđeno je da se disciplinska odgovornost odnosi na lakše povrede javnobeležničke dužnosti i disciplinske prestupe. Statutom javnobeležničke komore i to članom 63 propisano je da lakše povrede javnobeležničke dužnosti obuhvataju nepostupanje u skladu s pravilima Javnobeležničkog poslovnika, tri puta uzastopno neopravdano izostajanje sa sednica organa Komore čiji je član, nedolično ponašanje prema drugim javnim beležnicima, javnobeležničkim pomoćnicima, javnobeležničkim pripravnicima i zaposlenima u Sekretarijatu Komore, kao i nedolično ponašanje u javnim aktivnostima ili u privatnom životu koje nanosi štetu ugledu Komore i javnobeležničke profesije.

Članom 150 Zakona o javnom beležništvu propisano je da disciplinske prestupe predstavlja kršenje zakona prilikom sačinjavanja javnobeležničkih isprava i preduzimanja drugih radnji, potvrđivanje da je nastupila činjenica za koju zna ili mora znati da nije nastupila, ako naplati naknadu za rad ili naknadu troškova suprotno javnobeležničkoj tarifi itd.

Ovakva podjela disciplinskih prekršaja je jako dobro rješenje zakonodavca jer i formalno isključuje mogućnost izricanja teže disciplinske sankcije za lakši prestup, iako je teško zamisliti da bi neko izrekao težu sankciju za sitni prestup. Ipak, radi pravne sigurnosti (kojoj i javni beležnici treba da doprinesu), ovo rješenje se čini jako dobrim.

2.4. Građanskopravna odgovornost javnih beleznika u Republici Srbiji

Zakon o javnom beležništvu u članu 9 propisuje obavezu javnih beleznika da postupaju u skladu sa načelom savjesnosti i zakonitosti. Dalje je članom 58 propisano da je javni beležnik dužan da naknadi štetu koju pruzrokuje on, javnobeležnički pripravnik, javnobeležnički zamenik, pomoćnik, kao i administrativno osoblje.

Brojne su situacije u kojima bi javni beležnik mogao biti pozvan na odgovornost. Neke od njih bi mogle biti potvrđivanje nezakonitog pravnog posla, potvrđivanje ugovora koji je po pozitivnim propisima ništav. Moguća je i situacija u kojoj bi javni beležnik odbio da potvrdi ispravu koja je u skladu sa zakonom sačinjena. Zakonodavac je stranke zaštitio od ovih situacija ostavljajući im mogućnost da ulože prigovor nadležnom sudu na čijem području javni beležnik ima službeno sjedište.¹⁷ Javni beležnik ima kontrolnu funkciju u cilju podizanja pravne sigurnosti, te je dužan da provjeri sve relevantne činjenice vezane za uslugu koju pruža. U slučaju ovakvog propusta javni beležnik može biti pozvan na odgovornost.

2.4.1. Odgovornost javnih beležnika i odgovornost stranaka

Zakon o obligacionim odnosima¹⁸ u članu 12 propisuje obavezu stranaka da se prilikom zasnivanja i ostvarivanja prava iz obligacionih odnosa pridržavaju načela savjesnosti i poštenja. Dalje, u članu 104 stavu 2 istog zakona je propisano da sud može djelimično ili u cjelini odbiti zahtjev za povraćaj datog nesavjesne strane. Uvodjenjem javnog beležništva uslovi i obim savjesnosti stranaka u obligacionom odnosu su izmijenjeni.

Tako je na primer javni beležnik, prema članovima 93d i 93đ Zakona o javnom beležništvu dužan da ispita da li postoje uslovi da se pravni posao zaključi (da li su stranke poslovno sposobne, da li postoji slobodna volja za zaključenje pravnog posla), kao i da li je pravni posao dozvoljen i u skladu sa pravnim poretkom i prinudnim propisima. Dalje, članom 93đ stavom 1, javni beležnik je dužan da pouči stranke o smislu i posledicama pravnog posla koji zaključuju. U praksi to znači da ukoliko je, recimo, na stanu koji je predmet ugovora o prodaji upisana hipoteka, javni beležnik je dužan o tome da obavijesti kupca, kao i da ga pouči o mogućnosti da se hipotekarni povjerilac namiri iz predmeta hipoteke, iako dužnik više neće biti vlasnik stana.

Prije uvođenja javnog beležništva u Republici Srbiji, relativno često se dešavalo da prodavac istu nepokretnost proda više puta različitim kupcima. Zakonom o prometu nepokretnosti¹⁹ članom 4b u ovakvom slučaju javni beležnik je dužan da kupca upozori o mogućim posljedicama zaključenja pravnog posla, kao i da to upozorenje unese u klauzulu o potvrđivanju. Ukoliko bi se stranke protivile unošenju ovog upozorenja, javni beležnik bi bio dužan da odbije potvrđivanje pravnog posla.

¹⁷ Zakon o javnom beležništvu, čl. 58a, st. 2.

¹⁸ 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, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020.

¹⁹ Zakon o prometu nepokretnosti, *Sl. glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015.

Slična situacija je i sa pravom preče kupovine. Članom 5 Zakona o prometu nepokretnosti je predviđeno pravo preče kupovine suvlasnika nepokretnosti. Ukoliko bi javni beležnik utvrdio da na predmetnoj nepokretnosti postoji više suvlasnika, bio bi dužan da stranke upozori da je prodavac u obavezi da prvo ponudi suvlasnike da kupe nepokretnost pod istim uslovima kao i treće lice, pa tek nakon toga treće lice. U suprotnom, suvlasnici bi mogli tužbom da traže poništaj ugovora i otkup predmetnog udela. Isto važi i za poljoprivredno zemljište u smislu odnosa sa vlasnikom susjedne parcele.

Kada je riječ o šumama, pravo preče kupovine je podignuto na viši nivo. Prema članu 100 Zakona o šumama²⁰ vlasnik šume je, prilikom prodaje, dužan prvo da uputi ponudu korisniku šume koja se nalazi u državnoj svojini. Ako bi ugovor o prodaji šume bio zaključen suprotno ovoj odredbi, zakonodavac je propisao sankciju ništavosti takvog ugovora.

Ugovorne stranke koje su uglavnom pravni laici, prije uvođenja javnog beležništva nisu morale biti upozorene na specifične odredbe kojima bi njihov pravni posao mogao biti ugrožen. Ipak, uvođenjem javnih beležnika u naš pravni sistem, stranke mogu odložiti zaključenje pravnog posla i ispuniti sve prethodne pretpostavke kako bi se pravni posao održao. U slučaju neupozorenja stranaka na gore navedene specifičnosti, javni beležnik bi morao biti pozvan na odgovornost. Međutim, upozoravanjem stranaka, koje pristaju na rizike zaključenja pravnog posla kakvi su opisani, isključuje se odgovornost javnih beležnika, a na odgovornost mogu biti pozvane isključivo stranke.

3. Osiguranje od odgovornosti

Zakonom o javnom beležništvu je propisana obaveza javnih beležnika da se osiguraju od odgovornosti.²¹ Osiguranje obuhvata i osiguranje za štetu koju prouzrokuju javnobeležnički zamenik, javnobeležnički pomoćnik, javnobeležnički pripravnik, kao i administrativno osoblje. Ovo nije slučaj u svim evropskim pravnim sistemima. Tako na primer u Grčkoj ne postoji obaveza osiguranja od odgovornosti.²²

Budući da Zakon o obligacionim odnosima nije posebno definisao osigurani slučaj, osiguravači mogu posebne slučajeve utvrđivati opštim uslovima osiguranja. Zakon o obligacionim odnosima propisuje da je osiguravač dužan da naknadi štetu nastalu slučajem ili krivicom, međutim nije dužan da naknadi štetu koja je prouzrokovana namjerom.

Postojanje obaveze osiguranja od odgovornosti javnih beležnika svakako olakšava oštećenima da naknade pretrpljenu štetu. Međutim, pravna sigurnost bi

²⁰ Zakon o šumama, *Sl. glasnik RS*, br. 30/2010, 93/2012, 89/2015 i 95/2018 - dr. zakon.

²¹ Zakon o javnom beležništvu, član 59.

²² M. Simeonides Todorović, 22.

bila podignuta na još viši nivo ukoliko bi bilo stipulisano da osiguravač naknađuje čak i namjerno prouzrokovanu štetu, uz mogućnost posebnog regresa ka štetniku.

4. Zaključak

Pravni sistem je prilično dobro prilagođen institutu javnih beležnika. Zakonodavac se opredijelio za neka dosta dobra rješenja kao što je podjela disciplinskih prekršaja na lakše povrede i disciplinske prestupe. Još jedno odlično rješenje zakonodavca odnosi se na obavezu osiguranja od odgovornosti javnih beležnika, čime se oštećenima olakšava proces naknade štete. Poučavanje stranaka o smislu i poslasticama pravnog posla koji zaključuju je takođe odlično rješenje budući da se stranke tako sa sigurnošću upoznaju sa obavezama koje im možda i nisu poznate (obaveze koje proističu iz prava preče kupovine, na primer).

Sa druge strane, prostora za poboljšanje i dalje ima. Tako privremeno udaljenje javnog beležnika nije uređeno na najsrećniji način. Osim što je samo rješenje nepravično, ono se kosi i sa osnovnim ljudskim pravima, te bi u tom smislu bilo dobro prihvatiti rješenje kao u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine.

Još jedna izmjena koja bi pomogla u podizanju pravne sigurnosti odnosi se na naknadu štete iz obaveznog osiguranja od odgovornosti, a koja je pričinjena namjerno. Naravno, bilo bi nužno stipulisati i pravo posebnog regresa za takvu štetu kako navedena izmjena ne bi bila nepravedna prema osiguravaču.

* * *

PROFESSIONAL LIABILITY OF PUBLIC NOTARIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The paper deals with the notion of professional responsibility of notaries in the legal system of the Republic of Serbia. The legal system recognizes criminal liability, misdemeanor liability, disciplinary liability and civil liability. The author calls all these types of liabilities the professional liability of notaries. The paper points out the good solutions of the legislator, but also the omissions, which especially refer to the issue of compulsory insurance and the presumption of innocence in the case of criminal proceedings. The author especially points to a good solution regarding the division of disciplinary offenses into minor violations of duty and disciplinary offenses as well as the obligation to teach the parties about the consequences of the legal transactions they conclude.

Keywords: public notary, professional liability, insurance.

II

NAKNADA ŠTETE

Ilija Zindović*

ODSTUPANJE OD NAČELA NEPREKORAČENJA TUŽBENOG ZAHTEVA I NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE

Apstrakt

U radu se analizira mogućnost naknade nematerijalne štete i u slučaju nepostojanja zahteva. Načelo da bez zahteva nema ni odluke za naknadu štete može da ima i izuzetak. Slična situacija može da postoji i u slučaju kada visina nematerijalne štete nije po visini opredeljena.

Ključne reči: *nematerijalna šteta, zahtev, naknada.*

1. Uvod

Načelo odlučivanja suda u granicama postavljenog tužbenog zahteva je institut procesnog prava. Pravna regulativa je povredu tog načela propisivala kao bitnu povredu postupka ali na koju sud ne pazi, u ožalbenom postupku, po službenoj dužnosti izuzev ako stranka u žalbi nije ukazivala na to. Znači, da je toj povredi bio dat značaj relativno bitne povrede postupka koja može dovesti do ukidanja prvostepene odluke.¹

Novi Zakon o parničnom postupku² povredu tog načela i dalje na isti način reguliše jer u čl. 386 i st. 4 ZPP, propisuje da „na prekoračenje tužbenog zahteva sud pazi samo na zahtev stranke“. Iz ovakve formulacije jasno proizilazi da je povreda načela neprekoračenja tužbenog zahteva na graničnoj liniji relativno bitne povrede i apsolutno bitne povrede procesnog prava a sve u zavisnosti od reagovanja parnične stranke. Ako stranka istakne tu povredu u žalbi, onda je sud dužan da negativne posledice takve povrede otkloni. Ako parnična stranka u žalbi ne ukaže na prekoračenje tužbenog zahteva, sud po službenoj dužnosti neće reagovati i donetu sudsku odluku neće menjati.

U vezi poštovanja ovog načela a vezano za naknadu nematerijalne štete otvara se niz dodatnih pitanja, a na koja neka od njih, imajući u vidu formulaciju

* Doktor pravnih nauka, sudija Vrhovnog kasacionog suda. e-mail: zindovic.ina@mts.rs

¹ Čl. 372, st. 3 i čl. 379, st. 1 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04 i 111/09 - ZPP.

² Čl. 386, st. 4 ZPP.

zakonskih normi, nema eksplicitnog odgovora. Ti odgovori se mogu dobiti putem analogije i širim tumačenjem postojećih zakonskih normi:

2. Nepotpunost tužbenog zahteva i (ne)mogućnost odbačaja tužbe u slučaju naknade nematerijalne štete

Pravilo je da podnesci upućeni sudu treba da budu razumljivi i potpuni. To propisuje i čl. 98 ZPP-a. Razlog toga je što sud ne može postupati po nerazumljivom i nepotpunom podnesku u cilju poštovanja tog pravila. Članom 101. stav 1. ZPP propisano je da: „ako je podnesak nerazumljiv ili nepotpun (čl. 98 st. 3), sud će stranci koja nema punomoćnika da vrati podnesak radi ispravke, osim ako zakonom nije drukčije propisano.

Međutim, u prilog citiranog člana ova mogućnost može biti i eliminisana jer je predviđeno da: „ako je podnesak koji je u ime stranke podneo punomoćnik, odnosno javni pravobranilac ili javni tužilac nerazumljiv ili nepotpun, sud će ga odbaciti“. Doduše zakon ne daje nikakve okvirne parametre nerazumljivosti i nepotpunosti u oceni podneska što znači da sud u toj oceni ima potpunu diskreciju, a time i ocenu da li će podnesak odbaciti ili ne.

U vezi napred izloženog, postavlja se pitanje: da li u slučaju isticanja zahteva da se tužiocu naknadi nematerijalna šteta, bez opredeljivanja visine štete i bez označavanja posebnih modaliteta nematerijalne štete, tužba može smatrati neurednom? Da li takvu tužbu, a koju nije pisao advokat, treba vratiti tužiocu sa nalogom za uređenje, odnosno da li takvu tužbu koja je napisana od stručnog lica – advokata, sud može odbaciti kao neurednu?

Razloga ima i za i protiv. Posmatrano sa formalno-pravnog aspekta, ako se uzme da je takva tužba uredna i da sud može opredeliti visinu i naknadu nematerijalne štete po modalitetima i ako je takvu tužbu pisalo stručno lice – advokat, u prilog kritike takvog shvatanja može se istaći prigovor da se sud stavlja u ulogu tužioca ili bar u izvesnoj meri naginje ka tužilačkoj strani, što se može smatrati nedopuštenim. Nasuprot tome, ako se zauzme stav da se tužiocu mora naložiti uređenje tužbe, odnosno da tužbu treba odbaciti kao neurednu (ako je tužbu pisalo stručno lice), da li se time, iako je očigledno da je tužbeni zahtev osnovan,³ narušava fundamentalno načelo prava, a to je načelo pravičnosti. Da li se na takav način ograničava fleksibilnost suda i objektivno razmatranje onoga što bi bilo pošteno i razumno u svim okolnostima slučaja.

Smatramo da je drugo shvatanje pravilnije. Dodatni razlozi u tom smislu ogledaju se i u sledećem:

Prvo, opredeljivanje nematerijalne štete, obzirom na njenu specifičnost kako u pogledu težine povrede, okolnosti slučaja, neophodnosti određenog

³ Npr. priložena je presuda krivičnog suda kojom je tuženi osuđen zbog nanošenja telesne povrede tužiocu.

veštačenja u nekim slučajevima, nepredvidivost ponašanja suprotne strane, poseban je otežavajući faktor kako u pogledu opredeljivanja visine naknade tako i njenih modaliteta.

Drugo i da je zahtev precizno opredeljen, diskrecija suda „u razumnim granicama“ uz mogućnost probijanja ustaljene sudske prakse u cilju pravičnog zadovoljenja, opravdano potire neophodnost preciznog opredeljenja tužbenog zahteva u takvim slučajevima.

Treće, sud odluku donosi uz ocenu svih izvedenih dokaza (čl. 8 ZPP), pa se ne bi moglo smatrati da bi opredeljivanje nematerijalne štete po modalitetima, od suda moglo smatrati pristrasnim i neobjektivnim ponašanjem.

Četvrto, takvo ponašanje suda, obzirom da je želja za naknadom štete izražena, u cilju je realizacije načela pravičnosti, kao osnovnog pravnog načela. To načelo je u sferi materijalnog prava ali služi i realizaciji proceduralnih aspekata pravnih normi.

3. Nepostojanje izričitog zahteva za štetu i njeno dosuđivanje u svetlu realizacije načela pravičnog zadovoljenja

U prethodnom delu razmatrana je situacija kada postoji zahtev za naknadu nematerijalne štete, kada je isti neuredan i nejasan. Međutim, nematerijalna šteta je najsuptilnija kategorija oštetnog prava.⁴ Njeni modaliteti se stalno proširuju. U vezi sa tim sudska praksa je otvorila još dublju problematiku određenih pitanja iz ove oblasti.

Pravilo je da u slučaju nepostojanja zahteva za štetu o istome ne može ni biti odlučivano u sudskom postupku. Ali, tužba kao pravni akt u sebi može sadržati više zahteva ili i samo zahtev za utvrđivanje povrede određenog prava, a iz utvrđenja povrede istog može proisteći pravo na naknadu nematerijalne štete. Ako su oba zahteva sadržana u tužbi, onda se o istima može i odlučivati jer se sud kreće u granicama postavljenih zahteva.

U međunarodnom pravu ovo načelo je priznato pod nazivom *ne ultra petita*, što označava da je sud prilikom meritornog odlučivanja ograničen postavljenim zahtevima stranaka, te s toga nije u poziciji da odlučuje o onim „delovima“ ili „aspektima spora“, čije razmatranje nije nužno za donošenje odluke o postavljenim zahtevima.⁵ Ovo načelo se praktikuje ne samo kod sudovanja nacionalnih sudova već i međunarodnih sudskih i kvazi sudskih (arbitraža) tela uključujući Međunarodni sud pravde. Takvu praksu sprovodio je Evropski sud

⁴ U socijalističkim zemljama određeni period posle II Svetskog rata taj vid naknade štete bio je zabranjen, što se pravdalo socijalističkom solidarnošću.

⁵ A.V. Gajić, „Privremeni pravni režim Pendente life“, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU* (ur. S. Taboroši), Beograd 2007, 319.

za ljudska prava pri Savetu Evrope, a sve u skladu i sa Poslovníkom ESLJP,⁶ i praktičnog Uputstva koje se odnosi na obaveznost isticanja zahteva za pravično zadovoljenje.

Međutim, u određenim slučajevima sud je koristeći se pravilom fleksibilnosti odstupio od ustaljene prakse. Primer te situacije izražen je u slučaju Nagmetov protiv Rusije⁷ ESLJP je odstupio od ovog pravila sa konstatacijom da primena načela *ne ultra petita*, ne spečava sud da primeni izvestan „stepen fleksibilnosti“ prilikom naknade nematerijalne štete. Pravni osnov za ovakvo postupanje ESLJP nalazi u odredbi čl. 41 Evropske Konvencije za zaštitu osnovnih prava i sloboda u kome je propisano da: „kad sud utvrdi prekršaj Konvencije ili Protokola uz nju, a unutrašnje pravo visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo delimičnu odštetu, sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci“.

Sušćina slućaja ogleđa se u činjenicama da je sin podnosioca predstavke dana 25. aprila 2006. godine učestvovao u javnom protestu protiv tzv. zvanićnika zbog korupcije. Policija je rasterala demonstrante upotrebom oružja. Sin podnosioca predstavke je umro od povreda zadobijenih od dimne bombe. Istoga dana otvorena je istraga o tom ubistvu. U februaru 2007. godine, istraga je obustavljena. U decembru 2009. godine istraga je nastavljena ali je 16. januara 2010. godine obustavljena. U februaru 2011. godine u tužilaštvu je utvrđeno da je odluka od 16. januara 2010. godine bila nezakonita i ponovo je naloženo da se istraga nastavi. U odluci kojom je naloženo da se istraga nastavi, istaknuto je da nisu preduzete nikakve mere da se utvrde okolnosti zloćina (prikupljanje dokaza ili identifikacija puške iz koje je ispaljena dimna bomba, koja je uzrokovala smrt žrtve). Međutim, istraga nije dala rezultate pa je u aprilu 2011. godine ponovo obustavljena. Pozivajući se na čl. 2 Konvencije (pravo na život), podnosilac predstavke se žalio da je njegov sin umro u okolnostima koje ukazuju na nezakonitu i prekomernu upotrebu sile i da nije sprovedena efikasna istraga.

U svojoj presudi od 5. novembra 2015. godine Sud je jednoglasno zaključio da je došlo do kršenja čl. 2 Konvencije, kako u pogledu njenih materijalnih tako i proceduralnih aspekata. Konstatovao je da je Ruska vlada priznala da je sin podnosioca predstavke ubijen i da je to u suprotnosti sa čl. 2 Konvencije, a zaključeno je da je bacanje dimne bombe direktno na osobu suprotno i samom Ruskom zakonu. Sud se složio sa tom analizom ruskih vlasti, ali je i našao da vlasti nisu preduzele sve razumne i izvršne mere za identifikaciju poćinioca i da rasvetli sve okolnosti slućaja.

Veće suda je otišlo i korak dalje. Odlučeno je da podnosiocu predstavke dodeli pravićnu kompenzaciju na ime naknade nematerijalne štete iako zahtev

⁶ Pravilo 60, par. 1 i 2.

⁷ Predstavka br. 35589/08- presuda Velikog veća ESLJP od 30. marta 2017. Par. 69; 71.

za pravičnom naknadom nije bio podnesen. U obrazloženju svoje odluke sud navodi postojanje izuzetnih okolnosti koje se ogledaju u: posebnoj težini povrede Konvencije, odsustva bilo kakve kompenzacije na domaćem nivou, neizvesnosti u pogledu mogućnosti za uspeh u dobijanju odgovarajuće naknade u razumnom roku nakon presude suda. Sud je smatrao da je prikladna naknada podnosiocu predstavke 50.000 evra na ime nematerijalne štete.

U opravdanju donošenja ovakve odluke sud je istakao sledeću pravnu argumentaciju: „nije posebno definisano članom 41. Konvencije“ (kao ni prethodnim članom 50. Konvencije) da je postojanje „zahteva“ preduslov da bi sud mogao da postupa u skladu sa svojim diskrecionim ovlašćenjem. Pravilo 60. Pravidnika o postupanju suda propisuje uslove u vezi sa pravičnom naknadom koji uključuje uslov da se podnese „zahtev“ u propisanom vremenskom periodu. Iz pravila 60. stav 3. proizlazi da sud može doneti negativnu odluku kada podnosilac (ili njegov punomoćnik) nije postupao u skladu sa ovim uslovima. To znači da po pravilu sud neće po sopstvenoj inicijativi razmatrati da li je podnosiocu na drugi način naneta šteta.

Međutim, u određenim slučajevima shodno članu 41. Konvencije, sud može uzimajući u obzir apsolutni i fundamentalni karakter prava koje je povređeno (videti čl. 2. i 3. Konvencije) odstupiti od načela *ne ultra petitem* („ne preko zahteva“ ili „ne izvan obuhvata spora“) odstupiti od ovog pravila. To ne sprečava sud da primeni određeni stepen fleksibilnosti, suštinski u pogledu nematerijalne štete. Ovo iz razloga što je već primenjeno u ranijim slučajevima: *Funkim protiv Rusije* n° 74568/12, *Sürer protiv Turske* n° 20184/06, *Mihu protiv Rumunije* n° 36903/13, da kada je zahtev za pravičnu naknadu štete niži od onoga što bi sud dosudio u uporedivim okolnostima sud visinu može odrediti shodno uporedivim okolnostima. Ovo i iz razloga što je vodeći princip suda princip jednakosti. Priroda nematerijalne štete nije pogodna za proces izračunavanja ili precizne kvantifikacije.

U slučaju *Nagmetov protiv Rusije*, podnosilac aplikacije nije podneto zahtev za naknadu nematerijalne štete ali je izrazio želju za takvom naknadom. Imajući u vidu značaj povređenog prava, utvrđivanje povrede ne predstavlja dovoljnu pravičnu naknadu pa je stoga i pravično da se na ime naknade nematerijalne štete podnosiocu predstavke dosudi 50.000 evra.

Na zahtev Vlade Rusije, predmet je podnesen na razmatranje Velikom Veću. Veliko Veće je potvrdilo nalaz i shvatanje „malog“ veća da je u konkretnoj situaciji povređen čl. 2 Konvencije, kako sa njegovog materijalnog tako i procesnog aspekta. U vezi dosuđene pravične nematerijalne štete Veliko Veće nalazi da ta naknada vodi načelu pravičnosti iako zahtev za pravično zadovoljenje nije bio istaknut. U prilog tome, Veće navodi da je podnosilac predstavke naveo da želi dobiti novčanu naknadu zbog povrede Konvencije, uključujući čl. 2. No, iako naznaka želje za mogućom novčanom kompenzacijom ne može se smatrati zahtevom u smislu pravila 60 Pravidnika

u vezi sa pravilom 71 (i), apsolutni karakter povređenog prava uz primenu čl. 41 Konvencije opravdava dosuđivanje pravične naknade jer se radi o apsolutnom karakteru povređenog prava koje je od fundamentalne važnosti u sferi osnovnih prava.

Veće je dalje zaključilo da nacionalni pravni sistem Rusije ne pruža izvesnost o dostupnosti pravnih sredstava kojima bi moglo da se ostvari efikasno obeštećenje nakon presude ESLJP zbog povrede člana 2 Konvencije.⁸ Šta više, činjenica da je preko 9 godina prošlo od nastupanja smrti, a da je istraga i dalje u prekidu svakako bi negativno uticala na naknadno utvrđivanje manjkavosti istrage.⁹

4. Naknada nematerijalne štete u slučaju neopredeljene visine i njenih modaliteta

Činjenica je da visina nematerijalne štete nije podobna za njeno izračunavanje. U vezi sa tim nameće se pitanje da li sud može postupati po tužbi ako zahtevom nije određena visina nematerijalne štete niti su opremljeni njeni modaliteti (strah, fizički bol, duševni bol zbog estetske naruženosti i sl). Formalno posmatrano takav zahtev je neuređan. Ovo iz razloga što se najpre mora utvrditi stvarna nadležnost suda (preko 40.000 evra nadležan je viši sud). Uz to, ako je punomoćnik tužioca advokat logično je da isti treba da prema okolnostima slučaja opredeli visinu zahteva i modalitete naknade jer je upoznat sa praksom suda. Ako stranku ne zastupa advokat situacija je osetno ozbiljnija.

U takvim slučajevima, koristiće se načelom fleksibilnosti, sud može ući u postupak vodeći računa o tome šta je pravično, pošteno i razumno. Kvantifikacija naknade će zavistiti upravo od konkretnog slučaja i primene ovih načela. Ovakav stav izražen je u više odluka suda Saveta Evrope (primera radi predstavke: *Varnava i drugi protiv Turske* n° 16069/90, *Al – Jeda protiv Ujedinjenog kraljevstva* n° 27021/08 i dr.

5. Zaključak

Iz napred iznetog proizlazi da sud u određenim slučajevima može odlučivati o naknadi nematerijalne štete i pored nepostojanja zahteva podnosioca predstavke. Ovo iz razloga što se i naznaka želje za mogućom novčanom kompenzacijom može upodobiti zahtevu. Sud je to uzeo u obzir kao važnu činjenicu i dosudio naknadu nematerijalne štete uz pomoć šireg tumačenja sadržine čl. 41 EKLJP, dajući mu apsolutni karakter.

⁸ *Nagmetov v. Russia*, predstavka br – 35589/08, presuda ESLJP od 05. novembra 2015, 15.

⁹ *Ibid.*

Kriterijumi koje sud navodi u prilog svoje odluke mogli bi se smestiti u četiri ključna i to: prvi tzv. „kriterijum koji se odnosi na postojanja nesumnjivih naznaka na strani podnosioca predstavke da postoji želja za obeštećenjem zbog nastale povrede EKLjP“. Drugi kriterijum odnosi se na težinu povrede. Treći kriterijum vezuje se za uticaj povrede a četvrti na očiglednu nemogućnost ostvarivanja odgovarajuće odštete na nacionalnom nivou nakon donošenja presude ESLjP kojom se utvrđuje povreda.

Prema čl. 18 st. 3 Ustava Srbije, propisano je da odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija, koje nadziru njihovo sprovođenje.¹⁰

U kontekstu primene ove odredbe i stava iznetog u naznačenoj presudi ESLjP javljaju se dve ključne dileme. Prva se ogleda u razmatranju ideje da li jedna presuda ESLjP može da stvori međunarodni standard u ostvarenju i realizaciji prava, obzirom da čl. 16 st. 2 Ustava predviđa da „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju“. Druga dilema, ogleda se u razmišljanjima, da li takvo rezonovanje treba da bude prihvaćeno i u praksi domaćih sudova i da li fleksibilnost sudova u postupcima može ići dotle da i u slučaju ako nematerijalna šteta nije opredeljena po visini i modalitetima to sud opredeli vodeći računa što je pošteno, pravilno i razumno.

Imajući u vidu mogućnost direktne primene odredbi Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (pa i čl. 41) odgovor bi bio potvrđan. S druge strane, dosuđivanje naknade nematerijalne štete i pored nepostojanja zahteva zasigurno može ozbiljno ugroziti pravnu sigurnost koji pored načela pravičnosti čini temelj pravnog sistema.

U pogledu izbora stiče se utisak da je za sada prihvatljiviji stav da sud ne uzima u obzir razmatranje naknade nematerijalne štete bez postojanja izričitog zahteva u tom smislu. Dodatni razlog u prilog toga je i činjenica da se tužba suda pred nacionalnim zakonodavstvima može podneti u kontekstu dosta fleksibilnih uslova dok se predstavka pred Evropskim sudom za ljudska prava može podneti kada je ostvarenje prava pred nacionalnim sudovima bilo onemogućeno.

¹⁰ Ustav RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

* * *

**DEVIATION FROM THE PRINCIPLE OF NON-EXCEEDING THE CLAIM
AND COMPENSATION OF NON-MATERIAL DAMAGE**

Summary

In processing the problem of deviation from the principle of non-exceeding the claim in compensation for non-material damage, two situations are observed. One is when there is no demand at all, but only an expressed desire for such compensation. The second is when the request exists but is not defined in terms of amount and modalities. The European Court of Human Rights, with a flexible interpretation of Article 41 of the Convention and guided by the principle of fairness, in the case of *Nadmetov v. Russia* deviated from the principle of *ne ultra petitum* and awarded non-material damage, defined in terms of height and modalities and that this does not violate the principle of *ne ultra petitum*.

Keywords: non-material damage, claim, compensation.

Nataša Mrvić Petrović*
Zdravko Petrović**

*Posvećeno uspomeni na
sudiju Ljubomira Pljakića*

PRAVO NA NAKNADU ŠTETE ZBOG NERAZUMNOG TRAJANJA UPRAVNOG POSTUPKA

Apstrakt

Predugo trajanje upravnog postupka može biti uzrok štete za učesnike postupka i subjekte čiji interesi zavise od ishoda postupka. U radu se analizira trajanje upravnog postupka sa aspekta prava na pravično suđenje, kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava. U skladu sa idealom dobre uprave državni službenik ima obavezu da ne odugovlači postupak, inače postupa nepravilno i nezakonito. U domaćem pravu država je u obavezi da materijalno odgovara za štetu koju nezakonitim i nepravilnim radom državni organi prouzrokuju drugim licima u vezi sa službom ili u službi. Autori primerima iz prakse pokazuju kada predugo trajanje postupka može da se izjednači sa štetnom radnjom i pod kojim uslovima će država odgovarati za štetu koju građaninu pričinu državni službenik. Predlažu promene upravnog zakonodavstva kojima bi se moglo uticati na skraćivanje postupka i postigla efikasnost upravnog spora.

Ključne reči: *odgovornost, šteta, država, pravo na pravično suđenje, predug upravni postupak.*

1. Uvod

Princip pravne države (*Rechtstaat*) pretpostavlja uspostavljanje odgovornosti države, koja preko vlastitih organa vrši vlast (javnu moć, *imperium*), pri čemu sama vlast podrazumeva državnu nadmoć nad pojedincem, uz preteće mogućnosti korišćenja sile ili pojave zloupotrebe vlasti (a time i

* Doktor pravnih nauka, naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, Srbija, e-mail: n.mrvic@iup.rs

** Doktor pravnih nauka redovni profesor, advokat u Beogradu, e-mail: petroviczdravko@sbb.rs

mogućeg nastanka štete).¹ Po prirodi stvari, reč je o materijalnoj (imovinskoj) odgovornosti za nezakonite ili nepravilne postupke državnih organa ili javnih organizacija kojima prouzrokuju štetu drugim pravnim subjektima. Odgovornost države se proteže na ukupnu državnu delatnost, tj. na sve tri grane vlasti – zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Ipak, kada se pominje odgovornost države za vanugovorno prčinjenu štetu uobičajeno se pod time podrazumeva odgovornost za upravne delatnosti.² Razlog je taj **što je upravna delatnost pretežno** autoritarnog karaktera, dok su poslovi koje uprava obavlja brojni, svakodnevni i tiču se različitih oblasti društvenog života. U radu se takođe ograničavamo na odgovornost države za rad organa uprave.

Iz aspekta građana po svom značaju izdvajaju se upravni postupci u kojima subjekti koji vrše upravnu delatnost (vršioци uprave) odlučuju o njihovim pravima i interesima, donoseći upravna rešenja. Radi zaštite javnog interesa, a naročito radi zaštite prava građana i drugih subjekata, kroz mehanizme upravnog spora sprovodi se neposredna sudska kontrola uprave. Posredno, parnični ili krivični postupak takođe su načini na koji se postiže sudska kontrola uprave.³ Preplitanje neposredne i posredne sudske kontrole uprave može da ima nepovoljnih posledica po ostvarivanje prava građana na naknadu štete, koliko god da se u pravnoj regulativi na elementu zaštite prava građana naročito insistira. Iz tog razloga, izabrana je tema rada kojom nastojimo odgovoriti na pitanja da li je moguće da predugo (u suštini nedelotvorno, tj. neefikasno) vođenje upravnog postupka bude uzrok štete i da li bi moglo da se podvede pod grešku ili nezakoniti rad uprave ili povredu ljudskog prava kao osnove pravne odgovornosti države.

2. Trajanje upravnog postupka sa aspekta prava na pravično suđenje

U članu 6, stav 1 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda⁴ (dalje EK) koji se odnosi na pravo na pravično suđenje propisano je: „Prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravično suđenje i

¹ N. Mrvić-Petrović, N. Mihajlović, Z. Petrović, *Vanugovorna odgovornost države za štetu prčinjenu njenim građanima*, Beograd 2003, 84.

² C. D. Bezzola, *Der Einfluss des privaten auf die Entwicklung des öffentlichen Schadenersatzrechtes in der Schweiz, in Deutschland und in Frankreich*, Wintherthur 1960, 57.

³ Jasno je da je preispitivanje zakonitosti opštih i pojedinačnih upravnih akata moguće je i u postupku pred Ustavnim sudom, ali takvi postupci imaju posebni karakter u odnosu na upravno-sudsku i redovnu sudsku zaštitu. Iz tog razloga, uprkos značaja tog postupka, nisu u ovom radu razmatrani.

⁴ *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 (ispravka), *Službeni glasnik R. Srbije - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010, 10/2015.

javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom.“ Jezičkim tumačenjem navedene odredbe može se steći utisak da su samo sudovi u obavezi da vode postupke u razumnom roku. U praksi ESLJP nema takvog ograničenja. Od prvih predsedana do danas dosledno se prihvata da izraz „građansko pravo i obaveza“ valja tumačiti shodno EK, kao autonomni pojam, bez pozivanja (isključivo) na pravo tužene države, pri čemu važi stanovište da se čl. 6, st. 1 EK primenjuje bez obzira na status stranaka, vrstu pravnih propisa (građanski, privredni, upravni ili drugi) kojima je sporni odnos regulisan i/ili na karakter ovlašćenja nadležnog tela (redovni sud, organ uprave itd.) koji o sporu odlučuju, pod uslovom da je ishod tog postupka od odlučujućeg značaja za „privatna prava i obaveze“.⁵ Jedini uslov jeste da se u datoj situaciji, procenjeno prema unutrašnjem pravu, pojavio suštinski, stvaran i ozbiljan „spor“ o pravu (ne isključivo o postojanju prava, nego može biti vezano za obim ili način na koji se pravo ostvaruje), a sve pod uslovom da je ishod tog postupka neposredno odlučujući za pravo o kome je reč.⁶ U smislu člana 6, st. 1 EK pod „pravom“ se smatra materijalno pravo priznato u domaćem zakonodavstvu koje se primenjuje kroz procesna pravila ili izvršenje, pri čemu ESLJP mora uzeti u obzir formulaciju merodavnih pravnih odredbi na način na koji te odredbe tumače domaći sudovi (presuda iz slučaja *Nyland v. Finland*).⁷

Prema tome, ESLJP zauzima stav da se pravila iz stava 1. člana 6. Evropske konvencije o pravičnom suđenju primenjuju i na postupke pred organima uprave, s obzirom na to da se odluka da li je postupak trajao u razumnom roku može doneti tek kada se oceni ukupno trajanje spora, koji, moguće, nastaje već tokom upravnog postupka, a ne odnosi se samo na upravni spor. ESLJP svakodnevno odlučuje po osnovu čl. 6, st. 1 u slučajevima u kojima se spor o pravu javio povodom postupaka organa uprave različitih zemalja na izdavanju dozvola, licenci, saglasnosti i slično, značajnih za zasnivanje radnog odnosa ili registraciju privredne delatnosti, punovažnost ugovora ili povodom njihovih odluka zaadiru u pravo svojine na nepokretnosti (eksproprijacija, izdavanje građevinskih dozvola). Navedeno se odnosi i na situacije kada su nadležni državni organi,

⁵ *König v. Germany* (predstavka 6232/73, presuda od 28. juna 1978, par. 88-89); *Ringeisen v. Austria* (predstavka 24614/65, presuda od 16. jula 1971, par. 94), dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁶ Brojne presude na kojima se bazira pomenuti standard videti u: Evropski sud za ljudska prava, *Vodič za član 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava: pravo na pravično suđenje (građanskopravni aspekt)*, verzija od 31. avgusta 2019, 7-8, dostupno na <https://www.echr.coe.int> > Guide_Art_6_SER, datum pristupa 10. 5. 2022.

⁷ Predstavka 27110/95, presuda od 29. juna 1999, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-21999%22%5D%7D>. U obrazloženju navedene presude koja se odnosila na slučaj u kome je podnosilac tražio utvrđenje prava po osnovu biološkog očinstva sud je podsetio da se čl. 6, st. 1 EK primenjuje na sporove (osporavanja) u vezi sa pravima za koja se može reći, bar prema argumentima, da su priznata domaćim pravom.

najčešće uprave, ovlašćeni da odlučuju po slobodnoj oceni (potpuno diskreciono). Pri tome mora biti ispunjen uslov da se jednom data povlastica ili privilegija po osnovu diskrecione odluke može smatrati stečenim subjektivnim pravom i da diskreciona ocena organa uprave kojom je subjektu data izvesna prednost može da podleže sudskom preispitivanju.⁸

S obzirom na predmet rada, ilustrativan je slučaj *Štokalo i drugi protiv Hrvatske*.⁹ Predstavku je podnelo pet državljana Hrvatske, naslednika ranijih vlasnika 1963. godine nacionalizovane zemljišne parcele na ostrvu Rabu. Oni su na osnovu Zakona o denacionalizaciji koji je donet sredinom 1997. godine pokrenuli upravni postupak pred nadležnim prvostepenim telom, tražeći da im se, na ime naknade za zemljište, dodele deonice preduzeća I., koje je u međuvremenu bilo izgrađeno na tom zemljištu, a potom i privatizovano, ili da im se zemljište vrati u svojinu. Delimičnim rešenjem dodeljene su im državne obveznice, s tim što je tačan iznos naknade trebalo naknadno utvrditi nakon donošenja merodavnih podzakonskih akata. Po donošenju i stupanju podzakonskog akta na snagu 2004. godine, podnosioci su se žalili na raniju odluku, tražeći povraćaj zemljišta. Kako Ministarstvo pravosuđa nije donelo odluku po žalbi u zakonskom roku, podnosioci su zbog „čutanja uprave“ podneli tužbu Upravnom sudu Hrvatske, a nakon toga i Ustavnom sudu Hrvatske, prigovorivši na dužinu upravnog postupka i zatraživši da Ustavni sud naloži Upravnom sudu da odluči o njihovoj tužbi u roku od tri meseca. Upravni sud u oktobru 2004. godine donosi presudu kojom nalaže Ministarstvu pravosuđa da u roku od 30 dana donese odluku o žalbi podnosilaca iz aprila 2003. godine. Ustavni sud u decembru 2004. godine odbacuje žalbu podnosilaca koja se odnosi na dužinu trajanja upravnog postupka, ističući da se ograničio na ispitivanje dužine postupka pred Upravnim sudom u razdoblju od septembra 2003. do

⁸ *Regner v. Czech Republik* [GC] (predstavka br. 35289/11, presuda od 26. novembra 2015, par. 99-105). Pomenutom podnosiocu predstavke na dužnosti pomoćnika zamenika ministra odbrane oduzeta je bezbednosna dozvola po odluci obaveštajno-bezbednosnih organa, posle čega je razrešen dužnosti u Ministarstvu odbrane. Onemogućen je da ospori opoziv u upravnom postupku, jer mu nisu saopšteni razlozi zbog čega mu je uskraćena dozvola, tj. zašto je označen kao visoko rizičan po nacionalnu bezbednost. U postupku pred ESLJP pokušao je da ospori pravičnost kasnijeg sudskog preispitivanja odluke kojom mu je uskraćena dozvola, zato što mu je i u sudskom postupku iz razloga zaštite najviših državnih interesa i bezbednosti zemlje bilo uskraćeno da se upozna sa činjenicama koje su bile razlog za oduzimanje bezbednosne dozvole. Kontraverzna odluka, kojom je utvrđeno da nije bilo povrede čl. 6, st. 1 EK u postupcima koji su se vodili pred češkim sudovima, doneta je uz izdvajanje mišljenja pojedinih sudija Velikog veća ESLJP (dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177299>).

⁹ *Stokalo and Others v. Croatia*, predstavka br. 15233/05, presuda od 16. oktobra 2008., dostupno na: https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_15233-05, datum pristupa 10. 5. 2022.

junu 2004. godine, kad je podnesena ustavna tužba, te da se taj postupak koji je trajao samo devet meseci ne bi mogao smatrati preduгим.

Kako Ministarstvo nije postupilo prema presudi Upravnog suda iz 2004. godine i u naznačenom roku nije donelo odluku, podnosioci predstavke su se opet u decembru 2004. godine obratili Ministarstvu, a potom i Upravnom sudu, zahtevajući, pošto se ćutanje administracije nastavilo, da odluči u sporu pune jurisdikcije i svojom odlukom zameni odluku Ministarstva. U martu 2005. godine Upravni sud je odlučio da je zahtev podnosilaca predstavke nedopušten kao preuranjen. Utvrdio je da je sudska presuda od 27. oktobra 2004. godine bila dostavljena Ministarstvu tek 9. novembra 2004. godine, te je stoga zahtev podnosilaca predstavke od 6. decembra 2004. godine kojim se požuruje Ministarstvo da odluči o njihovoj žalbi prerano podnet. Dana 15. februara 2006. godine Ministarstvo pravosuđa preinačilo je prvostepenu odluku od 24. marta 2003. godine i odbilo zahtev podnosilaca predstavke iz 1997. godine u celosti. Podnosioci predstavke su tada podneli tužbu Upravnom sudu pobijajući tu odluku. Ovaj postupak je bio još uvek u toku, u trenutku donošenja presude pred ESLJP. Treba napomenuti da su podnosioci predstavke pokušali da zaštite svoja prava podnoseći vanredni pravni lek u upravnom postupku, ali je taj njihov zahtev u dva navrata odbijen, iako je u međuvremenu jednom, u septembru 2002. godine Upravni sud presudio u korist podnosilaca predstavke i ukinuo odluku Fonda za privatizaciju.

Radi uspostavljanja vlastite nadležnosti, ESLJP je prvo po sopstvenoj inicijativi ispitao da li je član 6. EK uopšte primenjiv na navedeni postupak. Ustanovio je da je dopušteno ispitati dužinu trajanja postupka u jednom njegovom delu (od 2003. do podnošenja predstavke pred ESLJP), budući da je tada nastao „spor o pravu“, koji je trebalo da bude blagovremeno razrešen u sudskom postupku, prema domaćem pravu (par. 48, 49 u vezi sa par. 44 i 45 obrazloženja navedene odluke). Ispitujući navode iz predstavke, imajući u vidu u praksi ranije prihvaćene standarde procesne proporcionalnosti (složenost predmeta, ponašanje podnosioca predstavke i vlade, značaj angažovanih interesa podnosilaca predstavke u tom sporu), kao i okolnost da hrvatska vlada nije istakla nijedan argument u prilog drugačijeg zaključka u ovom predmetu, ESLJP je doneo odluku kojom je Hrvatsku oglasio odgovornom zbog kršenja čl. 6, st. 1 EK (par. 50-52 obrazloženja navedene presude).

U pomenutoj presudi ESLJP se pozvao na dodatne kriterijume, ustanovljene ranijim presedanima, na osnovu kojih se procenjuje da li je u konkretnom slučaju postupak neprimereno dugo trajao. Razlog je taj što je razumno trajanje upravnog postupka redovno relativno, budući da zavisi od ukupnog trajanja procedure, višestepenosti postupka, složenosti spora, ponašanja podnosioca predstavke, ponašanja nadležnih vlasti, kao i od značaja istaknutog

prava za podnosioca, npr. u slučaju suspenzije radnika sa posla.¹⁰ Ponašanje stranke može da ima velikog uticaja na trajanje upravnog postupka, pa su zato u praksi ESLJP prihvaćeni standardi da je podnosilac predstavke dužan da pokaže marljivost u vršenju procesnih radnji na koje je ovlašćen, da iskoristi procesne mogućnosti koje mu pruža domaći zakon da utiče na skraćivanje postupka ili da iskoristi pravna sredstva koja mu stoje na raspolaganju radi sudskog preispitivanja odluke upravnog organa u upravnom sporu.

Kako se mehanizam zaštite ljudskih prava u postupku pred ESLJP „aktivira“ tek pošto su iscrpljene sve mogućnosti za sudsku zaštitu u unutrašnjem poretku i ESLJP konstatuje u presudama da je reč o brojnim sličnim primerima vezanim za rad organa uprave, kada podnosioci predstavki pokušavaju da iskoriste poslednju mogućnost nadnacionalne sudske zaštite svojih prava u situaciji kada je očigledno da postoje problemi u organizaciji i funkcionisanju državnih organa ili nedostatak delotvornog pravnog leka, kojim bi se pravovremeno sprečilo predugo trajanje postupka. Međutim, kada nedostaju uslovi da se zahtev pred ESLJP smatra dopuštenim iz procesnih razloga, oštećeni ne može postići zaštitu u postupku pred ESLJP. Takva mogućnost isključena je ako organi uprave imaju ovlašćenja potpune diskrecione ocene u pojedinačnom slučaju ili ako je prema domaćem pravu isključena zakonska mogućnost preispitivanja odluke organa uprave u upravnom sudskom ili nekom drugom sudskom postupku. Utoliko je značajnije na koji se način u domaćem pravu reguliše trajanje upravnog postupka i odgovornost za štetu izazvanu odugovlačenjem postupka, premda nadležne organe jednako obavezuju i ratifikovani međunarodni akti.

3. Razumno trajanje upravnog postupka i načelo dobre uprave

Prilikom obavljanja upravne delatnosti nastoje se zadovoljiti različite težnje: da se postupa zakonito, delotvorno, ekonomično, uz približavanje građanima, kako bi im se kvalitetno pružile usluge u skladu sa njihovim potrebama. U skladu sa idealom dobre uprave, u Evropskoj uniji se već primenjuju standardi koji obavezuju organe uprave da postupaju u razumnom roku. Navedeni standardi obavezuju i Srbiju koja, u nastojanju da stekne punopravno članstvo u EU, od 2016. godine intenzivnije reformiše javnu upravu

¹⁰ Na navedene kriterijume ukazano je u više odluka, na primer u slučajevima *Bottazii v. Italy*, par. 22; *Cocchiarella v. Italy* [GC] (predstavka 64886/01, presuda od 29. marta 2006, par. 68), *Frydlender v. France* [GC] (predstavka 30979/96, presuda od 27. juna 2000, par. 43). Slučajevi protiv Italije odnosili su se na zahteve za isplatu ratne (invalidske) penzije, odnosno naknade za tuđu pomoć, pri čemu je u svojim presudama ESLJP upozoravao da postoji sistemsko kršenje čl. 6, st. 1 EK u Italiji, dok se slučaj protiv Francuske ticao zaštite prava radnika koji je dobio otkaz.

prema zadatoj smernici. U Povelji EU o osnovnim pravima¹¹ u čl. 41 u kome je regulisano pravo na dobru upravu, u st. 1 predviđeno je pravo svakog lica da, u pogledu njegovih zahteva, organi, tela, kancelarije i agencije Unije postupaju nepristrasno, pošteno i u razumnom roku. Ako kršenjem navedenih obaveza organi ili službenici EU u obavljanju svojih dužnosti drugome prouzrokuju štetu, Unija je u obavezi da je nadoknadi, u skladu sa opštim načelima koja su zajednička pravima država članica (čl. 41, st. 3).

Takođe, Evropski ombudsman je 2001. godine doneo Evropski kodeks o dobrom ponašanju zaposlenih.¹² Odredbom čl. 17 Kodeksa službenik EU je obavezan da obezbedi da odluka o svakom zahtevu ili pritužbi instituciji bude doneta bez odlaganja, u razumnom roku, a, u svakom slučaju, najkasnije dva meseca od prijema zahteva, osim u slučaju kada složenost predmeta zahteva duži postupak, kada je službenik u obavezi da obavesti podnosioca o kašnjenju, a potom i o konačnoj odluci u najkraćim mogućim rokovima. Navedenim pravilima se obaveza postupanja u razumnom roku izjednačava sa poštovanjem profesionalne etike državnog službenika.¹³ Razlog su specifičnosti upravnog postupka, ako pod time shvatimo pravom regulisan način rada uprave pri rešavanju u upravnim stvarima.

U nemačkoj teoriji ističe se da je najvažnija karakteristika upravnog prava to što je reč o pravu „u akciji“ – normativni model upravnog postupka je takav da se procesna pravila shvataju kao neophodni delovi procesa tokom kojeg se stvara upravno pravo, te odredbe postupka nisu neki zavisani i irelevantan dodatak materijalnom upravnom pravu nego su direktno u funkciji njegovog nastanka.¹⁴ Rešavanje u upravnom postupku obično ima interdisciplinarni

¹¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2016/C 202/02, 7. decembar 2000, OJ C 326, 26. 10. 2012, p. 391-407, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

¹² EU – European Ombudsman, The European Code of Good Administrative Behaviour, 1. mart 2002, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, dostupno na: http://www.cvce.eu/obj/the_european_code_of_good_administrative_behaviour_6_september_2001-en1b633730-1555-4b88-ac05-b868ae5cc6ac.htm.

¹³ Posredno dolazi do izražaja u odredbama nacionalnog Kodeksa ponašanja državnih službenika (*Službeni glasnik R. Srbije*, br. 29/2008, 30/15, 20/2018, 42/2018, 80/2019, 32/2020) u čl. 3 (dužnost državnog službenika da doprinosi svojim ponašanjem poverenju javnosti u integritet, nepristrasnost i efikasnost organa) i 4, st. 1 (dužnost obavljanja dužnosti na zakoniti način, u okviru datog ovlašćenja, po pravilima struke i u skladu sa kodeksom).

¹⁴ R. Wahl, „Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag“, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension. Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Konstanz vom 6. Bis 9. Oktober 1982*, Berlin- Boston 2012, 153; F. Hufen, T. Siegel, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, Baden-Baden 2018, 55-56.

karakter, a poštovanje procesnih pravila, među kojima su i ona kojima se predviđaju rokovi za donošenje odluka u postupku. Poštovanje instruktivnih rokova je utoliko važnije ukoliko u određenoj upravnoj materiji nije predviđeno da odluke organa uprave podležu sudskom preispitivanju.

Postupak u kome se donosi upravni akt mora biti, shodno načelima, sproveden zakonito, brzo, sa ciljem da dovede do adekvatnog rezultata. Na tome se insistira zato što efektivno i efikasno preduzimanje upravnih radnji i donošenje upravnih akata nije samo sebi cilj, nego, po pravilu, od toga zavisi zaštita prava i interesa građana i drugih subjekata koji mogu biti oštećeni posledicama nezakonite ili nepravilne radnje ili odluke državnog organa.¹⁵ Tako je načelo delotvornosti i ekonomičnosti proklamovano u čl. 9 našeg Zakona o opštem upravnom postupku,¹⁶ a konkretizovano ostalim procesnim odredbama, među kojima je naročito važan čl. 145. u kome je predviđeno da je organ dužan da izda rešenje kada odlučuje o upravnoj stvari u postupku neposrednog odlučivanja najkasnije u roku od 30 dana od pokretanja postupka po zahtevu stranke ili po službenoj dužnosti, a u interesu stranke ili, kada se ne radi o neposrednom odlučivanju, najkasnije u roku od 60 dana od pokretanja postupka.

Pravno načelo efikasnosti upravnog postupka nema svoje samostalno normativno značenje, niti se jednostavno može poistovetiti sa brzinom, nego podrazumeva vreme potrebno za preduzimanje neophodnih i svrsishodnih mera.¹⁷ Ciljevi moraju da se ostvaruju povezano: zato uprava mora da postupa/ odlučuje zakonito i na temelju utvrđenog činjeničnog stanja, a istovremeno mora delovati na vreme, ekonomično i u odgovarajućem obimu.¹⁸ Zbog kompleksnosti i složenosti pojedinih upravnih stvari mogući su samo instruktivni rokovi za završetak upravnog postupka, pri čemu se redovno poštuju zahtevi proceduralne proporcionalnosti.¹⁹ Stoga će trajanje konkretnog upravnog postupka zavisiti od složenosti stvari, kadrovske osposobljenosti organa, ponašanja učesnika i sl. Međutim, „ako organ uprave odluku donese prekasno ili onda kada je praktično postala beznačajna za podnosioca zahteva ili kada je protek vremena sam po sebi obesmislio doneti upravni akt, više se ne radi o pukoj formalnoj ili proceduralnoj grešci, već o povredi materijalnog

¹⁵ H. Pünder, „Die Folgen von Fehlern im Verwaltungsverfahren“, *JURA - Juristische Ausbildung*, 2015., vol. 37, no. 12, 1307. <https://doi.org/10.1515/jura-2015-0261>.

¹⁶ *Službeni glasnik R. Srbije*, br.18/16, 95/2018.

¹⁷ F. Hufen, T. Siegel, 62.

¹⁸ R. Wahl, 163.

¹⁹ Efikasnosti upravnog postupka pogoduje razvijena pravna zaštita prava i interesa građana. Ona omogućava da se brzo okončaju jednostavni postupci u kojima nisu potrebne posebne provere i radnje, dok će se složenija pitanja biti potrebno razjasniti u dužem formalnom postupku, što je utoliko značajnije ukoliko je veća sloboda organa uprave pri odlučivanju (F. Hufen, T. Siegel, 63).

prava, koja izaziva materijalne obaveze da se učesniku nadoknade troškovi nepotrebnog postupka, kao i šteta po pravnom osnovu odgovornosti za rad službenika [rešenje prihvaćeno u nemačkom pravu, kod nas bi se postavilo pitanje primene čl. 172 ZOO, prim. autora]²⁰.

Iniciranje upravnog spora može da utiče na dodatno odugovlačenje rešavanja u upravnoj stvari. Zakonom o upravnim sporovima²¹ (dalje: ZUS) u članu 3 određeno je da se u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih i drugih pojedinačnih akata. Budući da je reč o sporu o zakonitosti, upravni spor može biti pokrenut tek kada je postao konačan akt koji je predmet upravnog spora. Pored situacija u kojima je moguće da organ uprave nezakonito odbije zahtev građana, relativno su česti slučajevi odugovlačenja sa donošenjem odluke (ćutanje uprave). Stoga je u čl. 15 ZUS predviđeno da se upravni spor može pokrenuti i kada nadležni organ o zahtevu, odnosno žalbi stranke nije doneo upravni akt, pri čemu su u čl. 19 propisani posebni rokovi u takvom slučaju. Shodno čl. 16 dopušteno je da tužilac u upravnom sporu traži povraćaj oduzetih stvari i naknadu štete koja mu je naneta izvršenjem osporenog akta.

Kada tužbeni zahtev usvoji, sud po pravilu koristi kasatorna ovlašćenja – poništava pojedinačnu odluku i po potrebi vraća predmet na ponovno odlučivanje, dok je prihvatanje odlučivanja u sporu pune jurisdikcije izuzetak. U slučaju ćutanja uprave, na osnovu čl. 44 u vezi čl. 19 ZUS sud će, kada ustanovi da je tužba osnovana, presudom uvažiti tužbu i naložiti da nadležni organ donese rešenje. Ako raspolaže potrebnim činjenicama, a priroda stvari to dozvoljava, sud je ovlašćen da može presudom neposredno rešiti upravnu stvar. Poželjno bi bilo da sud prihvata češće odlučivanje u upravnom sporu pune jurisdikcije, ne samo u interesu efikasnije zaštite interesa stranaka, nego i države koja nosi teret odgovornosti za štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Međutim, u ZUS nedostaju procesna rešenja kojima bi, slično kao u krivičnom ili parničnom postupku, bio vremenski ograničen broj mogućih kasatornih odluka. Iz tog razloga se često dešava da se u dugom vremenskom roku u istoj upravnoj stvari po nekoliko puta sudski poništava odluka organa uprave, koji ponovo donosi istu odluku ili ćuti, što čini iluzornom sudsku zaštitu u upravnom sporu. To potvrđuje i navedeni slučaj *Štokalo i drugi protiv Hrvatske*. U Hrvatskoj je problem rešen tako što je zakonom kao pravilo utvrđena obaveza upravnog suda da reši upravni spor kao spor pune jurisdikcije. To znači da će svaki put kada sud utvrdi da je pojedinačna odluka bila nezakonita, takvu odluku poništiti i svojom presudom rešiti upravnu stvar. Isto ovlašćenje sud koristi i onda kada utvrdi da nadležno telo nije donelo pojedinačnu odluku koju je trebalo doneti, osim kada to ne može učiniti s

²⁰ F. Hufen, T. Siegel, 64.

²¹ *Službeni glasnik R. Srbije*, br. 111/2009.

obzirom na prirodu stvari ili zato što je tuženi stvar rešio primenom slobodne ocene, kada će mu narediti donošenje odluke i za to odrediti primereni rok.²²

Kako se vidi, naš zakonodavac, i u novom Zakonu o opštem upravnom postupku iz 2016. godine prihvata konzervativno rešenje, kojim se daje prevaga kasatornim ovlašćenjima Upravnog suda, sa argumentom da bi meritorna odluka Upravnog suda stvorila poremećaj u obavljanju javnih ovlašćenja. Međutim, šta u situaciji kada organ uprave ponovo donosi nezakonitu odluku ili izbegava da je donese? U ovom slučaju, prema svemu kako sada stoje stvari, trebalo bi da oštećeni tuži državu zbog štete koja ima uzrok u nepravilnom ili nezakonitom postupku organa uprave.

4. Odgovornost za štetu zbog predugog trajanja upravnog postupka

Odugovlačenjem upravnog postupka preko razumne mere može nastati šteta, kako za javni interes, tako i za stranku. Predugo trajanje upravnog postupka se, kako smo videli, izjednačava sa povredom materijalnog prava, tj. nezakonitim radom službenika ili državnog organa, kojim se prouzrokuje šteta građaninu ili drugom subjektu na čija prava, obaveze ili pravne interese može da utiče ishod upravnog postupka. Postavlja se pitanje ko sve može da odgovara za štetu: državni službenik, državni organ ili država.

U članu 35, stav 2 Ustava Republike Srbije²³ propisano je: „Svako ima pravo na naknadu materijalne ili nematerijalne štete koju mu nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuje državni organ, imalac javnog ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave.” U stavu trećem stoji: „Zakon određuje uslove pod kojima oštećeni ima pravo da zahteva naknadu štete neposredno od lica koje je štetu prouzrokovalo.” Kako se vidi, u navedenoj ustavnoj odredbi ne pravi se razlika između pojedinih vrsta vlasti (zakonodavne, izvršne i sudske), te se i na zakonodavca, kao i na pravosudne organe i izvršnu vlast jednako odnosi obaveza zakonitog i pravnog rada. Ipak, u odredbi se odvojeno pominju državna uprava i lokalna samouprava, kao njeni segmenti.

Položaj, organizacija državne uprave i status državnih službenika regulisani su Zakonom o državnoj upravi.²⁴ U članu 5 navedenog zakona, u kome se reguliše odgovornost za štetu radom državne uprave, predviđeno je da Republika Srbija odgovara za štetu koju organi državne uprave prouzrokuju fizičkim i pravnim licima nezakonitim ili nepravilnim radom, dok imaoci javnih ovlašćenja sami odgovaraju za štetu koju drugima pričinu u vršenju poverenih

²² D. Đerđa, D. Kryška, „Neka rješenja upravnog spora u usporednom pravu: kako unaprijediti hrvatski upravni spor“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2018, 110.

²³ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik R. Srbije*, br. 98/2006.

²⁴ Zakon o državnoj upravi, *Službeni glasnik R. Srbije*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 i 30/2018 – dr. zakon.

poslova državne uprave. Prema čl. 6, st. 1 Zakona o državnim službenicima²⁵ „državni službenik odgovara za zakonitost, stručnost i delotvornost svog rada“, dok Republika Srbija odgovara za štetu koju državni službenik (na radu ili u vezi sa radom) prouzrokuje trećem licu nepravilnim ili nezakonitim radom (član 124, st. 1).

Kako se vidi, ustavna odredba je, u odnosu na državnu upravu, konkretizovana posebnim zakonima u pogledu odgovornosti države za nezakoniti ili nepravilan rad organa državne uprave i državnog službenika, pri čemu je predviđena prioritarno materijalna odgovornost Republike Srbije za štetu pričinjenu trećem licu nezakonitim ili nepravilnim radom državnog službenika ili organa državne uprave. Odgovornost državnog službenika je supsidijarna.

Prema pravnom osnovu, odgovornost države uobičajeno deli na: subjektivnu ili odgovornost po osnovu pretpostavljene krivice za grešku i/ili nedopušteno ponašanje državnog organa i objektivnu odgovornost (odgovornost bez greške, krivice ili nedopuštenog ponašanja).²⁶ Odgovornost države za štetu zbog greške ili krivice njenih organa uspostavlja se povodom njihovog nezakonitog ili nepravilnog rada.²⁷ Tačnije, nezakoniti ili nepravilan rad organa predstavlja štetnu radnju kojom se prouzrokuje drugome šteta. Razlog što država preuzima na sebe teret materijalne odgovornosti za postupke štetnika jeste što po prirodi stvari vrši funkcije preko svojih organa i državnih službenika, te su njihove greške istovremeno i greške države. Pošto je odgovornost službenika za sopstvene postupke supsidijarna, za posledice odgovara država jer je izvršila loš izbor službenika; nije nadgledala rad; imala je slabu organizaciju; nije obezbedila sredstva itd.²⁸

U slučaju dugotrajnog postupka postoji povreda zakonskog pravila o obavezi postupanja organa uprave u razumnom roku kao i etičkih pravila koji obavezuju državne službenike. Reč je o propuštanjima koji mogu da se smatraju nepravilnim radom („greškom službe“), pa i nezakonitim radom, budući da je u našoj teoriji prihvaćeno da nezakonitost pravnog akta ili radnje postoji kada je protivna pravnim normama (ne samo ustavu, zakonu i pisanim

²⁵ *Službeni glasnik R. Srbije*, br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020.

²⁶ Tako: I. Krbek, *Pravo javne uprave FNRJ*, I knjiga, Zagreb 1960, 222; Z. Tomić, „Pravna priroda tzv. odgovornosti države za štetu bez greške u jugoslovenskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1-4/1983, 695-698; D. Denković, „Naknada štete prouzrokovane radnjama javnih službenika i odgovornosti“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2-3/1961, 231-234; S. Popović, „Odgovornost države i organizacije koje vrše javna ovlašćenja za štetu nanetu građanima i pravnim licima“, *Pravni život* 11-12/1992, 1914-1925.

²⁷ N. Mrvić-Petrović, N. Mihajlović, Z. Petrović, 85.

²⁸ P. Trifunović, „Odgovornost države za greške organa – neka sporna pitanja“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda*, broj 2/2008, 86.

pravnim normama, nego i običajnim pravilima, pa i generalno javnom poretku). Stoga, u situaciji povrede prava na vođenje postupka u razumnom roku država odgovara po osnovu greške, tj. krivice njenih organa i službenika. Nezakonitost rada državnog organa izazvana odugovlačenjem postupka preko razumne mere javiće se u postupku i kao činjenično i kao pravno pitanje.

U parničnom postupku odgovornost države za štetu koju njen organ prouzrokuje trećem licu nezakonitim ili nepravilnim radom raspravlja se prema pravilima čl. 172 Zakona o obligacionim odnosima.²⁹ Reč je o pretpostavljenoj subjektivnoj odgovornosti. Odgovornost države je primarna odgovornost, a da je odgovornost državnog službenika supsidijerna odgovornost. Jer, da bi državni službenik odgovarao za štetu, koju prouzrokuje svojim nepravilnim inezakonitim radom, potrebno je da postoje uslovi propisani zakonom. Primarna odgovornost države ogleda se u tome, što odgovornost države postoji samom činjenicom prouzrokovanja štete fizikom ili pravnom licu, pri vršenju službe. U tom slučaju, nije od značaja, da li je identifikovan štetnik li ne.

Za konstatovanje odgovornosti države po čl. 172 ZOO (odgovornost pravnog lica za štetu koju prouzrokuje njegov organ) neophodno je u parničnom postupku utvrditi da je šteta građaninu ili pravnom licu prouzrokovana postupanjem državnog organa, da postoji uzročna veza između vršenja dužnosti državnog službenika i prouzrokovane štete i da je šteta nastala zbog nezakonitog ili nepravilnog rada državnog organa. Država ima pravo da se u određenom roku regresira od državnog službenika koji je štetu skrivio namerno ili krajnjom nepažnjom (čl. 172, st. 2 i 3).

Pitanje da li predugo trajanje upravnog postupka može da se smatra uzrokom štete, tj. da li je posledica nezakonitog ili nepravilnog rada državnog organa jeste *questio facti*. U sudskoj praksi u Republici Srbiji prihvaćen je stav ESLJP da se prilikom utvrđivanja dužine trajanja postupka mora imati u vidu i trajanje postupka pred organom uprave, te da kršenje obaveze da se postupi u razumnom roku predstavlja nezakoniti i nepravilni rad organa. Tako u presudi Vrhovnog kasacionog suda Srbije. Rev 591/10 od 22. septembra 2010. godine taj sud utvrđuje da je uzrok nastanka štete dužina postupka pred organom uprave i činjenično stanje opisuje na sledeći način:

„U tom postuku, tužilac je uvezo 75.798 kg junećeg mesa, koje je stavljao u promet, jer ga je Institut za tehnologiju mesa u B., po zahtevu nadležnog sanitarnog inspektora od 03. 10. 1997. godine, po izvršenom laboratorijskom ispitivanju, proglasio zdravstveno ispravnim. Meso se prodavalo do 10. 03. 1998. godine, kada je Republički veterinarski inspektor doneo rešenje, kojim zabranjuje puštanje u promet i proizvodnju 26.778 kg mesa, zbog opasnosti od prenošenja zarazne bolesti. Protiv tog rešenja, tužilac je izjavio žalbu, koju je drugostepeni

²⁹ Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Službeni list SRJ, br. 31/93, Službeni list SCG, 1/2003- Ustavna povelja, Službeni glasnik R. Srbije, br. 18/2020.

organ, posle četiri meseca 08. 7. 1998. godine, odbio i potvrdio je prvostepeno rešenje, jer postoji opasnost od prenošenja zaraze BSE. Drugostepenu odluku poništava Vrhovni sud rešenjem od 13. 01. 1999. godine, jer navodi tuženog ne mogu biti provereni, pošto nisu dostavljeni spisi u skladu sa čl. 135. ZUP-a. U ponovnom postupku drugostepeni organ, Ministarstvo, posle devet meseci, 11. 11. 1999. godine poništava prvostepeno rešenje od 10. 03. 1998. godine. Prvostepeni organ, Republički veterinarski inspektor 12. 04. 2000. godine (tri meseca od donošenja odluke drugostepenog organa i 14 meseci od naloga Vrhovnog suda iz rešenja od 13. 01. 1999. godine), ponovo donosi odluku kojom zabranjuje promet mesa zbog sumnje na BSE. Protiv tog rešenja tužilac izjavljuje žalbu, koju drugostepeni organ odbija rešenjem od 15. 06. 2000. godine i prvi put utvrđuje da je istekao rok upotrebe mesa. Vrhovni sud, odlučujući po tužbi tužioca, rešenjem od 04. 04. 2001. godine poništava rešenje drugostepenog organa od 15. 06. 2000. godine. Ministarstvo, kao drugostepeni organ 25. 01. 2002. godine (osam meseci posle odluke Vrhovnog suda Srbije) poništava prvostepeno rešenje od 12. 04. 2000. godine, a prvostepeni organ posle dva meseca 25. 03. 2002. godine, po treći put donosi rešenje kojim zabranjuje promet mesa, uz nalog za njegovo uništenje zbog isteka roka korišćenja.³⁰

Kod ovakvog činjeničnog stanja, Vrhovni sud je u navedenoj presudi utvrdio da je tužilac pretrpeo štetu, da je uzrok te štete dužina upravnog postupka za zabranu prometa uvezenog proizvoda zbog sumnje na BSE – postupak je trajao punih 27 meseci (od 10. 03. 1998. do 15. 06. 2000. godine, kada je istekao rok upotrebe mesa), a posle toga još 21 mesec. Vrhovni sud utvrđuje odgovornost države shodno članu 172. Zakona o obligacionim odnosima, jer ni prvostepeni ni drugostepeni organ uprave nisu poštovali rokove iz Zakona o opštem upravnom postupku, a u kojima su morali doneti rešenje, i to prvostepeni sud nije doneo rešenje u roku iz člana 208 tadašnjeg Zakona o opštem upravnom postupku od jednog meseca od dana ponošenja zahteva, a drugostepeni u roku iz člana 237 istog zakona od dva meseca od dana predaje žalbe.

Da dužina trajanja upravnog postupka može prouzrokovati pojedincu štetu ukazao je i Vrhovni kasacioni sud u drugoj svojoj odluci koju obrazlaže na sledeći način: „Međutim, svako ima pravo da se o njegovom pravu ili obavezi odluči u razumnom roku, a i Zakonom o opštem upravnom postupku su propisani rokovi za donošenje odluka u upravnom postupku, koji u konkretnom slučaju ne samo da nisu ispoštovani, već je postupak pred upravnim organom nadležnim za obračun i naplatu javnih prihoda trajao od oktobra 2001. godine do obustave postupka, u januaru 2007. godine, što čini njegovo trajanje nerazumno dugim, pa to predstavlja nepravilan i nezakonit rad nadležnog organa tužene, zbog

³⁰ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev 591/2010. od 22. septembra 2010. godine (komentar u: V. Petrović Škero, „Dužina trajanja postupka kao uzrok nastanka štete“, *Pravni zapisi* 1/2012, 148-149.

čega je tužena, primenom člana 172. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, odgovorna za tako nastalu štetu, a što daje pravo oštećenom na naknadu kako stvarne štete tako i izgubljene dobiti, na osnovu člana 189. ZOO.³¹

Prema stavu sudske prakse razumni rokovi suđenja procenjuju se prema sledećim kriterijumima:

- u normalnim (jednostavnim) predmetima - do dve godine;
- u prioritentnim predmetima razumnim rokom smatra se kraći rok trajanja (i ispod dve godine);
- u složenijim predmetima razumni rok može biti duži od dve godine (na primer 36 meseci za složene krivične predmete);
- rokovi su duži, ako je postupalo više instanci, ali se višestruko vraćanje i višestruko ukidanje odluka, smatra kršenjem prava;
- posebno se ceni period neaktivnosti organa vlasti (sudovi i drugi državni organi);
- kršenja prava na suđenje u razumnom roku nema, ako je sam podnosilac doprineo dužem trajanju postupka.³²

Iz navedenog proizilazi da će sud prema okolnostima konkretnog slučaja ceniti period neaktivnosti organa državne uprave, ispitujući da li eventualno podnosilac nije doprineo dužem trajanju postupka, kako bi ustanovio da li postoji povreda prava na postupanje u razumnom roku. Pri tome sud mora imati u vidu složenost upravne stvari i druge razloge koji mogu da utiču na potrebu produženja postupka, ali svakako prvi utisak stiče poređenjem datog činjeničnog stanja sa instruktivnim rokovima iz Zakona o opštem upravnom postupku.

5. Zaključak

Vekovna težnja pojedinca za slobodom, za jednakosti među ljudima, za poštovanje njegove ličnosti, pokrenula je borbu za pravnu državu, demokratsku državu, u kojoj će svi imati ista prava i u kojoj će biti pozvan na odgovornost svako ko nepravilnim i nezakonitim činjenjem ili nečinjenjem povredi drugog pojedinca, i to nezavisno od položaja i statusa koji zauzima u društvu.

Borba za veća prava, za slobodu pojedinca je i borba protiv nezakonitih i nepravilnih postupaka državnih organa, budući da okolnost što državna vlast raspolaže političkom vlašću i aparatom za primenu sredstava prinude

³¹ Iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Rev 202/2017 od 12. oktobra 2017, arhiva suda.

³² S. Andrejević, Pravo na pravično suđenje – razumni rok; kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku Evropskog suda za ljudska prava prema izveštaju SEPEJ-a, materijal pripremljen za sastanak sudova republičkog ranga, apelacijama i višim sudovima, 24. 4. 2014, 1, dostupno na: <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi>.

omogućava toj vlasti da se prema građanima ponaša superiorno. Štaviše, u uslovima odsustva ili neodgovarajuće kontrole vlasti postoji mogućnost njene zloupotrebe na štetu građana.

Propisivanje uslova pod kojima država može da odgovara za štetu koju drugima pričine njeni organi jeste jedan vid pravne kontrole vlasti. Štaviše, reč je o neposrednoj kontroli zakonitog delovanja državnih organa, jer preko parnica koje se vode radi naknade štete, broja dosuđenih zahteva i novčanih iznosa isplaćenih naknada, država može da uoči obim nezakonitog i nepravilnog delovanja njenih organa i tipične situacije u kojima se javljaju propusti u radu, tako da može preduzeti potrebne mere da propuste ispravi, da otkloni uzroke mogućih grešaka u radu uprave, kao i da pokrene disciplinske postupke i postavi pitanje materijalne odgovornosti državnih službenika koji su svojim radom drugom pričinili štetu.

Kako brzina postaje naročito bitna u savremenom društvu, što se, između ostalog, prepoznaje uvođenjem elektronskih usluga uprave za građane, privredu i zaposlene u upravi, još više je naglašena obaveza organa uprave da se pridržavaju obaveze sprovođenja postupka u razumnom roku, pogotovu što se u tim postupcima odlučuje o pravima i obavezama pojedinaca, kao i o javnom interesu. U slučaju, da pomenuti postupci traju nepotrebno dugo, duže od rokova propisanih zakonom, građani i drugi subjekti sprečeni su u ostvarivanju svojih prava i interesa i trpe štetu zbog nezakonitog postupanja uprave. Takođe, slabi poverenje građana u rad državnih organa. S druge strane, i državni budžet trpi posledice isplate naknada štete po osnovu sudskih presuda. Postoji i „moralna šteta“ u slučajevima kada država u postupku pred ESLJP bude oglašena odgovornom za kršenja ljudskih prava po osnovu čl. 6, st. 1 EK. Zbog toga što je pravo na suđenje u razumnom roku obavezujuće i za organe uprave, značajno kako za učesnike postupka, tako i za državu, neophodno je u praksi stvoriti mehanizme da postupci traju što kraće, uz redovnu mogućnost preispitivanja zakonitosti i pravilnosti odluke organa uprave i postupno smanjivanje područja potpunog diskrecionog delovanja organa uprave. Na taj način odredba čl. 172 ZOO predstavljala bi izuzetnu, krajnju, mogućnost da se postigne sudska zaštita onih koji su pretrpeli štetu postupcima državnih organa.

* * *

***RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY THE
UNREASONABLE DURATION OF THE ADMINISTRATIVE
PROCEDURE***

Summary

Excessive length of administrative proceedings can be a cause of damage to participants in the proceedings and of damage to subjects whose interests depend on the outcome of the proceedings. The paper analyzes the excessive (unreasonable) duration of administrative proceedings from the aspect of violation of the right to fair trial, through the case law of the European Court of Human Rights. In accordance with the ideal of good administration, a public servant has an obligation not to delay the procedure, otherwise his behaviour is wrongful or illegal. Under Serbian law the state is primarily materially liable for torts caused by citizens and others by public bodies by wrongful or illegal behaviour regarding the service. The authors use examples from court practice to show when the excessive length of administrative procedure may be considered an illegal act and under what conditions the state will be liable for the damage caused by a public servant. They propose changes to the administrative legislation that could affect the shortening of the procedure and the efficiency of the administrative dispute.

Keywords: liability, state, damage, right to a fair trial, excessive length of administrative procedure.

Milan Vujanić*
Dragan Obradović**

NAKNADA ŠTETE U SAOBRAĆAJU – PODELJENA ODGOVORNOST U PRAKSI

Apstrakt

Prilikom nastanka saobraćajnih nezgoda najčešće se događa da se radi o podeljenoj odgovornosti, tako da se vrlo retko saobraćajne nezgode rešavaju bez postupka u kojima se utvrđuje podeljena odgovornost učesnika nezgode. Retki su radovi koji se bave proračunima visine i obima štete, a posebno retko se veštačenjem i proračunima utvrđuje doprinos posledicama od strane tužioca. Autori su već ranije izneli svoj stav, ali su radeći i dalje došli do poboljšanih rezultata. Metod prikazan ovim radom može pomoći sudijama, tužiocima i zastupnicima oštećenih u proceni objektiviziranja i kvantifikacije i proračuna uticaja greške tužioca na visinu i obim štete.

Ključne reči: *Saobraćajne nezgode, podeljena odgovornost, doprinos oštećenog visini štete.*

1. Uvod – podeljena odgovornost u saobraćaju

Automobil uopšte, a putnički posebno, snažno je uticao na promenu društvenog, porodičnog i ličnog života ljudi širom sveta. Motorno vozilo više nije luksuz, kao što je bilo u dužem vremenskom periodu u prošlosti, već jedno od neophodnih sredstava za zadovoljenje svakodnevnih potreba savremenog čoveka¹. S povećanjem broja motornih vozila u direktnoj vezi su razvoj osiguranja motornih vozila i drugih vrsta osiguranja povezanih sa automobilima, ali i porast broja saobraćajnih nezgoda, a samim tim i stradanja učesnika u saobraćaju sa najrazličitijim posledicama. Najbolje bi bilo ako bi se učesnici u saobraćaju ponašali bezbedno i poštovali saobraćajne propise, tada ne bi bilo saobraćajnih nezgoda ni problema koji nastaju kao posledica

* Redovni profesor, Fakultet za saobraćaj, komunikacije i logistiku, Budva, Adriatik Univerzitet, Bar, Crna Gora, e-mail: vujanic@mail.com

**Doktor pravnih nauka; Sudija, Viši sud u Valjevu, naučni saradnik, e-mail: dr.gaga.obrad@gmail.com

¹ M. Cerović, „Uticaj razvoja auto-industrije na značaj tržišta osiguranja motornih vozila (I deo)“, *Tokovi osiguranja* 1/2014, 1, 47-69.

saobraćajnih nezgoda. Imajući u vidu da tako idealno ponašanje u saobraćaju nije ni u najbezbednijim zemljama sveta, još dugo će biti neophodno postupanje sudova u razrešavanju kaznenih (krivičnih i prekršajnih) i civilnih postupaka, koji po pravilu slede posle pravnosnažnog okončanja kaznenih postupaka, u vezi sa saobraćajnim nezgodama.

Brojne su saobraćajne nezgode, u kojima učestvuju različite kategorije učesnika. Posledice saobraćajnih nezgoda su poginula odnosno povređena lica i nastanak materijalnih šteta. Skoro svaka saobraćajna nezgoda, ukoliko učesnici nezgode ne naprave dogovor i popune „Evropski izveštaj“, proizvodi angažovanje policije koji izlaze na lice mesta i vrše uviđaj, i to ukoliko javni tužioci zaključe da je dovoljno da uviđaj izvrši uviđajna ekipa MUP-a Srbije, nakon čega se vrši pokretanja prekršajnih odnosno krivičnih postupaka protiv odgovornih lica za nastanak saobraćajne nezgode. Okončanje postupaka protiv lica protiv kojih su pokrenuti pojedini kazneni postupci, retko rešava i pitanje naknade štete. Parnični postupci mogu biti pokrenuti i pre pravnosnažnog okončanja pojedinih kaznenih postupaka, pa prekinuti do okončanja tih postupaka. U praksi, ti postupci se najčešće pokreću posle pravnosnažnosti krivičnih postupaka a koji su bili uglavnom tretirani kao prethodno pitanje. Međutim, ti postupci nisu tako prosti kao što ponekad može da izgleda.

Osiguravajuća društva kojima se obraćaju pojedina lica radi zaključenja vansudskog poravnjanja u tzv. „mirnom postupku“, odnosno kao tuženi za naknadu štete preko ovlašćenih zastupnika, vrlo retko se saglase da je isključiva krivica njihovog osiguranika, te da nema nikakvog doprinosa oštećenog. Obično je opravdano (ali ponekad i neopravdano, u različitim fazama postupka, ne na pripremnom ročištu nego tokom glavne rasprave i pred kraj glavne rasprave) da njihovi zastupnici u sudskim postupcima istaknu prigovor podeljene odgovornosti i na strani tužioca - oštećenog. Brojne su situacije u kojima se mogu primeniti pravila o podeljenoj odgovornosti u vezi sa saobraćajnim nezgodama.² U radu ograničenog obima autori su pokušali da ukažu samo na pojedine aspekte podeljene odgovornosti u vezi sa nastankom pre svega, materijalne štete u saobraćajnoj nezgodi, koji još uvek nisu prepoznati ili nisu u dovoljnoj meri prepoznati u sudskoj praksi, ali ni od strane osiguravajućih društava. Autori su ranije pisali o ovom problemu, ukazali su i na brojne odluke iz tadašnje sudske prakse, ali su mišljenja da ovaj problem i dalje nije prepoznat na odgovarajući način u domaćoj sudskoj praksi³, pa su pokušali da u radu ukažu i na određenja unapređenja do kojih su u međuvremenu došli u vezi sa temom rada.

² A. Filipović, „Podeljena odgovornost u saobraćaju i neke dileme u poslovnoj i sudskoj praksi“, *Tokovi osiguranja*, 2011, 2.

³ D. Obradović, M. Vujanić, „Naknada štete u saobraćaju - podeljena odgovornost u praksi“, *Vještak*, Teslić 2011, 2.

2. Upšte o podeljenoj odgovornosti

Podeljena odgovornost u sudskoj praksi nije nov institut na prostorima naših bivših država. Bila je predviđena i u paragrafu 805 Srpskog građanskog zakonika: „Ako bi što krivice i onoga bilo, koji je oštećen, onda će srazmerno naknada i na njega pasti“⁴. Takođe, bila je predviđena i u čl.571 st.2 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru: „Kad je u tome bilo i krivice onoga kome je šteta učinjena, sud će sniziti naknadu prema veličini te krivice.“⁵

Pitanje podeljene odgovornosti izričito se navodi u Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO).⁶

Oštećeni, u načelu, ima pravo na potpunu naknadu materijalne štete shodno čl. 190.ZOO osim izuzetaka kada oštećenom ne pripada pravo na potpunu nego smanjenu naknadu štete, odnosno na povećanu naknadu štete, prema vrednosti koju je oštećena stvar imala za oštećenika - kako to predviđaju čl.191 i 192. odnosno član 189. ZOO.

Sud oštećenom dosuđuje (ako to okolnosti slučaja opravdavaju) pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu (čl. 200. ZOO). U pogledu podeljene odgovornosti i sniženja naknade, odredbe koje se odnose na materijalnu štetu, primenjuju se i na nematerijalnu štetu shodno čl. 205. ZOO.

Oštećenom pripada pravo na smanjenu naknadu štete ako se radi o slučajevima PODELJENE ODGOVORNOSTI (čl.192. ZOO), jer oštećeni koji doprinese nastanku ili da šteta bude veća nego što bi inače bila, ima samo pravo na srazmerno smanjenu naknadu. Ako je nemoguće utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove radnje, sud će tada dosuditi naknadu, vodeći računa o konkretnim okolnostima slučaja.

I posle raspada bivše zajedničke države – SFRJ novonastale države su preuzele odredbe Zakona o obligacionim odnosima i zadržali ga uz odgovarajuća prelazna rešenja u svojim obligacionim propisima.

U Crnoj Gori Zakon o obligacionim odnosima (dalje: ZOO CG)⁷ propisuje da oštećenom pripada pravo na smanjenu naknadu štete ako se radi o slučajevima PODELJENE ODGOVORNOSTI i to u pogledu materijalne štete u čl. 199 ZOO CG, a u pogledu nematerijalne štete u čl.212 ZOO CG.

⁴ Srpski građanski zakonik – Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju od 11. marta 1844 sa izmenama i dopunama.

⁵ Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru Baltazar Bogišić, drugo izmenjeno izdanje tiskano u Državnoj štampariji na Cetinju 1898. godine.

⁶ 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), *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

⁷ Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 47/2008, 4/2011, 22/2017.

Odredbe bivšeg zajedničkog ZOO primenjuju se na teritoriji Bosne i Hercegovine, kako u Federaciji BiH tako i u Republici Srpskoj⁸ pri čemu su zadržani isti članovi kao i u ZOO.

3. Načelni stavovi i zaključci

Najviši pravosudni organi bivše SFRJ su usvojili načelne stavove i zaključke koji se odnose na podeljenu odgovornost, a koji se i danas primenjuju u pravosuđu u Republici Srbiji, a usvojeni su u periodu od 1980-1990.godine.⁹

Na sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (25. i 26. 03. 1980), u načelnom stavu broj 2/80 je potvrđena odredba člana 192. ZOO:

*„U slučaju kada je nastanku štete doprineo i oštećenik, lice odgovorno za naknadu štete dužno je nadoknaditi štetu oštećenom u srazmeri sa podeljenom odgovornošću“.*³

Postoji i načelan stav br.10/88 sa 39. Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (26. i 27. 10. 1988):

*„Pravosnažna presuda kojom je odlučeno o naknadi štete ne sprečava 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“.*⁴

Podeljenu odgovornost i prekoračenje tužbenog zahteva, tretira i zaključak br. 3/90 sa savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (Subotica 24. i 25. 10. 1990):

„Sud ne preporučuje tužbeni zahtev (član 2 stav 1 ZPP) dosudom bilo koga do tužbom traženog iznosa pravične novčane naknade nematerijalne štete utvrđenog uzimanjem u račun većeg iznosa naknade i većeg stepena podeljene odgovornosti od iznosa, odnosno stepena sa kojim je tužilac računao“.

Navedeni stavovi posebno dolaze do izražaja u postupcima vezanim za saobraćaj, zato što se u postupku za naknadu štete nastale u saobraćajnoj nezgodi prvo utvrđuje osnov, pa visina štete.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima Federacije BiH i Republike Srpske, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list RBiH*, br. 2/92, 13/93 i 13/94, *Službeni glasnik RS*, br. 17/93, 3/96, 37/2001, 39/2003 i 74/2004 – zadržani su isti članovi kao u ZOO.

⁹ D. Obradović, B. Anđelković, „Naknada štete u saobraćaju – utvrđivanje postojanja povrede vratne kičme i podeljene odgovornosti u saobraćaju“, *Zbornik radova Osiguranje i naknada štete*, Udruženje za odštetno pravo i Pravosudna akademija, Zlatibor 2013, 298-299.

4. Vezanost parničnog suda za osuđujuću krivičnu presudu

U postupcima naknade štete uopšte shodno čl. 13 Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP)¹⁰ parnični sud je vezan za pravnosnažnu osuđujuću krivičnu presudu i to samo u pogledu postojanja krivičnog dela i krivične odgovornosti učinioca, a ne i za oslobađajuću, pri čemu je građanska odgovornost šira, zbog čega se može desiti i da lice koje je oslobođeno krivične odgovornosti za određeno krivično delo, povodom istog događaja odgovara po pravilima građanskog prava. To proizilazi i iz odluke Višeg suda u Šapcu Gž 317/14.¹¹ Identična odredba bila je i u čl.13 prethodnog Zakona o parničnom postupku (dalje: prethodni ZPP).¹²

Retke su i skoro nezamislive situacije da odgovornost za nastanak saobraćajne nezgode bude nesporna tako da postoji odgovornost samo na strani tuženog. Po pravilu, kada se pokrene postupak za naknadu štete a krivični postupak u vezi sa saobraćajnom nezgodom nije okončan dolazi do prekida krivičnog postupka jer je sud u parničnom postupku vezan za osuđujuću krivičnu presudu. Po pravnosnažnom okončanju krivičnog postupka, nastavlja se prekinuti krivični postupak u kome tuženi bez obzira na osuđujuću presudu u krivičnom postupku može isticati prigovor podeljene odgovornosti. To se može jasno videti i iz pojedinih odluka iz starije i novije sudske prakse:

U presudi Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 3021/11 navodi se:

„Doprinos nastanku saobraćajne nezgode u smislu člana 192 ZOO, ne mora da se ogleda u učinjenom krivičnom delu ili prekršaju, nego i u stvaranju izvesne opasne situacije povodom koje je drugi učesnik učinio krivično delo; radi ocene da li je osnovan prigovor podeljene odgovornosti nije uvek neophodno veštačenje, jer se može dogoditi da su sve relevantne činjenice već utvrđene u opisu bića krivičnog dela“.

Iz obrazloženja:

Tuženi je još u odgovoru na tužbu istakao prigovor podeljene odgovornosti navodeći da je tužilac doprineo nastanku predmetne saobraćajne nezgode time što je u noćnim uslovima vožnje zaustavio vozilo na kolovozu. Sud je međutim našao da je istaknuti prigovor neosnovan iz razloga što je drugi učesnik u saobraćajnoj nezgodi pravnosnažno osuđen, te ističući da je teret dokazivanja doprinosa tužioca, bio na tuženom.

¹⁰ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, 87/2018, 18/2020.

¹¹ Podaci iz rešenja Višeg suda u Šapcu Gž br. 317/2014 od 3. 4. 2014, Baza sudske prakse Intermex.

¹² Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004,111/2009, 36/2011, 72/2011, 53/2013.

Drugostepeni sud je uvažio žalbe parničnih stranaka te je ukinuo prvostepenu presudu i uputio je prvostepenom sudu na ponovno suđenje. U obrazloženju svoje odluke drugostepeni sud je između ostalog naveo da je pogrešan stav prvostepenog suda u pogledu istaknutog prigovora podeljene odgovornosti. Naime, okolnost što je jedan učesnik oglašen krivim i osuđen, a protiv drugog učesnika u nezgodi postupak nije vođen, ne znači da on uopšte nije doprineo nastanku štete. Doprinos ne mora da se ogleda u učinjenom krivičnom delu ili prekršaju, nego i u stvaranju izvesne opasne situacije povodom koje je drugi učesnik učinio krivično delo. Konkretno u dispozitivu presude kojom je drugi vozač oglašen krivim (parnični sud je vezan krivičnom presudom u smislu postojanja krivičnog dela, a opis dela je u dispozitivu) stoji da je tužilac vozilo zaustavio pored desne ivice kolovoza, dakle na kolovozu, a prvostepeni sud utvrđuje da je vozilo zaustavljeno delom na bankini, delom na kolovozu, što je značajna razlika. Radi ocene da li je osnovan prigovor podeljene odgovornosti nije uvek neophodno veštačenje, jer se može dogoditi da su sve relevantne činjenice već utvrđene u opisu bića krivičnog dela, te parnični sud može da oceni postojanje doprinosa iz tih činjenica. Nadalje, prvostepeni sud utvrđuje da je na svom vozilu tužilac imao upaljena poziciona svetla ali ne obrazlaže da li je takvo osvetljenje dovoljno u noćnim uslovima vožnje. Iz navedenih razloga, drugostepeni sud je naložio prvostepenom da u nastavku postupka otkloni protivurečnosti u vezi utvrđenog činjeničnog stanja iz sadržine izvedenih dokaza, vezano za opis saobraćajne nezgode, što će mu dati činjenični osnov za odgovor da li ima ili nema mesta primeni člana 192 ZOO.¹³

U presudi Vrhovnog suda Srbije Rev. 680/05 od 15. 6. 2006. godine navodi se :

„Postoji doprinos vozača u nastanku štete, ako je uočio pešaka koji pretrčava kolovoz u neposrednoj blizini pešačkog prelaza dok je na semaforu upaljeno crveno svetlo za pešake, a da se prethodno nije uverio da kolovoz može bezbedno preći, i u slučaju kada nije imao mogućnosti da zaustavi vozilo pre kontakta sa pešakom, ukoliko nije reagovao preduzimanjem određenih radnji u smislu smanjenja brzine, čime bi posledice povređivanja pešaka bile manje“.

Iz obrazloženja:

Prema utvrđenom činjeničnom stanju, u saobraćajnom udesu na raskrsnici dve ulice, oboren je tužilac kao pešak od strane putničkog vozila osiguranog kod tuženog. Protiv vozača vozila bio je podnet zahtev za sprovođenje istrage zbog krivičnog dela iz člana 201. stav 4. u vezi člana 195. stav 3. i stav 1. KZ Republike Srbije, ali je krivična prijava odbačena. Dalje je utvrđeno da je do saobraćajne nesreće došlo doprinosom oba učesnika, kako tužioca tako i vozača. Doprinos tužioca ogleda se u tome što je pretrčavao

¹³ Podaci iz rešenja Apelacionog suda u Novom Sadu Gž br. 3021/2011 od 9. 2. 2012, Baza sudske prakse Intermex.

ulicu u neposrednoj blizini pešačkog prelaza, dok je na semaforu bilo upaljeno crveno svetlo za pešake, a da se prethodno nije uverio da kolovoz može preći bezbedno. Doprinosa vozača ogleđa se u tome što, iako nije imao mogućnosti da zaustavi vozilo pre kontakta sa pešakom, mogao je da reaguje preduzimanjem određenih radnji u smislu smanjenja brzine, čime bi posledice povređivanja tužioca bile manje. Na osnovu tako utvrđenog činjeničnog stanja, nižestepeni sudovi su zaključili da su doprinosi oba učesnika u ovom saobraćajnom udesu podjednaki. ...

Utvrđeni iznosi pravične novčane naknade pravilno su smanjeni za 50% zbog prihvaćenog prigovora podeljene odgovornosti, a u skladu sa odredbom člana 192. Zakona o obligacionim odnosima.¹⁴

5. Mala statistika stradanja na putevima u Srbiji

Prema podacima Agencije za bezbednost saobraćaja (dalje: ABS) u periodu od 2016. do 2020. godine u saobraćajnim nezgodama (dalje: SN) u Republici Srbiji na putevima smrtno je stradalo 2.760 lica, teške telesne povrede su zadobila 16.489 lica, dok su lake telesne povrede zadobila 84.030 lica. U istom periodu dogodilo se ukupno 104.755 saobraćajnih nezgoda sa materijalnom štetom. To se još bolje vidi iz Tabele 1.

Tabela 1. Podaci Agencije za bezbednost saobraćaja: Osnovni pokazatelji stanja bezbednosti saobraćaja u Republici Srbiji, period 2016-2020. godine

Godina	SN POG	SN POV	SN NAST	SN MŠ	Ukupno SN	POG	TTP	LTP	POV	Ukupno NAST
2016	551	13864	14415	21557	35972	607	3362	17308	20670	21277
2017	525	14286	14811	21664	36475	579	3514	17849	21363	21942
2018	491	13744	14235	21583	35818	548	3338	17508	20846	21394
2019	494	13735	14229	21541	35770	534	3322	17068	20390	20924
2020	459	11849	12308	18410	30718	492	2953	14297	17250	17742
Ukupno	2520	67478	69998	104755	174753	2760	16489	84030	100519	103279

Izvor: Agencija za bezbednost saobraćaja

¹⁴ Podaci iz presude Vrhovnog suda Srbije Rev. br. 680/2005 od 15. 6. 2012, Bilten Okružnog suda u Beogradu 73/2006, Baza sudske prakse Intermex.

Navedeni zvanični podaci nesumnjivo pokazuju da je u poslednjih pet godina, broj saobraćajnih nezgoda sa materijalnom štetom ubedljivo najveći u odnosu na druge vrste saobraćajnih nezgoda – sa poginulim odnosno nastradalim licima (povređenim – bez obzira da li su u pitanju lake ili teške telesne povrede). A pritom, to nisu sve saobraćajne nezgode sa materijalnom štetom nego samo one u kojima je policija obavila uviđaj. Broj saobraćajnih nezgoda sa materijalnom štetom je značajno veći kada se imaju u vidu i saobraćajne nezgode gde učesnici u nezgodi razmenju tzv. Evropski izveštaj i ne pozivaju policiju da izvrši uviđaj. A posle toga takođe, vrlo često dolazi do sudskih postupaka u vezi sa naknadom štete i pozivanjem pojedinih od učesnika u nezgodi na podeljenu odgovornost.

Osim toga, autori su imali u vidu i zvanične podatke o stradanju pojedinih ranjivih kategorija, pa su utvrdili da je u periodu od 2015-2019. najviše dece uzrasta od 0-14 godina stradalo kao putnici u putničkim vozilima – 56,9% sve poginule dece u odnosu na ostale kategorije dece tog uzrasta kao učesnika u saobraćaju: pešaci (32,3%), biciklisti (9,2%) odnosno putnici na traktoru (1,5%).¹⁵

6. Karakteristični primeri

Autori su u praksi uočili da nakon utvrđenog osnova naknade štete (npr. pravosnažnom osuđujućom krivičnom presudom), predstoji i utvrđivanje visine štete. To se najčešće radi veštačenjem od strane veštaka saobraćajno-tehničke struke, odnosno utvrđivanjem eventualnog doprinosa tužioca za nastanak saobraćajne nezgode.

Međutim, takve situacije, po mišljenju autora, nisu dovoljno razjašnjene ni sa saobraćajno-tehničkog ni sa pravnog aspekta. Može se dogoditi da osnov za nastalu štetu stoji na strani tuženog ali da visina štete stoji i na strani tužioca (kao propust kojim je doprineo visini štete), pa je tada mnogo komplikovanije odrediti koji deo stoji na kom učesniku postupka. U saobraćajno-tehničkom smislu se lako uočavaju takvi primeri i propusti koji utiču na visinu štete, kao i uticaj propusta tužioca na stepen oštećenja ili vrstu i težinu posledica na lica učesnika takve nezgode.

U praksi naknade šteta nastalih zbog saobraćajnih nezgoda prepoznati su na pravi način slučajevi da postoji podeljena odgovornost vozača i oštećenog putnika za naknadu štete u situaciji kada oštećeni sedne kao putnik u vozilo iako zna da je vozač u alkoholisanom stanju. Ako putnik tom prilikom bude povređen, odnosno pogine u saobraćajnoj nezgodi koju prouzrokuje taj vozač, tada postoji podeljena odgovornost vozača i oštećenog putnika za naknadu štete, o čemu nema dilema u sudskoj praksi.

¹⁵ Agencija za bezbednost saobraćaja, Pregledni izveštaj, Bezbednost pešaka u saobraćaju starosne kategorije 0-14 godina, 2021, 4.

Pored tih slučajeva u praksi naknade šteta nastalih zbog saobraćajnih nezgoda najčešći su slučajevi:

- vozilo tužioca je u vreme nastanka saobraćajne nezgode bilo voženo brzinom većom od dozvoljene (prilagođene).
- tužilac je svojim nepravilnim, nebezbednim odnosno nepropisnim ponašanjem doprineo da šteta bude veća.

Autori su kroz primere iz sudske prakse prikazali postupak kojim se računskim putem može utvrditi koliko veća brzina tužioca od dozvoljene na deonici puta na kojoj je došlo do nezgode ima uticaj na povećanje obima štete na vozilima. Na taj način, uticaj tužioca na povećanje visine štete zbog veće brzine tužioca (od prilagođene-bezbedne brzine), moguće je utvrditi primenom proračuna od strane saobraćajno-tehničkog veštaka. U sudskoj praksi to se ne primenjuje ili se izuzetno retko primenjuje. A upravo na osnovu tog proračuna sud će moći da pravilno oceni uticaj tužioca na povećanje visine nastale štete, pa da prema tome donese i odgovarajuću presudu.

Karakterističan je i lako uočljiv doprinos tužioca na primeru neupotrebe sigurnosnog pojasa. Naime, tužilac koji nije koristio sigurnosni pojas za vreme vožnje, pa je u saobraćajnoj nezgodi (a bez propusta vezanih za nastanak nezgode), nastradao zbog nevezivanja sigurnosnog pojasa (jer je došlo do nastanka teških ili smrtnih povreda - koje povrede ne bi nastale u uslovima korišćenja sigurnosnog pojasa), na taj način je svojim nepravilnim, nebezbednim odnosno nepropisnim ponašanjem doprineo nastanku odnosno povećanju obima odnosno visine štete svojom greškom.

6.1. Povećanje obima i visine štete zbog greške tužioca – materijalna šteta

Ako je u saobraćajnoj nezgodi učestvovao tužilac upravljajući vozilom brzinom većom od dozvoljene odnosno prilagođene, postoji doprinos tužioca u pogledu obima i visine štete. Iako je to opšte poznata činjenica, kvantificiranje povećanja obima i visine štete u takvim situacijama je bio i ostao problem. Autori su u prethodno radu pokušali da daju praktično primenljiv odgovor dajući i primer i proračun povećanog obima i visine štete, pa su zaključili da nije pravilan proračun ako se proračunom dobija odgovor na pitanje: „Koliko je više utrošeno energije na deformacije zbog brzine od 68 km/h, umesto energije koja bi bila utrošena na deformacije pri brzini od 60 km/h?“, ako su deformacije vozila proporcionalne energijama a ne brzinama vozila.

Ako i kada se za proračun koriste proporcije brzina (a što daje pogrešne rezultate), tada je odgovor na ovo pitanje sledeći:

$$U = \frac{68 - 60}{60} \cdot 100\%$$

$$U = 13,33\%$$

Pri brzini od 60km/h, u odnosu na brzinu 68km/h, oštećenja su manja za u odnosu na oštećenja koja nastaju pri brzini od 68 km/h.

Pravilno je da se za proračun koriste proporcije energija a ne sudarnih brzina, pa je tada odgovor na sledeći:

Pri brzini od 60 km/h, u odnosu na brzinu 68km/h oštećenja su manja za

$$U = \frac{68^2 - 60^2}{60^2} \cdot 100\%$$

$$U = 28,44\%$$

u odnosu na oštećenja koja nastaju pri brzini od 68 km/h.

Primenom ovog proračuna dobija se da su, za uslove ako se tužilac kretao vozilom brzinom 68km/h umesto 60km/h, obim i visina štete povećani za 28,44%, pri brzini 68km/h u odnosu na obim i visinu štete, koji bi nastali pri brzini 60km/h.

Ali to ne znači i da bi energija koju tužilac u trenutku nezgode zbog vožnje brzinom 68km/h umanjnjem za 28,44% bila jednaka energiji koju bi tužilac imao pri brzini 60km/h. Drugim rečima, sud će biti zainteresovan za odgovor na drugačije pitanje, a koje baš i interesuje osiguravajuća društva, tj : „**Za koliko proceneta bi bila manja oštećenja ako bi se u trenutku nastanka saobraćajne nezgode tužilac kretao dozvoljenom brzinom 60km/h umesto brzine 68km/h?**“

Odgovor je sledeći:

$$U = \frac{60^2 - 68^2}{68^2} \cdot 100\%$$

.....(1)

$$U = 22,15\%$$

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

Umanjenje energije koju vozilo ima pri brzini 60km/h u odnosu na energiju koju ima pri brzini 68km/h, je 22,15%.

Formule za proračun smanjenja energije u trenutku sudara, može se napisati u sledećem obliku

$$U = \frac{E_1 - E_2}{E_2} \bullet 100\% \quad \dots\dots\dots(2)$$

Odnosno, pojednostavljena

$$U = \left(\frac{V_1^2 - V_2^2}{V_2^2} \right) \bullet 100\% \quad \dots\dots\dots(3)$$

gde su

$E_1 (V_1)$ - energija (brzina) vozila za dozvoljenu brzinu

$E_2 (V_2)$ - energija (brzina) vozila za veću brzinu

U - umanjeње energije utrošene na deformacije

Na primeru Opštinskog suda u Užicu P.br. 566/96, može se videti da je došlo do oštećenja vozila tužioca i tuženog kao što se to vidi na slikama br. 1 do 6.



Slika 1.



Vozilo tuženog

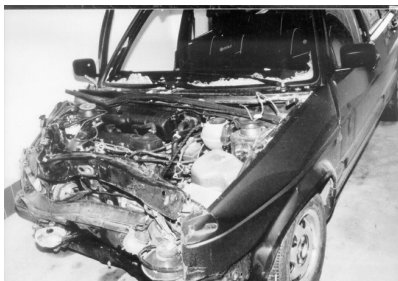
Slika 2.



Slika 3. Vozilo tuženog



Slika 4. Vozilo tužioca



Slika 5. Vozilo tužioca



Slika 6. Vozilo tužioca

U pisanom NALAZU I MIŠLjENjU veštaka stoji:

„Ukoliko Sud utvrdi (zauzme stav) da je na mestu nezgode važilo ograničenje 60 km/h, tada bi na strani vozača MERCEDES-a stajao propust uzročno vezan za nastanak nezgode, odnosno propust vezan za stvaranje opasne prepreke na putanji GOLF-a čime je stvorena opasna situacija.

U tom slučaju vozač GOLF-a bi reagovanjem na isti način i sa istog mesta izbegao nezgodu zaustavljanjem GOLF-a pre sudara. Drugim rečima, vožnja GOLF-a brzinom većom od dozvoljene (najmanje 105 km/h umesto 60 km/h) bila bi propust u uzročnoj vezi sa nastankom ove nezgode i težinom posledica.

Ukoliko je na mestu nezgode važilo ograničenje od 80 km/h, tada bi propust vozača MERCEDES-a bio uzročno vezan za nastanak ove nezgode, odnosno vezan za stvaranje opasne prepreke na putanji GOLF-a čime je stvorena opasna situacija.

U tom slučaju propust vozača GOLF-a ne bi bio vezan za nastanak ove nezgode jer bi reagovanjem na isti način i sa istog mesta došlo do sudara sa MERCEDES-om, ali pri brzini GOLF-a u trenutku sudara od 75,6 km/h.

Veća brzina GOLF-a u trenutku sudara (najmanje 94,2 km/h umesto 75,6km/h) imala je uticaja na težinu posledica.

Naime, pri brzini GOLF-a u trenutku sudara od najmanje 94,2 km/h energija GOLF-a je bila veća od energije koju je GOLF trebalo da ima pri brzini od 75,6 km/h, za 55,33%.

S obzirom da je GOLF trebalo da ima brzinu u trenutku sudara do 75,6 km/h a vožen je brzinom od najmanje 94,2 km/h, to predstavlja povećanje brzine GOLF-a od 24,6% i energije GOLF-a u trenutku sudara za 55,33%.

Što se tiče povreda lica iz MERCEDES-a i lica iz GOLF-a ona su povećana zbog veće sudarne brzine GOLF-a.

Ukoliko je ograničenje na deonici Ovčar Banja - Čačak trebalo da bude 60 km/h tokom cele godine, kao što to stoji u dopisu „Srbijaputa“ Beograd DD Putevi Čačak od 03. 06. 1996.godine, tada bi zbog neodgovarajućeg znaka (ne bi smela da postoji dopunska tabla) GOLF mogao biti vožen 80 km/h, ali bi to onda bio propust² Srbijaputa² Beograd DD Putevi Čačak.

Zbog tog propusta, vožnja GOLF-a brzinom od 80 km/h umesto brzinom od 60 km/h, ne bi bila propust vozača GOLF-a već RO za puteve, po našem mišljenju.“

Proračun povećane visine i obima štete izgledao je ovako:²²

„Energija GOLF-a, pri sudaru brzinom od najmanje 94,2 km/h, veća je od energije pri sudaru brzinom od 75,6 km/h za:

$$E (\%) = (26,12^2 - 20,99^2) : 20,99^2 \cdot 100$$

$$E (\%) = 55,33\%.$$

Citirani proračun se može opisati sledećim stavovima:

- 1. tužilac je trebalo da se kreće brzinom od 75,6km/h u trenutku sudara, ako bi se pravilno kretao pre sudara brzinom od 80km/h**
- 2. zbog brzine tužioca od najmanje 105km/h, tužilac je u trenutku sudara imao brzinu od najmanje 94,2 km/h**
- 3. vozilo tužioca je zbog propusta tužioca imalo povećanu energiju za najmanje 55,33% u trenutku sudara**
- 4. kako su energija i oštećenja vozila proporcionalni, to bi značilo da su zbog tužiočeve greške oštećenja njegovog vozila i vozila tuženog povećana za po 55,33%**
- 5. takav proračun ne znači da bi oštećenja pri vožnji od 75,6km/h umesto brzine od 94,2km/h bila manja za 55,33%**

Ako bi Sud primenio rezultate proračuna i umanjio visinu štete za 55,33% jer bi pošao od toga da bi pri brzini tužioca od 75,6 km/h oštećenja bila manja za 55,33%, ne bi postupio u duhu proračuna. Naime, pravilnom primenom proračuna kao u formuli (3) dobija se sledeći rezultat:

$$U = (75,6^2 - 94,2^2) : 94,2^2 \cdot 100$$

$$U = 35,59\%$$

Prethodno prikazana analiza i proračun, znače da će Sud moći da donese pravilnu presudu znajući da je povećana brzina tužioca uticala na povećan obim i visinu štete u iznosu od 35,59%.

Ovakve analize posebno su značajne u predmetima gde ima više učesnika u saobraćajnoj nezgodi, pa se sudijama koji postupaju u građanskoj materiji, među kojima ima i onih koji nisu vozači odnosno koji su nedavno počeli da rade u građanskoj materiji objektivno ostavlja da po svom slobodnom sudijskom uverenju donesu odluku, koja nije nimalo laka i da oni kvantifikuju procentualno propuste svakog pojedinog učesnika.

Sledeći primer ukazuje upravo na jednu takvu situaciju iz sudske prakse, a takve situacije su česte:

„Imalac motornog vozila u pokretu koje se nije sudarilo sa drugim vozilima, ali je svojim propustom stvorio opasnu saobraćajnu situaciju, koja je prerasla u nezgodu sudarom drugih vozila, je takođe učesnik nezgode, a za štetu koji pretrpi neko od drugih učesnika nezgode ne odgovara solidarno sa ostalim učesnicima, nego svako od njih odgovara srazmerno stepenu svoje krivice“.

Iz obrazloženja:

Do saobraćajne nezgode je došlo propustom na strani vozača „Juga“, koji se kretao ispred automobila tužilje, koji je izvršio polukružno okretanje na levoj saobraćajnoj traci auto puta, i time izazvao opasnu saobraćajnu situaciju i prinudio tužilju da forsiranim kočenjem menja režim kretanja svog vozila, i propustom osiguranika tuženog, jer nije sledio vozilo tužilje na bezbednom rastojanju, pa je zato, i pored toga što je prilikom nastanka opasne situacije takođe forsirano kočio, svojim vozilom od nazad udario u zadnju stranu vozila tužilje, a na strani tužilje nije bilo propusta koji su u uzročnoj vezi sa nastankom predmetne saobraćajne nezgode. ...

Dakle, po članu 178. st. 1. i 2, u vezi sa čl. 176, 154. i 158. ZOO, ***stepen odgovornosti za štetu nastalu u saobraćajnoj nezgodi u kojoj učestvuje više vozila u pokretu, ceni se prema stepenu krivice svih vozača vozila u pokretu koja su učestvovala u nezgodi, što znači u stvaranju opasne saobraćajne situacije, i u pretvaranju te situacije u nezgodu, a ne samo vozača vozila koja su sudarena***, tako da prema ovim odredbama, primenjenim na napred utvrđene činjenice, ***tužilja kao vozač vozila u pokretu nije treće lice iz stava 4. člana 178. ZOO***, da bi joj ostali učesnici solidarno odgovarali za celokupnu nastalu štetu, nego učesnik nezgode, a ni vozač „Juga“, ***koji se nije sudario sa drugu 2 vozila, ali je svojim propustom stvorio opasnu saobraćajnu situaciju, koja je prerasla u nezgodu, nije treće lice, da bi zbog svog doprinosa nezgodi odgovarao solidarno sa osiguranikom tuženog po članu 177. stav 4. ZOO***, nego su sva tri navedena vozača učesnici nezgode, i odgovaraju za štetu srazmerno

stepenu svoje krivice za nastanak nezgode, po članu 178. stav 2. ZOO, zbog čega je prvostepeni sud pogrešno odlučio, kada je propustio da pravilnom primenom navedenih propisa na osnovu utvrđenih činjenica utvrdi stepen krivice i srazmeru podeljene odgovornosti svih navedenih vozača-učesnika nezgode, i srazmerno utvrđenoj podeljenoj odgovornosti njegovog osiguranika, tuženog obaveže da tužilji naknadi srazmeran deo ukupne štete.¹⁶

6.2. Povećanje obima i visine štete zbog greške tužioca – nematerijalna šteta

Važeći Zakon o bezbednosti saobraćaj na putevima (dalje: ZOBS)¹⁷ u odredbi čl. 30. st. 1 u pogledu sigurnosnog pojasa navodi: „Vozač i putnici u motornom vozilu u kome su ugrađeni, odnosno postoje mesta za ugradnju sigurnosnih pojaseva, dužni su da u saobraćaju na putu koriste sigurnosni pojas na način koji je predvideo proizvođač vozila“. Skoro identičnu odredbu u tom pogledu sadržao je i Prethodni Zakon o osnovama bezbednosti saobraćaj na putevima (dalje: ZOBSP)¹⁸ u čl. 35 u kome se navodi: „*Vozač motornog vozila u kojem su ugrađeni sigurnosni pojasevi i lice koje se prevozi tim vozilom dužni su da budu vezani tim pojasevima za vreme dok se vozilo kreće u saobraćaju na javnom putu*“. Nepridržavanje tih propisa povlači prekršajnu odgovornost i po važećem ZOBS u smislu čl. 332a i po prethodnom ZOBSP u smislu čl. 230, st.1 tač. 2.

A o značaju upotrebe sigurnosnih pojaseva u vožnji više nego jasno govore i indikatori bezbednosti saobraćaja koji se odnose na upotrebu istih na prednjim i zadnjim sedištima u periodu od 2013 – 2021. godine gde se uočava značajan, ali još uvek nedovoljan porast upotrebe sigurnosnog pojasa na prednjim sedištima od strane vozača i suvozača sa 68,1% (2013) na 84,5% (2021) dok je upotreba sigurnosnog pojasa na zadnjem sedištu i pored porasta u istom periodu i dalje nedopustivo niska – od 3,1%(2013) na 19,6% (2021).¹⁹ Šta to znači sa aspekta bezbednosti pojedinih kategorija učesnika u saobraćaju ne treba ni govoriti, ali takođe značaj ovih podataka je nesumnjiv i u krivičnim ali i u postupcima

¹⁶ Podaci iz odluke Apelacionog suda u Novom Sadu GŽ 1895/10 od 9. 3. 2011, Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu 2/2011, Intermex, Beograd.

¹⁷ Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, 96/2015, 9/2016 (Odluka Ustavnog suda), 24/2018, 41/2018 (drugi zakon), 41/2018, 87/2018, 23/2019, 128/2020 (drugi zakon).

¹⁸ Zakon o osnovama bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni list SFRJ*, br. 50/88, 63/88, 80/89, 29/90, 11/91, *Službeni list SRJ*, br. 34/92, 13/93, 24/94, 41/94, 28/96, 3/2002, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005.

¹⁹ Agencija za bezbednost saobraćaja, Vrednosti indikatora bezbednosti saobraćaja u vezi sa upotrebom sigurnosnih pojaseva, dečijih zaštitnih sistema, zaštitnih kaciga i prekoračenja brzine u periodu od 2013-2018. godine, 2022.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

za naknadu štetu zbog isticanja podeljene odgovornosti na strani tužilaca u određenim slučajevima od strane tuženih – najčešće osiguravajućih društava.

Karakteristični doprinosi težini i vrsti posledica na strani tužioca su situacije u kojima nastaju povrede (ili smrt) zbog nekorišćenja sigurnosnih pojaseva.

Primer je saobraćajna nezgoda prikazana slikama 7, 8, 9. i 10. koje pokazuju oštećenja JUGA iz kojih veštak nalazi da ne bi došlo do smrtnog stradanja suvozača JUGA ako bi bio vezan sigurnosnim pojasmom u trenutku nastanka saobraćajne nezgode.

Veštak je u svom Nalazu naveo: -, ... na osnovu analize oštećenog JUGA nalazim da je krov Juga na srednjem delu oštećen više nego na desnom kraju, ali je vozač Juga pretrpeo lakše povrede od suvozača koji je smrtno stradao zbog povreda glave.

Do ovakve povrede glave suvozača ne bi došlo u slučaju ako bi vozač bio vezan sigurnosnim pojasmom, pa sam mišljenja da je propust vozača i suvozača Juga zbog toga što nisu bili vezani. Tim propustima su uticali na težinu posledica ove nezgode koja bi bila znatno manja u slučaju da su bili vezani sigurnosnim pojasevima.“



Slika 7. Vozilo tužio



Slika 8. Vozilo tužioca



Slika 9. Vozilo tužioca



Slika 10. Vozilo tužioca

Autori su pokušali, da u ovom delu ukažu praktičnim i stvarnim primerom daju konkretnu, karakterističnu, ilustrovanu i obrazloženu analizu u kojoj meri je propust tužioca zbog nekorišćenja sigurnosnog pojasa bio od uticaja za dosuđivanje naknade štete.

Nevezivanje sigurnosnog pojasa i doprinos tužioca obimu i visini štete, za razliku od obima i visine materijalne štete koji je prethodno pomenut, prepoznato je i u starijoj ali i u novijoj sudskoj praksi. U tom pogledu navodimo pojedine pravnosnažne odluke koje direktno ukazuju na značaj (ne)vezivanja sigurnosnog pojasa i doprinos tužioca obimu i visini štete.

U rešenju Vrhovnog suda Srbije Rev. 3629/00 od 27. 12. 2000. godine navodi se:

„Ukoliko je povreda nastala u saobraćajnoj nezgodi posledica nevezivanja sigurnosnog pojasa, onda ona mora biti od uticaja kod procene podeljene odgovornosti u smislu člana 192. ZOO.“

Iz obrazloženja:

Prema odredbama člana 192. ZOO, oštećenik koji je doprineo da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, ima pravo samo na srazmerno smanjenu naknadu. Prvotučeni je u toku postupka ukazivao na doprinos tužioca, kao vozača i učesnika u predmetnoj saobraćajnoj nezgodi, a koja bi se prema njegovim navodima ogledala u neprilagođenoj brzini i nepoštovanju zakonske obaveze vozača da u vožnji bude vezan sigurnosnim pojasom. Sudovi su utvrdili da je tužilac zadobio povredu koja je teško oštetila njegovo zdravlje. Ne navodeći u razlozima o kakvoj se povredi radi i ne utvrđujući da li bi te povrede ili nastale posledice bile lakše ili manjeg obima da je kritičnom prilikom tužilac bio vezan sigurnosnim pojasom, kako to nalaže odredba člana 35. Zakona o osnovama bezbednosti saobraćaja na putevima. Ove činjenice su od značaja s obzirom da prema navedenoj zakonskoj odredbi ponašanje oštećenog u nekim slučajevima može uticati na smanjenje obima naknade, posebno ako se ona ogleda u propuštanju ili nepreduzimanju određenih mera da bi se dejstvo eventualnih štetnih radnji drugih moglo otkloniti ili umanjiti.

S obzirom da navedene činjenice nisu utvrđene u sprovedenom postupku, to su obe nižestepene presude morale biti ukinute i predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovno suđenje. U ponovnom postupku prvostepeni sud će radi donošenja pravilne odluke o zahtevu tužioca, pouzdano utvrditi odlučne činjenice na koje je napred ukazano, počev od ponašanja stranaka u ovoj parnici kao učesnika u predmetnoj saobraćajnoj nezgodi, koja su u uzročno-posledičnoj vezi sa nastalim štetnim događajem, pa do utvrđivanja same štete i njenog obima, imajući pri tom u vidu da svako postupanje protivno odredbama Zakona o osnovama bezbednosti saobraćaja ne mora imati za posledicu i odgovornost za nastalu štetu ukoliko nije uzrok iste, i obrnuto, da takvo ponašanje iako nije uzrok nastale štete, može doprineti da ta šteta bude manja ili veća, što u svakom

konkretnom slučaju treba utvrditi.²⁰

Na identičnu situaciju ukazuje i Vrhovni kasacioni sud u odluci Rev br. 5302/19 u pogledu nevezivanja sigurnosnog pojasa od strane jednog od učesnika u saobraćajnoj nezgodi:

„ ... kada maloletna lica bez znanja roditelja uzmu i voze automobile, pri čemu nisu osposobljeni za vožnju na njima, nemaju položen vozački ispit i voze neprilagođenom brzinom ukazuje na podjednak doprinos svakog od učesnika u nezgodi koja se dogodila (od po 50%). Imajući u vidu da je i u krivičnom postupku koji vođen protiv ovde okrivljenog DD i u ovom parničnom postupku utvrđeno da nije došlo do kontakta između dva vozila već da je **sada pok. EE zbog neprilagođene vožnje u saobraćaju doveo sebe u opasnu situaciju tako što je prouzrokovao prevrtanje sopstvenog vozila u kome nije bio vezan sigurnostim pojasmom, a da jeste, ne bi ispao na ulicu i ne bi samim tim stvorio iznenađnu i opasnu prepreku za ovde tuženog DD koji ga je kritičnom prilikom pregazio ...**“²¹

Na isti način u pogledu nevezivanja sigurnosnog pojasa od strane suvozača u vozilu – tužioca u konkretnom slučaju u pogledu doprinosa tužioca obimu štete, iako je krivična prijava protiv tuženikovog osiguranika odbačena usled primene načela oportuniteta, odluku je doneo i Viši suši sud u Užicu u odluci GŽ 1398/21:

„ ... Tužilja kao putnik nije doprinela nastanku saobraćajne nezgode, ali je propustom da veže sigurnosni pojas doprinela nastanku svog povređivanja u pravilno utvrđenoj visini od 50%, a time i nematerijalne štete.“²²

Na značaj upotrebe sigurnosnog pojasa u vozilu za vreme vožnje, ukazivale su još i odluke iz starije sudske prakse:

„Prvostepeni sud nije utvrdio činjenično stanje ukoliko nije utvrdio sve okolnosti oko toga da li je tužilac bio vezan sigurnosnim pojasmom ili nije,“²³ odnosno „vezivanje sigurnosnog pojasa je zakonska obaveza predviđena članom 35 Zakona o osnovama bezbednosti saobraćaja na putevima, pa prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja prvostepeni sud uvek mora utvrditi da li je oštećeno lice bilo vezano ili ne (odnosno nevezivanje) imalo uticaj na nastanak štete i u kom obimu.“²⁴

Međutim, svaka saobraćajna nezgoda je slučaj za sebe, pa je i svako nevezivanje sigurnosnog pojasa u pogledu nastanka povreda oštećenog lica slučaj za sebe. Zbog toga, treba imati u vidu i presudu Okružnog suda u Novom Sadu GŽ. br.1130/2000 od 25. 04. 2000. u kojoj se navodi:

²⁰ Podaci iz rešenja Vrhovnog suda Srbije Rev br.36 29/2000, baza sudskih odluka Intermex, Beograd.

²¹ Podaci iz presude Vrhovnog kasacionog suda Rev br.53 02/2019 od 24. 9. 2020.

²² Podaci iz presude Višeg suda u Užicu GŽ br.13 98/2021 od 16. 12. 2021, Izbor sudske prakse 5-6/2021.

²³ Podaci iz rešenja Okružnog suda u Beogradu GŽ br. 16 06/2000 od 14. 3. 2001.

²⁴ Podaci iz rešenja Okružnog suda u Novom Sadu GŽ br. 306 1/2000 od 18. 10. 2000.

„Nema podeljene odgovornosti ukoliko oštećeni vozač motornog vozila nije stavio sigurnosni pojas, a do povređivanja je došlo usled pomeranja deformisanih delova vozila prema telu, a ne pomeranjem tela prema vetrobranskom staklu.“

Iz obrazloženja:

Žalbeni navodi tuženog, da je sud pogrešno utvrdio činjenično stanje u vezi prigovora podeljene odgovornosti, i to radnjom nekorišćenja sigurnosnog pojasa u vreme štetnog događaja, nestoji, iz razloga što je tačno uvrđeno da je do povređivanja tužioca došlo bez obzira na vezanost sigurnosnim pojansom, jer je praktično povreda tužioca došla usled pomeranja deformisanih delova vozila prema telu suvozača, a ne pomeranjem tela tužioca prema šoferšajbni. Takođe, žalbeni navod da je sud meritornu odluku zasnovao na dokazu osporenom od strane tuženog je bez značaja.²⁵

6.3. Povećanje obima i visine štete zbog greške tužioca – nematerijalna šteta (nove situacije u saobraćaju i sudskoj praksi)

U vezi sa sigurnosnim pojasevima i njihovom (ne)upotrebom u vozilu posebno značajni su određeni, prethodno pomenuti podaci o stradanju dece u saobraćaju kao i podaci o pravilnoj upotrebi sigurnosnog pojasa i dečijih zaštitnih sistema kada su deca u pitanju.

Naime, indikatori bezbednosti saobraćaja koji se odnose na upotrebu dečijih zaštitnih sistema za mlađu (0-3 godine) i stariju decu (4-12 godina) u periodu od 2013 – 2021.godine ukazuju na značajan, ali još uvek nedovoljan porast upotrebe tih zaštitnih sistema od 18,1%(2013) na 57,9% (2021). To ukazuje da roditelji ne znaju kako se pravilno upotrebljavaju dečiji zaštitni sistemi u vozilima – kako pravilno vezati sigurnosni pojas u vozilu na zadnjem sedištu u zavisnosti od godina života maloletnog deteta u skladu sa njegovim uzrastom odnosno visinom, odnosno kako pravilno postaviti i obezbediti zaštitno sedište u vozilu sa maloletnim detetom uzrasta od 0-3 godine na zadnjim sedištima u vozilu.

Šta to praktično znači sa aspekta podeljene odgovornosti za nastanak štete na strani tužioca, smatramo da ne treba posebno ni objašnjavati!

U do sada objavljenoj sudskoj praksi nadležnih sudova autori nisu pronašli nijednu odluku u kojoj se ukazuje na doprinos tužilaca za nastanak štete zbog neadekvatne upotrebe dečijih zaštitnih sistema, a podaci o stradanju dece u vozilima koji su pomenuti u ovom radu opominju!

²⁵ Podaci iz rešenja Okružnog suda u Novom Sadu Gž br.1130/2000 od 25. 4. 2000.

7. Zaključak

Saobraćaj se odvija u kontinuitetu. Putnički saobraćaj je najzastupljeniji vid saobraćaja u kome dolazi do saobraćajnih nezgoda sa najrazličitijim posledicama. U radu su predstavljeni poslednji zvanično objavljeni podaci o saobraćajnim nezgodama u Srbiji, kao i pojedini podaci o stradanju dece u putničkim vozilim odnosno upotrebi sigurnosnih pojaseva i dečijih zaštitnih sistema u vozilima.

Imajući u vidu pojedine situacije u praksi autori su pokušali u radu da kroz prikaze pojedinih konkretnih primera iz prakse ukažu kako se može preciznije, nego što se to obično u sudskoj praksi radi, pravilno kvantifikovati doprinos pojedinih učesnika u saobraćajnim nezgodama u kojima je nastupila prevashodno materijalna šteta.

Osim toga, ukazali su kroz konkretan primer iz sudske prakse i na doprinos oštećenog – tužioca u parničnom postupku zbog nevezivanja sigurnosnog pojasa i kako isti utiče na obim i visinu štete – pojedinih oblika nematerijalne štete.

U pogledu podeljene odgovornosti ukazano je i na najvažnije načelne stavove i zaključke najviših pravosudnih organa iz bivše zajedničke države, koji se u sudskoj praksi u Republici Srbiji i danas primenjuju.

Smatramo da je rad od značaja za pravosuđe u kome je u toku smena generacij, gd ima mnogo novih mladih sudija, kojima ova razmišljanja mogu da budu korisna u radu kao i pojedini primeri iz sudske prakse koji su navedeni. Takođe, rad je značajan i za osiguravajuća društva, da njihovi predstavnici u praksi prepoznaju i pojedine nove situacije u saobraćaju kada nastupi štetni događaj i da procene da li u tim situacijama mogu sa uspehom da istaknu prigovor podeljene odgovornosti.

* * *

TRAFFIC DAMAGE COMPENSATION - SHARED RESPONSIBILITY IN PRACTICE

Summary

When traffic accidents occur, it most often happens that it is a matter of shared responsibility, so very rarely traffic accidents are resolved without procedures in which the shared responsibility of the participants in the accident is determined. There are rare works that deal with calculations of the amount and extent of damage, and especially rarely, the plaintiff's contribution to the consequences is determined by expert testimony and calculations. The authors have already stated their position before, but by working further they came to

improved results. The method presented in this work can help judges, prosecutors in civil proceedings and representatives of injured parties in the assessment of objectification and quantification and calculation of the impact of the prosecutor's mistake on the amount and scope of damages.

Keywords: Traffic accidents, shared responsibility, contribution of the injured party to the amount of damage.

Slobodan Stanišić*

OBEZBJEĐENJE NAKNADA ŠTETE U OBLIKU NOVČANE RENTE I ISPLATA UKUPNE SVOTE

Apstrakt

Nestabilnost globalnih tržišta, učestale političke i ekonomske krize, konstantna fluktuacija vrijednosti najvažnijih svjetskih valuta, inflatorna kretanja, kao i mnoge druge destabilizirajuće okolnosti, posredno ili neposredno utiču na mogućnost dužnika rente da izvršava svoje obaveze. Obezbjedenje naplate potraživanja naknade štete u obliku novčane rente se aktualizuje isključiv o u slučaju kada se radi o novčanoj obavezi koja se ne izvršava odmah i jednokratno, nego za ubuduće, u jednom dužem vremenskom periodu u kojem dužnik rente, zbog nastupanja raznih okolnosti, može doći u situaciju da obavezu nije u u stanju da izvrši. Realizacija njegove obaveze u dužem vremenskom periodu u budućnosti, postaje nesigurna, pa čak i neizvjesna za oštećenoga, pogotovo u slučajevima kada se, na primjer, imovno stanje dužnika rente, očigledno ili sasvim izvjesno, pogoršava, prijeteci da rezultira njegovom potpunom i trajnom insolventnošću. U takvim slučajevima se kao opravdano i korisno rješenje nameće sveobuhvatno legislativno uređenje obezbjedenja isplate naknade štete u obliku rente. Ustanovljenjem posebnog prava povjerioca naknade štete u obliku novčane rente da zahtijeva od dužnika obezbjedenje za isplatu navedene naknade oštećenom je pružen viši stepen sigurnosti u realizaciji njegovog potraživanja. Ne pruži li dužnik rente potrebno obezbjedenje koje na zahtjev povjerioca rente odredi sud, povjerilac novčane rente stiče pravo da zahtjeva da mu se umjesto rente isplati jedna ukupna svota.

Ključne riječi: *novčana renta, insolventnost dužnika, obezbjedenje, isplata ukupne svote.*

* Doktor pravnih nauka, advokat i redovni profesor univerziteta, doktor pravnih nauka; Fakultet pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“, Banja Luka, e-mail: advokat@blic.net

1. Porijeklo, pojam i osobine naknade štete u obliku novčane rente

Riječ renta vodi porijeklo iz francuskog jezika, ali je prisutna i u drugim jezicima.¹ U izvornom značenju, renta je „...čist prihod od zemljišta, zgrada i kapitala koji se ostvaruje, bez rada, na osnovu svojine na nepokretnosti i novcu.“² Međutim, ovaj opšti pojam rente nema mnogo zajedničkog sa pojmom rente u odštetnom pravu o kojem će biti riječi u predstojećim izlaganjima.

Naime, obaveza koja se nameće odgovornom licu povodom prouzrokovanja štete može biti utvrđena kao *naturalna* ili *novčana*. Novčana obaveza naknade štete može biti određena u jednom ukupnom iznosu. Ovako određen ukupan iznos naknade štete u novcu se, po pravilu, plaća odjednom, jednim aktom davanja. Ipak, moguće je odrediti da se ovakav (ukupan) iznos novčane naknade štete plati u jednakim mjesečnim obrocima (ratama), stim što ovaj obročni način plaćanja već postojećeg iznosa duga na ime naknade štete, još ne znači da se radi o renti kao obliku novčane naknade štete. Da bi se radilo o renti, potrebno je da se radi o *budućoj šteti*, dakle, šteti čiji ukupan iznos nije unaprijed poznat u trenutku odlučivanja o zahtjevu za naknadu štete.³ Jedina sličnost rente sa naknadom, ukupne, već postojeće štete, je u tome, što se i novčana renta kao buduća šteta, takođe može odrediti u periodičnim, najčešće mjesečnim, po pravilu, jednakim novčanim iznosima (obrocima) kao dijelovima buduće ukupne štete koja će pogoditi oštećenoga za vrijeme trajanja njegovog života ili za određeno vrijeme. Prema tome, pod pojmom rente u odštetnom pravu se podrazumijeva „...poseban oblik novčane naknade štete čiji ukupan iznos nije unaprijed određen, nego su određeni iznosi pojedinih obroka koji se imaju isplaćivati u određenim vremenskim razmacima radi naknade štete koja će se ostvarivati u budućnosti.“⁴ „Izraz renta označava naknadu štete u novčanom obliku čiji ukupan iznos nije izvestan u vreme odlučivanja, a plaća se ubuduće, u određenim jednakim obrocima.“⁵

Dosuđivanje naknade štete u obliku novčane rente nije pravilo, već izuzetak od pravila da se štetna posljedica sanira naturalnom restitucijom. Naime, kada naturalna restitucija nije moguća, šteta se, kada za to postoje zakonski uslovi

¹ franc. *rente*; engl. *rent, annuity*; njem. *Rente* - čist, regularan prihod od kapitala, imovine ili zemljišta ostvaren bez rada, dakle, koji od vlasnika kapitala ne zahtjeva nikakve preduzetničke djelatnosti – navedeno prema B. Klajić, *Rječnik stranih riječi A-Ž*, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb 1981, 1153.

² I. Babić, *Građansko pravo, Knjiga 4 - Obligaciono pravo – Opšti deo, Knjiga 4*, JP Službeni glasnik, Beograd 2016, 384-385, fn. 1077.

³ Tako i O. Stanković, *Naknada štete*, Nomos, Beograd 1998, 367.

⁴ S. Petrić et al, *Pravni leksikon* (ur. V. Pezo), Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb 2007, 1400.

⁵ I. Babić, 384-385.

i kada to oštećeni zahtijeva, može odrediti u novcu, u obliku jednog ukupnog novčanog iznosa ili u pojedinim mjesečnim, unaprijed utvrđenim, novčanim iznosima (obrocima).

Naknadu štete u obliku novčane rente posebno karakteriše i mogućnost da se ona, pod zakonom propisanim uslovima, pretvori u jedinstvenu i jednokratnu obavezu koja dospijeva, odmah po njenom određivanju odnosno presudnju i da se izrazi u novcu, u vidu „jedne ukupne svote“.⁶

Za ovo pretvaranje rente u jedinstvenu i jednokratnu novčanu obavezu se u literaturi i sudskoj praksi često koristi naziv *kapitalizacija rente*, dok se za sam ukupan iznos ove naknade štete upotrebljavaju nazivi „*kapital*“⁷, „*kapitalizirana renta*“⁸, „*kapitalizirana naknada*“⁹ i drugi. Iako u svojoj suštini predstavljaju *contradictio in adiecto*,¹⁰ nazivi „kapitalizacija rente“, odnosno „kapitalizirana renta“ su, zbog svoje česte i masovne upotrebe u svakodnevnom pravnom riječniku, ipak stekli pravo građanstva. Njihovom upotrebom se ne čini nikakva suštinska greška, nego se samo ukazuje na zakonsku mogućnost pretvaranja periodične obročne naknade novčane štete u naknadu koja se isplaćuje u jednom ukupnom, jednokratnom iznosu tj. „*jedanput za svagda*“.¹¹

⁶ Čl. 188, st. 4 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

⁷ L. Ripert, *La reparation du prejudice dans la responsabilite delictuelle*, Paris 1933, No. 173.

⁸ Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 1131/65 od 27. 04. 1965 godine, *Zbirka sudskih odluka*, Knjiga X, svesk , odluka br. 18 i rješenje Vrhovnog suda Srbije br. Gž. 3221/71 od 13. 09. 1971 godine – O. Stanković, 461 fn. 232.

⁹ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gž.22255/58 od 04.02.1959 godine – O. Stanković, 461 fn. 233.

¹⁰ lat. *contradictio, onis* – protivrječnost; lat. *adiectio, adjectio* – baciti, odbaciti, priložiti, dodavati; lat. *cotradictio in adiecto (adjecto)* - unutrašnja, nesavladiva proturječnost u samom razmatranom pojmu (npr., okrugli četvorougao, istinoljubivi lažljivac i slično); Izvor: <https://jezikoslovac.com/word/rmca>, datum pristupa 07. 06. 2022.

¹¹ Sintagma „*jedanput za svagda*“ je upotrebljena za označavanje naknade štete u obliku novčane rente koja se, na osnovu sporazuma odgovornog i oštećenog lica, isplaćuje u vidu jedne ukupne svote, dakle, u kapitaliziranom iznosu (čl. 6, st.1 srpskog Zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri železničkom saobraćanju od 21.04.1885 godine, Zbornik br.41, 199), čija su pravila objavljena u djelu M. Vukovića, „Pravila građanskih zakonika“, Dodatak XXXIII: „Posebni propisi o šteti“, IP Školska knjiga, Zagreb 1961, 1060-1062.

2. Naknada štete u obliku novčane rente, naknada obične štete i izmakle koristi

Pojmove „*naknada štete u obliku novčane rente*“ odnosno „*novčana renta*“, koji se odnose na naknadu koja se plaća za štetu koja će tek nastupiti u budućnosti, treba razlikovati od pojmova „*naknada obične štete*“ i „*naknada izmakle koristi*“, koji se odnose na naknadu koja plaća za štetu koja je već nastupila i koja postoji.

Drugim rječima, u obliku novčane rente se nadoknađuje *buduća šteta*, što ovu naknadu udaljava od naknade obične, već nastale i postojeće štete, ali je u izvjesnom smislu približava pojmu izmakle koristi kao vidu materijalne buduće štete. Dok se visina rente utvrđuje na dan presuđenja, dosuđuje za ubuduće i plaća mjesečno unaprijed, naknada na ime izmakle koristi se utvrđuje u cjelini i to u vrijeme presuđenja, ali se ne plaća mjesečno unaprijed. Dosuđenu rentu sud može, na traženje oštećenog ili štetnika, povećati, smanjiti ili ukinuti, dok to nije moguće u slučaju naknade obične štete ili izmakle koristi, s obzirom da se dosuđuje u cjelosti i to u vrijeme presuđenja. Ove razlike uočila je i sudska praksa.¹²

Sud može da oštećenom dosudi naknadu materijalne štete u obliku novčane rente, doživotno ili za određeno vrijeme, u slučaju „...*smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja*...“¹³ i to:

- ***zbog gubitka održavanja ili redovnog pomaganja koje je usmrćeno lice davalo***,¹⁴
- ***zbog gubitka zarade usljed nesposobnosti za rad*** koju bi oštećeni ostvarivao da nije tjelesno povrijeđen odnosno da mu zdravlje nije trajno narušeno,¹⁵
- ***zbog trajno povećanih potreba oštećenoga***,¹⁶
- ***zbog uništenja ili smanjenja mogućnosti daljeg razvijanja i napredovanja usljed potpune ili djelimične nesposobnosti oštećenoga za rad***.¹⁷

¹² „Materijalna šteta zbog izgubljene zarade i renta nisu iste kategorije. Renta je buduća naknada štete, utvrđuje se u visini na dan presuđenja i dosuđuje ubuduće. Šteta koja je nastupila do presuđenja nema karakter rente već naknade štete zbog izgubljene zarade usljed nesposobnosti za rad.“ (Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. br.1582/06 od 07. 12. 2006. godine, te presude Opštinskog suda u Beogradu br.P.7514/03 od 17. 06. 2005 i Okružnog suda u Beogradu br. Gž.5223/06 od 12.04.2006 godine – Bilten Okružnog suda u Beogradu br. 75/2007, Intermex, Beograd – I. Babić, 283, fn. 770.

¹³ Čl.188 st.1 ZOO.

¹⁴ Čl.194, st.1 i 2 ZOO.

¹⁵ Čl. 195, st.1 ZOO.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

Novčana renta će se, na primjer, dosuditi doživotno, ako je oštećeno lice (povjerilac rente), usljed tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja postalo trajno nesposobno za rad, dok će se dosuditi samo za određeno vrijeme, u slučaju privremene nesposobnosti za rad i to za vrijeme dok ta nesposobnost traje, kao i u slučaju ako je oštećeno lice dobijalo pomoć od usmrćenog lica radi školovanja, kada će mu sud dosuditi novčanu rentu samo do završetka školovanja.

I naknada nematerijalne štete se može dosuditi u obliku novčane rente, pogotovo, ako to zahtijeva sam oštećeni, ako se radi o tjelesnom oštećenju sa teškim posljedicama i ako naknada štete u rentnom obliku predstavlja za oštećenoga odgovarajuću satisfakciju.¹⁸ Dilemu pravne nauke¹⁹ i sudske prakse u pogledu mogućnosti rentnog dosuđivanja naknade nematerijalne štete, koja je i danas prisutna, po našem mišljenju, otklonio je Načelni stav usvojen na Zajedničkoj sjednici Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ od 07. i 08. 05. 1981 godine.²⁰

Specifičnost naknade štete u obliku novčane rente je u tome što se određuje u jednakim i tačno utvrđenim mjesečnim iznosima za štetu koja će nastupiti tek u budućnosti. Kod ovakvog stanja stvari se, pored pitanja ukidanja i izmjene već dosuđene naknade štete u obliku novčane rente o kojima ovdje nećemo dalje elaborirati, postavlja još jedno važno pitanje koje je u fokusu naših razmatranja. Riječ je o obezbjeđenju ostvarenja prava oštećenog na naknadu štete u obliku novčane rente ili bolje rečeno - o *obezbjeđenju rente*, uslovima pod kojima se davanje obezbjeđenja za isplatu naknade štete u obliku novčane rente može odrediti i posljedicama koje mogu nastati u slučaju kada dužnik rente ne pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu novčaner rente koje je sud odredio.

3. Obezbjedenje izvršenja obaveze dužnika rente

3.1. Opšta razmatranja

Izvršenje obaveze plaćanja novčane rente isplaćivanjem prethodno utvrđenih, po pravilu jednakih novčanah iznosa, vrši se periodično, najčešće mjesečno, a rijeđe, tromjesečno ili polugodišnje i ima za cilj da omogući

¹⁸ A. Filipović, Z. Petrović, N. Petrović, „Naknada štete u obliku rente“, *Naknada štete u obliku rente* (ur. Z. Petrović), Euromedia d.o.o. , Budva 2002, 16; M. Ilešić, *Odškodnina v obliki rente po Zakonu o obligacijskih razmerij*, Ljubljana 1979, 2; D. Medić, „Osnovni teorijski i praktični problemi naknade štete u obliku rente“, *Pravo- teorija i praksa* 1-2/2003, 35.

¹⁹ V. Vukčević, „Naknada buduće nematerijalne štete“, *Pravni život* 9-10/1992, 1539.

²⁰ „Naknada nematerijalne štete (zbog umanjenja životne aktivnosti i drugih njenih trajnih oblika) dosuđuje se u jednokratnom novčanom iznosu, ali može, na zahtev oštećenog, biti dosuđena i u obliku novčane rente ako takav oblik naknade, prema okolnostima datog slučaja, predstavlja odgovarajuću satisfakciju.“

ravnomjerno zadovoljavanje svakodnevnih egzistencijalnih potreba oštećenog.²¹ To je bila i intencija zakonodavca kada je propisao da „*poverilac ima pravo da zahteva potrebno obezbeđenje za isplatu rente, osim ako prema okolnostima slučaja to ne bi bilo opravdano*“.²² Obezbeđenje blagovremenog i ravnomjernog izvršenja obaveze dužnika rente od posebne je važnosti za oštećenog. Određivanjem obezbeđenja za izvršenje ove obaveze dužnika rente se, bez svake sumnje, doprinosi ostvarenju cilja koji se dosuđivanjem ovoga vida naknade štete želi postići. Obezbeđenje izvršenja obaveze dužnika rente je naročito značajno zbog mogućnosti nastupanja njegove insolventnosti u periodu u kojem se naknada štete u obliku novčane rente ima isplaćivati.

Pitanje obezbeđenja realizacije potraživanja oštećenoga se aktualizuje isključivo u slučaju kada se radi o renti kao novčanoj obavezi koja se ne izvršava odmah i jednokratno (kakva je situacija kod tzv. prirodne naknade ili naknade štete dosuđene u jednokratnom iznosu), nego za ubuduće (*pro futuro*), u jednom dužem vremenskom periodu u kojem dužnik rente, zbog nastupanja raznih okolnosti, čak i protiv svoje volje, može doći u situaciju da obavezu nije u u stanju da izvrši. Učestale političke i ekonomske krize, nestabilnost tržišta, inflatorna kretanja i česte promjene nominalnih vrijednosti svjetskih valuta, regionalni ratovi kao i mnoge druge destabilizirajuće okolnosti su vjerna sjenka savremenog doba. One kao Damoklov mač prijete imovini fizičkih i pravnih lica utičući tako, na neposredan ili posredan način, na mogućnost ovih subjekata da izvršavaju svoje obaveze. Takve nepovoljne okolnosti mogu da pogode i samog dužnika periodičnog rentnog novčanog davanja, tako da realizacija takvog obročnog plaćanja u jednom dužem vremenskom periodu u budućnosti nije uvijek sigurna za oštećenoga, pogotovo u slučajevima kada se, na primjer, imovno stanje dužnika rente, u jednom dužem vremenskom periodu, očigledno i sasvim izvjesno, pogoršava,²³ prijeteći da rezultira njegovom potpunom i trajnom insolventnošću.

3.2. Usporedno pravo

Realna opasnost od nastupanja insolventnosti dužnika u vremenskom periodu koji je određen za plaćanje naknade štete u obliku novčane rente koja može dovesti u pitanje i samu egzistenciju oštećenog je bila razlog da se u legislativi nekih zemalja uredi pitanje obezbeđenja plaćanja novčane rente. Neki pravni sistemi, kao što su, na primjer, švajcarski i kineski, propisuju „... da se naknada u obliku rente može dosuditi samo ako se istovremeno dužnik

²¹ M. Toroman *et al.*, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (ur. B. Blagojević), Savremena administracija, Beograd 1983, 698.

²² Čl. 188, st. 3 ZOO.

²³ B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 2, čl. 158-453*, Zagreb 1978, 837.

obaveže da dà obezbjeđenje...“²⁴ uslovljavajući na ovaj način donošenje odluke o naknadi štete u obliku novčane rente istovremenim obavezivanjem dužnika na davanje obezbjeđenja (garancije) da će se utvrđena obaveza naknade štete u obliku novčane rente plaćati za svo vrijeme za koje je određena.

Obezbjeđenje plaćanje rente predviđeno je i u Njemačkom Građanskom zakoniku, ali na nešto drugačiji način. Za novčanu rentu, njemački Građanski zakonik upotrebljava naziv „*novčani prihod*“, a za obezbjeđenje plaćanje rente - riječ „*sigurnost*“. Naknada štete u obliku novčane rente se dosuđuje „ako je usljed povrede tijela ili zdravlja tekovinska sposobnost povrijeđenog prestala ili umanjena ili ako su njegove potrebe uvećane.“²⁵ Ova naknada se dosuđuje i za štete koje trpe treća lica usljed smrti lica koje je bilo dužno da ih izdržava, štete nastale zbog smrti, tjelesne povrede, oštećenja zdravlja, oduzimanja slobode, kao i ako je povrijeđeni po sili zakona bio obavezan trećem na službu u njegovom kućanstvu ili obrtu, u kojim slučajevima dužnik ima obavezu dati trećem licu naknadu za izgubljenu službu plaćanjem rente.²⁶ Donošenje odluke o rentnoj obavezi se neposredno ne uslovljava istovremenim obavezivanjem dužnika na davanje „obezbjeđenja“, nego sud, „prema okolnostima“ cijeni odnosno određuje da li obavezani na naknadu štete u rentnom obliku mora dati obezbjeđenje, na koji način i u kojem iznosu će dati to obezbjeđenje.²⁷

Bivši građanski kodeksi koji su se primjenjivali u jugoslovenskim zemljama između dva svjetska rata (Opšti austrijski građanski zakonik, Srpski građanski zakonik i Opšti imovinski zakonik), nisu uredili materiju obezbjeđenja naknade štete u obliku novčane rente niti mogućnost isplate ovog vida materijalne štete u jednom ukupnom (kapitaliziranim) iznosu, ali je takva mogućnost ipak postojala, jer se takav zaključak, na posredan način, može izvesti iz smisla upotrebljenih riječi i izraza sadržanih u navedenim zakonskim propisima,²⁸ ali i iz odluka Vrhovnog suda u Beču.²⁹

²⁴ „Naknada štete u obliku rente se može dosuditi samo ako se dužnik u isto vrijeme obaveže da dà obezbjeđenje“ (čl. 43 st.2 Švajcarskog zakonika o obligacijama); v. čl. 193 st. 2. Kineskog građanskog zakonika – citirano prema O. Stanković *et al.*, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom drugi, Službeni list SFRJ, Beograd 1978, 334.

²⁵ § 843 st.1 Njemačkog građanskog zakonika.

²⁶ § 845 Njemačkog građanskog zakonika.

²⁷ „Prema okolnostima se određuje da li obavezani na naknađivanje ima dati „sigurnost“, na koji način i u kojem iznosu.“ (§ 843 st. 2 Njemačkog građanskog zakonika).

²⁸ § 1325 u vezi sa § 1323 Austrijskog opšteg Građanskog zakonika (ABGB), § 820 Srpskog Građanskog zakonika i čl.579 Opšteg imovinskog zakonika (OIZ).

²⁹ Rješidbe Vrhovnog suda u Beču od 28. 08. 1884 godine i od 08. maja 1855, br. 4225 od – navedeno prema A. Rušnov, *Tumač općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, Knjiga druga, §§ 531-1502*, Tisak i naklada knjžare L. Hartmana, Zagreb 1910, 653-654, fn. 4 i 5.

„No, ako je ozljeda u tijelu takova, da potegne za sobom ozlijeđenomu gubitak ili postojanu slabost govorenja, vida ili sluha, gubitak sposobnosti radne, oka, mišice ili ruke ili drugo koje znamenito osakaćenje ili izopaćenje ili vjekovita nemoć, neizlječivu bolest ili poremećenje uma, tako da nije prilike da će ikada uopšte ozdraviti ili vjekovitu nesposobnost povrijeđenoga, za moći izvršavati zvanje svoje, - ima pravo zahtijevati na ovakav način oštećeni odštetu za izmaklu mu time buduću zaslužbu. Ova se ima sastojati obzirom na propis §1323 O.G.Z (ABGB) u ekvivalentu ravnom iznosu, što bi ga bio zaslužio oštećenik u svom obrtu ili po svom zvanju da ga nije stigla jedna od gore navedenih nesreća odštete u tijelu nanešene mu po dotičnom krivcu. Kako i u kojem iznosu, ima se ova odšteta odmjeriti, ima se prepustiti rasuđenju sudca uvažanjem svih okolnosti. Najviše odgovara naravi i učinku ovakve povrede u tijelu da se odšteta ustanovi u iznosu godišnjeg prihoda (rente), koji bi imao dotičnom povrijeđeniku platiti oštetio. Ali ne može se izključiti po okolnostih ni odmjerjenje odštete sastojeće se u godišnjoj glavnici. Za gore navedene vrste povreda ne treba u pravilu dokaza da bi imao ubuduće povrijeđenik stanovitu zaslužbu ili da je njemu time izmakla kako dobit, jer se predmnijeva (pretpostavlja – prim autora) da bi ubuduće stekao onoliko koliko si je stekao bio do sada.“³⁰

Mogućnost dosuđivanja *godišnje rente* koja se ima plaćati mjesečno unaprijed kao novčane naknade *pro futuro* i obezbjeđenja rente su, međutim, bili propisani posebnim zakonskim propisima kao što su, na primjer: *Hrvatski zakon o dužnostima željezničkih pothvatništava* od 08. 12. 1877. godine koji je objavljen u Zborniku hrvatskih zakona br. 17 iz 1877 godine³¹, *Zakon o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri željezničkom saobraćanju* od 21. 04. 1885. godine objavljenog u Zborniku br.41 iz 1885 godine³² i drugi. Na osnovu pomenutih zakonskih propisa, sud je bio ovlašten da odluči o visini naknade štete u obliku novčane rente kao i obezbjeđenju plaćanja dosuđene rente.³³

³⁰ *Ibid.*

³¹ §§ 5 i 6 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08. 12. 1877 godine čija su pravila objavljena u djelu M. Vukovića, *Pravila građanskih zakonika, Dodatak XXXIII. Posebni propisi o šteti*, IP Školska knjiga, Zagreb 1961, 1058-1060.

³² Čl. 6 i 8 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri željezničkom saobraćanju od 21. 04.1885. godine (Zbornik br. 41, 199) čija su pravila objavljena u djelu M.Vukovića, 1060-1062.

³³ „Sudac ima po svom razboru, ocjenjiv dotične okolnosti, ustanoviti odštetnu svotu i odlučiti, da li je *pothvatništvo* dužno dati **sigurnost**, na koji način i do koje svote.“ (§ 5 st.1 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08. 12. 1877. godine); „Ako stranke ne ugovore inako, imade sudac odštetu za gubitak ili oslabljenje privredne snage, pa i odštetu troškova za uzdržavanje i troškova odgojnih, dosuditi u **godišnjoj renti**, koja će se unaprijed svakog mjeseca plaćati.“ (§ 5 st.2 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08. 12. 1877 godine); „Prema svim okolnostima sud će po svom nahođenju suditi o količini štete kao i o tome, da li će se, na koji način i ukoliko da

Prema navedenim propisima, štetnik i oštećeni, ne mogu, ugovorom, objavom, odlukom, ili nekim drugim aktom, unaprijed, isključiti ili umanjiti zakonsku obavezu naknade štete, dakle, ne mogu sporazumno isključiti ili smanjiti zakonom ustanovljenu odgovornost za štetu.³⁴

Međutim, štetnik i oštećeni su se mogli sporazumjeti da se šteta plaća ili **u obliku novčane rente**, periodično i unaprijed ili **da se plati odjednom**, jednom ukupnom svotom („*odsečnom svotom jednom za svagda*“), dakle, kapitalizirano. Ako o tome nema sporazuma, sud će naknadu štete za „*gubitak ili oslabljenje privredne snage, pa i odštetu troškova za uzdržavanje i troškova odgojnih, dosuditi u godišnjoj renti koja će se unaprijed svakog mjeseca plaćati*.“³⁵ Prema tome, „...*ako se strane ne slože na odsečnu sumu jednom za svagda*...“, sud će nakon ocjene svih okolnosti konkretnog slučaja ustanoviti „odštetnu svotu“ (visinu rente, primj. autora) i odlučiti da li će štetnik biti dužan da pruži obezbjeđenje, na koji način i u kojem iznosu.³⁶

Ovdje treba napomenuti i to, da iz smisla navedenih propisa takođe proističe da su se štetnik i oštećeni mogli sporazumjeti kako u pogledu visine naknade štete, tako i pogledu načina njenog plaćanja. Ako bi se dogovorili o visini naknade štete u vidu rente, postojala je, takođe mogućnost da se sporazume i na koji način će se izvršenje obaveze plaćanja ugovorene rente obezbjeđiti ugovaranjem određenih zakonom predviđenih sredstava stvarnog ili ličnog obezbjeđenja. Tek ako, o ovim pitanjima nije bilo dogovora, sud je bio ovlašten da na zahtjev oštećenog odredi da li će štetnik i u kojem obimu biti dužan da pruži obezbjeđenje za isplatu rente. Dakle, i po predratnim propisima, kao i danas, oštećenom je dato pravo da zahtjeva da sud, vodeći računa o svim okolnostima konkretnog slučaja, naloži odgovornom licu da pruži obezbjeđenje za isplatu naknade štete u obliku novčane rente.

Navedena pravna pravila bivših građanskih zakona koristili su jugoslovenski građanski sudovi nakon drugog svjetskog rata sve do stupanja na snagu ZOO, te se u tom pogledu već tada razvila bogata sudska praksa koja je otvorila mogućnost da se naknada štete, po pravilu, plaća u obliku novčane

obezbеди dosuđena naknada i izdržavanje. Ovo izdržavanje može se dosuđivati u vidu godišnjeg uživanja, ako se strane ne slože na odsečnu sumu jedanput za svagda.“ (čl. 6 st. 1 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću i telesnom povredom pri željezničkom saobraćaju od 21. 04. 1885. godine).

³⁴ § 4 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08. 12. 1877. godine i čl. 4 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću i telesnom povredom pri željezničkom saobraćaju od 21. 04. 1885.

³⁵ § 5, st. 2 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08. 12. 1877.

³⁶ § 5 st. 1 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08. 12. 1877 i čl. 6, st. 1 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri željezničkom saobraćaju od 21. 04. 1885.

rente, a izuzetno i u kapitalizovanom iznosu.³⁷

I prof. Konstantinović je u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima predvidio pravo povjeriocu rentnog potraživanja da, u opravdanim slučajevima i pod određenim uslovima, zahtjeva od dužnika potrebno obezbjeđenje za isplatu naknade štete u obliku novčane rente, ali samo ako je dužnik rente fizičko lice.³⁸ Naime, u društvu koncipiranom na socijalističkoj ekonomskoj doktrini i planskoj privredi, u vrijeme kada je država garantovala i subvencionirala finansijsku moć i djelatnost svih pravnih lica i njihovu održivost u pravnom prometu, finansijska stabilnost i solventnost pravnih subjekata, kao što su, na primjer, državna privredna preduzeća, banke, osiguravajuća društva i drugopravnih lica se uopšte nije dovodila u pitanje, a time i njihova mogućnost da u jednom dužem vremenskom periodu u budućnosti, redovno i uredno ispunjavaju obavezu plaćanja naknade štete u obliku novčane rente. To je bio jedan od ključnih razloga zbog kojeg je u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima bilo predviđeno da oštećeni ima pravo da traži obezbjeđenje rente samo ako je dužnik rente fizičko lice. Nasuprot navedenom, trajna solventnost u pogledu redovnog i urednog ispunjavanja novčane rentne obaveze u dužem vremenskom periodu u budućnosti, realno se nije mogla očekivati od fizičkih lica koja su u ekonomskom i finansijskom smislu, bila neuporedivo slabija od državnih pravnih subjekata.

Međutim, ubrzo se uočilo da i pravna lica koja su funkcionisala na principima socijalističke privrede mogu dospjeti u finansijske teškoće i tako, privremeno ili trajno, prestati da servisiraju svoje obaveze. To je bio razlog što se zakonodavac odlučio na drugačije zakonsko rješenje prema kojem se oštećenom, po pravilu, priznaje pravo da od suda zahtjeva obezbjeđenje isplate rente, bez obzira na to da li je dužnik obaveze fizičko ili pravno lice. Ovo pravo je samo načelno priznato oštećenom, stim da stvarna realizacija toga prava, tj. samo određivanje obezbjeđenja zavisi od ocjene suda da li okolnosti konkretnog slučaja opravdavaju donošenje takve odluke.

3.3. Obezbjedenje izvršenja obaveze novčane rente prema Zakonu o obligacionim odnosima

I Zakon o obligacionim odnosima, takođe, načelno, priznaje pravo povjeriocu naknade štete u obliku novčane rente da zahtijeva potrebno

³⁷ „Zato što je radna sposobnost podložna promjenama, daje se naknada štete u pravilu u obliku rente, a izuzetno u jednom iznosu za svagda.” Vidi odluku Vrhovnog suda NR Srbije Gž. 50-1951 od 15.01.1951 godine i odluku istoga suda Gž 740/52 - navedeno prema M.Vuković., Pravila građanskih zakonika sa naknadnim propisima, sudskom praksom, napomenama i podacima iz literature, IP Školska knjiga, Zagreb 1961, 1034-1035. t. 6 i 9.

³⁸ Čl. 149, st. 3 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima.

obezbjeđenje za isplatu rente.³⁹ Kao što smo vidjeli iz prethodnog izlaganja, oštećeni kao povjerilac naknade štete u obliku novčane rente, ima pravo da zahtijeva potrebno obezbjeđenje za isplatu rente, osim, ako to prema okolnostima slučaja ne bi bilo opravdano. Uslovi koje zakonodavac propisuje da bi oštećeni ostvario pravo na obezbjeđenje isplate novčane rente proističu iz smisla uporijskih riječi i izraza sadržanih u odredbi čl. 188, st. 3 Zakona o obligacionim odnosima. Naime, mora postojati *zahtjev povjerioca rente (oštećenoga) da se odredi potrebno obezbjeđenje za isplatu rente, a s druge strane, da je određivanje obezbjeđenja, za isplatu novčane rente, prema okolnostima slučaja, „opravdano.“*

3.3.1. Zahtjev za potrebno obezbjeđenje za isplatu novčane rente i njegova opravdanost

Zahtjev za potrebno obezbjeđenje za isplatu novčane rente se podnosi sudu koji je stvarno nadležan da u parničnom postupku odlučuje o osnovanosti i obimu zahtjeva oštećenog za naknadu štete u obliku novčane rente. Zahtjev se može postaviti samo prema dužniku rente bilo da je on fizičko ili pravno lice. Sa svoje strane, dužnik rente može povodom zahtjeva povjerioca rente za obezbjeđenje isplate rente pozvati u pomoć i druga lica koja bi pored njega, mogla da pruže potrebno obezbeđenje za plaćanje rente. Zahtjev za obezbjeđenje isplate rente, oštećeni kao tužilac može postaviti već u samoj tužbi za naknadu štete u obliku novčane rente, ali i kasnije u toku cjelokupnog vremenskog perioda dok obaveza plaćanja rente traje. To znači da on ovakav zahtjev može staviti i u toku trajanja parničnog postupka, pa i nakon njegovog pravosnažnog okončanja, kao i u toku izvršnog postupka. Zahtjev za obezbjeđenje isplate rente, oštećeni može postaviti dužniku rente i vansudskim putem.

Pravo da zahtjeva obezbjeđenje plaćanja rente pripada samo povjeriocu rente tj. oštećenom, jer to eksplicitno proističe iz samog zakonskog teksta čl.188 st. 3 ZOO („*Poverilac ima pravo da zahteva potrebno obezbeđenje za isplatu rente...*“). To znači da obezbeđenje plaćanja rente ne može tražiti dužnik rente (štetnik, odgovorno lice), niti ovo obezbeđenje, bez zahtjeva povjerioca rente, može odrediti sud. Sud, dakle, ne može, zbog toga što smatra da ima razloga za sumnju u insolventnost dužnika rente, po službenoj dužnosti, dakle, bez zahtjeva povjerioca rente, naložiti dužniku rente, da pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu rente. Ovo utoliko prije što je pravo povjerioca da zahtjeva obezbjeđenje isplate rente njegovo zakonsko pravo čije ostvarenje zavisi od njegove volje odnosno njegove odluke da li će se ovim pravom uopšte koristiti. Povjerilac i dužnik se mogu sporazumjeti o načinu i sredstvima obezbjeđenja, a ako takve saglasnosti nema, odluku o tome će donijeti sud, cijeneći pri tome stvarne „mogućnosti

³⁹ Čl. 188, st. 3 ZOO.

dužnika“, te „vodeći računa da li određeno obezbjeđenje u dovoljnoj mjeri osigurava plaćanje rente.“⁴⁰

Zahtjev za povjerioca rente da mu dužnik pruži obezbjeđenje za isplatu rente mora biti „opravdan.“ Drugim riječima, da bi uspio sa ovakvim zahtjevom, povjerilac rente mora da dokaže da je, u konkretnom slučaju, obavezivanje dužnika rente da pruži potrebno obezbjeđenje – *opravdano*. Opravdano će biti nalaganje dužniku rente da pruži obezbjeđenje za isplatu rente samo ako povjerilac rente dokaže da postoji sumnja u solventnost dužnika u vrijeme odlučivanja o zahtjevu za određivanje obezbjeđenja, ali i nakon toga, ako se, prema okolnostima, može očekivati da će dužnik rente postati insolventan u nekom trenutku u budućnosti, za vrijeme dok obaveza plaćanja rente traje. Prema shvatanju izraženom u sudskoj praksi, obavezivanje dužnika da pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu rente će biti opravdano i ako dužniku prijete opasnost od stečaja.⁴¹ Obavezivanje dužnika rente da pruži potrebno obezbjeđenje neće biti opravdano ako je solventnost konkretnog dužnika rente nesumnjiva i notorna s obzirom na djelatnost kojom se bavi, odnosno ako je dužnik rente solventan u takvom obimu koji „...očigledno obezbeđuje ravnomernu i dugoročnu isplatu novčane rente oštećenom.“⁴² Takav slučaj notorne solventnosti, po pravilu postoji, kada su dužnici obaveze uspješne i ugledne firme, čija je solventnost, posmatrano sa aspekta njihove djelatnosti, potpuno izvjesna u dužem vremenskom periodu. U ovakve pravne subjekte, po pravilu, spadaju banke, komunalna preduzeća i osiguravajuća društva poznata po višegodišnjem uspješnom i stabilnom poslovanju, velike finansijske korporacije i druga stabilna privredna društva, država ili jedinica lokalne samouprave, pravni subjekti koji se finansiraju iz budžeta i drugi. Ipak, pitanje opravdanosti sumnje u solventnost dužnika predstavlja *questio facti*, što znači da se ono treba raspraviti u svakom konkretnom slučaju.

3.3.2. Potrebno obezbjeđenje za isplatu novčane rente i načini takvog obazbjeđenja

Ako prihvati zahtjev povjerioca potraživanja naknade štete u obliku novčane rente, sud će naložiti dužniku rente da pruži oštećenome *potrebno obezbjeđenje* za isplatu novčane rente. *Potrebno obezbjeđenje* je ono koje u određenom vremenskom periodu ili koje do kraja života oštećenog, u dovoljnoj

⁴⁰ Ž. Đorđević *et al.*, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. S. Perović, D. Stojanović), Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu. Kragujevac 1980, 556.

⁴¹ Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske Revr-703/07 od 20. 12. 2007. godine, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske br.2/2008; H. Hajdarević, H. Tajić, V. Simović, *Zakon o obligacionim odnosima*, Privredna štampa, Sarajevo 2011, 441-443.

⁴² M. Toroman *et al.*, 698.

mjeri obezbjeđuje izvršavanje utvrđene periodične obaveze plaćanja rentnih obroka. Prilikom odlučivanja koji će od načina obezbjeđenja odrediti kao tzv. *potrebno obezbjeđenje*, sud će, u svakom konkretnom slučaju, morati voditi računa o visini potraživanja povjerioca naknade štete u obliku novčane rente i dužini vremenskog periodu u kojem se takva obaveza dužnika rente ima izvršavati, s jedne strane, ali i o stvarnim mogućnostima dužnika rente da takvo obezbjeđenje, u utvrđenom periodu izvršavanja obaveze - pruža, s druge strane. „Potrebno obezbjeđenje koje sud odredi“ može biti, na primjer, polaganje jednogodišnjeg ili višegodišnjeg ukupnog iznosa budućih mjesečnih obroka rente utvrđenih sudskom odukom u konkretnom slučaju u odgovarajući depozit; izdavanje bankarske garancije; jemstvo trećeg lica; hipoteka na nepokretnoj imovini dužnika rente i slično.

Kada su u pitanju načini obezbjeđenja izvršavanja obaveze dužnika naknade štete u obliku novčane rente, smatramo da pored prethodno pomenutih načina obezbjeđenja treba uvrstiti i one koje predviđa Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima⁴³ i Prednacrt Građanskog zakonika Srbije⁴⁴ kod ugovora o doživotnoj renti. Naime, obezbjeđenje potraživanja primaoca rente kod ugovora o doživotnoj renti je uređeno kroz zakonsko ovlaštenje primaoca rente da radi obezbjeđenja svoga potraživanja zahtijeva da se to njegovo potraživanje upiše u zemljišnim knjigama odnosno registrima kao realni teret, stim da je druga ugovorna strana, kao davalac rente, dužna da trpi upis ovakvog realnog tereta, kao i sva pravna dejstva takvog upisa. „Osnivanjem realnog tereta primalac izdržavanja se obezbeđuje, ako je davaocu izdržavanja preneo pravo svojine na nepokretnosti, od mogućnosti da davalac izdržavanja otuđi tu nepokretnost. Naime realni teret davanja rente, kao stvarno pravo, tereti istu nepokretnost novog vlasnika.”⁴⁵

Osim toga, kao jedan od načina obezbjeđenja izvršavanja obaveze naknade štete u obliku novčane rente mogu poslužiti i rješenja sadržana u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i Prednacrtu Građanskog Zakonika Srbije koja se predlažu u slučaju docnje dužnika rente kod ugovora o doživotnoj renti. Prema navedenim rješenjima, primalac rente, u svrhu obezbjeđenja ispunjenja obaveze davaoca rente, može „...zahtevati da se iz dužnikove imovine izdvoji potrebna svota novca, čija bi jednogodišnja kamata bila ravna jednogodišnjem iznosu rente i položi u neku banki na ime dužnika, ali sa doživotnim pravom

⁴³ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Savremena administracija, Beograd 1969, 275 i 277, čl. 959 i 967.

⁴⁴ Čl. 1508 i čl. 1516 Prednacrt Građanskog zakonika Srbije – Radni tekst, Beograd 2015.

⁴⁵ I. Babić, *Leksikon obligacionog prava*, Službeni glanik, Beograd 2018, 420; P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009, 513.

za poverioca da uživa kamate do visine rente.⁴⁶

Po našem mišljenju, nema prepreke da se, de lege ferenda, naprijed iznesena rješenja koja se odnose na obezbjeđenje plaćanja obaveze davaoca rente kod ugovora o doživotnoj renti, *mutadis mutandis*,⁴⁷ predvide i kao način obezbjeđenja izvršavanja obaveze naknade štete u obliku novčane rente. To podrazumijeva prilagođavanje pomenutih zakonskih rješenja pravnom institutu obezbjeđenja plaćanja naknade štete u obliku novčane rente koji je uređen odredbom čl.188 st.3 Zakona o obligacionim odnosima, imajući pri tome na umu da se ovaj oblik naknade vanugovorne štete dosuđuje doživotno ili za određeno vrijeme i to u slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja.⁴⁸

4. Pravo poverioca da mu se umjesto rente isplati jedna ukupna svota na ime naknade buduće štete (kapitalizacija rente) kao neposredna posljedica nepružanja obezbjeđenja za isplatu rente

Takođe treba reći i da se naknada štete na ime svih prethodno pobrojanih vidova imovinske štete koje se dosuđuju u obliku novčane rente, može dosuditi i u vidu jedne ukupne novčane svote, kao tzv. „kapitalizovana, kapitalizirana renta“, ali pod pretpostavkom da za donošenje takve odluke postoje zakonom propisani uslovi.⁴⁹

Isplatu jedne ukupne svote na ime naknade buduće štete (kapitalizacija rente) povjerilac (oštećeni) može tražiti: „ako dužnik ne pruži potrebno obezbeđenje koje sud odredi“ ili iz „ozbiljnih uzroka“.⁵⁰ Potrebno obezbeđenje koje sud odredi“ može biti, na primjer, polaganje jednogodišnjeg ili višegodišnjeg ukupnog iznosa budućih mjesečnih obroka rente utvrđenih sudskom odukom u konkretnom slučaju u odgovarajući depozit; izdavanje bankarske garancije i slično. „Ozbiljni uzork“ za isplatu jedne ukupne svote (kapitalizirane rente), u smislu navedene zakonske odredbe, može, na primjer, predstavljati slučaj kada oštećeni traži isplatu ukupne svote jer namjerava da osnuje trgovinsko preduzeće i nabavi potreban alat za rad; kada mu je ukupna svota ili njen veći dio potreban zbog liječenja rijetke bolesti koje se može obaviti samo u inostranstvu u specijalizovanim ustanovama; kada se osnovano i ozbiljno može pretpostaviti da oštećeni zbog promjene u imovnom stanju kasnije neće biti u

⁴⁶ Čl. 967, st.1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima i čl.1516 Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije.

⁴⁷ lat. *mutadis mutandis* – promjenivši ono što treba promijeniti.

⁴⁸ Čl. 188, st.1 ZOO.

⁴⁹ Čl.188, st. 3-5 ZOO.

⁵⁰ Čl.188, st. 5 ZOO.

mogućnosti da isplaćuje naknadu štete u obliku rente.⁵¹ Isplatu jedne ukupne svote (kapitalizovane rente) sud neće moći dosuditi ako to ne zahtjeva sam oštećeni.⁵² On to ne može učiniti ni ako odluku o kapitalizaciji rente predlaže odgovorno lice kao dužnik naknade. Ipak, dozvoljeno je sudsko poravnanje o isplati naknade štete u kapitalizovanom iznosu, ako u poravnanju takav kapitalizovan iznos bude određen sporazumom povjerioca i dužnika naknade.⁵³

Dosuđivanje naknade štete u slučaju smrti, tjelesne povrede ili narušenja zdravlja u obliku novčane rente se pojavljuje kao pravilo, a njeno dosuđivanje u vidu jedne ukupne svote (kapitalizacija), kao izuzetak od pravila. Iznos naknade štete zbog smrti, tjelesnog oštećenja ili narušenja zdravlja u smislu isplate jedne ukupne svote (iznos kapitalizovane rente) može se na zahtjev oštećenog odrediti prilikom presuđenja ili nakon donošenja presude o naknadi štete u obliku novčane rente uz ograničenje da kapitalizirana ukupna svota koja se dosuđuje na ime naknade štete obuhvata samo nedospjele (buduće) obroke.⁵⁴ Sam iznos naknade štete u vidu jedne ukupne svote (kapitalizirani iznos rente) se određuje prema visini prethodno utvrđene mjesečne rente i vjerovatnom trajanju života oštećenoga kao povjerioca naknade, uz odbitak odgovarajućih kamata.⁵⁵

Prema tome, parametri za utvrđivanje kapitalizovane rente su:

- *prethodno utvrđeni periodični fiksni iznos naknade štete u obliku novčane rente (mjesečni obrok novčane rente);*
- *vrijeme trajanja prava na naknadu štete u obliku novčane rente, tj. da li se novčana renta dusuđuje doživotno ili za određeno vrijeme;*
- *ukupan iznos budućih periodičnih (mjesečnih) obroka rente;*
- *ukupan iznos odgovarajućih kamata (međukamata) koje bi odgovorno lice (dužnik) ostvarilo na novčana sredstva na ime pojedinih obroka novčane rente da pomenuta novčana sredstva nije isplatilo odjednom i prije njihove dospelosti kao tzv.ukupnu buduću naknadu štete odnosno kapitalizovnu rentu.*

⁵¹ Vid, odluku Vrhovnog suda Srbije Gž.4302/76 – I. Babić, 392-393, fn.1092

⁵² Arg. iz čl.188, st. 3 ZOO.

⁵³ „Nije protivan prinudnim propisima sporazum o naknadi štete koja sukcesivno nastaje (napr.zbog izgubljenog izdržavanja) u jednom iznosu.“ (vid. odluku Vrhovnog suda BiH Rev.650/88 od 15.06.1989, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda BiH br. 3/1989 – I. Babić, 393, fn.1093) „Sud je vezan saglasnim zahtevom stranaka da se izvrši kapitalizacija rente i u tom slučaju obostrane saglasnosti ne mogu se za donošenje odluke o kapitalizaciji zahtevati nikakvi posebni uslovi.“ (vid. odluku Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 370/65 – D. Simonović, „Naknada štete“ prema Zakonu o obligacionim odnosima, Službeni glasnik, Beograd 2009, 237. sent. br. 4).

⁵⁴ Ž. Đorđević, V. Stanković, *Obligaciono pravo, Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1986, 446.

⁵⁵ Čl. 188, st. 4 ZOO.

Pod prethodno utvrđenim periodičnim fiksnim iznosom naknade štete u obliku novčane rente podrazumjeva se novčani iznos (vrijednost) jednog fiksnog mjesečnog obroka rente čiji se visina ocjenjuje prema vremenu donošenja sudske odluke o zahtjevu za naknadu štete.

Pod vremenom trajanja prava na naknadu štete u obliku novčane rente podrazumjevamo vrijeme u kojem oštećeni ima pravo na rentu, stim da ono u nekim slučajevima obuhvata „vrijeme trajanja života oštećenoga“, dakle, traje doživotno, a u nekim slučajevima traje kraće vrijeme (na primjer, pravo na naknadu štete u obliku rente zbog izgubljenog izdržavanja koje traje maksimalno koliko i redovno školovanje oštećenoga, a po pravilu, do završetka redovnog školovanja).

Dužina vjerovatnog trajanja života oštećenog se utvrđuje samo u slučajevima postojanja prava na doživotnu rentu i to prema prosječnom trajanju ljudskog života.

Prema statističkim podacima prosječni ljudski vijek iznosi do 70 godina života. Od prosječnog ljudskog vijeka treba u svakom konkretnom slučaju odbiti vrijeme života oštećenoga koje je proteklo. Drugim rječima, pod vremenom kao parametrom za izračunavanje visine kapitalizovane rente treba podrazumjevati vrijeme u kojem bi oštećeni imao pravo na rentu.

Nakon što se utvrdi broj obroka rente i njihov zbir za vrijeme trajanja prava na rentu (na primjer, do kraja života ili za vrijeme redovnog školovanja povjerioca rente), od tako dobijenog ukupnog zbira moraju se odbiti odgovarajuće kamate (diskontne kamate, međukamate). Odgovarajuće kamate, tj., međukamate se odbijaju zbog toga što dužnik isplaćuje odjednom iznos koji bi plaćao povremeno jednakim periodičnim obrocima, kada bi štetu nadoknađivao u obliku novčane rente, a ne u obliku kapitalizirane rente. Naime, on bi periodične iznose koji još nisu dospeli za isplatu mogao korisno upotrebiti, na primer, dati na štednju i dobijati kamatu. Međutim on se lišava takve ili slične koristi isplaćujući odjednom ceo iznos naknade u vidu kapitalizirane rente.⁵⁶

Isplaćenim novcem na ime kapitalizovane rente se koristi oštećeni. Iz navedenog razloga je nužno obračunati kamate koje su u međuvremenu dospjele za svo vrijeme korištenja novcem od strane oštećenoga i to za vrijeme proteklo od isplate do dospelosti svakog pojedinog obroka rente koji čine ukupno dusuđenu svotu i tako dobijeni iznos međukamata odbiti od ukupno dosuđene svote (kapitalizovanog iznosa). Obračun kamata i utvrđivanje visine iznosa jedne ukupne svote (kapitalizovane rente) primjenom interesnog računa uvijek se povjerava vještaku finansijske struke - specijalisti za aktuarsku matematiku.⁵⁷ Na taj način se dobija približno realna visina ukupne materijalne štete koju

⁵⁶ Ž. Đorđević, V. Stanković, 447.

⁵⁷ Vid. presude Vrhovnog suda Srbije Gž. 2560/76 i Rev. II/1017/02 od 09. 10. 2002 – navedeno prema I. Babić, 393, fn.1095.

će oštećeni trpiti u budućnosti. Drugim riječima, ako bi se oštećenom na ime naknade štete u obliku novčane rente unaprijed i prije dospelosti, za svo vrijeme trajanja prava na rentu, isplatila naknada u obliku jedne ukupne (kapitalizovane) svote u visini prostog zbira fiksnih mjesečnih iznosa rente, oštećeni bi, na ime naknade štete dobio više nego što iznosi i sama šteta i time neosnovano obogatio na štetu odgovornog lica.

Naročito treba naglasiti da kapitalizovanu rentu kao vid naknade buduće štete treba strogo razlikovati od svih drugih oblika naknade štete u jednom ukupnom iznosu kao što je, na primjer, slučaj kada se oštećenome isplaćuje izgubljena zarada za vrijeme liječenja u jednokratnom iznosu ili kada mu se isplaćuju troškovi liječenja. Naknada koja se oštećenome isplaćuje u navedenim slučajevima nema pravnu prirodu naknade štete u obliku novčane rente shvaćene kao buduće štete, već predstavlja naknadu štete koja je već nastupila.

Pravo na naknadu štete u obliku novčane rente je, po pravilu, neprenosivo.⁵⁸ Prenos ovoga prava se ne može izvršiti ni na osnovu zakonskog ili testamentarnog nasljeđivanja, a isto tako ni nekim građanskim pravnim poslom kao što je, na primjer, ugovor o cesiji (ustupanju) prava na naknadu štete u obliku novčane rente. Ovaj prenos nije dozvoljen iz razloga što je pravo na naknadu štete u obliku novčane rente, lično pravo oštećenoga, dakle pravo koje je vezano za njegovu ličnost.

Ipak, pravo na naknadu štete u obliku rente je prenosivo samo **u pogledu obroka rente koji su već dospjeli**, pod uslovom da je „...iznos naknade određen pismenim sporazumom strana ili pravosnažnom sudskom odlukom.“⁵⁹

Imajući u vidu prethodno navedeno o neprenosivosti prava na naknadu štete u obliku novčane rente, postavlja se pitanje da li je i pravo na isplatu jedne ukupne svote (pravo na tzv.kapitalizovanu rentu) koje je utvrđeno u korist oštećenoga na osnovu pravosnažne sudske odluke neprenosivo ili se isto ipak može prenijeti? Na ovo pitanje nije lako odgovoriti, obzirom da obaveza plaćanja jedne ukupne svote (kapitalizovane rente) predstavlja ništa drugo do naknadu buduće štete u jednom ukupnom iznosu. Čini nam se da je i pravo na jednu ukupnu svoju (kapitalizovanu rentu) utvrđeno pravosnažnom sudskom odlukom prenosivo jednako kao i pojedini dospjeli iznosi rente, jer ovako utvrđen ukupan iznos buduće štete (kapitalizovani iznos) koji odgovorno lice, kao dužnik treba da isplati oštećenom, kao povjeriocu, treba tretirati kao **dospjelu obavezu**. Argument za ovakav zaključak se nalazi u prethodno već pomenutoj zakonskoj odredbi prema kojoj se „**dospjeli iznosi naknade mogu prenositi drugome ako je iznos naknade određen pismenim sporazumom strana ili pravosnažnom sudskom odlukom.**“⁶⁰

⁵⁸ Ž. Đorđević, V. Stanković, 447.

⁵⁹ Čl.197, st. 2 ZOO.

⁶⁰ *Ibid.*

5. Zaključak

Izvršenje obaveze plaćanja novčane rente koje se iscrpljuje u isplati prethodno utvrđenih, po pravilu jednakih novčanih iznosa, vrši se periodično u dužem vremenskom periodu koliko rentna obaveza traje i ima za cilj da omogućí ravnomjerno zadovoljavanje svakodnevnih egzistencijalnih potreba oštećenog. To je bila i intencija zakonodavca kada je propisao da „*poverilac ima pravo da zahteva potrebno obezbeđenje za isplatu rente, osim ako prema okolnostima slučaja to ne bi bilo opravdano.*“ Priznavanje ovoga prava je od posebne važnosti za oštećenog. Određivanje od strane suda obezbeđenja za izvršenje obaveze dužnika rente doprinosi ostvarenju cilja koji se dosuđivanjem ovoga vida naknade štete želi postići. Obezbeđenje izvršenja obaveze dužnika rente posebno dobija na značaju zbog mogućnosti nastupanja insolventnosti dužnika u periodu u kojem se naknada štete u obliku novčane rente ima isplaćivati i aktualizuje isključivo u slučaju kada se radi o renti kao novčanoj obavezi koja se ne izvršava odmah i jednokratno (kakva je situacija kod tzv. prirodne naknade ili naknade štete dosuđene u jednokratnom iznosu), nego za ubuduće (*pro futuro*), u jednom dužem vremenskom periodu u kojem dužnik rente, zbog nastupanja raznih nepovoljnih okolnosti, kao što su političke, ekonomske i monetarne krize, čak i protiv svoje volje, može doći u situaciju da obavezu nije u u stanju da izvrši.

U takvom slučaju, kao opravdano i korisno rješenje, nameće se sveobuhvatno legislativno uređenje obezbeđenja isplate naknade štete u obliku rente. Ustanovljenjem posebnog prava povjerioca naknade štete u obliku novčane rente da zahtijeva od dužnika obezbeđenje za isplatu navedene naknade oštećenom je pružen viši stepen sigurnosti u realizaciji njegovog potraživanja, jer ako dužnik rente ne pruži potrebno obezbeđenje koje je na zahtjev povjerioca rente odredio sud, povjerilac novčane rente stiče pravo da zahtjeva da mu se umjesto rente isplati jedna ukupna svota. U ovakvoj situaciji sud mora da udovolji zahtjevu oštećenoga i obaveže odgovorno lice da umjesto periodičnih isplata rente u dužem vremenskom periodu, oštećenome kao povjeriocu, **odmah isplati** „jednu ukupnu svotu“ (kapitalizovan iznos rente) određen prema visini prethodno utvrđene mjesečne rente i vjerovatnom trajanju života oštećenoga kao povjerioca naknade, uz odbitak odgovarajućih (diskontnih) kamata. No, ne treba izgubiti iz vida da povjerilac rente može, ali ne mora, da traži da mu se, umjesto rente, isplati jedna ukupna svota. On to, u nekim slučajevima i neće tražiti, iako na to ima pravo, jer podnošenjem takvog zahtjeva koji rezultira dosuđivanjem ukupne svote, on se opredjeljuje i pristaje na jednokratnu naknadu štete, dakle, naknadu štete „jednom za svagda“, što znači da ne bi mogao, pozivajući se na promjenu okolnosti od donošenja odluke dosuđivanju jedne „ukupne svote“ zahtijevati izmjenu tako dosuđene naknade. Prema tome, naknadu štete u obliku novčane rente koja se ogleda u obavezi plaćanja oštećenom licu jednakih prperiodičnih

novčanih iznosa za štetu koja će tek nastati u budućnosti, valja razlikovati od obaveze na naknadu isplate jedne ukupne svote tj. tzv. „kapitalizirane rente“.

Nametanje obaveze isplate jedne ukupne svote, po pravilu, ne odgovara dužniku rente, s obzirom da on u takoj situaciji, odmah ostaje bez značajnog dijela novčanih sredstava kojima se inače mogao služiti da je pružio potrebno obezbjeđenje koje je sud odredio, a utvrđenu periodičnu rentu plaćao dok takva obaveza traje, odnosno do kraja života oštećenoga. Imajući u vidu prethodno navedeno, nametanje od strane suda obaveze buduće naknade štete odmah i jednokratno isplatom jedne ukupne svote, predstavlja za odgovorno lice svojevrsnu sankciju za njegovo propuštanje da pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu rente.

* * *

***PROVISION OF COMPENSATION IN THE FORM OF CASH RENT AND
PAYMENT OF TOTAL AMOUNT***

Summary

Instability of global markets, frequent political and economic crises, constant fluctuations in the value of major world currencies, inflationary trends, as well as many other destabilizing circumstances, directly or indirectly affect the ability of annuity debtors to meet their obligations. only in the case of a financial obligation that is not performed immediately and once, but in the future, in a longer period of time in which the annuitant, due to various circumstances, may find himself in a situation where he is unable to perform the obligation. The realization of his obligation in a longer period of time in the future becomes uncertain and even uncertain for the injured party, especially in cases when, for example, the property status of the annuity debtor, in a longer period of time, obviously or certainly, deteriorates, threatening to results in his complete and permanent insolvency. In such cases, a comprehensive legislative regulation to ensure the payment of damages in the form of an annuity is imposed as a justified and useful solution. By establishing the special right of the creditor to compensate the damage in the form of a monetary annuity to demand security from the debtor for the payment of the said compensation, the injured party was provided with a higher degree of security in the realization of his claim. If the annuity debtor does not provide the necessary security determined by the court at the request of the annuity creditor, the annuity creditor acquires the right to demand that one total amount be paid instead of the annuity.

Keywords: cash annuity, insolvency of the debtor, security, payment of the total amount.

Vladimir Đurić
Jelena Čeranić Perišić**

NAKNADA ŠTETE U SLUČAJU UPRAVNOG UTVRĐIVANJA ZAJEDNIČKOG KORIŠĆENJA U OBLASTI ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJA

Apstrakt

Zajedničko korišćenje u oblasti elektronskih komunikacija podrazumevaju da dva ili više operatora koriste iste resurse i sredstva (najčešće infrastrukturu i povezanu opremu) u cilju pružanja usluga krajnjim korisnicima. Ovaj rad posebno analizira rešenje koje je uvedeno u pravni sistem Republike Srbije Zakonom o elektronskim komunikacijama 2010. u kontekstu naknade štete koja može biti prouzrokovana nezakonitim ili nepravilnim upravnim utvrđivanjem zajedničkog korišćenja i raspodele troškova. Zaključak je da rešenja o odgovornosti i postupku u kojem bi se utvrđivala visina i naknada štete nemaju sistemski kvalitet.

Ključne reči: zajedničko korišćenje, upravni akt, naknada štete.

1. Uvod

Institut zajedničkog korišćenja u oblasti elektronskih komunikacija podrazumeva da dva ili više operatora koriste iste resurse i sredstva (najčešće infrastrukturu i povezanu opremu) u cilju pružanja usluga krajnjim korisnicima. Zajedničko korišćenje može imati pozitivne, ali i negativne učinke. Pozitivni efekti mogu biti smanjenje troškova operatora, povećana mogućnost izbora za krajnje korisnike, podsticanje konkurentnosti i efikasnosti, zaštita životne sredine i dr. Najznačajniji mogući negativni efekti deljenja infrastrukture ogledaju se u smanjenju investicija i konkurentnosti.¹ Institut zajedničkog korišćenja elemenata mreže i pripadajućih sredstava drugog operatora uveden je u pravni

* Redovni profesor i viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.
e-mail: vdjuric12@gmail.com

** Vanredni profesor i naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.
e-mail: ceranicj@gmail.com

¹ T. Cvetković, V. Tintor, *Regulativa elektronskih komunikacija*, Visoka škola elektrotehnike i računarstva, Beograd 2019, 115.

poredak Republike Srbije Zakonom o elektronskim komunikacijama (u daljem tekstu ZEK) iz 2010.² Imajući u vidu da ZEK predviđa da se međusobna prava i obaveze u pogledu zajedničkog korišćenja uređuju ugovorom, ali i mogućnost da se zajedničko korišćenje, uključujući i raspodelu troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike, između dva ili više operatera utvrđuje rešenjem nadležnog tela (dakle upravnim aktom) u slučaju izostanka ugovornog regulisanja tih odnosa, postavlja se pitanje na koji način i u kom postupku bi trebalo odlučivati o eventualnoj nadoknadi štete koju bi jedan operator pretrpeo u slučaju zajedničkog korišćenja, naročito ukoliko je ono administrativno utvrđeno. Da bi se to pitanje svestrano razmotrilo, neophodno je najpre analizirati institut zajedničkog korišćenja u pravu elektronskih komunikacija Republike Srbije.

2. Zajedničko korišćenje u pozitivnom pravu Republike Srbije

Prema članu 51. st. 1. ZEK-a kojim je uređen institut zajedničkog korišćenja, operator ima pravo da zahteva zajedničko korišćenje (uključujući i fizičku kolokaciju) elemenata mreže i pripadajućih sredstava drugog operatora ili trećeg lica, kao i nepokretnosti za čije korišćenje je drugi operator ili treće lice zasnovalo pravo službenosti ili nepokretnosti koja je pribavljena u postupku eksproprijacije, kada je to neophodno radi konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija ili kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara. Iz izložene odredbe najpre sledi da se zajedničko korišćenje može odnositi na elemente mreže i pripadajućih sredstava, kao i na određene nepokretnosti. Pojam *pripadajućih sredstava* određen je čl. 4. tač.39.ZEK-a prema kojoj ona obuhvataju povezane usluge, fizičku infrastrukturu i druga sredstva ili elemente povezane sa elektronskom komunikacionom mrežom ili elektronskom komunikacionom uslugom, koji omogućavaju ili podržavaju pružanje usluga putem te mreže ili usluge, ili se mogu iskoristiti u te svrhe, uključujući, između ostalog, zgrade ili ulaze u zgrade, kablovsku kanalizaciju i vodove u zgradama, antene, tornjeve i druge potporne objekte, provodne cevi i kanale, stubove, šahtove i razvodne ormare. Imajući u vidu izloženo, u *nepokretnosti* u smislu člana 51. stav 1. ZEK-a bi mogle da spadaju samo one nepokretnosti koje nisu obuhvaćene pojmom pripadajućih sredstava, kao što su zemljište i građevinski objekti koji ne spadaju pod pojam zgrade ili delova zgrade (jer se delovi zgrade kao takvi mogu upotrebom

² Zakon o elektronskim komunikacijama – ZEK, *Sužbeni glasnik RS*, br. 44/2010, 60/2013 - odluka US, 62/2014 i 95/2018 - dr. zakon.

argumentum a maiori ad minus smatrati pripadajućim sredstvima), ali samo one za čije korišćenje je drugi operator ili treće lice zasnovalo pravo službenosti ili koje su pribavljene u postupku eksproprijacije. Dakle, reč je o dva alternativno postavljena uslova za mogućnost da nepokretnost bude predmet zajedničkog korišćenja – da je nad nepokretnošću zasnovano pravo službenosti ili da je nepokretnost pribavljena u postupku eksproprijacije.

Operator ima pravo da zahteva zajedničko korišćenje kada je to neophodno zbog konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija ili kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara. U pitanju su dva alternativno postavljena uslova – 1. *kada je to neophodno zbog konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija* ili 2. *kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara*. Iz prvog uslova proizilazi da zajedničko korišćenje mora biti neophodno, dakle *ključno, važno, odnosno nužno* da bi obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija bilo *konkurentno, ekonomično i efikasno*. Prema drugom uslovu pravo da zahteva zajedničko korišćenje operator ima kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva *nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica* po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara. Izostanak mogućnosti izgradnje ili postavljanja nove elektronske komunikacione mreže i pripadajućih sredstava mora biti posledica *neminovnosti nastupanja štetnih posledica* u određenim situacijama i/ili oblastima društvenog života.

Prema st. 2. čl. 51. ZEK-a, operator *zaključuje* ugovor sa drugim operatorom ili trećim licem, imaoce prava raspolaganja, odnosno korišćenja elemenata mreže, pripadajućih sredstava i drugih nepokretnosti, kojim se bliže uređuju međusobna prava i obaveze u pogledu zajedničkog korišćenja, uključujući i raspodelu troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike. Zaključenjem takvog ugovora zasniva se obligacionopravni odnos između ugovornih strana na koji se primenjuje Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO).³ Imajući u vidu izloženu formulaciju, a naročito u kontekstu tematike naknade štete, moglo bi se postaviti pitanje da li je po sredi zakonska obaveza zaključenja ugovora na strani operatora ili trećeg lica imaoce prava raspolaganja, odnosno korišćenja elemenata mreže, pripadajućih sredstava

³ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Sužbeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Sužbeni list SFRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Sužbeni glasnik RS*, br. 18/2020.

i drugih nepokretnosti. Imajući u vidu da st. 3. istog člana predviđa soluciju za situaciju da ugovor ne bude zaključen, jasno je da je za takav odnos relevantno načelo autonomije volje ugovornih strana. Budući da operator, prema članu 51. stav 1. ZEK-a ima pravo da podnese zahtev za zajedničko korišćenje drugom operatoru ili trećem licu i da iz člana 51. stav 2. ZEK-a proizilazi da je bitni sastojak ugovora o zajedničkom korišćenju raspodela troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike, logično je da će zaključenju ugovora o zajedničkom korišćenju prethoditi pregovori o zaključenju ugovora i/ili ponuda, odnosno predlog za zaključenje ugovora koja prema ZOO mora da sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor (a što je od značaja za tumačenje stava 3. člana 51. ZEK-a.). Istovremeno, pregovori su prvi aspekt u kojem se može roditi pitanje naknade štete u vezi s ugovornim regulisanjem zajedničkog korišćenja, a u kontekstu čl. 30. ZOO. Takođe, imajući u vidu da se ugovorom regulišu i pitanja raspodele troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike, jasno je da se pitanje naknade štete može pojaviti i u vezi s neispunjavanjem odredbi kojima su regulisana ta pitanja. Naposletku, ali ne i najmanje važno, umanjeње imovine operatora čiji su elemenati mreže i pripadajućih sredstava, kao i nepokretnosti predmet zajedničkog korišćenja, a koje bi bilo posledica delatnosti zajedničkog korišćenja od strane operatora koji je takvo korišćenje zahtevao bi takođe bilo podvrgnuto opštim odredbama ZOO o šteti i njenoj naknadi, izuzev odredbi o odgovornosti u vezi s obavezom zaključenja ugovora, jer, kao što je istaknuto, takva obaveza ne postoji.

Ako obligacionopravni ugovor o zajedničkom korišćenju čije je zaključivanje predviđeno stavom 2. člana 51. ZEK-a ne bude zaključen u roku od 60 dana od dana podnošenja zahteva za zaključenje ugovora, onda je Regulatorna agencija za elektronske komunikacije i poštanske usluge (u daljem tekstu RATEL) ovlašćena da *na zahtev zainteresovane strane ili po službenoj dužnosti rešenjem utvrdi zajedničko korišćenje*. Iz takvog zakonskog odredjenja sledi zaključak da je zakonodavac predvideo da se u takvom slučaju (izostanka ugovornog regulisanja) jedna pojedinačna životna situacija koja je po svojoj pravnoj prirodi građanskopravna - ugovorna stvar pretvara u upravnu stvar! Prema važećim zakonskim rešenjima, upravna stvar je pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi (član 5. Zakona o upravnim sporovima – u daljem tekstu ZUS),⁴ odnosno, nešto šire, pojedinačna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšte akte, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi

⁴ Zakon o upravnim sporovima – ZUS, *Sužbeni glasnik RS*, br. 111/2009.

upravne akte, donosi garantne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge (član 2. stav 1. Zakona o opštem upravnom postupku – u daljem tekstu ZUP⁵). Suštinska obeležja upravne stvari jesu konkretnost, nespornost, postojanje javnog interesa i neophodnost autoritativnog uređivanja pojedinačnim pravnim aktom. Tako shvaćena, upravna stvar se kvalitativno razlikuje od ugovorne stvari u kojoj se ponašanje takodje uređuje dispozicijom, ali na bazi autonomije volja i ravnopravnosti stranaka, tačnije uređuje dvostranim pravnim poslom – ugovorom građanskopravne prirode.⁶ U tom smislu, ovlašćenje RATEL - a da, kada su ispunjeni uslovi iz stava 1. člana 51, na zahtev zainteresovane strane ili po službenoj dužnosti, donese rešenje kojim se utvrđuje zajedničko korišćenje predstavlja svojevrсно konvertovanje ugovorne u upravnu stvar i otvoreno je pitanje da li je takvo zakonsko rešenje u skladu s načelom autonomije volje stranaka.

Štaviše, čak i kada bi se zanemarile izložene opaske, trebalo bi ukazati i na još jednu, donekle spornu soluciju sadržanu u odredbi člana 51. stav 3. ZEK-a. Naime, RATEL je ovlašćen da rešenjem utvrdi zajedničko korišćenje *na zahtev zainteresovane strane ili po službenoj dužnosti*. Takvo rešenje predstavlja svojevrсну pravnu nelogičnost i nije u skladu sa članom 90. ZUP-a iz koga proističe da organ pokreće postupak po jednom od dva moguća osnova u jednoj vrsti upravnog postupka - ili po službenoj dužnosti, ili na zahtev stranke. Dakle, imajući u vidu predmet upravnog postupka predviđenog članom 51. stav 3. ZEK-a, jedini logičan način pokretanja postupka bio bi na zahtev zainteresovane strane (stranke). No, čak i kada bi se izloženi zaključak zanemario, ostalo bi otvoreno pitanje na koji način bi RATEL mogao po službenoj dužnosti da pokrene takav postupak. Naime, prema članu 90. stav 2. ZUP-a, organ pokreće postupak po službenoj dužnosti kada je to propisom određeno ili kada organ utvrdi ili sazna da je, s obzirom na činjenično stanje, neophodno da se zaštiti javni interes. Zahtev iz člana 90. stav 2. ZUP-a da se postupak pokreće po službenoj dužnosti kada je to propisom određeno *podrazumeva da je imperativnom, kogentnom normom organ obavezan da pokrene postupak*,⁷ a što prema člana 51. stav 3. ZEK-a nije slučaj, jer je RATEL *ovlašćen* da po službenoj dužnosti pokrene postupak, što znači da to može, ali i da ne mora da učini. Takođe, ni zahtev iz člana 90. stav 2. ZUP-a prema kome organ pokreće postupak kada utvrdi ili sazna da je, s obzirom

⁵ Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018 - autentično tumačenje.

⁶ D. Milkov, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, Pravni fakultet Novi Sad, Novi Sad 2010, 22; P. Kunić, *Upravno pravo, Opšti i posebni dio*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka 2001, 359.

⁷ Z. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, *Službeni glasnik*, Beograd 2019, 429.

na činjenično stanje, neophodno da se zaštiti javni interes, dakle kada je po sredi diskreciona ocena organa radi zaštite određenog javnog interesa, možda nije u potpunosti primenljiv u situaciji predviđenoj članom 51. stav 3. ZEK-a, jer ne samo da je otvoreno pitanje da li se izostanak zaključivanja jednog obligacionopravnog ugovora može smatrati javnim interesom, već i zbog toga što je praktično veoma teško da RATEL, bez obaveštenja a time i zahteva zainteresovane strane, utvrdi ili sazna da je, s obzirom na činjenično stanje, neophodno da se zaštiti javni interes.

Ostavlajući po strani sve uočene nelogičnosti rešenja iz čl. 51. st. 3. ZEK-a, zakonska mogućnost konvertovanja ugovorne u upravnu stvar u slučaju instituta zajedničkog korišćenja, nameće niz pitanja u vezi s eventualnom naknadom štete u slučaju administrativnog utvrđivanja takvog korišćenja.

3. Naknada štete u slučaju administrativnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja

Prema čl. 51. st. 3. ZEK-a, kada su za to ispunjeni uslovi, RATEL može doneti rešenje kojim se utvrđuje zajedničko korišćenje, uključujući i raspodelu troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike. Dakle, svojim rešenjem, osim što utvrđuje zajedničko korišćenje, RATEL *obavezno* odlučuje i o raspodeli troškova takvog korišćenja, jer zakonska odredba jasno upućuje da utvrđivanje zajedničkog korišćenja uključuje i raspodelu troškova. Odluka o raspodeli troškova bi trebalo da bude donesena uzimanjem u obzir tri kumulativno postavljena kriterijuma – 1. prethodnih ulaganja, 2. podsticanja daljih ulaganja i 3. mogućnosti povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike. Ostavlajući po strani veoma važno pitanje na koji način bi RATEL čije nadležnosti⁸ (a sledstveno tome verovatno ni kapaciteti) ne obuhvataju problematiku sagledavanja troškova i eventualnih rizika uopšte mogao da odlučuje na osnovu navedenih kriterijuma (pri čemu

⁸ Prema čl. 6. ZEK-a, RATEL: 1) donosi podzakonske akte; 2) odlučuje o pravima i obavezama operatora i korisnika; 3) saraduje sa organima i organizacijama nadležnim za oblast radiodifuzije, zaštite konkurencije, zaštite potrošača, zaštite podataka o ličnosti i drugim organima i organizacijama po pitanjima značajnim za oblast elektronskih komunikacija; 4) saraduje sa nadležnim regulatornim i stručnim telima država članica Evropske unije i drugih država radi usaglašavanja prakse primene propisa iz oblasti elektronskih komunikacija i podsticanja razvoja prekograničnih elektronskih komunikacionih mreža i usluga; 5) učestvuje u radu međunarodnih organizacija i institucija u oblasti elektronskih komunikacija u svojstvu nacionalnog regulatornog tela u oblasti elektronskih komunikacija; 5a) obavlja regulatorne i druge poslove iz oblasti poštanskih usluga, u skladu sa posebnim zakonom kojim se uređuju poštanske usluge; 6) obavlja druge poslove u skladu sa zakonom.

bi takvo odlučivanje neizostavno moralo biti argumentovano u obrazloženju rešenja o zajedničkom korišćenju), nesumnjivo je jasno da upravno odlučivanje o raspodeli troškova zajedničkog korišćenja između operatora, a na osnovu utvrđenih kriterijuma, nosi izvestan rizik eventualnog prouzrokovanja štete, naročito operatoru koji je imalac prava raspolaganja, odnosno korišćenja elemenata mreže, pripadajućih sredstava i drugih nepokretnosti, naprosto zbog toga što neadekvatno utvrđivanje raspodele troškova, ili utvrđivanje raspodele troškova koje u obzir ne bi uzelo sve navedene kriterijume, samo po sebi, već može značiti štetu po jednog operatora. Takodje, i samo utvrđivanje zajedničkog korišćenja na neadekvatan način može predstavljati štetu, jer je rešenje RATEL-a, po prirodi stvari, izvršno. Takvo odlučivanje RATEL-a nameće dva značajna pitanja – 1. odgovornosti za takvu štetu i 2. pravnog postupka u kojem bi se o visini i naknadi takve štete moglo odlučivati.

3.1. Odgovornost za štetu

U vezi s pitanjem odgovornosti za štetu nastalu u slučaju upravnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja najpre bi trebalo ukazati na pravnu prirodu RATEL-a. Prema čl. 7. ZEK-a, RATEL koji je osnovan tim zakonom je nezavisna regulatorna organizacija sa svojstvom pravnog lica, koja vrši javna ovlašćenja u cilju efikasnog sprovođenja utvrđene politike u oblasti elektronskih komunikacija, podsticanja konkurencije elektronskih komunikacionih mreža i usluga, unapređivanja njihovog kapaciteta, odnosno kvaliteta, doprinosa razvoju tržišta elektronskih komunikacija i zaštite interesa korisnika elektronskih komunikacija, u skladu sa odredbama tog zakona i propisa donetih na osnovu njega, kao i regulatornih i drugih poslova u skladu sa posebnim zakonom kojim se uređuju poštanske usluge. RATEL je funkcionalno i finansijski nezavisan od državnih organa, kao i od organizacija i lica koja obavljaju delatnost elektronskih komunikacija i poštanskih usluga i posluje u skladu sa propisima o javnim agencijama, dok nadzor nad zakonitošću i svrsihodnošću njegovog rada u vršenju poverenih poslova obavlja ministarstvo nadležno za poslove telekomunikacija. Dakle, RATEL je imalac javnih ovlašćenja i u pravnom poretku Republike Srbije ima svojstvo javne agencije.⁹

Prema opštoj odredbi čl. 5. st. 2. Zakona o državnoj upravi (u daljem tekstu ZDU),¹⁰ imaoći javnih ovlašćenja sami odgovaraju za štetu koju svojim nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuju fizičkim i pravnim licima u vršenju poverenih poslova državne uprave. Važno je ukazati da Zakon o

⁹ Više o pravnoj prirodi i javnim ovlašćenjima javnih agencija u Republici Srbiji Vid. S. Lilić, *Upravno pravo – upravno procesno pravo*, Pravni fakultet Beograd 2013, 228-231.

¹⁰ Zakon o državnoj upravi – ZDU, *Sužbeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/ 2007, 95/ 2010, 99/ 2014, 30/ 2018 - dr. zakon, 47/ 2018.

javnim agencijama (u daljem tekstu ZJA),¹¹ izuzev odredbe prema kojoj se direktor agencije razrešava, između ostalog, i ako nesavesnim ili nepravilnim radom prouzrokuje veću štetu javnoj agenciji, ne sadrži niti jednu odredbu o odgovornosti javnih agencija za štetu. Dakle, odgovornost za štetu u vršenju poverenih poslova državne uprave od strane javnih agencija pa time i RATEL –a postoji u slučaju štete prouzrokovane njihovim *nezakonitim ili nepravilnim* radom. Imajući u vidu da se upravno utvrđivanje zajedničkog korišćenja, kao što je istaknuto, vrši rešenjem, dakle upravnim aktom, jasno je da bi za postojanje prvog osnova odgovornosti (nezakoniti rad), između ostalog, trebalo da takvo rešenje bude poništeno u upravnom sporu (videti sledeći odeljak).

S druge pak strane, a polazeći od činjenice da šteta, kao što je istaknuto, operatoru može biti prouzrokovana i neadekvatnim odlučivanjem o raspodeli troškova zajedničkog korišćenja između operatora do kojeg bi došlo eventualnim nedovoljnim ili netačnim uzimanjem u obzir kriterijuma na koje ZEK upućuje (prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike), a što bi zapravo predstavljalo drugi osnov odgovornosti (nepravilan rad), moglo bi se postaviti i pitanje da li bi i Republika Srbija mogla da odgovara za štetu prouzrokovanu takvim nepravilnim radom RATEL-a. Ovo naročito imajući u vidu da resorno ministarstvo obavlja upravni nadzor nad radom RATEL-a, a prema čl. 5.st.1. ZDU, za štetu koju svojim nezakonitim ili nepravilnim radom organi državne uprave prouzrokuju fizičkim i pravnim licima odgovara, kroz poseban oblik materijalne odgovornosti države,¹² Republika Srbija. Čini se da bi na to pitanje trebalo dati potvrđan odgovor, naročito imajući u vidu da bi propuštanje upravnog nadzora nad nepravilnim radom RATEL-a, ili njegovo nepravilno vršenje¹³ zapravo činilo odgovornost Republike Srbije.

3.2. Postupak odlučivanja o visini i naknadi štete u slučaju upravnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja

Imajući u vidu dva moguća osnova odgovornosti RATEL-a za štetu u slučaju upravnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja (nezakonit i nepravilan rad), pitanje postupka u kojem bi se odlučivalo o visini i naknadi štete bi trebalo sagledati u kontekstu oba vida odgovornosti.

¹¹ Zakon o javnim agencijama – ZJA, *Sužbeni glasnik RS*, br. 18/ 2005, 81/2005 - ispravka, 47/2018

¹² Za više o odgovornosti države za štetu nanесenu vršenjem uprave Vid. kod R. Marković, *Upravno pravo*, Pravni fakultet Beograd 2002, 487-491.

¹³ Pod nepravilnim radom organa državne uprave u teoriji se podrazumevaju ponašanja koja stoje u suprotnosti sa pravilima dobrog i urednog vršenja uprave (neblagovremeno postupanje, nepreduzimanje mera, pristrasnost, itd) – B. Milosavljević, *Upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta „Union“ i Službeni glasnik, Beograd 2017., 98

Kao što je istaknuto, za postojanje nezakonitog rada prilikom upravnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja, između ostalog, potrebno je da rešenje kojim je takvo korišćenje uvrđeno bude poništeno u upravnom sporu. ZEK u izloženim odredbama čl. 51. ne propisuje da je rešenje kojim se zajedničko korišćenje utvrđuje konačno i da se protiv njega može voditi upravni spor, ali bi, imajući u vidu da upravni spor nije izričito isključen, kao i da nije predviđena nadležnost ministarstva da odlučuje po žalbi, trebalo stati na stanovište da je otvoren put upravnosudske zaštite. Iako pitanje naknade štete uobičajeno predstavlja predmet parničnog postupka, u upravnom sporu je racionalno da se nakon odluke o aktu odluči i o tom pitanju,¹⁴ a što je predviđeno i članom 16. ZUS-a. U tom smislu, operator kojem bi utvrđivanjem troškova zajedničkog korišćenja bila prouzrokovana šteta bi, u okviru upravnog spora o zakonitosti rešenja kojim je utvrđeno zajedničko korišćenje kao i raspodela troškova takvog korišćenja, mogao tražiti i naknadu štete koja mu je naneta izvršenjem akta koji se osporava, a što je, u odnosu na parnicu u kojoj se redovno može osvarivati zahtev za naknadu štete, načelno posmatrano, efikasnija zaštita interesa stranke.¹⁵ Kao što je istaknuto, takvo rešenje RATEL-a bi bilo izvršno, te bi put upravnosudske naknade štete bio u potpunosti dozvoljen. Medjutim, u vezi s tim upravnosudskim akcesornim postupkom za naknadu štete iskrstavaju dva veoma interesantna pravna pitanja.

Najpre, da bi Upravni sud meritorno odlučio o zahtevu za naknadu štete potrebno je da u postupku nadje da je osporeni upravni akt nezakonit i da bi ga trebalo poništiti.¹⁶ U vezi s tim se postavlja pitanje zbog čega bi rešenje kojim se utvrđuje zajedničko korišćenje kao i raspodela njegovih troškova uopšte moglo da bude nezakonito. Naime, ako se pažljivije sagledaju odredbe čl. 51. ZEK-a, onda se jasno može utvrditi da takvo rešenje ima elemente diskrecionog upravnog akta i to, na izvestan način, u dvostrukom smislu. Evo i zašto. U postupku njegovog donošenja RATEL bi najpre trebalo da, kao prethodno pitanje, utvrdi da li su ispunjeni uslovi iz st. 1. nje člana, tačnije da nadje da je takvo korišćenje neophodno radi konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija, ili da novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara i da na osnovu toga utvrdi zajedničko korišćenje, pri čemu bi, polazeći od javnog interesa, takvo korišćenje *mogao, ali ne nužno i morao* da utvrdi (a što u velikoj meri predstavlja diskrecionu

¹⁴ D. Milkov, *Upravno pravo knj.III, Kontrola uprave*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2010, 93.

¹⁵ Z. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Drugo, dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2012, 408

¹⁶ *Ibid.*, 409.

ocenu, odnosno njenu varijantu koja se u nemačkoj pravnoj teoriji naziva ocena u odluci (*Entschließungsermessen*), kojom je organ uprave zakonom ovlašćen da slobodno odluči da li će uopšte delovati¹⁷). Zatim bi RATEL trebalo da o raspodeli troškova odluči uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike, što bi se takodje moglo shvatiti kao vid diskrecionog odlučivanja, ili bar odlučivanja o standardima. Imajući u vidu izloženo, kao i činjenicu da se u upravnom sporu ne može odlučivati o celishodnosti upravnog akta donetog po diskrecionoj oceni, već, prema čl. 24. st. 1. tač. 5. ZUS-a, samo o zakonitosti u smislu prekoračenja granica zakonskog ovlašćenja ili mana cilja, tačnije da akt nije donet u skladu sa ciljem u kojem je ovlašćenje za donošenje akta po slobodnoj oceni dato, jasno je da bi eventualna nezakonitost rešenja kojim se utvrđuje zajedničko korišćenje i raspodela troškova moglo da se odnosi samo na situacije da je takvim aktom zajedničko korišćenje utvrđeno u cilju koji ne obuhvata neophodnost konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija ili nemogućnost izgradnje ili postavljanja nove elektronske komunikacione mreže i pripadajućih sredstva bez štetnih posledica po životnu sredinu, javnu bezbednost, realizaciju prostornih planova ili očuvanje kulturnih dobara, kao i na slučaj da, prilikom odlučivanja o raspodeli troškova, RATEL nije uzeo u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike (ili to nije adekvatno obrazložio u svom rešenju). Drugim rečima, u slučaju da se samo uz pozivanje na neki od razloga za utvrđivanje zajedničkog korišćenja i uz bilo kakvo obrazloženje raspodele troškova koje bi samo formalno uključivalo uzimanje u obzir u u ZEK-u navedenih kriterijuma, rešenje RATEL-a ne bi moglo da bude poništeno, a sledstveno tome ni operator kome je takvim rešenjem nanesena šteta ne bi mogao da u upravnom sporu uspe sa svojim zahtevom za njenom naknadom!

Aktivnu legitimaciju za pokretanje upravnog spora bi svakako mogao da ima operator za čiju je mrežu utvrđeno zajedničko korišćenje i kome je prouzrokovana šteta izvršenjem rešenja kojim je takvo korišćenje uz raspodelu troškova utvrđeno. Postavlja se međjutim pitanje da li bi upravni spor mogao da pokrene i operator koji se svojim zahtevom obratio RATEL-u, a kojem je na taj način eventualno prouzrokovana šteta (npr. izmakla dobit zbog nemogućnosti da potencijalnim korisnicima pruži usluge uz određenu nadoknadu usled izostanka utvrđivanja zajedničkog korišćenja) i koji bi, sledstveno tome, postavio i zahtev za naknadu štete. Načelno posmatrano, u vezi s pitanjem pokretanja, a i uspeha upravnog spora za takvu stranku je potrebno razlikovati dve situacije - onu u kojoj je do odbijanja zahteva došlo na izričit način (eksplicitni negativni upravni

¹⁷ Navedeno prema M. Drenovak, *Diskreciona ocena u upravnom pravu Srbije sa osvrtom na uporedno pravo i evropske standarde*, magistarska teza, Pravni fakultet, Beograd 2009, 28.

akt) ili kada je zahtev odbijen ćutanjem uprave (implicitni negativni upravni akt). U oba slućaja takav operator bi mogao da pokrene upravni spor, pri ćemu bi izgledi na uspeh u slućaju tzv. personalnog upravnog spora¹⁸ protiv ćutanja uprave bili daleko veći, jer, kao što je istaknuto, rešenje kojim se utvrđuje zajednićko korišćenje i raspodela troškova ima obeležija diskrecionog upravnog akta, a takav akt mora biti obrazložen, te bi, sledstveno tome, implicitni negativni upravni akt donet u stvari u kojoj se odlučuje po slobodnoj oceni morao biti nezakonit. Međutim, u oba slućaja dopuštenost i izgledi na uspeh zahteva za naknadu štete, *de lege lata*, ne bi ni postojali, jer kao što je istaknuto, ZUS zahtev za naknadu štete dopušta samo u slućaju da je do nje došlo *izvršenjem* akta ćija se zakonitost osporava.¹⁹ Ćini se da analizirana situacija ukazuje da bi *de lege ferenda* zahtev za naknadom štete u upravnom sporu trebalo dopustiti uvek kada utvrđeno ćinjenićno stanje pruža pouzdan osnov za odlučivanje o takvom zahtevu (što se doduše i navodi u ćl. 45. ZUS-a) i ne vezivati ga iskljućivo za izvršenje upravnog akta ćija se zakonitost osporava (što je uslov sadržan u ćl. 16. ZUS-a). Razume se, takvo rezonovanje mođe biti održivo ako se stoji na stanovištu da bi u upravnom sporu, kao eventualno efikasnijem putu zaštite interesa stranke, uopšte trebalo omogućiti odlučivanje o naknadi štete. S druge strane, operatoru kojem je šteta prićinjena, bilo izvršenjem upravnog akta, bilo, kao što je ukazano, eventualnim izrićitim ili prećutnim donošenjem negativnog upravnog akta bio bi otvoren put za naknadu štete u parnici, ali je, *de lege lata*, imajući u vidu da Zakon o obligacionim odnosima u ćl. 184. predviđa da pravna lica koja vrše komunalnu ili slićnu delatnost *od opšteć interesa* odgovaraju za štetu samo *ako bez opravdanog razloga obustave ili neredovno vrše svoje usluge*, otvoreno teorijsko pitanje koliko je takav model usaglašen sa starom maksimom *electa una via, non datur recursus ad alteram*.

Ni pitanje postupka u kojem bi se odlučivalo o visini i naknadi štete u kontekstu drugog vida odgovornosti RATEL-a (nepravilan rad) nije lišeno izvesnih kontroverzi. Naime, imajući u vidu da je RATEL javna agencija koja ima javna ovlašćenja ona, kao što je istaknuto, prema ZDU, odgovara za štetu koju svojim nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuju fizićkim i pravnim licima u vršenju poverenih poslova državne uprave. Međutim, ZDU, a ni ZJA ne propisuju neki poseban postupak za utvrđivanje visine i naknade štete, tako da bi, naćelno posmatrano, operatoru kome je nepravilnim radom na naćin koji je objašnjen na prethodnim stranicama prouzrokovana šteta bio otvoren put za parnićni postupak. S druge pak strane, ako se pođe od prethodno izloženog stanovišta prema kome bi i Republika Srbija mogla da odgovara za štetu prouzrokovanu nepravilnim radom RATEL-a zbog toga što resorno ministarstvo obavlja upravni nadzor nad njegovim radom, a prema ćl. 5. st. 1.

¹⁸ Z. Tomić, *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet, Beograd 2018, 369.

¹⁹ Z. Tomić (2012), 408.

ZDU, za štetu koju svojim nezakonitim ili nepravilnim radom organi državne uprave prouzrokuju fizičkim i pravnim licima odgovara Republika Srbija, pri čemu se o visini i naknadi takve štete takođe odlučuje u parnici, onda bi se moglo postaviti pitanje da li bi u izloženoj situaciji moglo doći do vođenja dva parnična postupka koje bi operator svojim tužbama mogao da pokrene kako protiv RATEL-a, tako i protiv resornog ministarstva zbog njegovog nečinjenja. Načelno posmatrano, do takve situacije bi moglo doći, ali, imajući u vidu da ZDU upućuje na isključivu i neposrednu odgovornost imalaca javnih ovlašćenja, mišljenja smo da bi u takvom slučaju parnica protiv RATEL-a imala prvenstvo. U svakom slučaju, iako bi operatoru kome je prouzrokovana šteta možda više bilo u interesu da mu štetu nadoknadi Republika Srbija, izložena dilema je samo jedna refleksija donekle sistemski nerešenog pitanja odnosa između, s jedne strane, odgovornosti imalaca javnih ovlašćenja za štetu koju svojim nepravilnim radom prouzrokuju fizičkim i pravnim licima u vršenju poverenih poslova državne uprave i odgovornosti Republike Srbije za nepravilan rad organa državne uprave koji se može sastojati i u propuštanju i/ili nepravilnom vršenju nadzora nad radom imalaca javnih ovlašćenja, s druge strane, kao i postupaka u kojima bi se o visini i naknadi takve štete odlučivalo.

4. Zaključak

Institut zajedničkog korišćenja u pravu elektronskih komunikacija omogućava da dva ili više operatora koriste iste resurse i sredstva u cilju pružanja usluga krajnjim korisnicima što može imati pozitivne, ali i negativne učinke. Zakon o elektronskim komunikacijama iz 2010. propisuje da operator ima pravo da zahteva zajedničko korišćenje elemenata mreže i pripadajućih sredstava drugog operatora ili trećeg lica, kao i nepokretnosti za čije korišćenje je drugi operator ili treće lice zasnovalo pravo službenosti ili nepokretnosti koja je pribavljena u postupku eksproprijacije, kada je to neophodno radi konkurentnog, ekonomičnog i efikasnog obavljanja delatnosti elektronskih komunikacija ili kada novu elektronsku komunikacionu mrežu i pripadajuća sredstva nije moguće izgraditi ili postaviti bez štetnih posledica po životnu sredinu. Prema istom zakonu, međusobna prava i obaveze u pogledu zajedničkog korišćenja uređuju se ugovorom, ali je predviđena i mogućnost da se zajedničko korišćenje, uključujući i raspodelu troškova, uzimajući u obzir prethodna ulaganja, podsticanje daljih ulaganja i mogućnost povraćaja ulaganja po razumnoj stopi s obzirom na povezane rizike, između dva ili više operatora utvrđuje upravnim aktom RATEL-a u slučaju izostanka ugovornog regulisanja tih odnosa. Dakle, po sredi je svojevrсно konvertovanje ugovorne u upravnu stvar. Upravno odlučivanje o raspodeli troškova zajedničkog korišćenja između operatora, a na osnovu utvrdjenih kriterijuma, nosi izvestan rizik eventualnog prouzrokovanja štete kako operatoru koji je imalac prava raspolaganja, odnosno korišćenja zbog

neadekvatnog utvrđivanje raspodele troškova, utvrđivanje raspodele troškova koje u obzir ne bi uzelo sve zakonske kriterijume, i utvrđivanje zajedničkog korišćenja na neadekvatan način, tako i operatoru čiji bi zahtev za takvim utvrđivanjem bio odbijen. U tom smislu, upravno odlučivanje o zajedničkom korišćenju i raspodeli troškova nameće pitanja odgovornosti za takvu štetu i pravnog postupka u kojem bi se o visini i naknadi takve štete moglo odlučivati. Prema važećim zakonskim rešenjima za štetu koja bi bila posledica nezakonitog ili nepravilnog odlučivanja o zajedničkom korišćenju i raspodeli troškova među operatorima bio bi odgovoran RATEL koji je javna agencija, ali ni odgovornost Republike Srbije za eventualno nepravilan rad ministarstva koje vrši upravni nadzor nad radom RATEL-a ne bi trebalo isključiti. U kontekstu prvog vida odgovornosti (za nezakoniti rad) otvoren je put upravnosudske naknade štete što je, u odnosu na parnicu u kojoj se redovno može osvarivati zahtev za naknadu štete, načelno posmatrano, efikasnija zaštita interesa stranke. Ipak, zbog zakonskog određenja prema kome je poništavanje akta čijim je izvršenjem šteta prouzrokovana uslov za njenu naknadu u upravnom sporu, domašaji takvog vida naknade štete su limitirani iz prostog razloga što upravni akt kojim se odlučuje o zajedničkom korišćenju ima odlike diskrecionog upravnog akta. S druge strane, dopuštenost i izgledi na uspeh zahteva za naknadu štete koji bi poticali od operatora čiji je zahtev u upravnom postupku odbijen, *de lege lata*, ne bi ni postojali, jer ZUS zahtev za naknadu štete dopušta samo u slučaju da je do nje došlo *izvršenjem akta* čija se zakonitost osporava, a što stvara osnov za rezonovanje prema kome bi *de lege ferenda* zahtev za naknadom štete u upravnom sporu trebalo dopustiti i u slučaju negativnih upravnih akata. Načelno posmatrano, sve su to posledice čudnog konvertovanja ugovorne u upravnu stvar. U svakom slučaju, operatoru kojem je šteta pričinjena, bilo izvršenjem upravnog akta, bilo izričitim ili prećutnim donošenjem negativnog upravnog akta, bio bi otvoren put za naknadu štete u parnici, ali je, obzirom na rešenja ZOO o odgovornosti pravnih lica za štetu u vršenju delatnosti od opšteg interesa, otvoreno teorijsko pitanje koliko je takav model usaglašen sa starom maksimom *electa una via, non datur recursus ad alteram*. Naposljetku, na pitanju odgovornosti za nepravilan rad prilikom upravnog utvrđivanja zajedničkog korišćenja i raspodele troškova i postupka za naknadu štete prouzrokovane takvim radom uočava se izostanak sistemskog rešavanja odnosa između, s jedne strane, odgovornosti imalaca javnih ovlašćenja za štetu koju svojim nepravilnim radom prouzrokuju fizičkim i pravnim licima u vršenju poverenih poslova državne uprave i odgovornosti Republike Srbije za nepravilan rad organa državne uprave koji se može sastojati i u propuštanju i/ili nepravilnom vršenju nadzora nad (nepravilnim) radom imalaca javnih ovlašćenja.

* * *

***DAMAGE COMPENSATION IN THE CASE OF ADMINISTRATIVE
DETERMINATION OF NETWORK ELEMENTS' SHARING IN THE
FIELD OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS***

Summary

Sharing of network elements in the field of electronic communications means that two or more operators use the same resources and means (usually infrastructure and related equipment) in order to provide services to end users. This paper specifically analyzes the solution that was introduced into the legal system of the Republic of Serbia by the Law on Electronic Communications of 2010 in the context of compensation for damage that may be caused by illegal or improper determination of sharing of network elements and distribution of costs by administrative act. The conclusion is that the solutions on responsibility for damage and the procedure in which its' amount and compensation should be determined do not have systemic quality.

Keywords: sharing of network elements, administrative act, damage compensation.

Katarina Jovičić*

NAKNADA ŠTETE ZBOG POVREDE POSLOVNE TAJNE

Apstrakt

Predmet ovog rada je naknada štete zbog nezakonitog pribavljanja, korišćenja i/ili javnog otkrivanja poslovne tajne. Cilj rada je da se identifikuju specifična pitanja koja se postavljaju u postupku realizacije naknade štete u ovim predmetima i da se ponude odgovori te moguća rešenja za situacije koje su izvor nedoumica. U domaćoj sudskoj praksi nije javno dostupan značajniji broj odluka o ovom pitanju, zbog čega se u radu izlaže praksa američkih sudova koja je, prema istraživanju autora ovog rada, među najrazvijenijima u svetu. Istraživačko pitanje koje se u radu analizira je da li je neophodno da se za dokazivanje poslovne tajne i njene zloupotrebe, kao i postojanje i visine štete koja je usled toga nastupila, koriste posredni dokazi. Zaključuje se da su, zbog specifičnosti poslovne tajne kao predmeta zaštite, posredni dokazi često i jedini mogući u postupcima za naknadu štete zbog njene zloupotrebe.

Ključne reči: Zloupotreba poslovne tajne, identifikovanje poslovne tajne, utvrđivanje povrede poslovne tajne, komercijalna vrednost poslovne tajne.

1. Uvod

Poslovne tajne omogućavaju kompetitivnu prednost privrednih subjekata na tržištu i kao takve značajno doprinose njihovom uspešnijem poslovanju¹.

* Doktor pravnih nauka; Viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, e-mail: katarinajovicic.rs@gmail.com

¹ Poslovna tajna doprinosi uspehu određenog privrednog subjekta na tržištu u odnosu na konkurente u uslovima kada su svi ostali resursi ekvivalentni. Drugim rečima, poslovna tajna je ono specijalno znanje koje omogućava jednom poslovnom subjektu da se nametne drugima. Vid. D. Zlatović, „Zaštita poslovne tajne i poverljivih podataka u radnom odnosu prema novom hrvatskom radnom pravu“, *Glasnik prava* 2/2011, 42. Osim privrednih subjekata, poslovne tajne mogu imati i lica koja nisu u toj kategoriji, na primer, umetnici, amateri inovatori, obrazovne i naučne ustanove itd.

Ekonomski potencijal poslovnih tajni počiva na činjenici da nisu javno poznate,² a da bi mogle da se koriste u poslovanju neophodno je da se sa njihovom sadržinom upoznaju lica koja obavljaju delatnosti privrednog subjekta, bilo kao zaposleni bilo kao njegovi poslovni partneri. Zbog toga, zahtev tajnosti poslovnih tajni nije apsolutan uprkos tome što bi to bila sigurnija zaštita, i ne obuhvata lica koja su ih saznala voljom njihovog zakonitog držaoca.

Činjenica da poslovne tajne imaju potencijal da se ekonomski iskorišćavaju predstavlja izazov za nesavesna treća lica da pokušaju da ih neovlašćeno pribave i iskoriste kako bi ojačala sopstveni položaj na tržištu, ili da bi ih učinila javno dostupnim sa namerom da umanje kompetitivnu prednost njihovog zakonitog držaoca. Takvo, neovlašćeno pribavljanje i korišćenje tuđe poslovne tajne, kao i njeno javno otkrivanje predstavlja nezakonito postupanje koje pravo sankcioniše. Zloupotreba poslovne tajne u praksi ima za posledicu i nastanak štete njenom zakonitom držaocu, koja se odražava kao umanjenje postojeće imovine i/ili izostanak prihoda koji su bili očekivani da redovni tok stvari nije poremećen radnjama štetnika. U tom slučaju oštećeni ima pravo ne samo na zaštitu poslovne tajne već i i na naknadu štete.

Predmet ovog rada je naknada štete zbog nezakonitog pribavljanja, korišćenja ili javnog otkrivanja poslovne tajne. Cilj rada je da se identifikuju specifična pitanja koja se postavljaju u postupku realizacije naknade štete u ovim predmetima, te da se ponude odgovori i moguća rešenja za situacije koje mogu biti izvor nedoumica. U domaćoj sudskoj praksi nije javno dostupan značajniji broj odluka o ovom pitanju, zbog čega će se u radu izložiti strana sudska praksa, pre svih, praksa američkih sudova koja je, prema istraživanju autora ovog rada, među najrazvijenijima u svetu. Istraživačko pitanje koje se u radu analizira je da li su sudovi prinuđeni da u postupcima naknade štete zbog zloupotrebe poslovne tajne utvrđuju osnovanost i visinu tužbenog zahteva na osnovu posrednih dokaza.

2. Pravni okvir zaštite poslovne tajne

Prvi značajni međunarodni izvor prava u kome se pravno reguliše poslovna tajna je Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS Sporazum) iz 1994. godine, koji je formulisan kao Aneks 1C Sporazuma

² Informacije se lako mogu utvrditi ako su dostupne u stručnim časopisima, referentnim knjigama ili objavljenim materijalima. S druge strane, što je teže doći do informacija i što više vremena i resursa mora biti utrošeno na njihovo pribavljanje, manja je verovatnoća da će se ona lako utvrditi odgovarajućim sredstvima. D. W. Wiseman, J. Judd, J. P. Mack, „Template Civil Jury Instructions Under the Defend Trade Secrets Act“, *Intellectual Property & Technology Law Journal* 7/2021, 20.

o osnivanju Svetske trgovinske organizacije.³ U čl. 39. TRIPS Sporazuma se reguliše pitanje zaštite neotkrivenih informacija i propisuje se da ta zaštita obuhvata samo informacije koje su tajne, koje imaju komercijalnu vrednost i sve dok lice koje kontroliše te informacije preduzima razumne mere da ih održi u tajnosti.⁴ Ovim pravilom postavljeni su uslovi za kvalifikaciju poslovne tajne u uporednom pravu i oni se do danas nisu suštinski promenili.

U pravu Evropske unije zaštita poslovne tajne se reguliše Direktivom 2016/943 koja je poznata pod nazivom Direktiva o poslovnim tajnama.⁵ Pravila Direktive su inkorporisana u nacionalne propise država članica, uz mogućnost propisivanja i sveobuhvatnije zaštite.⁶ Sa navedenom Direktivom usklađen je i Zakon o zaštiti poslovne tajne Republike Srbije koji je stupio na snagu 2021 godine.⁷

Zaštita poslovne tajne se u Republici Srbiji, osim Zakonom o zaštiti poslovne tajne, uređuje i drugim propisima. Tako je Zakonom o privrednim društvima (dalje: ZPD)⁸ propisana dužnost zaposlenih kao i lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu da čuvaju poslovnu tajnu društva kako za vreme dok se nalaze u tom svojstvu, tako i nakon toga.⁹ Povreda ove obaveze prema čl. 74. ZPD ima za posledicu naknadu štete društvu kao i isključenje člana iz društva. Pored toga, za zaštitu poslovne tajne je značajan i Zakon o obligacionim odnosima¹⁰ kao opšti propis koji reguliše pitanje naknade štete, na osnovu koga zakoniti imalac i/ili zakoniti držalac poslovne tajne ima pravo

³ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS Agreement), https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_01_e.htm, 5.4.2022. Sporazum o osnivanju Svetske trgovinske organizacije kao i TRIPS sporazum su zaključeni 15. aprila 1994. godine u Marakešu.

⁴ Čl. 39, st. 2. TRIPS Sporazuma.

⁵ Direktiva 2016/943 Evropskog parlamenta i Saveta od 8. juna 2016. godine, o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustava te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, upotrebe i otkrivanja, *Službeni list EU* L br. 157/1 (dalje: Direktiva o poslovnim tajnama).

⁶ Čl. 1, st. 2. Direktive o poslovnim tajnama.

⁷ Zakon o zaštiti poslovne tajne, *Službeni glasnik RS*, br. 53/2021.

⁸ Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021 (dalje: ZPD).

⁹ Čl. 61. ZPD navodi da su to: ortaci i komplementari; članovi d.o.o. koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili član d.o.o. koji je kontrolni član društva; akcionari koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili kontrolni akcionar; direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi; likvidacioni upravnik kao i druga lica koja na osnovu osnivačkog akta ili statuta imaju posebne dužnosti prema društvu.

¹⁰ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – USJ, 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

da ostvaruje naknadu štete od lica koja su povredila zakonsku ili ugovorenu obavezu njene zaštite. Poslovna tajna u Republici Srbiji uživa i krivičnopravnu zaštitu na osnovu čl. 240. Krivičnog zakonika¹¹ kojim je regulisano krivično delo „odavanje poslovne tajne“.

3. Određenje poslovne tajne i njihovo razgraničenje od drugih vrsta tajni koje se javljaju u vezi sa poslovanjem, odnosno, obavljanjem delatnosti

Zakon o zaštiti poslovne tajne određuje tri kumulativno postavljena uslova pod kojima se određene informacije mogu kvalifikovati kao poslovne tajne. To su: prvo, da je reč o informacijama koje nisu u celini ili u pogledu strukture i skupa svojih sastavnih delova opšte poznate ili lako dostupne licima koja u okviru svojih aktivnosti uobičajeno dolaze u kontakt sa takvom vrstom informacija;¹² drugo, da te informacije imaju komercijalnu vrednost zato što predstavlja tajnu; i treće, da lice koje zakonito kontroliše poslovnu tajnu preduzima razumne mere sa ciljem da sačuva njihovu tajnost.¹³

Predmet poslovne tajne mogu biti različite informacije po sadržini, uključujući *know how*, poslovne informacije i tehnološke informacije.¹⁴ Drugim rečima, svi podaci koji su vezani za jedinstvenu organizaciju rada kod poslodavca, specifičnu tehnologiju koja se koristi, zarade i tome slično mogu biti poslovna tajna.¹⁵ To obuhvata, na primer, istraživačke i razvojne programe privrednog subjekta, liste dobavljača i kupaca sa specifičnim podacima o međusobnim poslovnim odnosima i pogodbama, finansijske izveštaje i drugu poslovnu analitiku, strategije prodaje ili nastupanja na tržištu, proizvodne podatke (formule odnosno recepte), procedure proizvodnje određenog proizvoda, detalje o pakovanju itd.¹⁶ Poslovne tajne se mogu odnositi i na negativne informacije koje su obično sastavni deo podataka o rezultatima istraživanja i razvoja i obuhvataju

¹¹ Krivični Zakonik, *Sl. glasnik RS*, br. 5/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

¹² Da li su neke informacije opšte poznate ili lako dostupne je činjenično pitanje koje se utvrđuje od slučaja do slučaja. U tim okolnostima sud može da koristi sva dokazna sredstva da obrazloži svoj stav, na primer, da ispita da li su određene informacije dostupne u pravnoj literaturi, ili da utvrdi koliko je teško prikupiti informacije koje po shvatanju tužioca predstavljaju poslovnu tajnu i uz koliko utrošenog vremena i resursa itd.

¹³ Čl. 2, st 1. tač. 1-3, Zakona. Ovaj član Zakona odgovara čl. 2. st. 1, tač. a), b) i c) Direktive o poslovnim tajnama.

¹⁴ Čl. 2, st. 2. Zakona o poslovnoj tajni.

¹⁵ M. Reljanović, „Zlostavljanje nije poslovna tajna“, <https://pescanik.net/zlostavljanje-nije-poslovna-tajna/>, 12.5.2022.

¹⁶ Upor. K. Jovičić, „Poslovne tajne: određenje i osnovi zaštite“, *Strani pravni život* 1/2018, 10-11.

saznanja da određeni postpuci ne funkcionišu, odnosno da nisu isplativi. Poslovna tajna može biti vezana i za one elemente koji se nalaze u ugovorima o radu kao i u pojedinačnim aktima poslodavca.¹⁷ Kada je o formi poslovne tajne reč, Zakon nema posebnog pravila niti ograničenja pa treba uzeti da se poslovnim tajnom smatraju kako informacije zabeležene u pisanoj formi ili na drugom trajnom nosaču zapisa,¹⁸ tako i informacije koje je neko lice naučilo i zapamtilo.¹⁹ Na osnovu navedenog, jasno je da nije moguće unapred dati konačni odgovor na pitanje predmeta poslovne tajne već da o tome, kao i o drugim pitanjima koja se postavljaju u vezi sa ispunjenošću uslova kvalifikacije poslovne tajne mora odlučiti sud s obzirom na specifične okolnosti svakog pojedinog slučaja.

Drugi uslov kvalifikacije poslovne tajne je ispunjen ako se njenim korišćenjem doprinosi ostvarivanju boljih poslovnih rezultata, što se utvrđuje od slučaja do slučaja. U vezi sa ovim zahtevom se može postaviti pitanje da li se smatra da je on ispunjen samo ako se poslovna tajna već koristi u poslovanju, ili je dovoljno da ona sadrži informacije koje imaju potencijal da se ekonomski

¹⁷ M. Reljanović, *supranote* 15. Poslovna tajna, objašnjava Reljanović u istom tekstu, može biti vezana i za one elemente koji se nalaze u ugovorima o radu, odnosno opštim i pojedinačnim aktima poslodavca. Čak i ovde ima izuzetaka, jer od toga kome ste „odali“ tajnu i u koje svrhe, zavisi da li ste zaista povredili njenu tajnost (zanimljivo je u tom smislu pročitati Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 361/2015 od 10.6.2015. godine kojim se određuje da ne predstavlja odavanje poslovne tajne deljenje informacije o visini zarade sa licima koja su zaposlena kao menadžment kod istog poslodavca, budući da to ne predstavlja krug lica koja bi bila šira javnost). I poslovna tajna, dakle, potpada pod određene standarde i trpi različita ograničenja. *Ibid.*

¹⁸ Za razliku od poslovnih tajni, Zakon o tajnosti podataka, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009 u čl. 2, st 1. tač 4. izričito propisuje da tajni podaci na koje se taj zakon primenjuje moraju biti u obliku dokumenta, te da to podrazumeva svaki nosač podatka (papir, magnetni ili optički medij, disketa, USB memorija, smart kartica, kompakt disk, mikrofilm, video i audio zapis i dr.), na kome je zapisan ili memorisan tajni podatak.

¹⁹ U američkoj sudskoj praksi se mogućnost da poslovna tajna bude u različitim formama ne dovodi u pitanje. Tako, u predmetu *Mai Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511, 521 (9th Cir. 1993) sud navodi da činjenica da tuženi nije ni u jednom momentu fizički uzeo u posed datoteku sa podacima o kupcima tužioca, u celini ili delimično, nije uslov za kvalifikaciju te informacije kao poslovne tajne i s tim u vezi pravnom zaštitom tih podataka pod zakonom predviđenim uslovima. Odluka suda je dostupna na <https://casetext.com/case/mai-systems-corp-v-peak-computer-inc>, 12. 4. 2022. Ovo shvatanje je potvrđeno u brojnim drugim odlukama američkih sudova, uključujući i presudu u predmetu *Pelican Bay Forest Prods. v. W. Timber Prods.*, 297 Or. App. 417 (2019), u kome je sud izričito potvrdio da forma informacije nije zakonom predviđeni uslov za kvalifikaciju poslovne tajne. Izvod iz odluke suda je dostupan na <https://casetext.com/case/pelican-bay-forest-prods-inc-v-w-timber-prods-inc>, datum pristupa 12.4.2022. Vid. D. W. Wiseman, J. P. Mack, „Template Civil Jury Instructions Under the Defend Trade Secrets Act“, *Intellectual Property & Technology Law Journal* 7/2021, 18.

iskorišćavaju, kao što su, na primer, informacije o novim recepturama ili novim dizajnima proizvoda koje njihov kreator još uvek nije odlučio da koristi, na primer, zato što namerava da ih još više unapredi. Relevantno zakonsko pravilo nema ograničenja u tom pogledu,²⁰ pa se može zaključiti da se i potencijalna komercijalna vrednost može uzeti u obzir. Opravdanost ovog gledišta potvrđuje i činjenica da bi odbijanje kvalifikacije takvih informacija kao poslovnih tajni i nepružanje pravne zaštite njihovom kreatoru u situaciji da ih treće lice nezakonito pribavi, iskorišćava ili obelodani, bilo suprotno ciljevima zaštite poslovnih tajni.²¹ U američkom pravu se, na primer, ova dilema danas ne postavlja s obzirom da je izričito rešena pravilom §39 Ristejntmenta o nelojalnoj konkurenciji,²² u kome je propisano da je poslovna tajna svaka informacija koja se može koristiti u poslovanju privrednog subjekta ili drugog lica, koja je dovoljno vredna i tajna da omogući stvarnu ili potencijalnu ekonomsku prednost u odnosu na druge.²³ Pitanje dokazivanja komercijalne vrednosti poslovne tajne u građanskom sudskom postupku predmet je posebnog podnaslova u ovom radu u tekstu koji sledi, te se na ovom mestu neće razmatrati.²⁴

Konačno, poslednji uslov kvalifikacije poslovne tajne je da njen zakoniti držalac primenjuje razumne mere radi očuvanja njene tajnosti. I ovo pitanje se ocenjuje od slučaja do slučaja, s tim da Zakon navodi, primera radi, određene mere koje tome mogu doprineti. To su: izrada internog akta o rukovanju poslovnom tajnom i krugu lica i njihovim pravima i obavezama prilikom rukovanja poslovnom tajnom, mere fizičke ili elektronske zaštite pristupa i rukovanja poslovnom tajnom, označavanje dokumenata oznakom „poslovna tajna“ ili sličnom oznakom, ograničavanje pristupa prostorijama i datotekama u kojima se nalaze informacije koje se smatraju poslovnom tajnom ili zaključivanje ugovora o poverljivosti, odnosno neotkrivanju poverljivih informacija sa licima koja potencijalno mogu da dođu u posed poslovne tajne, uključujući zaposlene, poslovne partnere, spoljne saradnike i konsultante, odnosno potpisivanje izjava o poverljivosti ili neotkrivanju poverljivih informacija od strane navedenih lica.²⁵

²⁰ Čl. 2, st. 1 tač. 2 Zakona o zaštiti poslovne tajne glasi: „imaju komercijalnu vrednost jer predstavljaju tajnu“.

²¹ Na istom stanovištu za američko pravo J. Pooley, *Secrets: Managing Information Assets in the Age of Cyberespionage*, Verus Press, 2015, 63. V. i D. Quinto, S. Singer, *Trade Secrets - Law and Practice*, Oxford University Press, 2009, 45-46.

²² *Restatement (Third) of Unfair Competition* (AM. L. INST. 1995). https://is.muni.cz/th/169953/pravf_m/Extract_III.pdf, datum pristupa 12. 5. 2022.

²³ *Ibid.*

²⁴ Vid. podnaslov 5 u ovom radu, Utvrđivanje komercijalne vrednosti poslovne tajne: praksa američkih sudova.

²⁵ Čl. 2, st. 3. Zakona o zaštiti poslovne tajne.

Poslovne tajne, međutim, treba razlikovati od drugih tajni koje se, takođe, javljaju u vezi sa poslovanjem i/ili obavljanjem delatnosti, a koje nisu poslovne tajne jer ne ispunjavaju propisane uslove da se tako kvalifikuju. Iako i te, druge tajne uživaju pravnu zaštitu, ona se ne odvija po režimu propisanom za poslovne tajne. Ovo se, pre svega, odnosi na tajne podatke od interesa za nacionalnu i javnu bezbednost, odbranu, unutrašnje i spoljne poslove Republike Srbije, čiji sistem određivanja i zaštite reguliše Zakon o tajnosti podataka.²⁶ Pored toga, posebni sistem zaštite ličnih podataka o fizičkim licima propisan je Zakonom o zaštiti podataka ličnosti.²⁷ Dalje, postoje profesionalne tajne koje se saznaju u toku procesa obavljanja određenih delatnosti, na primer, u advokaturi, zdravstvenoj zaštiti, bankarskim uslugama itd. Ove, profesionalne tajne su zaštićene na osnovu pravila čl. 141. Krivičnog zakonika RS, kojim se ustanovljava krivično delo „neovlašćeno otkrivanje tajne“.²⁸

Pored navedenih tajni koje uživaju specijalni pravni režim zaštite, trebalo bi voditi računa i o razlikovanju poslove tajne, s jedne strane, i privatnih tajni privrednih subjekata, sa druge. Ovu razliku najbolje je objasniti na primeru finansijskih izveštaja privrednog subjekta, koji se po pravilu drže u tajnosti zbog značaja koji imaju za menadžment privrednog subjekta koji na osnovu njih odlučuje koje poslovne poteze će povući i u kom trenutku, ili ih koristi kada odlučuje o upravljanju privrednim subjektom. Drugim rečima, njihova komercijalna vrednost se ispoljava u odlukama koje donosi menadžment firme i vezana je, po pravilu, za privredni subjekt kome pripadaju.²⁹ Ovi, finansijski izveštaji kao i druge privatne tajne privrednog subjekta često su interesantne

²⁶ Zakon o tajnosti podataka, *Sužbeni glasnik RS*, br. 104/2009. U čl. 1. se određuje se domen primene Zakona i on obuhvata jedinstveni sistem određivanja i zaštite tajnih podataka koji su od interesa za nacionalnu i javnu bezbednost, odbranu, unutrašnje i spoljne poslove Republike Srbije, zaštite stranih tajnih podataka, pristup tajnim podacima i prestanak njihove tajnosti, nadležnost organa i nadzor nad sprovođenjem ovog zakona, kao i odgovornost za neizvršavanje obaveza iz ovog zakona i druga pitanja od značaja za zaštitu tajnosti podataka.

²⁷ Zakon o zaštiti podataka ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

²⁸ Čl. 141. Krivičnog zakonika glasi: „(1) Advokat, lekar ili drugo lice koje neovlašćeno otkrije tajnu koju je saznalo u vršenju svog poziva, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine. (2) Neće se kazniti za delo iz stava 1. ovog člana ko otkrije tajnu u opštem interesu ili interesu drugog lica, koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne.“ O zaštićenim tajnama u pravu Republike Srbije v. A. K. Bojović, M. Reljanović, *Free Access to Information - An analysis of the regulatory frameworks in selected Western Balkan countries*, Institute of Comparative Law, Belgrade 2022, 62-64. O razlikama između poslovnih i privatnih tajni u američkom pravu vid. L. Helman, „Trade Secrets and Personal Secrets“, *University of Richmond Law Review* 2/2021, 453-463.

²⁹ Primer preuzet od E. Johnson, „Trade Secret Subject Matter“, *Hamline Law Review* 33/2020, 569.

njihovim konkurentima, koji ih mogu koristiti na različite načine. Ipak, sama činjenica da su konkurenti došli u posed takvih informacija nije dovoljna da oni, isključivo na osnovu saznanja tih informacija, steknu i vrednost koju one imaju za privredni subjekt kome pripadaju. Drugim rečima, prenosi se informacija, ali ne i njena vrednost koju ona ima za lice kome pripada.³⁰ Nije sporno da neovlašćeni sticalac takvih informacija može iz njih ostvariti neku novu vrednost i da se to čak i pravno kvalifikuje kao protivpravno ali to nije dovoljno da aktivira pravu zaštitu oštećenog na osnovu propisa o zaštiti poslovne tajne.

4. Utvrđivanje povrede poslovne tajne

U sudskom postupku za naknadu štete zbog povrede dužnosti zaštite poslovne tajne oštećeni mora dokazati da je zakoniti držalac poslovne tajne, kao i da su uslovi za kvalifikaciju poslovne tajne bili ispunjeni u vreme kada je, prema navodima tužbe, došlo do njene zloupotrebe. Tuženi mora dokazati i da je tuženi nezakonito stekao i/ili koristi i/ili je otkrio poslovnu tajnu, a ako pored toga potražuje i naknadu štete onda i uzročno-posledičnu vezu između takvog postupanja tuženog i štete koju je usled toga pretrpeo.³¹

a) *Nezakonito sticanje (prisvajanje) poslovne tajne*: Da li je treće lice steklo poslovnu tajnu na nezakonit način procenjuje se u svetlu pravila čl. 4. st. 1. Zakona o zaštiti poslovne tajne. Obavezni uslov za sve oblike povrede poslovne tajne, pa tako i ovaj, je da njen zakoniti držalac nije dao saglasnost da se treće lice upozna sa njenom sadržinom.³²

Postupci koje Zakon navodi kao načine nezakonitog sticanja poslovne tajne obuhvataju: neovlašćeni pristup, prisvajanje ili umnožavanje dokumenata, predmeta, materijala, supstanci ili elektronskih datoteka koji su pod zakonitom kontrolom držaoca poslovne tajne, a sadrže poslovnu tajnu ili se poslovna tajne iz njih može izvesti.³³ Prilikom da nezakonito pribavi tuđu poslovnu tajnu treće lice stiče na različite načine, na primer, krađom, lažnim predstavljanjem, povređujući zakonske ili ugovorene obaveze čuvanja tajnosti, špijunažom i drugim sličnim postupanjem.

³⁰ *Ibid.*

³¹ U nekim situacijama će umesto štete na strani zakonitog imaoca odnosno držaoca poslovne tajne nastati neosnovano obogaćenje lica koje je povredilo obavezu zaštite poslovne tajne. U tom slučaju tužiocu stoji na raspolaganju tužba zbog neosnovanog obogaćenja. O odnosu zahteva za naknadu štete i zahteva iz neosnovanog obogaćenja v. I. Simonović, „Konkurencija zahteva za nadoknadu štete i zahteva iz neosnovanog obogaćenja u slučaju neovlašćene upotrebe tuđe stvari ili tuđeg prava u svoju korist“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, 81/2018, 313-317.

³² Čl. 4, st. 1. Zakona.

³³ Čl. 4. st. 1. tač. 1. Zakona.

Prema čl. 4, st. 1. tač. 2. Zakona, sticanje poslovne tajne smatra se nezakonitim i kada tuženi, bez saglasnosti držaoca poslovne tajne, pribavi poslovnu tajnu suprotno dobrim poslovnim običajima. Na osnovu ovog pravila sud je ovlašćen da, uvažavajući okolnosti konkretnog slučaja, utvrdi da li je došlo do nezakonitog sticanja poslovne tajne. Po pravilu, na taj zaključak upućuje situacija kada je tuženi znao da je to što čini nezakonito ili je imao dovoljno saznanja o relevantnim činjenicama da bi to mogao da zna ili sazna da se o tome raspitao, a što bi učinio da je postupao odgovorno, profesionalno i sa potrebnim stepenom pažnje.

b) Nezakonito korišćenje i otkrivanje poslovne tajne: Prema prvoj rečenici pravila čl. 4, st. 2. Zakona, neoboriva je zakonska pretpostavka da treće lice, koje je nezakonito steklo poslovnu tajnu (na osnovu čl. 4, st. 1), samim tim čini i povredu poslovne tajne koje se ogleda u njenom nezakonitom korišćenju i otkrivanju.³⁴ Pored toga, treće lice nezakonito koristi ili otkriva tuđu poslovnu tajnu i povredom ugovora o poverljivosti ili druge obaveze koja se odnosi na zabranu otkrivanja poslovne tajne,³⁵ uključujući i slučaj kada je treće lice koristilo ili otkrilo poslovnu tajnu suprotno ugovornoj ili drugoj obavezi kojom se ograničava korišćenje poslovne tajne,³⁶ Radnje kojima se nezakonito koristi poslovna tajna su, pored nezakonitog prisvajanja poslovne tajne, probijanje postavljenih sistema zaštite tajnosti poslovne tajne kod poslodavca ili svako drugo neovlašćeno korišćenje tuđe poslovne tajne. U praksi, do neovlašćenog otkrivanja poslovne tajne često dolazi u toku obavljanja radnih zadataka, kada tuženi svojim saradnicima otkrije informacije koje predstavljaju poslovnu tajnu, a da za to nije imao ovlašćenje njenog zakonitog imaoca. U tom slučaju za povredu poslovne tajne i naknadu štete su odgovorna i sva lica koja su na taj način saznala poslovnu tajnu tužioca.³⁷ Uslov odgovornosti i u ovom slučaju je da tužilac dokaže da je to, treće lice bilo nesavesno, odnosno, da je znalo ili je u datim okolnostima moralo da zna za tu okolnost.³⁸

I na kraju, nezakonitim korišćenjem poslovne tajne smatra se i proizvodnja, nuđenje ili stavljanje u promet robe kojim je izvršena povreda, odnosno uvoz, izvoz ili skladištenje robe kojom se vrši povreda u svrhe proizvodnje, nuđenja ili stavljanja robe u promet, ako je lice koje je obavljalo navedene aktivnosti znalo ili je u datim okolnostima moralo da zna da je

³⁴ Čl. 4, st. 2. tač. 1. Zakona.

³⁵ Čl. 4, st. 2. tač. 2. Zakona.

³⁶ Čl. 4, st. 2. tač. 3. Zakona.

³⁷ Čl. 4, st. 3. Zakona.

³⁸ Čl. 4, st. 3. Zakona glasi: „Pribavljanje, korišćenje ili otkrivanje poslovne tajne smatra se nezakonitim i ako je lice u trenutku pribavljanja, korišćenja ili otkrivanja znalo ili je u datim okolnostima moralo da zna da je poslovna tajna pribavljena direktno ili indirektno od drugog lica koje je poslovnu tajnu nezakonito koristilo ili otkrilo u smislu stava 2. ovog člana“.

poslovna tajna korišćena nezakonito (u smislu čl. 4, st. 2. tač. 1-3. Zakona).

Teret dokazivanja činjenica koje ukazuju na nezakonitost postupanja tuženog je na tužiocu, shodno pravilu da svako ko pretenduje na pravno dejstvo određene činjenice treba da dokaže njenu istinitost.³⁹ On mora da dokaže i uzročno-posledičnu vezu između nezakonitog pribavljanja, korišćenja i otkrivanja njegove poslovne tajne i pretrpljene štete. Uzročno-posledična veza između štete radnje i štete mora biti značajna, u skladu sa zahtevom teorije adekvatne uzročnosti koja se primenjuje u našem pravu.⁴⁰ Ne može se smatrati adekvatnim svaki uzrok određene pojave tj. štete, već samo oni događaji koji imaju naročiti značaj, naročiti intenzitet pri nastupanju štete.⁴¹ Pritom, adekvatni uzrok štete ne mora da bude i jedini uzrok štete.

Oslobađanje od odgovornosti za naknadu štete, van opštih uslova za oslobađanje od odgovornosti propisanih Zakonom o obligacionim odnosima, tuženi može da ostvari i ako uspe da dokaže da je nezavisno od tužioca, sopstvenim naporima i sredstvima stekao informaciju koja istovremeno predstavlja tužiočevu poslovnu tajnu, kao i ako dokaže da je do te informacije došao „obrnutim inženjeringom“.⁴²

5. Utvrđivanje komercijalne vrednosti poslovne tajne: praksa američkih sudova

Od svih uslova za kvalifikaciju poslovne tajne čini se da najviše nedoumica izaziva utvrđenje njene komercijalne vrednosti zbog činjenice da ne postoji objektivno merilo u vidu tržišne cene na osnovu koga bi se to odredilo jer se poslovne tajne ne prodaju na tržištu. S tim u vezi izdvajaju se dva ključna pitanja: prvo, da li je za naknadu štete usled nezakonitog prisvajanja, korišćenja i otkrivanja poslovne tajne dovoljno da ona ima komercijalnu vrednost za tužioca, ili je neophodno da ona tu vrednost ima za tuženog, ili za obe stranke u sporu?⁴³

³⁹ G. Stanković, „Teret dokazivanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 47/2006, 5. Ovo pravilo propisano je i članom 228. u vezi sa čl. 7, st. 1. Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS* br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020.

⁴⁰ Vid. K. Jovičić, „Uzročnost i naknada štete“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*, (ur. Z. Petrović, V. Čolović i D. Obradović), Beograd-Valjevo 2020, 235-248.

⁴¹ A. Gams, *Odgovornost za radnje trećih lica u privatnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu 1940, 6.

⁴² „Obrnuti inženjering“ predstavlja situaciju u kojoj je tuženi uspeo da bez korišćenja navodne poslovne tajne tužioca rekonstruiše informacije koje istovremeno predstavljaju poslovnu tajnu tužioca, na primer, kupi gotov proizvod koji proizvodi tužilac pa njegovim rastavljanjem na delove sazna informacije koje su predmet tužiočeve poslovne tajne.

⁴³ E. Rowe, S. Sandeen, *Trade Secret Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*, 3rd ed. West Academic Publishing, 2020, 145.

i drugo, na koji način (kojim dokaznim sredstvima) utvrditi da poslovna tajna ima komercijalnu vrednost?

U američkom pravnom sistemu je zaštita poslovne tajne do pre šest godina bila isključivo u nadležnosti država članica federacije, ali su međusobne razlike u pravnim režimima bile ublažene zbog činjenice da je većina njih svoja zakonodavstva uredila pod uticajem Jednoobraznog zakona o poslovnim tajnama iz 1979. godine (dalje: UTSA).⁴⁴ Pravilo čl. 1(4) i) UTSA, koje predviđa da informacija može da se kvalifikuje kao poslovna tajna pod uslovom da ima „nezavisnu ekonomsku vrednost“ je gotovo bez izuzetka preuzeto u nacionalne propise država na teritoriji SAD.⁴⁵

U početnom periodu raspravljanja sporova zbog zloupotrebe poslovne tajne sudovi nisu pridavali naročitu pažnju utvrđenju njene komercijalne vrednosti već su uzimali da je sama činjenica da je neko lice pokrenulo sudski postupak za njenu zaštitu dovoljan dokaz o tome, na osnovu uverenja da se niko ne bi izložio troškovima vođenja sudskog postupka u suprotnom slučaju.⁴⁶ Ovaj stav, ipak, nije uspeo da se održi i vremenom su sudovi razmatrali i druge okolnosti kao potporu za uverenje da poslovna tajna ima komercijalnu vrednost, a pre svih shvatanje da se to može utvrditi na osnovu utrošenog vremena, uložениh novčanih sredstava i drugih napora u razvoj informacije za koju se tvrdi da predstavlja poslovnu tajnu. Pored toga, kao dokazno sredstvo se koristi i mišljenje veštaka odnosno lica koja poseduju potrebna, stručna znanja da to utvrđuju.⁴⁷

Uočivši da je pitanje komercijalne vrednosti poslovne tajne, kao i neka druga pitanja u građanskim postupcima koji se vode po tužbama za zaštitu poslovne tajne izvor nedoumica, nadležne institucije u okviru svojih redovnih dužnosti nastoje da pomognu njihovom rešavanju. U oblasti građanskog prava, što obuhvata i predmete u kojima se razmatra postojanje zloupotrebe poslovne tajne, relevantni dokumenti su Uputstva za građansku porotu (*Civil Jury Instructions*), koju donose Sudski saveti kao tela koja deluju kako na nivou najviših sudova u

⁴⁴ *Uniform Trade Secrets Act* (UTSA) je izradila i objavila Komisija za uniformisanje prava (*Uniform Law Commission*) 1979. godine, a izmene i dopune 1985. godine. <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=e58f19a0-6a5e-c90f-67c1-ac1f747ad47b&forceDialog=0>, datum pristupa 12. 6. 2022.

⁴⁵ Od ukupno 50 država koje su u sastavu SAD njih 47 je preuzelo Jednoobrazni zakon o poslovnim tajnama kao svoj propis. Podatak je preuzet sa https://www.law.cornell.edu/wex/trade_secret, 12. 6. 2022.

⁴⁶ E. Rowe, S. Sandeen (2020), 145.

⁴⁷ O ulozi veštaka u građanskim parnicama povodom povrede poslovne tajne vid. D. Quinto, S. Singer (2009), 110 i dalje.

državama članicama, tako i na nivou saveznih sudova SAD.⁴⁸ Uloga sudskih saveta pri sudovima SAD je politička i njihov zadatak je da donose obavezujuće mere, uputstva i naloge u cilju obezbeđenja efikasnosti i ekspeditivnosti rada sudova na teritoriji koju pokrivaju,⁴⁹ dok se uloga Sudskih saveta u državama članicama SAD uređuje propisima odnosnih država.

Među tim dokumentima se po kvalitetu i uticaju izdvaja Uputstvo za građansku porotu (*Judicial Council of California on Civil Jury Instructions*) 2003. godine,⁵⁰ koje je izradio Sudski savet kalifornijskih sudova,⁵¹ koje je nagrađeno Bartonovom nagradom za jasno pravno pisanje.⁵² U delu tog Uputstva kojim se reguliše protokol za ispitivanje postojanja ekonomske vrednosti poslovne tajne predlažu se sledeće smernice za postupanje (navedene su primera radi): a) u kojoj meri tužilac ostvaruje ili može da ostvari ekonomsku korist od informacije koja

⁴⁸ U SAD postoje dva sudska sistema: Federalni i državni. Federalne sudove je osnovao Kongres SAD, a državne sudove osnivaju Vlade tih država. 1) Apelacioni sudovi u državama članicama SAD nisu obavezni i nemaju ih sve države (od 50 država članica SAD Apelacioni sudovi su formirani u 42 države). Osnivanje i delokrug rada ovih sudova je u nadležnosti svake države i njihov delokrug rada može da varira od države do države. Ipak, u najvećem broju država Apelacioni sudovi imaju ulogu suda najvišeg ranga na državnom nivou. 2) Apelacioni sudovi SAD su savezni sudovi koji deluju po teritorijalnoj podeli na okruge (*circuit*). Na teritoriji SAD deluje ukupno 13 Apelacionih sudova SAD, koji su u sistemu saveznih sudova. Pritom, 12 Apelacionih sudova deluje u ukupno 12 regionalnih okruga, dok 13 Apelacioni sud ima posebno regulisanu nadležnost na celoj teritoriji SAD. O dualnoj organizaciji sistema sudova u SAD v. M. Milošević, „Odluke protiv kojih se može izjaviti žalba u pravnom sistemu SAD“, *Strani pravni život* 2/2012, 319; D. Kulić, „Vrhovni sud u sudskom sistemu SAD“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 6/1967, 53-54.

⁴⁹ Formiranje i delokrug rada Sudskih Saveta regulisano je u okviru dela 28. *Code of Laws of the United States of America* (28 U.S. Cod), koji predstavlja zvaničnu kompilaciju i kodifikaciju saveznih zakona u SAD. Tekst 28 U.S. Code § 332 dosupan je na <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/332>, datum pristupa 15. 6. 2022.

⁵⁰ *Judicial Council of California on Civil Jury Instructions*, 2021, (dalje: CACI), www.courts.ca.gov/partners/documents/Judicial_Council_of_California_Civil_Jury_Instructions.pdf, 12. 6. 2022. Deo posvećen predmetima zaštite poslovne tajne formulisan od No. 4402 do 4421, 1183-1218.

⁵¹ Sudski savet kalifornijskih sudova osnovan je Ustavom Kalifornije, a njegova je nadležnost više politička i ima za cilj da svojim delovanjem omogući da sudska vlast sprovodi pravdu nezavisno, nepristrasno i pristupačno. Navedeno prema: <https://www.courts.ca.gov/policyadmin-jc.htm>, datum pristupa 12. 6. 2022.

⁵² Navedeno prema obaveštenju na sajtu *California Judicial Branch*, <https://www.courts.ca.gov/partners/313.htm>, datum pristupa 12.6.2022. U istom izvoru navodi se i da je cilj ovih uputstava da se unapredi kvalitet odlučivanja porote tako što će ona u svom radu primenjivati standardizovana uputstva koja tačno navode zakon na način koji je razumljiv prosečnom porotniku.

čini predmet poslovne tajne, održavajući je u tajnosti; b) u kojoj meri treća lica mogu da ostvare ekonomsku korist od iste informacije kada ona ne bi bila tajna; c) koliko vremena, novca i rada je tužilac uložio da bi razvio poslovnu tajnu; d) koliko vremena, novca i rada bi konkurent tužioca **uštedeo koristeći informaciju koja predstavlja poslovnu tajnu tužioca**.⁵³ Za svaku navedenu smernicu se u daju relevantni izvori prava (sudske presude, izvodi iz Ristejtmnta o neloyalnoj konkurenciji) u okviru kojih su dostupna i odgovarajuća obrazloženja. S tim u vezi, a na osnovu relevantnih izvora, zaključuje se da sama činjenica da su uloženi resursi za razvijanje i osvajanje neke korisne informacije nije dovoljna, već da se u svakom pojedinom slučaju mora utvrditi da li je ta informacija dovoljno vredna i tajna da omogući stvarnu ili potencijalnu kompetitivnu prednost. Ta prednost, kako se navodi, ne mora biti velika, ali mora biti više nego trivijalna.⁵⁴

Uprkos činjenici da se nacionalni propisi o zaštiti poslovne tajne međusobno ne razlikuju bitno, američki sudovi nisu razvili jedinstvenu praksu u tim predmetima. U cilju efikasnijeg uređivanja pitanja zaštite poslovnih tajni te ublažavanja variranja sudske prakse 2016. godine je stupio na snagu Savezni zakon o zaštiti poslovnih tajni (*Defence Trade Secrets Act* - dalje: DTSA).⁵⁵ Reč je o propisu koji je obezbedio pravni osnov za tužbu kao i posebno pravno sredstvo za povredu poslovne tajne na saveznom nivou, pred saveznim sudovima. Na taj način su stranke u sporovima za zaštitu poslovne tajne dobile mogućnost da ove sporove, osim pred sudovima država članica SAD, rešavaju pred saveznim sudom, na osnovu saveznog propisa koji je jedinstven za celu teritoriju SAD. Time je na viši nivo podignuta pravna zaštita poslovne tajne jer je omogućeno da se prevaziđu eventualne razlike u pravnim standardima i procedurama pred državnim sudovima koji su, uprkos visokom nivou unifikacija državnih propisa o zaštiti poslovne tajne, ipak postojale.⁵⁶

Sudski savet pri Apelacionom sudu SAD za jedanaesti okrug⁵⁷ usvojilo je Uputstvo za porotu u građansko-pravnim predmetima zaštite poslovne tajne na osnovu DTSA, u okviru koga se, takođe, daju smernice

⁵³ CACI, 2021, 1210.

⁵⁴ Treći Ristejtmnt o neloyalnoj konkurenciji, § 39, komentar e); *Yield Dynamics, Inc. v. TEA Systems Corp.* (2007) 154 Cal.App.4th 547, 564–565 [66 Cal.Rptr.3d 1]. Navedeno prema: *Ibid.*

⁵⁵ *Defence Trade Secret Act of 2016*, <https://www.congress.gov/114/plaws/publ153/PLAW-114publ153.pdf>, datum pristupa 12. 6. 2022.

⁵⁶ Vid. https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2017/04/02_newman/, datum pristupa 12. 6. 2022.

⁵⁷ Savezni Apelacioni sud Jedanaestog okruga pokriva teritorije država Alabama, Florida i Džordžija.

za utvrđivanje komercijalne vrednosti poslovne tajne.⁵⁸ One se uglavnom poklapaju sa smernicama iz Uputstva za porotu u građanskim predmetima pred kalifornijskim sudovima, i to su: da li informacija koja se čuva u tajnosti doprinosi ili može doprineti dobijanju ekonomske vrednosti za vlasnika informacije; da li bi i u kojoj meri mogli i druga lica da dobiju ekonomsku vrednost na osnovu te informacije kada se ona ne bi držala u tajnosti; količina vremena, novca i rada koju je vlasnik uložio u informaciju koja se drži u tajnosti; i količina vremena, novca i rada koju je tuženi uštedeo koristeći informacije **tužioca koje ovaj drži u tajnosti.**⁵⁹

6. Umesto zaključka

U zaključnom delu ovog članka čini se da je opravdano poći, odnosno ponoviti stav izložen u prvoj rečenici u radu, a to je da su poslovne tajne značajne za privredne subjekte jer im omogućavaju da uspešnije posluju na tržištu. Uslovi zaštite poslovne tajne su određeni zakonom i isti su kako za preduzetnike, mikro i mala privredna društva, tako i za najveća privredna društva. Pravila za dokazivanje i ostvarivanje naknade štete zbog povrede poslovne tajne su, takođe, ista za sve privredne subekte. Međutim, može se pretpostaviti da je pravda, uprkos tome, objektivno teže dostupna manjim privrednim subjektima (po broju zaposlenih i po ekonomskoj snazi) zbog nedovoljno kapaciteta a neretko i zbog nerazumevanja potrebe da preduzimaju određene radnje da bi svoje poslovne tajne najpre identifikovali, a onda i sačuvali. Ako poslodavac nije prepoznao da određene informacije predstavljaju njegovu poslovnu tajnu već je to utvrdio, na primer, tek nakon što su se one našle kod njegovog konkurenta, onda će on imati poteškoće da dokaže postojanje poslovne tajne prevashodno zbog činjenice da u toj situaciji nije preduzeo adekvatne i razumne mere za očuvanje njihove tajnosti. Ostavši tako bez svoje poslovne tajne i bez naknade štete taj poslodavac, privredni subjekt, može pretrpeti nenadoknadivu štetu i možda biti prinuđen čak i da ugasi firmu. Ovaj scenario manje je verovatan za veće privredne subjekte, koji po pravilu imaju stručnu službu za pravne poslove koja je u stanju da identifikuje poslovne tajne kao i da sugeriše menadžmentu razumne mere za njihovo čuvanje. Činjenica da u velikim privrednim subjektima ima više zaposlenih olakšava očuvanje tajnosti iz dva razloga: prvo, zato što se sa više lica može organizovati adekvatni (i složeniji) sistem njihove zaštite i drugo, zato što je sadržina poslovnih tajni u većem kolektivu sigurnija zbog činjenica

⁵⁸ *Eleventh Circuit Pattern Jury Instructions (Civil Cases)*, 2020. Dokument je dostupan na <https://www.ca11.uscourts.gov/sites/default/files/courtdocs/clk/FormCivilPatternJuryInstructionsCurrentComplete.pdf?revDate=20200227>, datum pristupa 12. 6. 2022.

⁵⁹ D. W. Wiseman, J. Judd, J. P. Mack, 20.

da je, po pravilu, dostupna manjem krugu lica, to jest, nije neophodno da sve poslovne tajne takvog društva budu poznate jednom zaposlenom (što je, po pravilu, slučaj kod malih privrednih subjekata).

Svaka zloupotreba poslovne tajne koja ima za posledicu nastanak štete potencijalni je osnov za naplatu naknade štete, pod uslovom da se u sudskom postupku (ako se već nije došlo do odgovarajućeg rešenja tog pitanja mirnim putem) dokaže postojanje sva tri uslova za kvalifikaciju poslovne tajne, da je šteta nastala kao i koliko iznosi. Uloga sudova u postupcima naknade štete je jasna: oni su dužni da zakon pravilno primenjuju a to u ovim predmetima podrazumeva da tačno utvrde (ne)postojanje poslovne tajne, jer pogrešno identifikovanje poslovne tajne za krajnji ishod ima obesmišljavanje njen pravne zaštite.

Istraživanje američke sudske prakse u predmetima zaštite poslovne tajne je pokazalo da američki sudovi, koji više decenija rešavaju brojne sporove u ovim predmetima, još uvek nemaju konačna objašnjenja niti odgovore na pitanja koja se u njima redovno postavljaju. Naši, domaći sudovi nisu bili u prilici da u brojnim predmetima razmatraju pitanje zaštite poslovne tajne, što se može objasniti i činjenicom da privredni subjekti često i nisu svesni da su njihove poslovne tajne zloupotrebljene, ili da nisu u stanju da finansiraju neizvesne sudske sporove kojima bi tu zloupotrebu dokazali i ostvarili naknadu štete.

Imajući u vidu činjenicu da se uslovi kvalifikacije poslovne tajne u američkom i srpskom pravu suštinski ne razlikuju, američka sudska praksa može biti interesantna, pa i korisna našim pravnicima koji u bilo kom svojstvu primenjuju pravo u ovoj oblasti. Na osnovu analize prakse američkih sudova te odgovarajućih dokumenata koje donose nadležni organi sa ciljem da olakšaju razumevanje i primenu prava, može se zaključiti da se uslovi kvalifikacije poslovne tajne nekada mogu utvrditi direktno, na osnovu neposrednih dokaza, ali da se u tom cilju moraju koristiti i posredni dokazi. Postupci naknade štete zbog zloupotrebe poslovne tajne su posebno su izazovni zbog činjenice da se postojanje štete i njena visina takođe moraju dokazati, **što je** već samo po sebi teško za oštećenog bez obzira na predmet spora. Zbog specifičnosti poslovne tajne kao predmeta pravne zaštite taj zadatak je još složeniji i to ne samo za tužioca veći za sud koji je dužan da zakonito sprovede postupak i pravilno da primeni pravo da bi ispunio svoju društvenu ulogu i cilj, a to je sprovođenje pravde.

* * *

COMPENSATION FOR TRADE SECRETS DAMAGES

Summary

The subject of this article is compensation for damages in case of unauthorized acquisition, use and/or disclosure of a trade secret. The aim is to identify the issues that arise in civil court proceedings initiated by claims for damages due to misappropriation of trade secrets and to offer answers and possible solutions for those which may be a source of disagreement. There are no significant number of decisions on this issue that are publicly available in domestic judicial practice. Therefore, the practice of American courts is presented as it is, according to the author of this paper, one of the most developed in the world in this area. The research question which is investigated is whether it is necessary to use indirect evidence to prove the trade secret and its misappropriation, as well as the damage occurred thereof. It is concluded that, due to the specificity of trade secrets as an object of a legal protection, indirect evidence is often the only one possible.

Keywords: misappropriation of a trade secret, qualification and identification of a trade secret, proving the misappropriation of a trade secret, commercial value of a trade secret.

Jelena Vukadinović Marković*
Ivana Radomirović**

**PRAVO NA NAKNADU ŠTETE KAO POSLEDICA POVREDE
RECEPTUM ARBITRI
-građansko pravna odgovornost arbitara-**

Apstrakt

Ugovor predstavlja sastanak saglasnosti volja ugovornih strana kojim preuzimaju određena prava i stiču obaveze. Sve dok traje period u kom preovladavaju prava ugovornih strana tzv. „renesansni“ period života ugovora, pitanje štete i obaveze naknade se ne postavlja. Pitanje prava na naknadu štete se postavlja trenutkom povrede preuzete obaveze od strane ugovornika. Pravilo naknade štete kao opšte pravilo ugovornog prava nalazi svoju primenu i kod ugovora o arbitraži kao osnovnog pravnog posla kojim se ugovara privatni način rešavanja sporova.

Budući da pripada ugovorima, opšta načela ugovornog prava važe i za ugovore kojima se uspostavlja nadležnost arbitraže kao vansudskog foruma. Sporazum o arbitraži prati i dodatni sporazum - receptum arbitri, zaključen između strana arbitražnog ugovora s jedne i imenovanog arbitra, s druge strane. Ovaj ugovor predstavlja dvostrano obavezujući intuitu personae ugovor koji podleže pravnom režimu ugovornog prava. Povredom preuzetih obaveza od strane ugovornih strana, postavljaju se brojna pitanja koja čine predmet ovog rada.

Uporedno pravnom analizom pravnih izvora arbitražnog i ugovornog prava kao i sistematičnom obradom sudske i arbitražne prakse, autorke rada daju odgovore na pitanja prava na naknadu štete, njen obim i postupak naknade.

Ključne reči: *receptum arbitri, naknada štete, arbitraža, građansko pravna odgovornost arbitra, povreda ugovora*

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, docent Fakulteta za privredu i pravosuđe Privredne akademije u Novom Sadu.
e-mail: jelena_vuk83@yahoo.com

** Master pravnik, istraživač pripravnik Instituta za uporedno pravo.
e-mail: i.radomirovic@iup.rs

1. Umesto uvoda

Arbitražno rešavanje kao nedržavni način rešavanja sporova poznat je još od najstarijih vremena. U izvorima arbitražnog prava se navodi da je arbitraža kao način rešavanja sporova bila poznata u vreme starih Grka¹.

Koreni „savremene“, trgovačke arbitraže se mogu naći u srednjevekovnoj Zapadnoj Evropi i trgovinskim sporovima iz tog doba. Tako nastale trgovačke sporove su rešavali arbitri birani iz redova trgovaca čije su odluke izvršavane ne iz straha od represivnih sredstava zajednice, već iz uverenja u njihovu pravičnost, shvatanje morala i poštovanje društva. Ovakva arbitraža je više predstavljala instituciju mira i mirenja, čiji je zadatak bio da održi harmoniju u zajednici, a manje instituciju čiji je primarni cilj bio striktno poštovanje pravnih pravila. Kasnije, nakon razvoja zanatstva i internacionalizacije trgovine, tako nastali sporovi su dobili međunarodni karakter, čime su stvoreni uslovi za uspostavljanje međunarodne trgovačke arbitraže. Moderna međunarodna trgovačka arbitraža se kao način rešavanja sporova afirmiše između dva svetska rata.

Kao organ ili telo koje rešava spor, arbitraža predstavlja nedržavno pravosudno telo koje karakteriše posebna ovlašćenja i način rada arbitara pojedinaca ili arbitražnog veća, pa se takvo telo tretira kao „privatni sud“ uspostavljen na osnovu zakonskog ovlašćenja (od strane privatnih lica). Za postojanje arbitraže kao načina rešavanja sporova neophodno je poverenje ugovornih strana. Poverenje koje strane arbitražnog sporazuma imaju u arbitre presudno utiče da svoj spor povere na rešavanje privatnom telu, a ne državnom sudu. Dok je poverenje subjektivni osećaj svakog pojedinca iskazan u izboru tačno određenog arbitra, poveravanje rešavanja spora ovako odabranim licima pored subjektivnog elementa, sadrži i objektivni element čije su granice objektivizovane i omeđene državnim propisima. Prvo dozvoljavanjem, a kasnije propisivanjem granica podobnosti sporova za arbitražno rešavanje, država sužava ili širi obim pravnih odnosa koji su arbitrabilni i podobni da o njima raspravlja arbitraža, iskazujući na taj način stav prema arbitraži kao privatnom forumu za rešavanje sporova.²

Svoju nadležnost arbitraža zasniva putem arbitražnog sporazuma koji može biti u dve forme (kompromis i kompromisorna klauzula).³ Kompromisorna klauzula čini deo sporazuma o osnovnom poslu, iako sa njim ne delu istu pravnu sudbinu.⁴ Klauzulom se predviđa nadležnost arbitraže sa sporove koje

¹ N. Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford 2015, 4.

² Više o arbitrabilnosti sporova vid. J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u postupku rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Beograd 2016.

³ J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim poslovnim odnosima*, Beograd 2012, 190.

⁴ Pod autonomijom arbitražnog ugovora se podrazumeva njegova pravna samostalnost i odvojenost od osnovnog posla, bez obzira što se može u fizičkom smislu nalaziti u

će nastati iz odođenog pravnog odnosa. Neretko se ova klauzula nalazi pri kraju glavnog ugovora, zajedno sa klauzulom o merodavnom pravu i često je nazivaju „ponoćnom klauzulom“, jer ugovorne strane o njoj često raspravljaju nakon što je glavni posao zaključen, ne pridajući dovoljno pažnje svim odredbama ugovora koji se odnose na forum ili pravo koje se primenjuje.⁵ S druge strane, kompromis predstavlja poseban pravni posao, zaključen nakon što je spor nastao. Okolnosti u kojima nastaje ovaj posao su često praćeni narazumevanjem od strane ugovornih lica, pa izgledi da se dođe do kompromisnog rešenja o načinu imenovanja arbitara, merodavnom pravu ili mestu sedišta arbitraže su smanjeni.⁶

Za otpočinjanje i nesmetano odvijanje arbitražnog postupka pored arbitražnog sporazuma kao inicijalnog i neophodnog uslova konstituisanja nadležnosti arbitraže, potrebno je postojanje i niza drugih ugovora. Situacija je komplikovanija, ukoliko strane arbitražog sporazuma nisu istovremeno i strane arbitražnog postupka, te se postavljaju pitanja pravnog osnova učešća datih lica u postupku kao i ispunjenje propisanih uslova punovažnosti ugovora. Pored navedenog ugovora, za otpočinjanje arbitražnog postupka pred institucionalnom arbitražom, neophodno je zaključenje ugovora između stranaka i određene institucionalne arbitraže. Nakon toga, kao treći u nizu sporazuma, je sporazum između određene arbitražne institucije i arbitra kog su stranke imenovale. Četvrti i konačni sporazum se zaključuje između stranaka arbitražnog ugovora i izabranog arbitra (*receptum arbitri*).

Prvi ugovor, ugovor o arbitraži, je materijalno pravni ugovor koji proizvodi određene procesne posledice. Jedna od posledica je prorogaciono dejstvo ugovora kojim se kreira nadležnost arbitražnog tribunala, derogirajući istovremeno nadležnost nacionalnog suda.

Zaključivanjem arbitražnog sporazuma ugovorne strane se opredeljuju za institucionu ili ad hoc arbitražu. U zavisnosti od učinjenog izbora, zavisice i ugovori kojima se otpočinje postupak rešavanja sporova. Institucionalne arbitraže imaju sopstvena pravila, po kojima se postupak rešavanja sporova vodi pod njihovim otkriljem. Takva pravila kao i celokupna administracija vođenja postupka predstvalja ponudu institucionalne arbitraže koja je usmerena na

njemu kao arbitražna klauzula, ili biti odvojen u drugom dokumentu. Osnovna praktična posledica prihvatanja načela autonomije je stav da arbitražni ugovor može da postoji i proizvodi pravno dejstvo i kad je osnovni posao prestao da postoji ili nije punovažno nastao. Više M. Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd 2000, 266.

⁵ Više o manjkavim klauzulama vid. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i Adr*, Beograd 2010, 65-69.

⁶ U francuskom pravu dugo godina nije priznavano postojanje kompromisorne klauzule, već je zahtevano da nakon nastanka spora ugovorne strane zaključenjem kompromisa potvrde optiranje za arbitražu kao načina rešavanja sporova. Više J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 2002, 48.

neodređeni broj lica.⁷ Zaključivanjem ugovora sa određenom institucionalnom arbitražom ugovorne strane prihvataju da spor koji je nastao povere u tehničkom i administrativnom smislu određenoj institucionalnoj arbitraži. Institucionalne arbitraže po pravilu sadrže listu arbitara koja može biti otvorenog ili zatvorenog tipa kojom se pruža mogućnost izbora arbitara arbitražnim strankama. Imenovanjem arbitra od strane ugovornih strana, stranke se opredeljuju za tačno određenog arbitra sa kojim institucionalna arbitraža zaključuje poseban ugovor. Takav ugovor predstavljaće pravni osnov za isplatu naknade arbitrima za preuzete obaveze rešavanja sporova i pokrivanje troškova suđenja. Imenovanje arbitra od strane stranaka ne predstavlja bitan element ugovora o arbitraži te će arbitražni sporazum proizvoditi pravno dejstvo i bez ove odredbe. Ukoliko ugovorne strane ne imenuju arbitre, oni će biti izabrani prema pravilnicima institucionalnih arbitraža ili dispozitivnih pravila merodavnog prava u slučaju ad hoc arbitraža.⁸

Četvrti i poslednji ugovor koji se zaključuju prilikom konstituisanja nadležnosti arbitraže je ugovor između, s jedne strane, stranaka arbitražnog postupka i izabranog arbitra, s druge strane. *Receptum arbitri* kao ugovor između stanaka i arbitara svoj osnov ima u arbitražnom sporazumu. On ne nastaje istovremeno kad i arbitražni sporazum već kasnije, kada stranka postupka uputi ponudu arbitru a ovaj je kasnije prihvati.⁹ Nekada će u arbitražnom sprazumu biti predviđene osobine arbitra kao preduslov kasnijeg imenovanje od strane arbitražnih strana.

2. Pravna priroda *receptum arbitri*

Pod *receptum arbitri* se razume sporazum koji sa jedne strane zaključuje obe strane arbitražnog ugovora, a sa druge strane, imenovani arbitar. Ugovor će postojati kada su stranke sporazumno odredile arbitra, ali i u slučaju kada je izbor izvršila samo jedna od strana arbitražnog sporazuma, već imenovani arbitri ili treće lice u svojstvu ovlašćenika za imenovanje.¹⁰ Kako je arbitar izabran zbog svojih ličnih kvaliteta, ovaj ugovor spada u kategoriju *intuitu personae* ugovora. Takav ugovor se ne može preneti na drugo lice iz razloga svojstava ugovornika.¹¹

⁷ E. Gaillard, J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1999, 602.

⁸ G. Knežević, V. Pavić, 78-100, K. Jovičić, „Pravna priroda odnosa između arbitara i stranaka- *receptum arbitri*“, *Strani pravni život* 1/2020, 17.

⁹ K. Jovičić, 18.

¹⁰ G. Stanković *et al.*, *Arbitražno procesno pravo*, Niš 2002, 78.

¹¹ J. Perović (2012), 134.

Intuitu personae ugovori su ugovori zaključeni s obzirom na lična svojstva ili sposobnosti jednog ili oba ugovornika, tako da je zaključenje ugovora i izvršenje obaveze takvog ugovornika u uskoj vezi sa ugovornikom zbog čijih ličnih svojstava je taj ugovor i zaključen. Kako se *intuitu personae* ugovori zaključuju s obzirom na ličnost ugovornika, to ne znači da se ugovor zaključuje s obzirom na obe ugovorne strane, iako i to može biti slučaj, kao što je slučaj kod ugovora o doživotnom održavanju.¹² Češće će biti slučaj da se ugovor zaključuje s obzirom na ličnost jedne ugovorne strane, kao kada je reč o ugovoru o delu, ugovoru o nalogu ili ugovoru o poklonu. Iako to ni u nije izričito predviđeno Zakonom o obligacionim odnosima, ukoliko je ugovor zaključen s obzirom na lične osobine neke od ugovornih strana ili lične sposobnosti dužnika, obaveza iz ovakvog ugovora neće prestati samo smrću ugovorne strane s obzirom na čije lične osobine ili sposobnosti je ugovor zaključen, već i ukoliko ta ugovorna strana izgubi neko od svojstava ili sposobnosti povodom kojih je ugovor zaključen, pa tako ugovor zaključen *intuitu personae* može prestati i gubitkom poslovne sposobnosti ugovorne strane, gubitkom dozvole ili licence za rad, nastupanjem nemogućnosti obavljanja određene delatnosti ili gubitkom nekih naročitih sposobnosti ili karakteristika. Preciznije rečeno, nastupanje subjektivne nemogućnosti na strani jednog ugovornika dovodi do prestanka ugovora. Zato se kaže da je kod *intuitu personae* ugovora subjektivna nemogućnost izjednačena sa objektivnom nemogućnošću.¹³

Neprenosivost prava i obaveza nije jedino svojstvo *intuitu personae* ugovora. Ovakva tvrdnja zahteva dodatno preciziranje, a imajući u vidu da neprenosivom treba smatrati samo onu obavezu koja je strogo vezana za ličnost ugovornika. Stoga, druga obaveza iz ugovora, a koja nije vezana za ličnost ugovornika, mogla bi biti predmet prenosa ili ustupanja.¹⁴ Ovakva prenosivost druge obaveze iz *intuitu personae* ugovora odnosi se kako na ugovore za koje se po prirodi posla smatra da su zaključeni s obzirom na ličnost ugovornika, tako i na ugovore kojima je izričito predviđeno da se zaključuju s obzirom na ličnost ugovornika. S druge strane, periodična potraživanja koja su dospela pre smrti poverioca prelaze na njegove naslednike, odnosno, dospeli periodični dugovi prelaze na naslednike dužnika.¹⁵

Pored toga što ličnost ugovornika predstavlja odlučujući deo saglasnosti volje u trenutku zaključenja ugovora, svojstva *intuitu personae* ugovora dolaze do izražaja i prilikom izvršenja lične obaveze iz takvog ugovora. Kako je ugovor zaključen s obzirom na naročita svojstva ili sposobnosti dužnika, poveriocu

¹² S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1986, 232.

¹³ M. Karanikić Mirić, „Otežano ispunjenje ugovorne obaveze“, *Pravo i privreda* 4/2020, 46, fn. 78.

¹⁴ D. Nikolić, „*Obligaciones intuitu personae*“, *Zbornik radova* 25/1991, 204.

¹⁵ J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2007, 179.

nije svejedno ko će obavezu prema njemu izvršiti, već očekuje da ispunjenje primi od lica sa kojim je ugovor i zaključio. Stoga je Zakonom o obligacionim odnosima predviđeno da zabluda koja se odnosi na lice sa kojim se zaključuje ugovor, ako se zaključuje s obzirom na to lice, predstavlja razlog za poništaj ugovora zbog bitne zablude.¹⁶ Takođe, lične obaveze iz *intuitu personae* ugovora ne mogu biti obezbeđene jemstvom, niti mogu biti zamenjene zamenjivim obavezama u izvršnom postupku. U postupku prinudnog izvršenja lične obaveze iz *intuitu personae* ugovora, na dužnika se može samo uticati putem određivanja svote novca koju će biti dužan isplatiti poveriocu za svaki dan zadocnjenja,¹⁷ ili putem izricanja novčanih kazni. Poverilac u svakom slučaju može zahtevati i naknadu prouzrokovane štete zbog neispunjenja ugovorne obaveze.

Podela ugovora na lične i nelične u francuskom pravu proizvodi pravne posledice nalik onim u srpskom pravu. U francuskom pravu je ustanovljena pretpostavka da je dobroćini ugovor *intuitu personae*, zaključen s obzirom na ličnost ugovornika koji stiče korist iz tog ugovora, odnosno poverioca.¹⁸ *Intuitu personae* priroda dobroćinih ugovora opravdava sam ugovor jer objašnjava razlog obezbeđivanja na dobrično raspolaganje, dok se *intuitu personae* priroda dobroćinih ugovora objašnjava prisustvom ugovornih rizika koji mogu biti vezani za okolnosti pod kojima je ugovor zaključen ili prirodu obaveze koju treba ispuniti.¹⁹ Takođe, izvinjavajuća zabluda o ličnosti ugovornika predstavlja razlog rušljivosti *intuitu personae* ugovora,²⁰ smrt ugovornika s obzirom na čiju ličnost je ugovor zaključen dovodi do prestanka ugovora,²¹ te se obaveze iz ovih ugovora ne mogu prenositi pravnim poslovima *inter vivos* niti *mortis causa*.²²

¹⁶ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020), čl. 61 st 1.

¹⁷ Čl. 294, st. 1 ZOO.

¹⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz 2019, 119.

¹⁹ D. Krajesci, P. Le Tourneau, *Contrat intuitu personae, Jurisclasseur Contratsdistribution (Fasc. 200)*, Toulouse Capitole Publications, Toulouse 2019, par. 5.

²⁰ Čl. 1134 Francuskog građanskog zakonika (Code Civil), www.legifrance.gouv.fr, datum pristupa 30. 06. 2022.

²¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, 171.

²² U francuskoj doktrini se kao tipičan primer *intuitu personae* ugovora navodi i ugovor o radu, imajući u vidu da se on zaključuje s obzirom na ličnost zaposlenog. Predlog za zaključenje ugovora koji sadrži sve bitne elemente ugovora čijem je zaključenju namenjen se smatra da je dat pod implicitnom rezervom ukoliko je reč o *intuitu personae* ugovoru, pa tako ni prost prihvata ponude za zaključenje ugovora o radu nije dovoljan za zaključenje ugovora, a poslodavac ostaje slobodan da izabere među potencijalnim radnicima koji su se odazvali predlogu, pa čak ni da nijednog od njih ne izabere. Vid. *Ibid*, 199-200.

Slično rešenje nalazimo u nemačkom pravu. Osnovno pravilo Nemačkog građanskog zakonika je da treće lice takođe može da izvrši ugovornu obavezu, osim ukoliko obavezu ne mora da ispuni dužnik lično, a poverilac može odbiti ispunjenje obaveze ako se dužnik tome protivi.²³ Da li dužnik mora da obavezu ispuni lično ili ne, zavisi od prirode obaveze i namere ugovornih strana.²⁴ U Posebnom deo Nemačkog građanskog zakonika sporadično sadrži pojedine odredbe o ugovorima koji se po pravilu zaključuju s obzirom na ličnost ugovornika. Takav je slučaj sa ugovorom o pružanju usluga (§ 613), ugovor o mandatu (§ 664) i o depozitu (§ 691). Takođe, lice koje je prilikom davanja izjave namere bilo u zabludi u pogledu njenog sadržaja, ili ne bi dali izjavu ovakve sadržine, može izbeći punovažnost ovakve izjave ako se pretpostavlja da je ne bi dalo da je znalo činjenično stanje i da je bilo svesno pravih okolnosti slučaja.²⁵ Zabluda o svojstvima lica ili stvari koja se smatra bitnim, smatra se zabludom o sadržaju izjave, te takođe može imati uticaj na punovažnost izjave.

Ukoliko je rešavanje spora povereno arbitru pojedincu, zaključuje se jedan ugovor. Ako o sporu odlučuje veće sastavljeno od 3 ili više arbitara, zaključuje se onoliko posebnih ugovora koliko je arbitara u veću. Punovažno zaključen ugovor će postojati ako je zaključen u pisanoj formi, ako je neformalno zaključen, kao i kad je zaključen konkludentnom radnjom. Ugovor će se smatrati da je nastao danom prihvatanja funkcije (imenovanja) od strane arbitra.

Po svojoj pravnoj prirodi, *receptum arbitri* predstavlja teretni dvostranički pravni posao kojim su stranke u postupku preuzele obavezu da isplate troškove naknade (nagrade) arbitru kao i troškove postupka, dok su arbitri preuzeli obavezu da reše sporni odnos. Obaveza isplate naknade će postojati i kad ova obaveza nije eksplicitno predviđena ugovorom. Praksa arbitražnih foruma predviđa da arbitru pripada prikladna (primerena) nagrada i kad nije posebno ugovorena. Prema čl. 41 Arbitražnih pravila UNCITRAL-a, nagrada članova arbitražnog tribunala mora biti primereno određena uzimajući u obzir vrednost predmeta spora, njegovu složenost, vreme koje su arbitri utrošili na rešavanje kao i svaku drugu okolnost koja je od uticaja na određivanje naknade.²⁶ Pravo na nagradu arbitru pripada i kada u sporu nije odlučeno meritornom odlukom, nego je zaključeno poravnanje ili je došlo do obustave postupka izazvanom voljom stranaka. Ova obaveza ne znači da će stranka direktno arbitru isplatiti ugovorenu sumu, već će

²³ § 267 Nemačkog građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

²⁴ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford and Portland, Oregon 2006, 362.

²⁵ § 119 BGB.

²⁶ V. Uncitral Arbitražna pravila. Dostupno na UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). datum pristupa 27. 6. 2022.

troškove postupka isplatiti nadležnoj institucionoj arbitraži koja će kasnije nagradu isplatiti arbitrima. Ovaj ugovor ima karakter dvostranačkog posla nezavisno od množine lica koja učestvuju na jednoj ili na drugoj strani u arbitražnom postupku.²⁷

Trajanje ugovora je vremenski ograničen na trenutak donošenja odluke. Kako je donošenje arbitražne odluke kojim se rešava nastali spor ostvarena kauzaovog ugovora, donošenje odluke se može smatrati ispunjenjem ugovora. Osim što ugovor *receptum arbitri* (kao i arbitražni sporazum) može prestati ispunjenjem, ugovor može biti i raskinut, zbog različitih razloga koji onemogućavaju ostvarenje cilja zbog kojeg je ugovor nastao. Do prestanka dolazi i po osnovu sporazumnog raskida ugovora. Raskid može zahtevati arbitar ali i ugovorne strane zajedničkom voljom.

Ukoliko tokom trajanja ugovora *receptum arbitri* ugovorne strane svojim postupcima prouzrokuju povredu preuzetih obaveza i nastanak štete drugoj ugovornoj strani, postavlja se pitanje da li druga ugovorna strana ima pravo na naknadu štete i ukoliko ima, koji forum: nacionalni ili arbitražni, je nadležan da utvrdi postojanje prava i visinu naknade štete. O pravnoj prirodi odnosa ugovornih strana iz ugovora *receptum arbitri* u uporednopravnoj teoriji postoje podeljena mišljenja.²⁸ Najšire prihvaćena teorija je ugovorno pravna koja u centar istraživanja stavlja saglasnost ugovornih strana prilikom zaključenja ugovora *receptum arbitri*.²⁹ Pored ugovorne postoje i mišljenja o procesnoj (sudskoj) teoriji koja akcenat stavlja na pravosudsku funkciju arbitara kao lica kojima je priznato pravo da spor reše pravosnažnim putem. U tom smislu, arbitri se u statusnom smislu približavaju sudijama u pravosudnom sistemu. Drugim rečima, procesna teorija, obaveze arbitra koje proizilaze iz zaključenog *receptum arbitri* svrstava u domen javnog interesa.³⁰ Razlika koja postoji između arbitra i sudije ogleda se u mogućnosti (pravu) prihvatanja obezbe rešavanja sporova. Dok arbitri imaju pravo da ne prihvate, odnosno odbiju imenovanje, sudije nemaju mogućnost izbora.

Iz napred navedenog, čini nam se da *receptum arbitri* u sebi prožima delove ugovorne i procesne teorije.³¹ U svom nastanku ovaj ugovor predstavlja

²⁷ Više o višestranakačkim arbitražama v. L. Mistelis, "The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the 'Extension' of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?", *Journal of International Arbitration*, V. 39, issue 3, 351-364.

²⁸ K. Jovičić, 20-21.

²⁹ E. Gaillard, J. Savage, 601; J. Perović, "Obligations of arbitrators in international commercial arbitration", *Revija kopaoničke škole prirodnog prava* 1/2019, 132; M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd 2013, 181.

³⁰ M. Mustill, S. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2nd edition, London and Edinburgh, Butterwords 1989, 220.

³¹ K. Jovičić, 18-19.

saglasnost volja određenih lica, dok prema posledicama koje proizvodi ugovor ima određena procesna dejstva. Stoga je najprihvatljivije rešenje po kom *receptum arbitri* predstavlja ugovor *sui generis* pravne prirode, koji je materijalnopravne prirode u osnovi i procesno pravne u svom dejstvu.

Ovaj ugovor je *sui generis* pravne prirode i u odnosu na karakterističnu prestaciju koja postoji u ovom ugovoru. Osnovna obaveza koja proizilazi iz ovog ugovora je presuđivanje sporne stvari od strane arbitra i ispalata naknade od strane arbitražnih stranaka. U pravnoj teoriji, postoje mišljenja da u osnovi ovog ugovora leži nalog³² kog stranke daju arbitru. S druge strane, postoje i mišljenja da ovaj ugovor predstavlja ugovor o pružanju usluga.³³ Za svaku od ovih teorija postoje brojni argumenti koji govore u prilog navedenim mišljenjima. Smatramo da *receptum arbitri* predstavlja *sui generis* pravni posao koji prožima više navedenih teorija bez stavljanja u prvi plan jedne od karakterističnih prestacija.³⁴ Delovanje arbitara označava primenu prava pa u rešavanju sporova arbitar ne sme biti vezan nalogom (uputstvom) stranaka jer u suprotnom on bi bio obavezan nalogom strane koja ga je imenovala. Arbitri bi u tom slučaju morali voditi dnevnik izvršenih naloga-poslova, što bi u ovom slučaju značilo otkrivanje informacija o konkretnom slučaju. Pristalice ugovora o pružanju usluga negiraju postojanje kvazi sudske funkcije arbitra, što čini nam se ne može biti opravdano jer je arbitražna odluka izjednačena sa odlukom suda.

Obaveze arbitra se ne mogu svesti na obavezu pružanja usluge ili izvršenja naloga, već se mogu posmatrati kao principijalne obaveze arbitara koje se, između ostalog, odnose na nepristrasnost i nezavisnost prilikom odlučivanja.³⁵ Nepristrasnost predstavlja subjektivni odnos arbitra prema strankama arbitražnog postupka, dok nezavisnost se tumači kao objektivni kriterijum. Obaveza arbitra odnosi se i na postupanje koje je savesno i efikasno (delotvorno),³⁶ postupajući u skladu sa dogovorenim „zadatkom-rasporedom suđenja“. Pod tim zadatkom, arbitri su u obavezi da primenjuju materijalno i procesno pravo koje su stranke izabrale i da u skladu sa izabranim pravom reše sporni odnos u odgovarajućem vremenskom intervalu.

Obaveza arbitara odnosi se i na čuvanje informacija koje su otkrivene tokom vođenja postupka. Ova obaveza svoj koren ima u načelu tajnosti koje se

³² Y. Hong-Lin, „Who is an arbitrator? A study into the issue of immunity“, *International Arbitration Law Review* 2/2009, 3-10.

³³ E. Gaillard, J. Savage, 605–608; D. Alession, „Enforcing Arbitrator’s Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators’ Liability“, *Journal of International Arbitration* 6/2014, 753-754.

³⁴ O tome pre svih K. Jovičić, 17-28.

³⁵ O nepristrasnosti i nezavisnosti vid. J. Perović, „Nezavisnost i nepristrasnost arbitara u uporednom arbitražnom pravu“, *Pravo i privreda* 5-8/1996, 266.

³⁶ Čl. 22 Zakona o arbitraži RS, *Službeni glasnik RS* br. 46/06.

kao argument u korist arbitraže koristi u poređenju sa sudskim načinom rešavanja sporova. Načelo vođenja fer i poštenog postupka je opšte načelo arbitražnog prava koje se primenjuje na sve postupke pred arbitražnim tribunalom.

U svakom dvostranačkom odnosu, pa tako i u ovom, može doći do povrede preuzetih obaveza. Predmet ovog rada ograničen je samo na povredu obaveze preuzete od strane arbitra i pravnih posledica koje tom povredom nastaju.

U određenim okolnostima arbitri mogu prekršiti, nespuniti preuzete obaveze. Razlozi se mogu tražiti u nepoznavanju pravila merodavnog prava za konkretan materijalni odnos, nedovoljnom znanju jezika na kom se postupak vodi ili, u nedostatku vremena arbitra da se posveti preuzetom slučaju. Ukoliko se sa nekim od ovih razloga arbitar suoči, od njega se očekuje da se sam povuče iz slučaja. U suprotnom, arbitri mogu biti povučeni voljom ugovornih strana arbitražnog ugovora³⁷ ili u odsustvo volje, odlukom nadležnog suda.³⁸ Određeni pravni sistemi predviđaju da će arbitri odgovarati (građansko-pravno) ukoliko se nakon prihvatanja imenovanju povuku sa pozicije arbitra ne navodeći valjane razloge.³⁹

3. Pravne posledice povrede *receptum arbitri* od strane arbitra

Prema opštim pravilima obligacionog prava, svako ko načini štetu drugom dužan je da je nadoknadi, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice. Pretpostavlja se da je šteta nastala povredom preuzete obaveze i da postoji veza između takve povrede i štete. U slučaju *receptum arbitri*, u pitanju je šteta nastala povredom ugovora, tj. preuzetih obaveza od strane arbitara ili stranaka arbitražnog postupka. Kršenje preuzete obaveze od strane arbitra može imati za posledicu poništaj arbitražne odluke, ukoliko je takav razlog predviđen merodavnim pravom. Povreda preuzetih obaveza od strane arbitra povlači građanskopravnu odgovornost i prestanak dužnosti arbitra. Odgovornost kao uslov za naknadu štete postoji ako se arbitru može staviti na teret dolus ili culpa lata.⁴⁰

U određenim okolnostima, povreda obaveze nepristrasnosti i nezavisnosti može kao posledicu imati i krivičnu odgovornost.

Osnovno pitanje koje se postavlja prilikom povrede preuzetih obaveza od strane arbitra je da li arbitar odgovara za nastalu „štetu“ prema pravilima ugovornog prava čija osnova se nalazi u ugovoru ili je izuzet od takve štete po osnovu pravosudne funkcije koju ima kao lice koje presuđuje spor koji je u

³⁷ Čl. 1452. Francuskog zakonika o arbitraži (Code of Civil Procedure).

³⁸ Čl. 1029, st. 2 Holandskog zakona o arbitraži.

³⁹ Čl. 813 para. 2. Italijanskog zakona o arbitraži.

⁴⁰ S. Triva et al., *Arbitražno rešavanje sporova*, Novi Sad 1973, 78.

toku.⁴¹ Pravosudna funkcija arbitra ogleda se u pravu koje je dato arbitrima da spor reše pravosnažnom odlukom. Sudije nacionalnih sudova uživaju imunitet tokom donošenja presude. U istom smislu, prema pravilima arbitražnog prava arbitri su oslobođeni odgovornosti za odluku koju su doneli, a odnosi se na način na koji su primenili materijalno pravo, ili na koji način su tumačili prezentovane činjenice i dokaze.⁴² Građansko pravna odgovornost arbitra koje se zasniva na imunitetu regulisana je Arbitražnim pravilima MTK arbitraže⁴³ kao i pravilima Londonskog arbitražnog centra (LCIA).⁴⁴ Prema ovim pravilima, arbitri su oslobođeni odgovornosti za postupanje ili nepostupanje u arbitražnom postupku osim ako ovo ograničenje odgovornosti nije zabranjeno prema merodavnom pravu. Prema pravilima LCIA,⁴⁵ između ostalog se navodi da bi postojala odgovornost arbitra potrebno je da je šteta nastala kao posledica svesnog i namernog kršenja preuzetih obaveza.

Načelo imuniteta koje oslobađa arbitre odgovornosti za preuzete postupke je na različite načine tretirano u komunitarnom (zemljama pisanog prava, kontinentalnim zemljama) i anglosaksonskom pravu.⁴⁶ Englesko pravo poznaje isključenje odgovornosti arbitra tokom obavljanja preuzetih dužnosti rešavanja sporova osim u slučajevima da je postupao sa lošom namerom.⁴⁷ Pravni sistemi koji pripadaju kontinentalnoj školi prava, pitanje odgovornosti arbitra rešavaju u skladu sa opštim načelima ugovornog prava i načelu odgovornosti, ostavljajući na slobodi sudovima tumačenje činjenica i okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Izuzetak postoji u Austrijskom građanskom procesnom pravu,⁴⁸ koji predviđa odgovornost arbitra za štetu koju je načinio strankama štetnim ponašanjem tokom postupka kao i kad je doneo odluku probijajući postavljene vremenske okvire.⁴⁹ Prema francuskom pravu načelo imuniteta ne oslobađa arbitre odgovornosti za štetu koja je nastala kao posledica „lične zloupotrebe prava koja se izjednačava sa ozbiljnim nedoličnim ponašanjem, prevarom, grubom nepažnjom ili uskraćivanjem pravde“.⁵⁰

⁴¹J. Lew, *The Immunity of the Arbitrator*, Loyd's of London Press 1990, 29.

⁴²M. Stanivukovic. 181.

⁴³Čl. 41. MTK Arbitražnih pravila iz 2021. godine.

⁴⁴Čl. 31. LCIA Arbitražnih pravila.

⁴⁵Čl. 31.1. LCIA Pravila.

⁴⁶N. Blackaby *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford 2015, 330.

⁴⁷Čl. 29 Engleskog zakona o arbitraži.

⁴⁸Čl. 594, st. 4. Austrijskog zakona.

⁴⁹Na istom stavu stoji i italijanski Zakon o arbitraži.

⁵⁰Azzran Case, Cass. Ire civ., January 15, 2014, no 11-17.196, *Bull. civ.* 2014, I, no 1.

Analizirajući praksu sudova kontinentalne pravne tradicije⁵¹ može se zaključiti da i u ovim pravnim sistemima postoji poznavanje sistema iminiteta arbitra sa određenim izuzecima.⁵² Izuzeci se odnose na namerne greške ili prevare u ponašanju arbitra prilikom rešavanja sporova.

Neotkrivanjem činjenica koje mogu dovesti u sumnju njegovu nepristrasnost i nezavisnost arbitri, takođe, izazivaju određenu štetu ugovornim stranama. Šteta može biti u vidu dodatnih troškova tokom samog postupku ili u postupku poništaja već donete arbitražne odluke.

Drugim rečima, pravni osnovi za odgovornost arbitra se mogu razlikovati od jednog do drugog pravnog sistema. Kao opšte priznati razlozi za odgovornost arbitra navode se nedostatak nepristrasnosti i nezavisnosti, neotkrivanje okolnosti koje mogu da dovedu do sukoba interesa, povlačenje sa mesta arbitra bez davanja valjanog razloga, značajno odugovlačenje u postupku rešavanja sporova i povreda načela poverljivosti arbitražnog postupka.

Nakon nastanka štete, postavlja se pitanje foruma pred kojim se može postaviti zahtev za naknadu štete. Prema pravilima arbitražnog prava arbitražni ugovor predstavlja autonomni pravni posao čija pravna sudbina neće zavisiti od sudbine glavnog ugovora. Drugim rečima, ukoliko nastane poništaj glavnog posla arbitražni ugovor će preživeti i kreirati nadležnost arbitražnog tribunala kao foruma za rešavanje sporova. Međutim, u okolnostima kada je povreda nastala iz receptim arbitri jedino moguće rešenje za rešavanje spora je priznati nadležnost nacionalnog suda. U suprotnom, arbitražni tribunal bi razmatrao pitanje povrede učinjenog od strane jednog ili više njegovih članova.

Drugi razlog za nadležnost nacionalnog suda leži u osnovu iz kog je proistekla odgovornost arbitra. Naime, arbitri se ugovorom *receptum arbitri* obavezuju prema strankama da će savesno i pošteno voditi postupak i doneti odluku kojom meritorno odlučuju o spornom odnosu. Ovaj ugovor je klasični obligacionopravni ugovor iz kojeg proizilaze međusobna prava i obeveze. Kako u datom ugovoru ne postoji derogaciona klauzula jer bi, s jedne strane predstavljala sukob interesa, dok s druge strane dovela do nepotrebnog prolongiranja rešavanja spora, nadležnost nacionalnog suda se nameće kao jedinog mogućeg foruma.

Kada je u pitanju *receptum arbitri* koji je zaključen između lica iste nacionalnosti bez inostranog elementa, određivanje stvarno i mesno nadležnost suda ne predstavlja predmet diskusije. Situacija je nešto složenija kada u odnosu arbitara i ugovornih strana postoji element inostranosti. U takvim okolnostima treba odrediti koji od nacionalnih sudova poseduje konkurentu nadležnost za rešavanje konkretnog spora. Nadležnost nacionalnih sudova u sporovima sa

⁵¹ Comparative law study, *The Arbitrator's Liability Report from the Club des Juristes*, Ad hoc Committee, June 2017, Paris, 22. Dostupno na CDJ_Rapports_Responsabilité-de-l'arbitre_Juin-2017_UK_web.pdf (leclubdesjuristes.com) datum pristupa 27. 6. 2022.

⁵² J. Perović (2019), 159.

međunarodnim elementom tumačiće se prema pravilima Briselske I bis uredbe.⁵³

Prema Brisel I Uredbi nadležnost suda u stvarima povezanih s ugovorom, tumačiće se prema mestu izvršenja karakteristične prestacije.⁵⁴ Pitanje karakteristične obaveze arbitra u *receptum arbitri* je postavljeno pred Francuskim sudom prve instance kao i pred Francuskim apelacionom sudom u sporu no.21/07623 iz 2021. godine. Francuski sud prve instance, pozivajući se na čl. 7 (1) (b) je pitanje nadležnosti odredio u odnosu na mesto u kom je arbitar sprovodio svoju obavezu, što bi u konkretnom slučaju značilo mesto u kome su se fizički održavala ročišta i veća.

U konkretnom slučaju, mesto sedišta arbitraže i mesto održavanja ročišta je bilo različito što je povlačilo primenu različitog nacionalnog prava. Praktično, to za sobom povlači drugi pravni režim kontrole arbitražne odluke i pomoći arbitražnom sudu.⁵⁵

Ovakva odluka prvog suda je u postupku po žalbi poništena pred Francuskim apelacionom sudom, uz obrazloženje da je sedište arbitraže činjenica koja je pravno relevantna za određivanje nadležnosti nacionalnog suda.⁵⁶

Osim pitanje o stvarno i mesno nadležnom sudu postavlja se i pitanje merodavnog prava. Drugim rečima, prema kom pravu će se tumačiti postojanje građansko pravne odgovornosti arbitra. Vraćajući se na početak ovog rada, ponavljamo da je *receptum arbitri* ugovor *sui generis* pravne prirode koji u osnovi ima volju ugovornih strana. Polazeći od ugovornog osnova, strane ovog ugovora mogu slobodnom voljom izabrati pravo koje će biti merodavno za njihov ugovor i prema kom će se tumačiti odgovornost arbitra. Međutim u praksi ovakav izbor stranaka je redak te se pitanje merodavnog prava rešava prema pravilima međunarodnog privatnog prava.

S obzirom da *receptum arbitrii* ne predstavlja imenovani pravni posao i po svojoj prirodi je *sui generis*, prilikom određivanja merodavnog prava neophodno je identifikovati ugovor koji mu je najbliži.

⁵³ Više o odnosu arbitraže i Briselske uredbe vid. J. Vukadinović Marković, „Položaj arbitražnih tribunala u pravnom sistemu Evropske unije“, *Strani pravni život* 3/2018, 49-61. Prvo se mora odgovoriti na pitanje da li je odlučivanje o arbitražnim pitanjima je isključeno iz Briselske uredbe (čl. 1), te da li se pitanje odgovornosti koje proističe iz *receptum arbitri* može rešavati prema pravilima Briselske uredbe ili spada u arbitražne izuzetke.

⁵⁴ Čl. 7 (a) 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.

⁵⁵ O značaju koje mesto sedišta arbitraže ima u arbitražnom pravu vid. J. Perović Vujačić, „Značaj sedišta arbitraže“ *Pravo i privreda*, 4-6/2017, 158; A. Nikolić, „Značaj izbora mesta arbitraže“, *Pravo i privreda* 4-6/2018, 442, 449-450.

⁵⁶ CA Paris, 22 June 2021, n. 21/07623. Dostupno na 22.06.2021 – CCIP-CA – RG 21/07623 – Arbitrage international / International arbitration | Cour d'appel de Paris (justice.fr), 30. 06. 2022.

U prethodnim delovima rada, naveli smo da se ovaj ugovor ne može poistovetiti sa ugovorom o nalogu ili ugovorom o pružanju usluga, što bi u krajnjoj liniji prema odredbi čl. 4 (2) Rim I dovelo do primene prava zemlje u kojoj se pruža usluga, odnosno pravo državljanstava arbitra, što je neodrživo u slučaju receptum arbitri.⁵⁷

Ukoliko ugovorne strane nisu odredile merodavno pravo, smatramo da bi se pravo koje se primenjuje na ugovor receptum arbitri trebalo odrediti u skladu sa čl. 4 (3) Rim I Uredbe prema kom pravo zemlje koje je u najtešnjoj povezanosti sa ugovorom treba primeniti. Lex arbitri kao mesto sedita arbitraže reguliše brojna procesna pitanja postupka i arbitri su vezani mandatornim pravilima zemlje sedišta arbitraže, što upućuje na pravo sedišta arbitraže kao najtešnjem pravu koje se treba primeniti.

Na ovaj način bi se izbeglo da o građanskoj odgovornosti arbitara konkuriše više nacionalnih prava koje mogu imati različita rešenja i obezbedila bi se izvesna pravna sigurnost za ugovorne strane receptum arbitri.

4. Zaključak

Receptum arbitri kao sporazum ugovornih strana arbitražnog sporazuma, s jedne i arbitra, s druge strane predstavlja *intuitu personae* pravni posao. To znači da je ovaj ugovor zaključen s obzirom na naročita lična svojstva arbitra, te da se na njega primenjuju i pravila o *intuitu personae* ugovorima, a u zavisnosti od pravila predviđenih materijalnim pravom koje se ima primeniti u konkretnom slučaju. Na osnovu uporednopravne analize koja obuhvata analizu zakonskih rešenja Republike Srbije, Francuske i Nemačke, uočava se da su pravne posledice zaključenja ugovora s obzirom na ličnost ugovornika regulisane sporadično i najčešće u formi izuzetka od opštih pravila ugovornog prava. Nezavisno od zakonodavne tehnike, u svakom od ovih pravnih sistema predviđeno je da zabluda o ličnosti ugovornika s obzirom na čiju ličnost je ugovor zaključen može uticati na punovažnost ugovora, da su prava i obaveze iz takvog ugovora neprenosivi *inter vivos* i *mortis causa* i ne mogu biti ispunjeni od strane trećeg lica.

Povreda ugovornih obaveza od strane jedne od ugovornih strana ovog ugovora otvara pitanje prava na naknadu štete. Kako je arbitar u izvršenju arbitražnih obaveza u mnogim pitanjima izjednačen sa sudijom nacionalnog suda, njegova odgovornost je delom pokrivena načelom imuniteta. Ovo ne znači da su arbitri izuzeti od građansko pravne odgovornosti, već će se o njihovoj odgovornosti raspravljati od slučaja do slučaja primenom odgovarajućeg materijalnog prava. Kako receptum arbitri predstavlja sui generis pravni posao, pitanje nadležnosti sudova i merodavnog materijalnog prava čini kompleksno

⁵⁷ Više o ovim teorijama vid. doktorsku tezu T. Varapnickas, *Arbitrator's civil liability and its boundaries*, Vilnius 2018.

pravno pitanje. Upravo ova i brojna druga pitanja predstavljaju predmet istraživanja ovog rada.

* * *

***RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGE AS A CONSEQUENCE OF
BREACH OF RECEPTUM ARBITRI
-civil liability of the arbitrator-***

Summary

The contract represents a meeting of consent of the contracting parties, by which the contracting parties acquire certain rights and obligations. As long as the period in which the rights of the contracting parties prevail, the so-called “renaissance” period of the life of the contract, the issue of damage and compensation does not arise. The question of the right to compensation for damages is raised by the moment of violation of the obligation by the contracting party. The rule of compensation for damages as a general rule of contract law finds its application in the arbitration agreement as a basic legal transaction that stipulates a private method of dispute resolution.

Being a type of contract, the general principles of contract law also apply to contracts establishing the jurisdiction of arbitration as an extrajudicial forum. The arbitration agreement is accompanied by an additional agreement - *receptum arbitri*, concluded between the parties to the arbitration agreement, on the one hand, and the appointed arbitrator, on the other. This contract is a bilaterally binding *intuitu personae* contract subject to the legal regime of contract law. Violation of the obligations undertaken by the contracting parties raises numerous questions that are the subject of this paper.

Through a comparative analysis of the legal sources of arbitration and contract law, as well as a systematic treatment of court and arbitration practice, the authors of the paper provide answers to the questions of the right to compensation for damages, its scope and compensation procedure.

Keywords: *receptum arbitri*, compensation for damages, arbitration, civil liability of the arbitrator, breach of contract.

Ana Knežević Bojović*
Vesna Ćorić**
Milica V. Matijević***

EVOLUCIJA PRAKSE SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE U POGLEDU
NAKNADE ŠTETE USLED POVREDE PRAVA NA SUĐENJE U
RAZUMNOM ROKU

Apstrakt

U toku druge polovine 20. veka usvojeni su nadnacionalni instrumenti kojima je zajemčeno pravo na pravično suđenje, uključujući Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Povelju Evropske unije o osnovnim pravima. Iako je Evropski sud za ljudska prava kroz svoju praksu izvršio najveći uticaj na razvoj standarda u oblasti naknade štete koja se dosuđuje u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku u Evropi, u ovom radu će se analizirati evolucija do sada nedovoljno izučene prakse Suda pravde Evropske unije. Koristeći se uglavnom dogmatskim metodom, autorke ispituju na koji se način pravo na suđenje u razumnom roku jemči u pravnom sistemu Evropske unije, kao i koje su specifičnosti tog normiranja u odnosu na regulativu Saveta Evrope. Nakon toga, autorke izučavaju razvoj novije prakse Suda pravde u oblasti dosuđivanja naknade materijalne i nematerijalne štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Konačno, autorke ukazuju na karakteristike odštetnog režima pred Sudom pravde Evropske unije u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku te na ključna odstupanja u odnosu na praksu Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne reči: *Sud pravde Evropske unije, razumni rok, naknada štete, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima.*

* Doktor pravnih nauka i viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo,
e-mail: akbojovic@gmail.com

** Doktor pravnih nauka i viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo,
e-mail: vesnacoric@yahoo.com

*** Doktor pravnih nauka i viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo,
e-mail: milicavmatijevic@gmail.com

1. Uvod

Pravo na suđenje u razumnom roku postalo je jedna od ključnih komponenti standarda nezavisnog i nepristrasnog suda u 20 veku.¹ Konkretno, tokom druge polovine ovog veka usvojeni su ključni nadnacionalni pravni instrumenti kojima je zajemčeno pravo na pravično suđenje, kao što su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima,² Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,³ te Američka konvencija o ljudskim pravima⁴ i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP).⁵

Nesumnjivo je da je na evropskom kontinentu zaštita ovog prava zajemčena EKLJP izvršila najveći uticaj u uspostavljanju standarda primene ovog prava, pre svega kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) te njegov dalji uticaj na nacionalna zakonodavstva i prakse nacionalnih sudova redovne nadležnosti i ustavnih sudova u državama članicama Saveta Evrope. Osim toga, prava zajemčena EKLJP imala su značajan uticaj i na razvoj u prava i prakse u drugoj izuzetno značajnoj nadnacionalnoj organizaciji na teritoriji evropskog kontinenta – Evropskoj uniji. Bez ulaženja u detaljan istorijskopравни i doktrinarni pregled odnosa između ove dve organizacije u pogledu normativne i sudske zaštite ljudskih prava *en general*, o kojima se već dosta napisano u domaćoj pravnoj nauci,⁶ u ovom radu ćemo se najpre osvrnuti

¹ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, „*Građansko procesno pravo*“, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd 2015, 175. V. takođe A. S. Osuna, „Reasonable Time,” in the Administration of Justice: A Requirement of the European Convention of Human Rights (Art 6.1 ECHR), Chapter Nine, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* 2012, 177.

² Universal Declaration of Human Rights (1948), *Proclaimed by the General Assembly, resolution 217 A (III), A/RES/3/217 A, 10 December 1948*, passed and proclaimed by the UN General Assembly Resolution 217 A (III), A/RES/3/217 A, Dec. 10, 1948.

³ U Međunarodnom paktu upotrebljava se izraz pravo na suđenje “bez nepotrebnog odlaganja“. V. International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 16 December 1966, *General Assembly Resolution 2200A (XXI)*.

⁴ American Convention on Human Rights, adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969, See Articles 7 and 8. V. između ostalog, J. Čeranić Perišić, I. Tošić, „Razvoj zaštite ljudskih prava u pravnom poretku Evropske unije”, in: *Zbornik radova Međunarodna naučna konferencija „Zaštita ljudskih prava i sloboda u svetlu međunarodnih i nacionalnih standarda“*, Pravni fakultet Univerziteta Kosovska Mitrovica 2022, 493-510.

⁵ M. Milošević, A. Knežević Bojović, “Trial Within Reasonable Time in EU Acquis and Serbian Law”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)* 2018, 447–470, <https://doi.org/10.25234/eclic/6540>.

⁶ Vid. između ostalog, V. Čorić-Erić, *Odnos Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava*, doktorska disertacija, Beograd 2014, B. M. Rakić, *Za Evropu je potrebno*

na normiranje prava na pravično suđenje u okviru pravnih tekovina Evropske unije, a nakon toga i na evoluciju prakse dosuđivanja naknade štete zbog povrede ovog prava pred Sudom pravde Evropske unije (u daljem tekstu: SPEU), uz ukazivanje na njene specifičnosti u oblasti naknade štete usled povrede prava na suđenje u razumnom roku.

2. Pravni okvir zaštite prava na suđenje u razumnom roku u Evropskoj uniji

Osnivački ugovori Evropske unije sve do Ugovora iz Lisabona nisu izričito sadržali pozivanja na osnovna ljudska prava i slobode. Ipak, to ne znači da pojedina ljudska prava nisu kroz njih bila zaštićena. Upravo suprotno, SPEU (tada Evropski sud pravde)⁷ je vrlo brzo ukazao da osnovna ljudska prava predstavljaju deo opštih pravnih načela kojima ovaj sud pruža pravnu zaštitu,⁸ odnosno ukazao da ljudska prava predstavljaju zajedničku ustavnu tradiciju u državama članicama.⁹ SPEU je potom u predmetu *Nold*¹⁰ ukazao da se on, prilikom čuvanja osnovnih ljudskih prava, inspiriše ne samo ustavnim tradicijama koje su zajedničke državama članicama, već i međunarodnim ugovorima kojima se štite ljudska prava, a čije su potpisnice države članice Evropske unije. Na ovaj

vreme, o preuranjenom pokušaju uspostavljanja evropske političke integracije, Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2009, 193-203, I. Krstić, B. Čučković, „Pristupanje Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima kao vid unapređenja zaštite ljudskih prava u Evropi“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2016, 49-78.

⁷ Sud pravde Evropske unije sastoji se od Opšteg suda i Suda pravde. U daljem tekstu, upućivanja na SPEU treba razumeti kao upućivanja na celokupnu instituciju Suda pravde Evropske unije, bez obzira na to koji od sudova koji ga sačinjavaju je doneo odluku. Tamo gde je to primereno, biće izvršena upućivanja na Opšti sud i Sud pravde pojedinačno. Ovo je naročito važno budući da Sud pravde ima drugostepenu nadležnost u odnosu na Opšti sud.

⁸ Vid. presudu u predmetu C 29-69 *Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt*, donetu povodom zahteva za dobijanje prethodnog mišljenja od 12. novembra 1969. godine. ECLI:EU:C:1969:57; A. Kligenbrunner, J. LEMONIA RAPTIS, “Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon”, *Journal für Rechtspolitik* – *JRP* 2008, 139-146.

⁹ Vid. presudu u predmetu C 11-70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, donetu povodom zahteva za dobijanje prethodnog mišljenja od 17. decembra 1970. godine, ECLI:EU:C:1970:114.

¹⁰ Presuda u predmetu C 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*, od 14. maja 1974. godine, ECLI:EU:C:1974:51.5.

način, SPEU je, kako se ukazuje u pravnoj teoriji¹¹ neposredno inkorporisao EKLJP u pravni poredak Evropske unije. Usledila je ekstenzivna i značajna praksa pozivanja na EKLJP, ali i druge međunarodne instrumente kojima se jemče ljudska pravu presudama SPEU.¹²

Ipak, pitanje zaštite ljudskih prava nije ostalo izvan domašaja normativne intervencije Evropske unije. Ugovor iz Lisabona, podsetimo, u članu 2 Ugovora o Evropskoj uniji izričito pominje poštovanje ljudskih prava, uključujući prava pripadnika manjina, kao jednu od vrednosti na kojima se Unija zasniva¹³ dok je članom 6. istog Ugovora Povelji Evropske unije o osnovnim pravima (u daljem tekstu: Povelja) priznat isti pravni status kao i Osnivačkim ugovorima, što posledično podrazumeva neposrednu primenu odredbi Povelje.¹⁴

Jedno od prava koje je izričito regulisano Poveljom jeste i pravo na pravično suđenje, i, u okviru njega, pravo na suđenje u razumnom roku. Konkretno, članom 47 stav 2 Povelje propisano je da “svako ima pravo da u njegovoj stvari u pravičnoj i javnoj raspravi u razumnom roku odluči nezavisan i nepristrasan sud koji je prethodno ustanovljen na osnovu zakona”.¹⁵ Domašaj ovog prava, kao i drugih prava propisanih Poveljom, regulisani su članom 6 Ugovora o Evropskoj uniji i članom 52 Povelje. Članom 6, stav 3 Ugovora o Evropskoj uniji ukazuje se da se prava, slobode i načela Povelje tumače, između ostalog, i uz uvažavanje objašnjenja uz Povelju u kojima se navode izvori tih odredaba. Članom 52, stav 3 Povelje izričito je propisano da, ukoliko Povelja sadrži prava koja odgovaraju pravima zajemčenim EKLJP, onda su značenje i

¹¹ T. Petrašević, P. Poretti, Pravo na suđenje u razumnom roku – postoji li (nova) praksa Suda Evropske unije?, *Harmonius: Journal of legal and social studies in South East Europe*, 7/2018, 187-201. SPEU se, na primer osim na EKLJP, pozivao i na Evropsku socijalnu povelju, konvencije Međunarodne organizacije rada, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Za više detalja v. P. Craig and G. De Búrca, *EU law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2011⁵, 367-369.

¹² B. de Witte, „The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights”, in: *The EU and Human Rights* (eds. P. Alston, M. R. Bustelo, J. Heenan), Oxford University Press, New York 1999, 859-897.

¹³ Precišćene verzije Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/preciscene_verzije_ugovora_o_eu_jul21.tmp, datum pristupa 12. 5. 2022.

¹⁴ Pomenutim članom 6. Ugovor iz Lisabona uvodi novinu budući da praktično uspostavlja tzv. „tri stuba evropskog sistema zaštite osnovnih prava“. U pitanju su Povelja o osnovnim pravima u EU čija je pravna snaga izjednačena sa Osnivačkim ugovorima, opšta načela prava EU, zasnovana na praksi SPEU i mehanizam pristupanja EU EKLJP. Vid. V. Ćorić Erić, „Tri stuba zaštite osnovnih prava u poretku Evropske unije“, *Pravni život* 12/2011, 471-485.

¹⁵ Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, 2016/C 202/02, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/povelja_osnovna_prava_jul_20.pdf, 16. 5. 2022.

obim tih prava istovetni onima utvrđenim EKLJP, s tim što se pravom Unije može predvideti i šira zaštita. Konačno, Objašnjenja koja odnose na Povelju¹⁶ jasno se ukazuju da drugi stav člana 47 Povelje odgovara članu 6, stav 1 EKLJP, dok se u Preambuli Povelje ukazuje da se njome ponovo potvrđuju prava koja, između ostalog, proističu iz sudske prakse ESLJP.¹⁷

Ovo upućivanje zapravo znači da se značenje i obim prava na suđenje u razumnom roku u pravnom poretku EU imaju tumačiti ne samo u skladu sa tekstom EKLJP, već i u skladu sa sudsom praksom ESLJP¹⁸ ali, podsetimo, već i sama Povelja omogućava da Evropska unija u ovoj zaštiti ode korak dalje dalje od teksta EKLJP i prakse suda u Strazburu. Štaviše, praksa SPEU pokazala je da je on u nemalom broju slučajeva ciljano odstupao od prakse ESLJP ukazujući na to da su pojedina prava autonomni pojmovi prava EU, i tumačeći ih, drugačije nego što je to činio ESLJP.¹⁹ U pravnoj doktrini se kombinacija ove tri norme tumači tako da standardi postavljeni u praksi ESLJP treba da predstavljaju minimum, a ne maksimum (*“floor, ... not the ceiling”*) zaštite ljudskih prava pred SPEU.²⁰ Osim toga, ukazuje se da se ovi standardi svakako oblikuju u skladu sa praksom ESLJP, ali da na njih uticaj imaju i mogu imati zajedničke ustavne tradicije država članica EU, kao i širi konceptualni okvir u kome funkcioniše pravna država.²¹

¹⁶ Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, *Official Journal of the European Union* 2007/C 303/02.

¹⁷ V. Ćorić Erić (2014), 412.

¹⁸ K. Gutman, “The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?”, *German Law Journal* 6/2019, 884-903. doi:10.1017/glj.2019.67

¹⁹ Videti između ostalog, J. Dine, „Criminal Law and the Privilege Against Self-Incrimination“, *The European Union Charter of Fundamental Rights* (eds. S. J. Peers, A. Ward) Hart Publishing, Oxford 2004, 270-274, V. Ćorić, A. Knežević Bojović, M. V. Matijević, “*The Interpretation of the Law Rather than the Law Itself, is What Matters Most in Asylum Cases – How to Improve the Roles of European Courts in the Interpretation and Application of the Asylum Law*”, u: *Third International Academic Conference on Human Security* (eds. S. Stanarević, I. Đorđević, V. Rokvić), Human Security Research Center (HSRC), Faculty of Security Studies, University of Belgrade Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia 2017, 81-91; V. Ćorić, „Neusklađenost tumačenja člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima u jurisprudenciji Suda pravde Evropske unije i Evropskog suda za ljudska prava“ u: *Revija za evropsko pravo* 2-3/2014, 69-85.

²⁰ P. Craig, G. De Búrca, G., *EU Law*, Oxford, Oxford University Press 2011, 367. Vid. takođe M. Borraccetti, „Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order“ *The EU Charter of Fundamental Rights. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, (ed. D. Giacomo), Dordrecht, 2011, 5 102.

²¹ K. Gutman, 888.

3. Domašaj prava na suđenje u razumnom roku u pravnom poretku Evropske unije

Razlikovanje između zaštite prava na suđenje u razumnom roku zajemčenog Poveljom u odnosu na EKLJP primetno je već u samom tekstu relevantne norme. Naime, član 6 EKLJP, propisuje da svako ima pravo na suđenje u razumnom roku „tokom odlučivanja o građanskim pravima i obavezama, ili o krivičnoj optužbi protiv njega“. Praksa ESLJP izgradila je dalje obuhvat člana 6, tako da on podrazumeva građanske sudske postupke, upravni postupak, izvršni, vanparnični i stečajni postupak, postupak pred ustavnim sudom, te krivične postupke, koji, međutim ne obuhvataju napaltu poreza i određivanje kamate za kašnjenje zbog neplaćanja poreza, osim kada oni podrazumevaju zatvorsku kaznu, disciplinske prekršaje u okviru određene profesionalne delatnosti, kao i kazne zbog narušavanja reda u sudnici ako u sebi ne sadrže krivičnopravne elemente.²² Suprotno tome, Povelja jemči pravo na suđenje u razumnom roku bez obzira na pravnu prirodu pravne stvari. Ujedno, član 47 Povelje neretko se sagledava u kontekstu drugih prava koja su njome zajemčena, kao što je pravo na dobru upravu, zajemčeno članom 41 Povelje, u kome se propisuje da „Svako lice ima pravo da organi, tela, službe i agencije Unije pitanja u vezi sa njim obrađuju nepristrasno, pošteno i u razumnom roku“.

U odnosu na pravo na pravično suđenje, Opšti pravozastupnik Kruz Viljalon (*Cruz Villalon*) opravdano je ukazao to u svom mišljenju u predmetu *Samba Diouf*²³ da pravo na delotvornu pravnu zaštitu, kako je ona izražena u članu 47 Povelje, ima sopstveno značenje, koje nije jednostavan zbir članova 6 i 13 EKLJP. Izloženo stanovište dodatno naglašava da pravo na suđenje u razumnom roku nije na identičan način integrisano u dva pomenuta pravna teksta.

4. Praksa Suda pravde kojom se ustanovljava da povreda prava na suđenje u razumnom roku predstavlja uslov za naknadu štete

Dosadašnja praksa SPEU u vezi sa povredom prava na suđenje u razumnom roku nije jednako ekstenzivna kao što je to slučaj sa drugim pravima zajemčenim Poveljom, uključujući i druge elemente prava na pravično suđenje

²² M. Filatova, Reasonable Time of Proceedings: Compilation of Case-Law of the European Court of Human Rights, 2021, <https://rm.coe.int/echr-reasonable-time-of-proceedings-compilation-of-case-law-of-the-eur/native/1680a20c21>, 18.07.2022.; K. Manojlović Andrić *et al.*, Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku, Savet Evrope, Beograd 2018. <https://rm.coe.int/kriterijumi-za-ocenu-povrede-prava-na-sudjenje-u-razumnom-roku/16808c5848>, 10.07.2022.

²³ Vid. presuda SPEU u predmetu C-69/10 *Brahim Samba Diouf v Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, doneta povodom zahteva za rešavanje prethodnog pitanja od 28. jula 2011. godine, ECLI:EU:C:2011:524.

zajemčeno članom 47.²⁴ Otuda je i značajan deo doktrinarne diskusije u pogledu primene pomenutog člana 47 usmeren upravo na pitanja kojima se SPEU do sada bavio, a to su pitanja prava na delotvorno pravno sredstvo i prava na nezavisan i nepristrasan sud. Ipak, SPEU je počeo da razvija značajne standarde koji predstavljaju važne smernice u pogledu tumačenja pojma suđenja u razumnom roku. Otuda je potrebno ukazati u narednim redovima i na evoluciju prakse ovog suda u tom kontekstu.

Naime, prvi predmet u kojem se SPEU bavio pitanjem povrede prava na suđenje u razumnom roku bio je predmet *Baustahlgewebe*²⁵ koji je pokrenut pre nego što je Povelja usvojena. U ovom predmetu, čija je okosnica bila odluka Komisije o povredi prava konkurencije, jedno od privrednih društava za koje je nađeno da su povredili pravo konkurencije žalilo se na odluku Prvostepenog suda, pozivajući se, između ostalog, na okolnost da je u postupku povređeno pravo na suđenje u razumnom roku zajemčeno članom 6 EKLJP, jer je Prvostepeni sud doneo presudu 22 meseca nakon okončanja usmenog dela postupka.²⁶ Odlučujući o tome da li je presuda u pitanju doneta u razumnom roku, SPEU je, na samom početku, ukazao da se rok mora ceniti u svetlu svih okolnosti konkretnog slučaja, a naročito u kontekstu značaja predmeta za lice u pitanju, složenosti predmeta, te ponašanja lica koje traži pravnu zaštitu i ponašanja nadležnog suda. Zanimljivo je da ni u ovoj, ni u svojim potonjim presudama, SPEU nije uzео u obzir finansijski položaj tužioca,²⁷ odnosno koji je značaj postupka za podnosioca kao pravno lice.²⁸

Ukazujući na navedene kriterijume, SPEU je i neposredno uputio na njihovu detaljniju razradu u praksi ESLJP u predmetima *Erkner and Hofauer*²⁹

²⁴ Za detaljniji pregled prakse v. <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/47-right-effective-remedy-and-fair-trial#case-law-references>.

²⁵ Presuda u predmetu C-185/95 P *Baustahlgewebe GmbH v Commission of the European Communities*, od 17. decembra 1998, ECLI:EU:C:1998:608.

²⁶ *Ibid.*, 15.

²⁷ G. Gentile, "Two Strings to One Bow? Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in the EU Competition Case Law: Between Procedural and Substantive Fairness," *Market and Competition Law Review* 2/2020, 190.

²⁸ ESLJP je, suprotno tome, u svojoj praksi prilikom ocene razumnog roka uzimao u obzir i to da li se radilo o novčanim iznosima koji značajno utiču na delatnost podnosioca. Videti npr. presudu u predmetu *König v. the Federal Republic of Germany* od 28. juna 1978. godine (br. predstavke 6232/73), stav 111 i presuda u predmetu *Doustaly v. France* (br. predstavke (19/1997/803/1006), od 23. aprila 1998. godine, stav 48.

²⁹ Presuda u predmetu *Erkner and Hofauer v. Austria* (br. predstavke 9616/81) od 23. aprila 1987. godine, Series A No 117, stav 66.

i *Kemmache*.³⁰ Detaljno ispitujući navedene kriterijume, SPEU je našao da je u postupku pred Prvostepenim sudom povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.³¹ Sud je istovremeno našao da je, u skladu sa načelom ekonomičnosti postupka, kao i u cilju obezbeđivanja neposrednog i delotvornog sredstva protiv tako nastale procesne povrede, utvrdio da je navod koji se odnosi na prekomerno trajanje postupka osnovan te da može voditi ukidanju osporene odluke u delu koji se odnosi na iznos kazne određene žalioцу u osporenoj presudi. Sledeći ove pravne premise, SPEU je privrednom društvu *Baustahlgewebe* dosudio iznos od 50000 ekija (ECU) kao „razumno zadovoljenje“ (izvorno: *reasonable satisfaction*) za prekomerno trajanje postupka, a potom i izrekom presude umanjio kaznu izrečenu ovom privrednom društvu za povredu prava konkurencije za navedeni iznos. Kao što se vidi, u ovom predmetu SPEU se nije posebno bavio pitanjem postojanja odgovarajućeg ili delotvornog pravnog sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, već je pretpostavio da je ono sadržano u samoj žalbi kojom je traženo ukidanje osporenog pravnog akta koji je doneo jedan od organa Evropske unije. Istovremeno, SPEU se opredelio da se koristi terminom razumno, a ne pravično zadovoljenje, odstupivši time od terminologije ESLJP.

Ipak, ovakav pristup SPEU, koji je u praksi ocenjen i kao „pragmatični pristup“³² nije ostao nepromenjen. Što se tiče samih kriterijuma za ocenu toga da li se suđenje odvijalo u razumnom roku, SPEU je u svojoj potonjoj praksi ukazao da kriterijumi na koje se pozvao ne predstavljaju *numerus clausus listu*, čime se posredno takođe oslonio na praksu ESLJP.³³ SPEU je potom ukazao da ocena toga da li je dužina trajanja sudskog postupka razumna ili nije ne podrazumeva sistematsko ispitivanje svih okolnosti konkretnog slučaja ako se čini da je dužina trajanja postupka razumna prema barem jednog od njih (na primer, ako se radi o složenosti predmeta ili ako je stranka u postupku svojim ponašanjem doprinela dužini trajanja postupka) ili suprotno, može se smatrati da postupak predugo traje u svetlu samo jednog kriterijuma, naročito ako je taj kriterijum postupanje nadležnih organa.³⁴ U predmetu u kome je SPEU dao

³⁰ Presuda u predmetu *Kemmache v. France* (br. 3) od 27. novembra 1991. godine (br. predstavke 17621/91), series A No 218.

³¹ Stav 47 presude u predmetu *Baustahlgewebe*.

³² A. Maffeo, “La Cour de justice et la violation du délai raisonnable: les remèdes sont-ils vraiment conformes aux principes de la CEDH?”, *Geneva Jean Monnet Working Papers* 05/2016, 10.

³³ Presuda u predmetu C-238/99 P - *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission*, od 15. oktobra 2002. godine, ECLI:EU:C:2002:582, stav 188. Sud je identično rezonovanje primenio i u predmetu C-94/99 P, *Thyssen Stahl c. Commission*, ECLI:EU:C:2003:527, stav 156.

³⁴ Presuda u predmetu C-238/99 P - *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission*, od 15. oktobra 2002. godine, ECLI:EU:C:2002:582, stav 188.

ovakvo objašnjenje, on je istovremeno našao da nije došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku, istakavši da je dužina trajanja postupka od četiri godine i četiri meseca bila opravdana usled složenosti predmeta.

Značajnija promena u rezonovanju SPEU došla je sa presudom u predmetu *Der Grüne Punkt*³⁵. Kao i u prethodnim predmetima, i u ovom slučaju radilo se o žalbi protiv odluke Evropske komisije u predmetu koji se odnosi na povredu prava konkurencije. Kao i u prethodnim predmetima citiranim u ovom radu, navod da je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku istaknut je kao jedan od razloga zbog kojih žalilac traži poništaj odluke, oslanjajući se kao na član 6 EKLJP i član 47 Povelje, te na odredbe člana 61 Statuta SPEU kojim se predviđa mogućnost da SPEU ukine odluku Opšteg suda.³⁶ Ispitujući navode žalioaca SPEU je, kao prvo, našao da je u konkretnom slučaju u postupku pred Opštim sudom došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku, ukazujući da trajanje postupka u dužini od oko 5 godina i 10 meseci ne može biti opravdano ni jednom od okolnosti konkretnog slučaja.³⁷ SPEU se potom detaljno pozabavio zahtevom žalioaca da se odluka doneta u predmetu u kojem je ovo pravo povređeno ukine, budući da predstavlja procesnu povredu koja negativno utiče na interese žalioaca u smislu člana 58 Statuta SPEU. U svojoj dotadašnjoj praksi, SPEU je delimično ukidao ovakve odluke pod uslovom da je našao da je prekomerno trajanje postupka uticalo na njegov ishod. Iako je SPEU priznao da povreda prava na to da sudska odluka bude doneta u razumnom roku predstavlja procesnu neregularnost, SPEU je ukazao da član 61 njegovog Statuta treba ciljano tumačiti i primenjivati, te da, ukoliko povreda prava na suđenje u razumnom roku nije uticala na ishod spora, odnosno, ukoliko bi prvostepena presuda bila ista i da je doneta u razumom roku, onda se ukidanjem ovakve presude ne bi ispravila povreda prava na delotvornu pravnu zaštitu do koje je došlo pred SPEU.³⁸ SPEU je potom podržao stanovište koje je u svom mišljenju u istom predmetu izneo Opšti pravozastupnik Bot³⁹ da, u slučaju povrede prava na

³⁵ Presuda u predmetu C-385/07 P *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH v Commission of the European Communities*, od 16. jula 2019. godine, ECLI:EU:C:2009:456.

³⁶ Statute of the Court of Justice of the European Union (Consolidated Version), Protocol (No. 3) of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-endiv-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf. 22.07.2022.

³⁷ Presuda u predmetu *Der Grüne Punkt*, stav 183.

³⁸ Vid. stav 191 presude u predmetu *Der Grüne Punkt*.

³⁹ Vid. Mišljenje opšteg pravozastupnika u predmetu *Der Grüne Punkt*, od 31.3.2009. godine, tačka 307 i dalje, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77826&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=706137>, datum pristupa 16. 6. 2022.

suđenje u razumnom roku u postupku pred Opštim sudom, stranka kojoj je pravo povređeno može da pokrene posutpak za naknadu vanugovorne štete protiv Evropske zajednice, u skladu sa članom 288 Ugovora o EZ (sadašnji 340 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije). Na ovaj način, SPEU je, prema pojedinim komentatorima, uveo praksu koja podrazumeva veća ograničenja i manje garantije procesne ekonomije za pravna lica kao učesnike u postupku.⁴⁰

Posledice ove presude od velikog su značaja za potonju praksu SPEU, budući da je od nje ovaj sud dosledno nalazio da je jedino odgovarajuće pravno sredstvo, odnosno „sankcija“ za povredu prava na suđenje u razumnom roku postupak naknade štete po osnovu vanugovorne odgovornosti EU, i da to mora biti poseban postupak, odvojen od glavnog postupka.⁴¹ Na ovakvo rezonovanje SPEU nailazimo u predmetima kao što su *Gascogne Sack Deutschland*,⁴² *Groupe Gascogne*,⁴³ *Kendrion*⁴⁴ i drugima. SPEU se u tom kontekstu pozvao i na praksu EKLJP u predmetu *Kudla protiv Poljske*⁴⁵ ukazujući da strani čije je pravo povređeno, povreda prava na suđenje u razumnom roku daje pravo na delotvorno pravno sredstvo. SPEU je, ipak, ovom prilikom propustio da ukaže na važan zahtev koji je postavljen u sudskoj praksi EKLJP⁴⁶ – da je najbolje ono rešenje prema kome ovakvo pravno sredstvo predstavlja kombinaciju dva tipa pravnog leka, jedan koji je koncipiran tako da obezbedi ubrzanje postupka i drugi kojim se obezbeđuje naknada. Činjenica da je SPEU našao da tužba za naknadu štete po osnovu vanugovorne odgovornosti EU predstavlja delotvorno pravno sredstvo u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku pred sudovima EU znači da u postupku za naknadu štete moraju biti ispunjeni odgovarajući materijalnopравни i procesnopравни uslovi već ranije uspostavljeni u praksi SPEU. Ti uslovi, između ostalog, uključuju i to: da se radi o nezakonitom aktu, odnosno o dovoljno ozbiljnoj povredi propisa EU, da postoji šteta i neposredna uzročno-posledična veza između akta i nastale štete (materijalnopравни uslovi) te da je neophodno da postoji odgovarajuća

⁴⁰ G. Gentile, 198.

⁴¹ K. Havu, S. Kurki-Suonio, “Damages Liability of the EU for Harm Caused by Excessive Duration of Court Proceedings”, *European Public Law* 2/2021, 312.

⁴² Presuda Velikog veća SPEU u predmetu C-40/12 P - *Gascogne Sack Deutschland v Commission*, od 26. novembra 2013. godine, ECLI:EU:C:2013:768.

⁴³ Presuda Velikog veća SPEU u predmetu C-58/12 P, *Groupe Gascogne SA v. European Commission*, od 26. novembra 2013. godine, ECLI:EU:C:2013:770 stavovi 80-96.

⁴⁴ Presuda SPEU u predmetu C-50/12 P *Kendrion NV v European Commission* od 26. novembra 2013. godine, ECLI:EU:C:2013:771, stavovi 91–101.

⁴⁵ Presuda ESLJP u predmetu *Kudla v. Poland* od 26. oktobra 2000. godine (br. predstavke 30210/96), ECHR 2000-XI, stavovi 156 i 157.

⁴⁶ Presuda ESLJP u predmetu *Scordino v. Italy* od 29. marta 2006. godine, (br. predstavke 36813/97).

odluka kojom je osporeni akt oglašen ništavim.⁴⁷

Međutim, u odnosu na mogućnost pokretanja odštetnog zahteva u odnosu na zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, SPEU je ipak postavio nešto niži kriterijum, budući da u presudama u kojima žalioce upućuje na podizanje tužbe za naknadu štete, on nije poništio niti ukinuo ožalbene presude, već je samo našao da je u postupku pred Opštim sudom došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku.⁴⁸ Nadalje, SPEU je u ovim svojim presudama dao i jasne instrukcije Opštem sudu u pogledu toga kako da postupa u datim predmetima. Naime, SPEU je istakao da u postupcima za naknadu štete Opšti sud, kao sud nadležan da postupa po tužbama za naknadu štete koje podnesu fizička ili pravna lica,⁴⁹ treba da uzme u obzir opšta načela koja se u pravnim sistemima država članica primenjuju na tužbe zasnovane na sličnim povredama, te da naročito treba da utvrdi da li je, osim materijalne štete, došlo i do neke druge povrede koju je pretrpela stranka u postupku usled prekomernog trajanja postupka, a koju bi trebalo adekvatno nadoknaditi.⁵⁰ SPEU je potom ukazao da u postupku za naknadu štete Opšti sud mora zasedati u veću čiji je sastav drugačiji od onoga koji je postupao u predmetu u kome je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku na osnovu koga se naknada štete i traži.⁵¹ Svojom drugom preporukom, SPEU je donekle uklonio mogućnost osporavanja nepristrasnosti Opšteg suda u postupcima za naknadu štete. Svojom prvom preporukom, SPEU se neposredno oslonio ne samo na ustavne tradicije država članica, već i na njihove pravne okvire koji su razvijeni na osnovu razvoja standarda zaštite prava na suđenje u razumnom roku zajmečenog EKLJP, poredeći ulogu Opšteg suda sa ulogom onih sudova kojima je nacionalnim propisima povereno da odlučuju pre svega o kompenzatornim pravnim sredstvima za povrede prava na suđenje u razumnom roku.⁵²

⁴⁷ Više o postupku naknade štete pred SPEU vid. V. Čorić, *Naknada štete pred evropskim nadnacionalnim sudovima*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2017, i V. Čorić, A. Knežević Bojović, S. Vukadinović, „Odštetni zahtevi pred evropskim nadnacionalnim sudovima“, In: *Naknada štete i osiguranje - Savremeni izazovi* (ur. Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović), Institut za uporedno pravo; Pravosudna akademija, Beograd 2016, 167-182.

⁴⁸ Presuda u spojenim predmetima C-447/17 P i C-479/17 P, *European Union v. Guardian Europe*, od 5. septembra 2019. godine, ECLI:EU:T:2017., stavovi 49–51.

⁴⁹ Vid. član 256 Ugovora o EU.

⁵⁰ Presuda SPEE u predmetu T-577/14, *Gascogne Sack Deutschland GmbH and Gascogne v European Union*, od 10. januara 2017. godine, stav 95.

⁵¹ Presuda u predmetu *Gascogne Sack Deutschland*, stav 96.

⁵² V. M. Milošević, A. Knežević Bojović, “Trial Within Reasonable Time in EU Acquis and Serbian Law”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)* 2018, 447–470, <https://doi.org/10.25234/eclic/6540>; E. Morawska, “The Principles of Subsidiarity and Effectiveness: Two Pillars of an Effective Remedy for Excessive Length of Proceedings

Kao što je ranije napomenuto, SPEU je propustio da se osvrne na činjenicu da nacionalna pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku nisu ograničena samo na ona koja imaju kompenzatorno pravno dejstvo, već da je njihova važna komponenta upravo ona koja se odnosi na ubrzavanje postupka.⁵³

5. Praksa Suda pravde Evropske unije u pogledu tužbi za naknadu štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku po osnovu vanugovorne odgovornosti

U ovom delu rada biće dat kratak pregled sudske prakse SPEU u odnosu na odštetne zahteve zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku pred Opštim sudom u četiri grupe predmeta. Budući da su u ovim predmetima izneta brojna materijalnoppravna i procesnoppravna pitanja, kako u navodima tužilaca, tako i u navodima tuženog – u ovom slučaju, SPEU,⁵⁴ ovom prilikom se neće ispitivati odlučivanje Opšteg suda o navodima SPEU kojim je osporavao prihvatljivost tužbi, već će prikaz biti usmeren na pitanje naknade štete. Takođe, u pregledu se neće detaljno ispitivati prvostepene i drugostepene odluke, već će se dati komentar na konačno ishodište ovih postupaka, uz osvrt na ključne razlike u prvostepenim i drugostepenim odlukama.

Tokom poslednjih pet godina, sudovi Evropske unije – Opšti sud a potom i SPEU – počeli su da donose odluke kojima su dosudili naknadu štete po osnovu povrede prava na suđenje u razumnom roku, kako u prvom stepenu (Opšti sud), tako i po žalbi na prvostepenu odluku (SPEU). U svim predmetima bio je ispunjen procesni uslov na koji je ukazano ranije – tužioci su prethodno pokušali da ishoduju poništaj presude Opšteg suda po žalbi na odluku Evropske komisije u postupku zaštite konkurencije. Iako njihove

within the Meaning of Article 13 ECHR.” *Polish Yearbook of International Law*, 39, 2019, 159-186.

⁵³ Novija sudska praksa EKLJP otišla je i korak dalje ukazujući na nedelotvornost pojedinih nacionalnih pravnih sredstava usled toga što su usmerena prevashodno na odštetu u slučaju već nastale povrede prava na suđenje u razumnom roku, a nemaju preventivno dejstvo. Ujedno je kritikovana i ograničena mogućnost ostvarivanja naknade u takvim predmetima. V. naročito presudu u predmetu *Mirjana Marić protiv Hrvatske*, predstavka br. 9849/15, od 30. jula 2020. godine.

⁵⁴ Pitanje toga ko je adresat tužbe za naknadu štete u ovom postupku nije bilo bez kontraverzi. Opšti sud je stao na stanovište da na ovu tužbu ne treba da odgovara Evropska komisija, već sam SPEU. Shodno tome, zauzet je i stav da naknada štete treba da bude isplaćena iz budžeta SPEU. V. presudu SPEU u predmetu T 479/14 *Kendrion NV v. European Union, represented by the Court of Justice of the European Union* od 1. februara 2017. godine; C. Kye, “A Quagmire of Delays at the European General Court: Any Escape,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 3/2015, 465.

žalbe SPEU nisu bile uspješne ili su bile samo delimično uspješne u slučaju predmeta *Guardian*,⁵⁵ u svojim ožalbenim presudama je SPEU našao da je u postupku donošenja osporene presude Opšteg suda povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Potom su tužioci u postupcima po odštetnim zahtevima pred Opštim sudom zahtevali naknadu kako materijalne, tako i nematerijalne štete. Budući da je, podsetimo, jedno od ključnih pitanja koja su do sada podlegala strogom tumačenju pred SPEU bilo i pitanje uzročno-posledične veze između nastale štete i povrede prava od strane organa EU, zanimljivo je sagledati na koji način su Opšti sud i SPEU u ovim predmetima odlučivali o odštetnim zahtevima, kako u pogledu njihove opravdanosti, tako i u pogledu iznosa koji su dosuđeni. Što se tiče samih odštetnih zahteva, tužioci su u njima zahtevali kako naknadu materijalne, tako i naknadu nematerijalne štete. Budući da su tužioci bili pravna lica, potrebno je istaći da je u praksi SPEU i pre podnošenja ovih tužbi pitanje toga da li pravna lica mogu trpeti nematerijalnu štetu već bilo raspravljeno, te da je ovaj sud našao da mogu.⁵⁶ Otuda se načelno pitanje dosuđivanja nematerijalne štete pravnim licima neće detaljnije ispitivati u ovom pregledu.

Najpre, važno je istaći da je pre nego što je odlučivao o odštetnim zahtevima, Opšti sud na samom početku razmatrao povredu prava na suđenje u razumnom roku u svakom konkretnom predmetu, kako bi utvrdio obim povrede ovog prava, odnosno utvrdio da li se radi o dovoljno ozbiljnoj povredi, kao jednom od uslova za utvrđenje vanugovorne odgovornosti EU.⁵⁷ Dakle, Opšti sud se ovom prilikom nije oslonio samo na nalaz SPEU da rok u kome je izvorno doneta odluka osporena nije bio razuman, već je, primenjujući kriterijume koje je sam SPEU ranije postavio u predmetu *Baustahlgewebe*, cenio povredu razumnog roka za presuđivanje u konkretnom slučaju. Tom prilikom Opšti sud se prvo fokusirao na period između pisanog dela postupka pred sudom i početka usmenog dela postupka, našavši da u pisanom i usmenom delu njima nije bilo nerazumnih odlaganja. Opšti sud je potom i utvrdio da bi petnaest meseci predstavljalo odgovarajući rok u kome sud treba da ispita pisane navode i otvori usmeni deo postupka.

⁵⁵ Presuda u predmetu C-580/12 P *Guardian Industries Corp. and Guardian Europe Sàrl v European Commission*, od 12. novembra 2014. godine, ECLI:EU:C:2014:2363.

⁵⁶ Vid. na primer, presudu u predmetu C-45/15 P, *Safa Nicu Sepahan Co. v Council of the European Union*, od 30. maja 2017. godine, ECLI:EU:C:2017:402; Vid. takođe K. Havu „Damages Liability for Non-Material Harm in EU Case Law“, *European Law Review* 4/2019, 492–514.

⁵⁷ L. Bressers, “Damages for Delay: The EU Held Liable for Harm Caused by “Unjustified Inactivity” in General Court Proceedings”, *Journal of European Competition Law & Practice* 8/2017, 494.

Zanimljivo je da Opšti sud nije detaljnije objasnio način na koji je izračunao ovaj rok⁵⁸ ali ga se, nakon što ga je prvi put izričito pomenuo u predmetu *Gascogne*, pridržavao i u potonjim predmetima *Kendrion* i *ASPLA*.⁵⁹ U literaturi se navodi da je ovakav pristup sličan pristupu koji koristi ESLJP, utoliko što on ne ispituje detaljno svaku od procesnih faza u postupku.⁶⁰ Ipak, čini se da ovaj navod nije sasvim utemeljen, budući da je SPEU, za razliku od ESLJP, u presudi u predmetu *Gascogne* pružio jasnu vremensku odrednicu za konkretnu fazu postupka, što ESLJP, po pravilu propušta da učini i umesto toga sagledava postupak u celini.

Opšti sud je nadalje utvrdio da paralelno postupanje po istovrsnim predmetima može opravdati nešto duže roкове u postupanju, nalazeći da jedan mesec po dodatnom povezanom predmetu predstavlja odgovarajuće produženje roka. I ovo svoje stanovište Opšti sud nije detaljnije obrazlagao. Koristeći se ovako uspostavljenom formulom, Opšti sud je u svojim presudama jasno opredelio, u mesecima, vremenski period za koji je prekoračeno vreme suđenja u razumnom roku u navedenim predmetima. Potom je prešao na detaljno ispitivanje konkretnih zahteva za naknadu materijalne i nematerijalne štete i postojanja uzročne veze između prekomernog roka za suđenje i navedene štete. Rezonovanje Opšteg suda u pogledu prekoračenja razumnog roka u postupku po žalbi SPEU nije ispitivao, niti dovodio u pitanje.

5.1. Naknada materijalne štete

U postupcima za naknadu štete tužioci su u predmetima *Gascogne*, *Kendrion* i *ASPLA* tražili naknadu materijalne štete budući da su duže nego što je to bilo razumno, plaćali troškove bankarske garancije koje su pružili kako ne bi morali da odmah plaćaju iznose kazni koju im je u postupku zaštite konkurencije izrekla komisija. Istovremeno su tražili i naknadu štete za plaćanje kamate na izvorno izrečenu kaznu. U predmetu *Gascogne*, takođe, tužilac je tražio naknadu štete jer mu je nesigurnost koja je proistekla iz propuštanja Opšteg suda da odluči u razumnom roku uskratila mogućnost da ranije pronade investitora i shodno tome, mogućnost da stekne profit ili izbegne gubitak. U predmetu *Guardian*,

⁵⁸ *Ibid.*, 495.

⁵⁹ U presudi u predmetu *Kendrion*, SPEU je potvrdio da je dovoljno da Opšti sud iznese svoju procenu razumnog roka, ali nije neophodno da je detaljno obrazlaže. V. *Kendrion NV v. European Union, represented by the Court of Justice of the European Union* od 1. februara 2017. godine, stavovi 72 i 73.

⁶⁰ P. Verbruggen, K. Kryla-Cudna, “The Union’s Liability for Failure to Adjudicate within a Reasonable Time: EU Tort Law after *Gascogne*, *Kendrion* and *ASPLA*”, *Common Market Law Review* 1/2020, 207.

tužilac je na ime izgubljene dobiti tražio i naknadu dela iznosa novčane kazne koji je platio a za koji je u presudi u SPEU našao da je bila neopravdana.

Što se tiče materijalne štete, Opšti sud je u prvostepenom postupku tužiocima dodelio naknadu štete usled toga što su morali da plaćaju troškove bankarske garancije. Ipak, u postupku po žalbi, SPEU je našao da u predmetima *Gascogne*, *Kendrion*, *ASPLA* i *Guardian* ne postoji pravno relevantna uzročno-posledična veza između propuštanja da se odluči u razumnom roku i materijalne štete koju su naveli tužioci,⁶¹ našavši da je Opšti sud pogrešno protumačio pojam uzročno-posledične veze.⁶² Tom prilikom, SPEU se pozvao na svoju ranije uspostavljenu praksu striktnog i uskog tumačenja ovog pojma koji podrazumeva da ponašanje institucije EU mora da bude odlučujući uzrok nastanka štete.⁶³ SPEU je dalje našao da je šteta nastala usled odluka samih kompanija da i dalje održe na snazi bankarske garancije, a da su mogle tu svoju odluku da preispitaju kada su shvatile da će postupak donošenja konačne odluke trajati dugo.⁶⁴

Što se tiče drugog zahteva koji se odnosio na plaćenu kamatu, njih sudovi EU nisu detaljno ispitivali, naime, već sam Opšti sud je odbio da naknadi ovu štetu budući da, prema njegovom mišljenju, tužioci nisu uspeali da dokažu da su u periodu koje odgovara prekoračenju razumnog roka za suđenje u predmetima pretrpeli stvarni i odrediv gubitak.⁶⁵ Što se tiče pitanja propuštanja prilike za ranijim pronalazhenjem ulagača, istaknutom u predmetu *Gascogne*, Opšti sud je takođe bio stanovišta da tužilac nije uspeo da dokaže da je izgubio ozbiljnu priliku za ranijim pronalaskom ulagača, niti da taj gubitak predstavlja štetu koja je stvarna i odrediva. U predmetu *Guardian*. Opšti sud nije dosudio naknadu po osnovu izgubljene dobiti u vezi sa iznosom koji je tužilac platio kao kaznu u postupku zaštite prava konkurencije, a koja mu je naknadno vraćena.

⁶¹ P. Verbruggen, K. Kryla-Cudna, 27. Svi spomenuti predmeti su ranije navodeni u okviru ovog rada osim spojenih predmeta C-174/17 P, C-222/17 P, *ASPLA and Armando Álvarez v European Union* o kojima je odlučivao SPEU.

⁶² Više o uzročno-posledičnoj vezi kao materijalnopravnom uslovu za vanugovornu odgovornost za štetu pred SPEU vid. V. Čorić (2017), 49-53.

⁶³ V. nalog SPEU u predmetu C-433/10 P, *Volker Mauerhofer v European Commission*, od 31. marta 2011. godine, stav 127, i presuda u predmetu Case C-419/08 P, *Trubowest Handel GmbH and Viktor Makarov v. Council of the European Union and European Commission*, od 18. marta 2010. godine, stavovi 53-61.

⁶⁴ Presuda u spojenim predmetima C-138/17 P and C-146/17 P, *Gascogne* od 13. decembra 2018. godine, stavovi 29–31; Presuda u predmetu C-150/17 P, *Kendrion*, od 13. decembra 2018. godine, stavovi 60–61; presuda SPEU u spojenim predmetima C-447/17 P and C-479/17 P. *European Union v. Guardian Europe* od 5. septembra 2019. godine.

⁶⁵ Vid. presudu u predmetu T-577/14, *Gascogne Sack Deutschland and Gascogne v. Union*, stavovi 106–110; presudu SPEU u predmetu T-479/14, *Kendrion v. European Union*, od 24. februara 2017. godine, stavovi 75–80 i presuda SPEU u predmetu T-40/15, *ASPLA and Armando Alvarez v. European Union*, od 17. februara 2017. godine, stavovi 97–103.

Ukratko, iako je u ovim predmetima Opšti sud izvorno dosudio tužiocima određene iznose na ime naknade materijalne štete,⁶⁶ u drugostepenom postupku pred SPEU primenjen je mnogo stroži pristup u pogledu ocene kauzalnosti u pogledu vanugovorne odgovornosti EU, te su ovi delovi prvostepenih presuda ukinuti, odnosno, EU nije nadoknadila nikakvu materijalnu štetu tužiocima.⁶⁷ Iako je, kako se u teoriji ističe, pristup koji je SPEU primenio u drugostepenom postupku usmeren na dalje pojašnjenje kriterijuma da je nezakoniti akt odlučujući uzrok nastanka štete kako bi Evropska unija za nju odgovarala,⁶⁸ čini se da ovo pojašnjenje u praksi postavlja lestvicu previše visoko, i značajno umanjuje vanugovornu odgovornost Evropske unije, dok istovremeno na stranke u postupku prebacuje odgovornost za ublažavanje finansijskih posledica prekomernog trajanja postupkom pred Prvostepenim sudom.⁶⁹

5.2. Naknada nematerijalne štete

Što se tiče nematerijalne štete, u predmetu *Gascogne* tužilac je istakao da je povreda prava na suđenje u razumnom roku ugrozila ugled kompanije, te dovela do nesigurnosti u donošenju odluka, poteškoća u upravljanju, kao i uznemirenosti i neugodnosti za izvršne organe i zaposlene kompanije. Slično tome, u predmetu *Kendrion* tužilac je ukazao da je ugled kompanije ukaljan, kao i da je produženi period neizvesnosti izazvao ličnu nematerijalnu štetu zaposlenima i izvršnim organima kompanije. U predmetu *Guardian*, tužilac se takođe pozvao na štetu nanetu ugledu kompanije. U predmetu *APSLA*, tužilac nije tražio naknadu nematerijalne štete.

Što se tiče naknade nematerijalne štete, Opšti sud je tužiocima dodelio određene iznose na ime naknade nematerijalne štete, našavši da su pretrpeli nematerijalnu štetu usled produženog stanja neizvesnosti u kojima su se našli tokom postupka u kome je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Opšti

⁶⁶ Ukupno je pomenutim privrednim društvima na ime nematerijalne štete Opšti sud dosudio tek nešto ispod 1,5 miliona evra.

⁶⁷ Presuda SPEU u spojenim predmetima C-138/17 P i C-146/17 P, *Gascony* od 13. decembra 2018. godine; presuda SPEU u predmetu C-150/17 P, *Kendrion*, od 13. decembra 2018. godine, presuda SPEU u spojenim predmetima C-447/17 P and C-479/17 P, *European Union v. Guardian Europe*, od 5. septembra 2019. godine, presuda SPEU u spojenim predmetima C-174/17 P and C-222/17 P, *ASPLA*, od 13. decembra 2018. godine, stavovi 32–33.

⁶⁸ K. Havu, S. Kurki-Suonio, 316.

⁶⁹ P. Verbruggen, K. Kryla-Cudna, “The Union’s Liability for Failure to Adjudicate within a Reasonable Time: EU Tort Law after *Gascogne*, *Kendrion* and *ASPLA*”, *Common Market Law Review* 1/2020, 191.

sud istovremeno nije dosudio naknadu štete zbog narušavanja ugleda tužioca, kao ni zbog uznemirenosti koje je nastala kod zaposlenih kod tužioca. Izričito se pozivajući na načelo *ex aequo et bono*, u predmetu *Gascogne* i *Kendrion* tužiocu dodeli 5000, odnosno 6000 EUR. U predmetu *Guardian*, Opšti sud nije dosudio naknadu nematerijalne štete, budući da ju je sam tužilac zahtevao pre svega u kontekstu narušavanja ugleda usled prekomernog trajanja postupka.⁷⁰ Opšti sud je ovaj zahtev odbio pozivajući se na vrlo načelan način na sudsku praksu ESLJP i ističući da ona je pretpostavka da predugo trajanje postupka uzrokuje neimovinsku štetu čvrsta, ali oboriva. Potom je istakao da argumentacija tužioca nije bila potkrepljena dokazima koji bi pokazali da je po svojoj težini povreda razumnog roka za suđenje mogla više uticati na ugled tužioca nego što je uticala odluka Komisije.⁷¹

Ukratko, u odnosu na nematerijalnu štetu u vidu narušavanja ugleda, a koja je nastala prekoračenjem razumnog roka za suđenje, SPEU je primenio jednako striktno tumačenje kao i u odnosu na naknadu materijalne štete. Suprotno tome, u odnosu na nematerijalnu štetu koja je nastala zbog produženog stanja neizvesnosti usled prekoračenja razumnog roka za suđenje, ni Opšti sud ni SPEU nisu insistirali na dokazivanju jasne uzročno-posledične veze, već kao da su je prihvatili kao samopodrazumevajuću. Što se tiče iznosa koji su dosuđeni po ovom osnovu, oni su određeni paušalno, i na osnovu ova dva navedena primera ne može se zaključiti koje je metode Opšti sud koristio prilikom njihovog određivanja. Štaviše, obim povrede prava na suđenje u razumnom roku u ovim predmetima nije bio značajno različit – u oba predmeta se radilo o dvadeset meseci prekoračenja razumnog roka.⁷² U pogledu naknade nematerijalne štete SPEU je, čini se, značajno odstupio od svoje dosadašnje prakse opreznog dosuđivanja ove vrste štete.⁷³

6. Zaključna razmatranja

Iz prikazane prakse SPEU moglo bi se izneti više zaključaka, ali ćemo se mi ovom prilikom osvrnuti pre svega na kratko poređenje koncepta naknade štete pred SPEU i pred ESLJP prouzrokovane povredom prava na suđenje u razumnom roku.

Nesumnjivo je da različiti pravni okviri i sudska arhitektura Saveta Evrope

⁷⁰ Presuda u predmetu T-673/15, *Guardian Europe v. European Union*, od 07. 06. 2017. godine, stav 142.

⁷¹ Presuda u predmetu T-673/15, *Guardian Europe v. European Union*, stav 144.

⁷² Presuda SPEU u ranijenavedenom predmetu *Gascogne*, stav 76 i presuda SPEU u ranijenavedenom predmetu *Kendrion*, stav 63.

⁷³ V. Čorić (2017), 60; A. H. Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom 2009, 284.

i Evropske unije, dovode i do značajnih razlika u postupcima sudske zaštite prava na suđenje u razumnom roku i to pre svega u postupcima za ostvarivanje odštetnih zahteva. S druge strane, s obzirom na postojanje jasno uspostavljene normativne poveznice između pravnih instrumenata na kojima se zaštita ovog prava zasniva, odnosno Povelje i EKLJP, a posredstvom sudske prakse, i između nacionalnih sistema pravne zaštite ovog prava, neminovnim se čine poređenja odgovarajućih instrumenata i mehanizama zaštite.

Što se tiče zaštite prava na suđenje u razumnom roku pred SPEU primetno je jasno odstupanje od principa da delotvorno pravno sredstvo u odnosu na povredu prava na suđenje u razumnom roku idealno treba da se sastoji kako od ubrzavajućeg, tako i od kompenzatornog pravnog sredstva. Iako su se, kako je ranije pokazano, SPEU neposredno pozivao na sudsku praksu ESLJP u odnosu na član 6 EKLJP, u svojoj dosadašnjoj praksi on je u potpunosti propustio da se osvrne na nepostojanje ubrzavajućeg pravnog sredstva u postupcima pred Opštim sudom, pa i pred SPEU. Iako bi se načelno ovakvo propuštanje moglo pripisati specifičnoj pravosudnoj arhitekturi Evropske unije, čini se da SPEU ne bi smeo svesno da zanemari ovaj nedostatak u normiranju, te da bi ga stoga morao adresirati u svojim presudama.

Ovom prilikom uputno je osvrnuti se i na činjenicu da su na nivou Evropske unije učinjeni sistemski naponi usmereni na ubrzavanje postupaka pred Opštim sudom. Kao prvo, broj sudija ovog suda progresivno se povećavao od 2015. godine, te od 2019. Opšti sud ima po dve sudije iz svake države članice.⁷⁴ Ovaj reformski zahvat u broj sudija Opšteg suda preduzet je upravo kako bi se smanjilo vreme trajanja postupaka pred Opštim sudom u svetlu zahteva iz člana 47. Povelje.⁷⁵ Osim toga, tokom 2015. godine izmenjen je i Poslovnik o radu Opšteg suda⁷⁶ i njime uvedene mere usmerene na brže i lakše procesuiranje predmeta pred ovim sudom.⁷⁷ Zanimljivo je istaći da su finansijski troškovi reforme bili izričito upoređeni sa iznosima naknada koje su kroz odštetne zahteve bile tražene usled povrede prava na suđenje u razumnom roku pred Opštim sudom.⁷⁸

⁷⁴ Vid. Uredbu 2015/2422 (Regulation 2015/2422 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union).

⁷⁵ Preambula prethodnonavedene Uredbe, stav 2.

⁷⁶ Rules of Procedure of the General Court OJ L 105, 23.4.2015, 1–66.

⁷⁷ C. Kye, 457 i dalje.

⁷⁸ Tako je ocenjeno da su troškovi povećanja broja sudija za 21 sudiju i spajanja Službeničkog tribunala i Opšteg suda procenjeni na 13,5 miliona evra godišnje, dok su istovremeno pred Opštim sudom u toku bile tužbe po odštetnim zahtevima u iznosu od 26, 8 miliona evra. V. Council of the EU press release, Court of Justice of the EU:

Ove mere su dale određene rezultate, te je, prema poslednjem godišnjem izveštaju o radu SPEU, prosečna dužina trajanja postupaka pred sudom, u poslednjih 5 godina, na godišnjem nivou iznosila najviše 20, a najmanje 15,4 meseci.⁷⁹ Ipak, u odnosu na predmete iz oblasti zaštite prava konkurencije, trajanje postupaka pred Opštim sudom je nešto duže, i po pravilu je u poslednjih 5 godina iznosilo i više od 27 meseci (sa izuzetkom 2017. godine, kada su ovi postupci u proseku trajali u proseku nešto više od 21 meseca).⁸⁰ Iako se radi o dužinama trajanja postupaka značajno kraćim nego što je to bio slučaj sa predmetima koji su prikazani u ovom radu, mora se upozoriti da mere usmerene na unapređenje delotvornosti rada i brzine postupanja jednog suda ne mogu biti izjednačene sa ubrzavajućim pravnim sredstvima u kontekstu člana 6 EKLJP.

Može se oceniti da je SPEU u svom dosadašnjem postupanju zauzeo jedan relativno reaktivan stav, iako se mora reći da je učinio napor da u okviru postojećih pravnih sredstava odabere ono koje bi bilo najbliže delotvornom kompenzatornom pravnom sredstvu. Izbor SPEU da ovo pravno sredstvo bude pokretanje tužbe po osnovu vanugovorne odgovornosti EU odista se i čini primerenijim nego što bi to bilo eventualno ukidanje odluka Opšteg suda usled prekoračenja razumnog roka, te se ovom izboru kompenzatornog pravnog sredstva načelno nema šta zameriti.

Ono što je, međutim, posledica tog izbora jeste ujedno i veoma težak postupak dokazivanja kauzalne veze između nezakonitog akta organa EU i štete koja je nastala za stranku u postupku. SPEU je, kako je i prikazana praksa pokazala, zadržao vrlo strog i restriktivan pristup tumačenju postajanja ovakve veze i u određenoj meri doprineo gotovo izbegavanju odgovornosti EU za naknadu materijalne štete do koje je došlo usled prekoračenja razumnog roka za suđenje. Utisak je da pristup koji je u svom rezonovanju, u odustvu postojanja ubrzavajućih pravnih sredstava, primenio Opšti sud odlučujući po odštetnim zahtevima u prvom stepenu, mnogo primereniji, te da nesumnjivo ima prostora da SPEU svoju praksu u ovom pogledu preispita. U suprotnom, mogao bi se steći utisak da je delotvornost pravnog sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ograničena isključivo na naknadu nematerijalne štete, dok se gotovo u potpunosti izbegava odgovornost za naknadu materijalne štete. To

Council adopts reform of General Court, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/12/03/eu-court-of-justice-general-court-reform/>, datum pristupa 1.7.2022. Za osvrt na rad Opšteg suda sa tačke gledišta advokata v. CCBE Comments on the Functioning of the General Court, [/https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/PD_LUX/PDL_Position_papers/EN_PDL_20200904_CCBE-comments-on-the-functioning-of-the-General-Court.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/PD_LUX/PDL_Position_papers/EN_PDL_20200904_CCBE-comments-on-the-functioning-of-the-General-Court.pdf), datum pristupa 12. 7. 2022.

⁷⁹ Annual Report 2021 Judicial Activity, 387, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-07/qd-ap-22-001-en-n.pdf>, datum pristupa 15. 07. 2022.

⁸⁰ *Ibid.*

bi dalje vodilo zaključku da praksa zaštite prava na suđenje u razumnom roku pred SPEU odstupa od prakse ESLJP, i ne daje veći obim zaštite ovog prava.

* * *

*EVOLUTION OF THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION IN AWARDING DAMAGES FOR
VIOLATIONS OF THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE
TIME*

Summary

The second half of the 20th century marked the adoption of supranational instruments guaranteeing the right to a fair trial, including seminal documents such as the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the latter directly invoking the former. Even though the European Court of Human Rights has had a pivotal role in the development of European standards for awarding damages in cases of violation of the right to trial within a reasonable time, this paper shall analyse the evolution of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union in this field – a topic which has not been extensively investigated so far. Mostly relying on the dogmatic method, the authors investigate the guarantees of the right to a trial within a reasonable time in the European Union legal framework, addressing the specificities of this regime compared to the established norms and case law developed by the Council of Europe bodies. The authors go on to examine the recent developments in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union with regards to awarding material and non-material damages for violations of the right to a trial within a reasonable time before the said court. Finally, the authors outline the specificities stemming from the recent case-law and highlight the key departures from the settled case law of the European Court of Human Rights.

Keywords: Court of the Justice of the European Union, reasonable time, damages, Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Dragan Obradović*
Stevan Karać**

POVREDA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U STEČAJNOM POSTUPKU I NAKNADA IMOVINSKE ŠTETE

Apstrakt

Najvažniji ratifikovani međunarodni dokumenti i Ustav Republike Srbije, u okviru propisanog prava na pravično suđenje kao jednog od osnovnih ljudskih prava, garantuju i pravo na suđenje u razumnom roku. Od 01. januara 2016. godine u Republici Srbiji u primeni je i Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, čime je zaštita ovog prava podignuta na viši nivo. Od stupanja na snagu, pomenuti zakon svoju funkciju prevashodno ostvaruje kroz dosuđivanje strankama novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu zbog povrede navedenog prava. Kao rezultat povrede ovog prava, osim nematerijalne, može se pojaviti i materijalna - imovinska šteta, što je posebno karakteristično za postupak stečaja. Cilj autora je da kroz analizu institucionalnog okvira i prakse Privrednog suda u Valjevu u periodu od 2019. – 2021. godine, predstave materiju naknade imovinske štete kao posledicu povrede prava na suđenje u razumnom roku u postupku stečaja, a takođe i da ukažu na određene probleme koji su prepoznati.

Ključne reči: povreda prava na suđenje u razumnom roku, naknada imovinske štete, stečajni postupak, sudska praksa.

1. Uvod

Pravo na pravično suđenje i njegov sastavni deo - pravo na suđenje u razumnom roku, integrisani su u naš pravni sistem ratifikacijom najznačajnijih međunarodnih akta iz oblasti ljudskih prava, pre svega Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Evropska konvencija) koju je Republika Srbija ratifikovala 2003. godine dok je bila u sastavu Državne zajednice

* Doktor pravnih nauka, sudija Višeg sud u Valjevu, naučni saradnik,
e-mail: dr.gaga.obrad@gmail.com

** Zamenik tužioca u Osovnom javnom tužilaštvu u Mionici,
e-mail: stevankarac@gmail.com

Srbije i Crne Gore.¹ Prema odredbama člana 6. st. 1. Evropske konvencije „svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona“. Ratifikacijom je prihvaćena obaveza poštovanja tog prava, a Ustav Republike Srbije (dalje: Ustav)² ovu je formulaciju gotovo u celini preuzeo, te odredbe čl. 32. st. 1. koje nose naziv “Pravo na pravično suđenje” propisuju da svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega. Prema tome, Ustav jemči pravo na suđenje u razumnom roku u okviru kompleksnog prava na pravično suđenje, pri čemu su oba ova prava derivati još šireg prava na sudsku zaštitu.

Pravo na suđenje u razumnom roku sadrži subjektivnu komponentu jer je ono ustanovljeno u interesu lica o čijim se pravima i obavezama odlučuje ili protiv koga se vodi određeni postupak. Takođe, ono sadrži i objektivnu komponentu jer je uspostavljeno u interesu pravne sigurnosti i vladavine prava uopšte. Nedovoljno brzo postupanje pravosudnih organa podriiva poverenje u čitav pravni sistem, pa je na sudovima i javnim tužilaštvima da rešavaju sporne situacije u razumnom roku, jer protekom vremena odluka suda neće imati onaj efekat koji bi imala da je doneta pravovremeno.

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku uvedena je u naš pravosudni sistem tokom 2013. godine na osnovu Zakona o izmenama i dopuna Zakona o uređenju sudova kroz član 8a s tim da je primena ove odredbe počela 22. 5. 2014. godine.³ Pre toga, ustavna žalba zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku nije bila delotvoran pravni lek u izvršnim postupcima po presudama koje su donete u izvršnim postupcima po presudama koje su donete protiv društvenih preduzeća u stečaju, a kasnije i preduzeća u restrukturiranju (S.Andrejević, et al.;71). Ipak, ovakvo rešenje nije dalo očekivane rezultate, pa kako pravo na

¹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokol uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokol broj 4 uz Konvenciju kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokol broj 6 uz Konvenciju - o ukidanju smrtne kazne, Protokol broj 7 uz Konvenciju - kojim se obezbeđuje zaštita u postupku proterivanja stranaca, Protokol broj 12 uz Konvenciju - o opštoj zabrani diskriminacije, Protokol broj 13 uz Konvenciju - o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, Protokol broj 14 uz Konvenciju - kojim se menja kontrolni sistem Konvencije, Protokol broj 15 uz Konvenciju - kojim se menja Konvencija sa ukazima i zakonima o ratifikaciji - Evropska konvencija, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 - ispr. i *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

² Ustav RS - Ustav, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

³ Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, ... 101/2013.

suđenje u razumnom roku nije moguće ostvariti direktnom primenom ustavne norme, bilo je neophodno da se način njegove zaštite propiše u formi zakona. S tim u vezi, 01. januara 2016. godine na snagu je stupio Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (dalje: Zakon).⁴ Kao posledicu kršenja ovog prava, Zakon osim nematerijalne, predviđa i materijalnu štetu, na koju je u radu i stavljen akcenat.

2. Osnovne karakteristike Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku

Pravo na suđenje u razumnom roku ima svaka stranka u sudskom postupku, što uključuje i izvršni postupak, svaki učesnik po zakonu kojim se uređuje vanparnični postupak, a oštećeni u krivičnom postupku, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac samo ako su istakli imovinsko-pravni zahtev. Javni tužilac kao stranka u krivičnom postupku nema pravo na suđenje u razumnom roku. Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku su prigovor radi ubrzavanja postupka, žalba i zahtev za pravično zadovoljenje. Ovi su postupci hitni i imaju prvenstvo u odlučivanju.

Pri odlučivanju o pravnim sredstvima kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku uvažavaju se sve okolnosti predmeta suđenja, pre svega složenost činjeničnih i pravnih pitanja, celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tužilaštva ili drugog državnog organa, priroda i vrsta predmeta suđenja ili istrage, značaj predmeta suđenja ili istrage po stranku, ponašanje stranaka tokom postupka, posebno poštovanje procesnih prava i obaveza, zatim poštovanje redosleda rešavanja predmeta i zakonski rokovi za zakazivanje ročišta i glavnog pretresa i izradu odluka.

Svaki postupak ovog tipa pokreće se prigovorom, pri čemu i prigovor i žalba imaju akceleratorno dejstvo jer se podnose dok se postupak ne okonča i imaju za cilj ubrzanje postupka. Rešenje o prigovoru i žalbi ne sme da utiče na činjenična i pravna pitanja koja su predmet suđenja ili istrage i mora biti podrobno obrazloženo, bilo da je reč o usvajanju ili odbijanju prigovora, odnosno žalbe.

Prigovor se podnosi sudu koji vodi postupak ili sudu pred kojim se vodi postupak ako smatra da je ovlašćeni tužilac povredio njeno pravo. Postupak po prigovoru vodi predsednik suda, koji i odlučuje o prigovoru, a godišnjim rasporedom poslova on može odrediti jednog ili više sudija (dalje: nadležni sudija) da pored njega vode postupak i odlučuju o prigovorima, pri čemu je dužan da odluči o prigovoru u roku od dva meseca od dana prijema prigovora. U pogledu ishoda postupka, prigovor se rešenjem odbacuje ili odbija bez ispitnog postupka, ili se pak, vodi ispitni postupak.

⁴ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, br. 40/15.

U ispitnom postupku, predsednik suda - nadležni sudija zahtevaju od sudije pojedinca, predsednika veća ili od javnog tužioca, da mu u roku od 15 dana dostavi izveštaj koji sadrži izjašnjenje o razvoju postupka u vremenu i predlog roka u kome postupak može da se okonča.

Potom, primenom merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku, odlučuju rešenjem da prigovor odbiju ili da ga usvoje i utvrđuju povredu prava na suđenje u razumnom roku, a sudija i javni tužilac nemaju pravo na žalbu protiv rešenja kojim se prigovor usvaja.

U rešenju kojim se prigovor usvaja i utvrđuje povreda prava na suđenje u razumnom roku predsednik suda - nadležni sudija ukazuje sudiji ili javnom tužiocu na razloge zbog kojih je povređeno pravo stranke i nalaže sudiji procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak. Zakonom su akcentovani rokovi za preduzimanje naložene neprocesne radnje, za povratni izveštaj o preduzetim radnjama i drugi nalozi u zavisnosti od okolnosti slučaja, a kod propisivanja naloga javnom tužiocu koji sprovodi istragu, akcentat je stavljen na obaveze neposredno višeg javnog tužioca u pogledu donošenja obaveznog uputstva kojim javnom tužiocu nalaže procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak.

Što se tiče žalbe - drugog pravnog sredstva, stranka ima pravo na žalbu ako je njen prigovor odbijen ili ako predsednik suda - nadležni sudija o njemu ne odluči u roku od dva meseca od dana prijema prigovora. Žalba može da se podnese i ako je prigovor usvojen, ali neposredno viši javni tužilac nije doneo obavezno uputstvo, zatim ako predsednik suda - nadležni sudija ili neposredno viši javni tužilac nije naložio sudiji ili javnom tužiocu procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak ili ako sudija ili javni tužilac nije preduzeo naložene procesne radnje u roku koji mu je određen.

Žalba se podnosi predsedniku suda koji je odlučivao o prigovoru i koji odmah dostavlja predsedniku neposredno višeg suda žalbu i spise predmeta. Predsednik neposredno višeg suda vodi postupak po žalbi i odlučuje o njoj. Jedino, ako postupak, u kome stranka smatra da je povređeno njeno pravo na suđenje u razumnom roku, vodi Vrhovni kasacioni sud, postupak po žalbi vodi i o žalbi odlučuje veće od tri sudije Vrhovnog kasacionog suda. Žalba se odbacuje ako je nepotpuna (tj. ako nije potpisana ili ako iz njene sadržine ne može da se utvrdi koje rešenje se pobija), ako ju je podnelo neovlašćeno lice, ako je preuranjena, neblagovremena, ako se lice odreklo prava na žalbu ili ako je povuklo žalbu, ili nema pravni interes za nju. Protiv rešenja o odbacivanju žalbe nije dozvoljena žalba. Žalba se odbija bez ispitnog postupka ako je, s obzirom na trajanje postupka koje je navedeno u žalbi, očigledno neosnovana. Slično kao kod odlučivanja o prigovoru, predsednik neposredno višeg suda rešenjem odbacuje ili odbija žalbu bez ispitnog postupka, ili vodi ispitni postupak u kom slučaju razmatra spise predmeta i primenjuje merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku. Predsednik neposredno višeg suda o žalbi odlučuje rešenjem protiv kojeg nije dozvoljena žalba.

Kao treće pravno sredstvo, Zakon predviđa zahtev za pravično zadovoljenje. Vrste pravičnog zadovoljenja su taksativno navedene, a to su:

1. pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koja je stranci izazvana povredom prava na suđenje u razumnom roku (dalje: novčano obeštećenje);
2. pravo na objavljivanje pismene izjave Državnog pravobranilaštva (dalje: pravobranilaštvo) kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku;
3. pravo na objavljivanje presude kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.

U konačnom, pravo na pravično zadovoljenje ima stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu, zatim stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju prigovora i stranka čija je žalba usvojena. U pogledu trenutka sticanja ovog prava, stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu i stranka čija je žalba odbijena uz potvrđivanje prvostepenog rešenja o usvajanju prigovora stiče pravo na pravično zadovoljenje kada istekne rok u kome je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme naložene procesne radnje, a stranka čija je žalba usvojena kada primi rešenje o usvajanju žalbe.

3. Pravna priroda postupka za naknadu imovinske štete

Imajući u vidu prethodno navedeno, očigledno je da je u Zakonu u pogledu naknade štete akcenat stavljen na neimovinsku štetu. Naime, Zakon novčano obeštećenje za pretrpljenu neimovinsku štetu predviđa kao vid pravičnog zadovoljenja i detaljno propisuje postupak u ovim slučajevima i to počev od pretpostavke za podnošenje tužbe za novčano obeštećenje do postupka po tužbi, preko stvarne i mesne nadležnosti, do visine novčanog obeštećenja. Sa druge strane, tužba za naknadu imovinske štete uopšte nije predviđena kao vid pravičnog zadovoljenja.

Ipak, mogućnost podnošenja tužbe za naknadu imovinske štete nije isključena, regulisana je jednim članom Zakona, zbog čega su autori i odlučili da pravnu prirodu ove tužbe i postupka po tužbi predstave kroz odnos sa odredbama koje regulišu tužbu i postupak za naknadu neimovinske štete.

Odredbom člana 31. Zakona propisano je da stranka može da podnese tužbu protiv Republike Srbije za naknadu imovinske štete izazvane povredom prava na suđenje u razumnom roku, u roku od jedne godine od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje, da pored odredaba zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi, sud primenjuje i merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku (član 4), kao i da je odgovornost Republike Srbije za imovinsku štetu izazvanu povredom prava na suđenje u razumnom roku objektivna.

Pojam imovinske štete se u Zakonu pojavljuje još samo na dva mesta i to: u čl. 32. koji određuje ko je obveznik isplate novčanog obeštećenja i u čl. 33. kojim je uređen način obezbeđivanja sredstava za isplatu novčanog obeštećenja i naknade imovinske štete.

Dakle, zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku može se tužbom tražiti kako naknada neimovinske, tako i naknada imovinske štete, ali se ne sme zanemariti činjenica da su ove dve vrste tužbi različite i različito tretirane po svojoj pravnoj prirodi i pravilima postupka za ostvarenje pravne zaštite, pre svega jer tužba za naknadu imovinske štete nije vid pravičnog zadovoljenja (satisfakcije za pretrpljenu štetu), već posebna tužba za naknadu stvarno pretrpljene materijalne štete.

Različita pravna priroda ovih tužbi proizlazi i iz činjenice da se u postupku povodom tužbe za neimovinsku štetu shodno primenjuju odredbe o sporovima male vrednosti iz zakona kojim se uređuje parnični postupak, dok se u pogledu tužbe za naknadu imovinske štete ne propisuju nikakva procesna pravila.

Po našem mišljenju, ne može se prihvatiti pravilo propisano odredbom člana 27. stav 1. Zakona da se u postupku pred sudom primenjuju odredbe o sporu male vrednosti iz Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP),⁵ bez obzira na to što se u istom stavu citiranog člana zakona propisuje da se te odredbe primenjuju nezavisno od vrste i visine tužbenog zahteva. Prihvatljivo je da se odredbe o pravilima koja se tiču sporova male vrednosti primenjuju na tužbu za novčano obeštećenje - neimovinsku štetu, budući da je zakonom propisana visina te štete u najvišem iznosu od 3.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, a što jeste i granična vrednost predmeta spora u sporovima male vrednosti. Međutim, budući da naknada imovinske štete može biti potraživana u iznosu koji prevazilazi iznos od 3.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, pa čak i iznos od 40.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, u kom slučaju bi mogao biti nadležan u prvom stepenu i viši sud, to se ove odredbe po tužbi za naknadu imovinske štete ne mogu primenjivati, kao ni procesna pravila koja se odnose na postupak u sporovima male vrednosti, već pravila opšteg parničnog postupka i stvarna nadležnost suda prema Zakonu o uređenju sudova, o čemu je i sudska praksa jedinstvena.⁶

S tim u vezi, odredbom člana 28. Zakona propisana je stvarna nadležnost osnovnog suda za odlučivanje po tužbi za novčano obeštećenje, dok po tužbi za naknadu imovinske štete nije propisana ni stvarna ni mesna nadležnost suda. Ako bi se odredbe iz člana 28. Zakona shodno primenjivale za obe vrste tužbi,

⁵ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, 87/2018, 18/2020 – glava XXXIII (čl. 467-479).

⁶ Zaključak Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda, usvojen na sednici od 19. 6. 2018. godine.

onda bi i za tužbu za naknadu imovinske štete bez obzira na visinu tužbenog zahteva bio nadležan osnovni sud, što je suprotno Zakonu o uređenju sudova,⁷ ali i odredbama ZPP.

U pogledu revizije, iako Zakon propisuje da sud ne može dosuditi novčano obeštećenje u visini većoj od propisane (čl. 30, st. 1) i da revizija nije dozvoljena, za tužbu za naknadu imovinske štete o ovome nisu propisana posebna pravila, što znači da visina štete zakonom nije limitirana i da revizija može biti dozvoljena pod zakonom propisanim uslovima (kada premašuje iznos od 40.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, ili pod uslovima propisanim za izjavljivanje posebne revizije).

Zajedničko za obe vrste tužbi jeste rok pošto stranka može da podnese tužbu u roku od jedne godine od dana kada je stekla pravo na pravično obeštećenje.

Prema tome, osnovne karakteristike tužbe i postupka za naknadu imovinske štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku su sledeće:

- Tužba za naknadu imovinske štete se podnosi protiv Republike Srbije u roku od jedne godine od dana kada je stranka stekla pravo na pravično zadovoljenje;

- Stvarno nadležan može biti osnovni ili viši sud, zavisno od visine postavljenog tužbenog zahteva;

- Pravila postupka određuje visina postavljenog tužbenog zahteva što znači da mogu biti primenjivana kako pravila u sporovima male vrednosti tako i procesna pravila iz opšteg parničnog postupka;

- Mesno nadležan je osnovni sud (ili viši) na čijem području tužilac ima prebivalište, boravište ili sedište. Ako tužilac nema prebivalište, boravište ili sedište u Republici Srbiji, mesno nadležan je osnovni sud koji ima sedište u mestu sedišta suda koji je utvrdio povredu prava na suđenje u razumom roku. Međutim, može biti primenjena i opšta mesna nadležnost;

- Visina tužbenog zahteva nije limitirana.

- Zavisno od visine tužbenog zahteva, revizija može biti dozvoljena.

- Odgovornost Republike Srbije je objektivna, pa se primenjuju uslovi odgovornosti su propisani Zakonom o obligacionim odnosima,⁸ tačnije odredbe iz članova 173–177. ZOO.

- Primenjuju se i merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku (član 4. Zakona), a prema razlozima navedenim u pravnosnažnoj odluci predsednika suda o utvrđenoj povredi prava.

⁷ Zakon o uređenju sudova, *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, 65/2018 (Odluka Ustavnog suda), 87/2018, 88/2018 (Odluka Ustavnog suda).

⁸ Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *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), *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

4. Stanje u praksi

Kao krucijalno zakonodavno rešenje u ovoj oblasti izdvajamo objektivnu odgovornost Republike Srbije za imovinsku štetu izazvanu povredom prava na suđenje u razumnom roku. U suprotnom, previše dugo trajanje sudskog postupka, imalo bi se smatrati „štetnom radnjom“ koja bi kao takva morala, kroz jasnu uzročno-posledičnu vezu, proizvesti umanjene imovine ili sprečavanje njenog uvećanja. U tom slučaju, bilo bi veoma zahtevno kompletan sudski postupak tretirati kao „štetnu radnju“ u uobičajenom smislu (kao npr. saobraćajnu nezgodu, oštećenje tuđe stvari, kršenje neke konkretne odredbe i sl.) jer svaki sudski postupak obiluje nizom specifičnosti, nezavisno od toga koliko dugo traje.

Ipak, u skladu sa važećim zakonskim rešenjem (koje smatramo ispravnim),⁹ u pogledu naknade imovinske štete izazvane povredom ovog prava, postoji zakonska pretpostavka o objektivnoj odgovornosti, te se smatra da šteta potiče od delatnosti, odnosno propuštanja tužene države kojom se vrši povreda prava na suđenje u razumnom roku. Sledstveno tome, proces dokazivanja u postupcima za naknadu štete može ići jedino u pravcu nepostojanja uzroka i primenu opštih odredbi kojima su uređeni obligacioni odnosi, čime se teret dokazivanja tih činjenica prebacuje na tuženu Republiku Srbiju koja se svoje odgovornosti može osloboditi dokazivanjem postojanja okolnosti iz čl. 177. ZOO.

Iako Zakon kao imaoca prava na suđenje u razumnom roku (samim tim i imaoca prava na naknadu imovinske štete) navodi svaku stranku u sudskom postupku, po logici stvari, imovinska šteta kao posledica povrede ovog prava može nastati samo u nekim sudskim postupcima. Reč je o postupcima koji se vode povodom naplate potraživanja čija je visina prethodno nesporno utvrđena, a to mogu biti izvršni postupci,¹⁰ kao vid individualne naplate potraživanja poverioca ili stečajni postupci kao vid kolektivne naplate potraživanja poverioca. Povreda prava na suđenje u razumnom roku u ovom kontekstu predstavlja povredu prava na imovinu kao jednog od osnovnih ljudskih prava, zaštićenog ustavnopravnim normama i normama međunarodnih konvencija, čiji je Republika Srbija potpisnik. Ustav jemči mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona,¹¹ a mirno uživanje imovine podrazumeva i blagovremeno ostvarivanje zakonom zagarantovanih prava koja su utvrđena pravnosnažnim i izvršnim sudskim odlukama. Propust državnih organa da omoguće ostvarivanje prava u skladu sa pravnosnažnim sudskim odlukama donetim u korist poverioca,

⁹ S obzirom da je „krivica“ suda kao državnog organa već utvrđena u rešenju kojim predsednik suda utvrđuje povredu prava na suđenje u razumnom roku primenom merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku.

¹⁰ Odluke Ustavnog suda UŽ-3503/2016 od 17.11.2016. godine i UŽ-3456/2016 od 27.09.2018. godine.

¹¹ Čl. 58, st.1 Ustava.

predstavlja i povredu njegovog prava na mirno uživanje imovine iz navedenog člana Ustava i čl.1 Protokola br. 1 (dalje: Protokol) uz Evropsku konvenciju jer svako novčano potraživanje koje je utvrđeno i dosuđeno pravnosnažnom sudskom odlukom ulazi u imovinu poverioca.

Od 01. 01. 2020. godine većinu izvršenja više ne sprovode sudovi, već javni izvršitelji.¹² S obzirom da su predmet analize stečajni postupci pred Privrednim sudom u Valjevu u kojima su utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku koje su rezultirale naknadom imovinske štete, fokus je stavljen na povredu ovog prava u stečajnom postupku.

Iako nijedan zakon to ne propisuje, sudska praksa je kreirala takav stav po kojem je Republika Srbija dužna da oštećenom naknadi materijalnu štetu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u visini priznatih i nenaplaćenih iznosa u stečajnom postupku nad preduzećima sa većinskim društvenim ili državnim kapitalom. Kreatori ovakvog stava nisu sudovi u Republici Srbiji već Evropski sud za ljudska prava (dalje: Evropski sud), kao glavna institucija za zaštitu prava i sloboda garantovanih Evropskom konvencijom.¹³ Ovakav stav je u našu pravnu praksu uveden kroz odluke Ustavnog suda,¹⁴ pa su sledstveno tome i ostali sudovi u našoj zemlji takvu praksu prihvatili kao pravno obavezujuću.

Sušтина ovakvog stava nalazi se u činjenici da država ima efektivnu kontrolu nad društvenim preduzećima i u skladu sa tim ona treba da snosi odgovornost za njihove dugove. Društvena preduzeća nemaju dovoljnu institucionalnu i operativnu nezavisnost u odnosu na državu, pa njihova insolventnost kao dužnika ne može biti izgovor za nenamirenje duga. Republika Srbija snosi objektivnu odgovornost za neostvarivanje prava prema stečajnom dužniku koji je bio društveno preduzeće jer je vođenje stečajnog postupka bilo nedelotvorno, s obzirom da stečajni organi nisu preduzimali ili su neblagovremeno i neadekvatno preduzimali potrebne radnje.

Što se tiče mogućnosti naplate ovog vida štete u slučajevima kad stečajni dužnik nije preduzeće sa većinskim društvenim ili državnim kapitalom, nismo zabeležili slučajeve da je pred Privrednim sudom u Valjevu utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku u takvim, "redovnim", stečajnim postupcima, a da je po tom osnovu pred sudovima opšte nadležnosti stečajnim poveriocima

¹² RS odgovara i za povredu prava na suđenje u razumnom roku nastalu izvršnim postupcima pred javnim izvršiteljima jer prema praksi Evropskog suda, za primenu člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, nije od značaja da se postupak u kome se rešava o građanskim pravima i obavezama sprovodi pred sudom ili drugim telima kojima su poverena javna ovlašćenja.

¹³ R. Kačapor i druge podnositeljke predavki protiv Srbije – predstavke br. 2269/06 i dr.; Crnišanin i dr. protiv Srbije – predstavke br. 35835/05 i dr.; Ridić i dr protiv Srbije – predstavke br.53736/08, Marinković protiv Srbije – predstavka br. 5353/11.

¹⁴ Odluke UŽ-3503/2016 od 17.11.2016. godine i UŽ-3456/2016 od 27. 09. 2018. godine, UŽ-5511/11 od 20. 06. 2013, godine, UŽ-8854/2016 od 05. 10. 2017. godine.

kao tužiocima zatim dosuđivana naknada imovinske štete. Pravna praksa ostavlja prostor i za takvu mogućnost, s tim što je nužno dokazati da je dužnik u trenutku pokretanja postupka za naplatu imao dovoljno novčanih sredstava u imovini i da je poštujući redosled isplate, oštećeni mogao da se naplati da je sud efikasno postupao i preduzimao delotvorne radnje u cilju naplate propisane odgavarajućim zakonom o izvršenju ili stečaju, pri čemu je od značaja i činjenica da u privrednim odnosima važi i načelo snošenja rizika poslovanja, kao i da se radi o preduzeću sa 100% privatnog kapitala.¹⁵

Što se tiče visine štete, Republika Srbija odgovara za puni iznos priznatog potraživanja, a ako je deo potraživanja naplaćen u stečaju, RS odgovara za preostali iznos, uz uslov da je prethodno utvrđena povreda prava sa suđenje u razumnom roku.¹⁶ U tom slučaju, imovinska šteta se ne isplaćuje iz imovine stečajnog dužnika, već iz budžeta države.

S tim u vezi, povodom pitanja prava na zakonsku zateznu kamatu na glavni dug i iznos troškova postupka nakon otvaranja stečajnog postupka, sve do donošenja odluke Evropskog suda u predmetu *Stevanović i drugi protiv Srbije*, broj predstave 43815/17 od 27. 08. 2019. godine,¹⁷ važi je utemeljenje po kojem je RS obavezna da na ime imovinske štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku oštećenima isplaćuje iznose priznate u stečajnom postupku sa zakonskom zateznom kamatom na glavnu obavezu od izvršenog obračuna u stečajnom postupku pa do isplate. Ipak, nakon donošenja ove odluke, dolazi do izmene dotadašnje sudske prakse pošto je u njoj ukazano na odredbe člana 85 - 93 Zakona o stečaju iz 2009. godine.¹⁸ Navedenim odredbama propisano je da od dana pokretanja stečajnog postupka na nenamirena potraživanja kamata prestaje da teče.¹⁹

Na pravo na imovinsku štetu nije od uticaja činjenica da li je stečajni postupak okončan ili i dalje traje. Ovakav stav zasnovan je na odluci Evropskog suda br. 42/10 (predmet *Perišić i drugi protiv Srbije*), koja je doneta po predstavi određenog broja stečajnih poverilaca u stečajnom postupku nad DGP „Zlatibor“ iz Užica, u kojoj presudi je utvrđeno, da bez obzira što stečajni postupak nad označenim preduzećem nije okončan, obavezana je tužena država da zbog povrede člana 6. stav 1. Evropske konvencije - nepreduzimanja mera da

¹⁵ Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž rr 226/2020 od 15. 10. 2020. godine.

¹⁶ Zaključak usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 02. 11. 2018. godine sa pozivom na presudu Evropskog suda od 15. 07. 2014. godine u predmetu *Jovanović i drugi protiv Srbije* i rešenje Ustavnog suda UŽ 2641/2016 od 16. 06. 2016. godine.

¹⁷ *Stevanović i drugi protiv Srbije* – predstave br. 43815/17 i dr.

¹⁸ Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Odluka Ustavnog suda), 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018.

¹⁹ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž rr 111/2019 od 24. 10. 2019. godine.

podnosioci predstavke naplate svoja novčana potraživanja iz radnog odnosa utvrđena pravnosnažnim sudskim odlukama, isplati podnosiocima predstavke naknadu materijalne štete u visini iznosa koji su im dosuđeni pravnosnažnom sudskom odlukom i prijavljenih u stečajnom postupku.²⁰

Dakle, sudska praksa u ovoj kompleksnoj materiji je u najvećoj meri usaglašena i jedinstvena, pre svega zato što je o najvažnijim pitanjima stav zauzeo Evropski sud kroz svoje presude.

Ipak, postoje i sporna pitanja o kojima se Evropski sud nije izjašnjavao. Jedno od takvih pitanja, koje se direktno i ne tiče Evropske konvencije jeste da li u smislu čl. 300 ZOO postoji osnov za izmenu konačne liste u slučaju kada je stečajnom poveriocu utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku i isti je pokrenuo parnični postupak protiv Republike Srbije radi isplate visine utvrđenog potraživanja, u kom je uspeo, pa mu Republika Srbija isplati utvrđeno potraživanje. Postavlja se pitanje da li bi umesto poverioca koji je naplatio svoje potraživanje od Republike Srbije u listu kao novog poverioca stečajnog dužnika trebalo evidentirati Republiku Srbiju.

Naime, spomenutim članom kojim je uređena zakonska subrogacija, propisano je da kad obavezu ispuni lice koje ima neki pravni interes u tome, na njega po samom zakonu prelazi u času ispunjenja poveriočevo potraživanje sa svim sporednim pravima.²¹

U odgovoru Privrednog apelacionog suda na ovo pitanje, navedeno je da u takvim slučajevima postoji osnov za izmenu konačne liste i stupanje Republike Srbije kao novog poverioca stečajnog dužnika umesto poverioca koji je naplatio svoje potraživanje od Republike Srbije. Pritom, ne postoji obaveza stečajnog sudije da pre donošenja rešenja o deobi proveriti da li je nekom od poverilaca iz nacрта utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku i ako jeste da li se neko od tih poverilaca u međuvremenu namirio i u kom delu, već je obaveza stečajnih poverilaca da o tome obaveste sud, a Republika Srbija ukoliko je izmirila utvrđeno potraživanje stečajnog poverioca ima pravo da zahteva izmenu konačne liste u smislu člana 300. ZOO.²²

Uprkos jasnom zakonskom osnovu, ali i stavu sudske prakse, ni u jednom od 14 stečajnih postupaka Privrednog suda u Valjevu iz sledećeg poglavlja, koji se vode prema stečajnim dužnicima sa dominantnim društvenim kapitalom, nije došlo do primene instituta zakonske subrogacije, tj. Republika Srbija nije stupila na mesto stečajnih poverilaca kojima je isplaćena naknada imovinske štete.

²⁰ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 2339/2019 od 28. 10. 2019. godine.

²¹ ZOO, čl. 300.

²² Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanim 18.3.2021. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe održanoj 18. 3. 2021. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 3/2020, 124-125.

5. Statistika Privrednog suda u Valjevu u periodu od 2019–2021. godine

Tabela br. 1: Ukupan broj prigovora u svim stečajnim postupcima

Godina	Ukupno primljeno predmeta	Usvojeni prigovori	Odbijeni prigovori	Odbačeni prigovori, rešenja o spajanju i dr.
2019.	1304	778	506	20
2020.	1828	1325	449	54
2021.	1798	1330	387	81

U prvoj tabeli su prikazani ukupan broj predmeta u posmatranom periodu, odnosno primljeni prigovori po godinama na osnovu trenutka zavođenja, odnosno formiranja predmeta, kao i odluke po prigovorima. Ukupan broj ovih predmeta u periodu od 01. 01. 2019–31.12.2021. godine je 4930. Najviše ih je bilo tokom 2020. godine, a najmanje tokom 2019. godine. Što se tiče usvojenih prigovora, njihov broj iznosi 3433, tj. nešto preko 69%. Najveći procenat usvojenih prigovora je bio tokom 2021. godine (oko 74%), a najmanji tokom 2019. godine (oko 59%).

Tabela br. 2: Prigovori u stečajnim postupcima prema stečajnim dužnicima sa društvem/državnim kapitalom

Broj predmeta	Stečajni dužnik	Primljeni predmeti u toku 2019.	Primljeni predmeti u toku 2020.	Primljeni predmeti u toku 2021.
St.40/10	VISKOZA AD KORD Loznica	65	152	137
St.42/10	VISKOZA AD CENTROFAN Loznica	28	61	35
St.63/10	HEMIREMONT DOO Loznica	48	96	107
St.64/10	HK VISKOZA AD Loznica	21	57	73
St.45/10	VISKOZA AD STANDARD Loznica	46	119	124
St.41/10	VISKOZA AD CELVLAKNO Loznica	92	235	250
St.50/10	VISKOZA AD SVILA DOO Loznica	82	226	285

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

St.44/10	VISKOZA AD CELULOZA Loznica	95	166	159
St.48/10	VISKOZA AD LOZOFAN DOO Loznica	33	47	72
St.49/10	VISKOZA AD TRANSPORT Loznica	34	52	55
St.18/15	VETERINARSKA STANICA VLADIMIRCI AD Vladimirci	8	3	2
St.21/15	ZORKA MINERALNA ĐUBRIVA Šabac	18	3	18
St.10/15	ZORKA OBOJENA METALURGIJA AD Šabac	5	54	134
St.97/10	JABLANICA AD Valjevo	13	39	38

Tabela br. 3: Ishodi prigovora u stečajnim postupcima prema stečajnim dužnicima sa društvenim/državnim kapitalom

Godina	Ukupno primljeno	Usvojeni prigovori	Odbijeni prigovori
2019.	588	565	23
2020.	1310	1253	57
2021.	1489	1336	153

U tabelama 2 i 3 prikazani su postupci po prigovorima podnetim samo u stečajnim postupcima pokrenutim prema stečajnim dužnicima sa društvenim/državnim kapitalom. Usvojeni prigovori čine veliki procenat (nešto preko 93%) i da su prigovori usvajani u skoro svim stečajnim postupcima, osim u postupcima St.10/15 – stečajni dužnik ZORKA OBOJENA METALURGIJA AD Šabac i St.21/15 – stečajni dužnik ZORKA MINERALNA ĐUBRIVA Šabac u kojima su svi od 232 podneta prigovora odbijeni. U vezi sa postupkom St.21/15, kao razloge zbog kojih je prigovor P. V. iz Š. odbijen, sud je naveo činjenicu da je u roku od dve godine od otvaranja stečajnog postupka prodana imovina stečajnog dužnika, pa je jasno da je stečajni sud kontinuirano i bez zastoja preduzimao radnje u pravcu okončanja postupka. Takođe, navodi se da isključivi razlog zbog koga postupak još uvek nije okončan jeste parnica koja se vodila po tužbi za utvrđenje osporenog potraživanja čija vrednost prevazilazi visinu stečajne mase, što je okolnost na koju stečajni sud i organi stečajnog postupka ne mogu da utiču.²³

Što se tiče prigovora koji su rešenjem usvojeni, reč je mahom o rešenjima suštinski iste sadržine. Sud se pri donošenju takvih odluka vodio činjenicom da

²³ Rešenje Privrednog suda u Valjevu R4.St.br. 902/21 od 28. 05. 2021. godine, neobjavljeno.

iako je reč o složenim postupcima, isti traju više godina, zbog čega je i nastupila povreda prava na suđenje u razumnom roku. Ipak, povodom prigovora u stečajnom postupku St.br. 40/10 – stečajni dužnik VISKOZA AD KORD doo Loznica, sud je naveo da činjenica da prodaja imovine i okončanje tog postupka zavisi od okončanja postupaka pred Republičkom direkcijom za imovinu nema uticaja na pravo podnosioca prigovora na povrdu prava na suđenje u razumnom roku, ali da ona svakako umanjuje odgovornost suda i organa konkretnog stečajnog postupka koji objektivno ne mogu uticati na postupke pred drugim organima i institucijama.²⁴

6. Zaključak

Blagovremeno okončanje sudskog postupka u kojem se u svojstvu stranke nalazi određeno pravno ili fizičko lice u interesu je tog lica, ali je u interesu i ostvarivanja pravne sigurnosti uopšte. Jemčenjem prava na suđenje u razumnom roku država teži da zaštiti stranke u sudskim postupcima od predugog trajanja istih. Na taj način povećava se i delotvornost i kredibilitet sudskih odluka, te pravosuđa u celini. Istovremeno, država nastoji da spreči nastupanje nepoželjnih pojava kao posledica kršenja ovog prava.

Svedoci smo svojevrzne reforme našeg pravnog sistema u ovoj oblasti. U skladu sa porukama Evropskog suda za ljudska prava, države imaju obavezu da reše sistemske nedostatke u ovoj oblasti i obezbede efikasne pravne mehanizme za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Do nedavno, Republika Srbija u svom pravnom sistemu nije imala delotvoran pravni lek za zaštitu ovog prava. Bilo je pokušaja da se ovo pitanje reši uvođenjem posebnog modaliteta ustavne žalbe u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku. Ovo rešenje, pak, nije bio delotvorno, prevashodno usled pretrpanosti Ustavnog suda tužbama po ovom osnovu, pa je zbog toga donet poseban zakon, a sama zaštita ovog prava preneti je na redovne sudove.

Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku predstavlja valjan zakonodavni okvir za efikasnu zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, uz pojedine nedostatke na koje smo ukazali a koji se pre svega tiču odredaba o postupku po tužbi, odnosno o primeni pravila o sporovima male vrednosti i nedozvoljenosti revizije na sve sporove, nezavisno od vrste i visine tužbenog zahteva. Takođe, mišljenja smo da je potrebno razmotriti mogućnost da se pitanje povrede prava na suđenje u razumnom roku u stečajnom postupku, zbog njegove specifičnosti i složenosti, izdvoji iz opštih odredaba Zakona i uredi posebnim odredbama.

Primetan je relativno veliki broj usvojenih prigovora pred Privrednim sudom u Valjevu u ukupnom, ali i u procentualnom smislu. Stečajni postupak,

²⁴ Rešenje Privrednog suda u Valjevu R4.St.br. 1/21 od 26. 02. 2021. godine, neobjavljeno.

iako po svojoj vrsti sudski postupak, ima svoje posebnosti u odnosu na ostale sudske postupke jer ga karakteriše komplikovana procedura, od oglašavanja, preko prodaje imovine, do namirenja poverilaca.

Jedan od većih praktičih izazova u oblasti naknade imovinske štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku je okolnost da se svi stečajni poverioci u spomenutih 14 postupaka stečaja pred Privrednim sudom u Valjevu, koji su naplatili imovinsku štetu u visini svojih priznatih potraživanja zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku i dalje nalaze na listi poverilaca. Prema tome, u tim slučajevima nije došlo do primene člana 300. Zakona o obligacionim odnosima, pa postoji mogućnost da stečajni poverioci ponovo naplate svoja potraživanja (u određenom procentu), imajući u vidu da ti stečajni postupci i dalje traju.

Dosuđeni iznosi novčanog obeštećenja i naknade imovinske štete padaju na teret samih sudova, što uz ostale troškove i izdatke (sudski troškovi, naknade za neosnovan pritvor, naknade policiji i zatvorima za sprovođenje okrivljenih na sudske pretrase itd.) u značajnoj meri dovodi do blokada računa sudova. Sa druge strane, to dovodi do praktičnih poteškoća u redovnom funkcionisanju sudova, kao što su nemogućnost nabavke kancelarijskog materijala, refundiranja goriva za službena putovanja i sl. Samim tim, dolazi do svojevrstnog paradoksa da ostvarenje i realizacija ustavom garantovanog prava na suđenje u razumnom roku, kroz uticaj na svakodnevni rad sudova, negativno utiče na ostvarenje celokupnog prava na pravično suđenje, kao šireg ustavom garantovanog ljudskog prava. Tako, u jednom trenutku su računari 15 od 16 privrednih sudova bili blokirani.²⁵

Iako je u ovoj oblasti načinjen značajan napredak, biće potrebno određeno vreme i pre svega usaglašavanje sudske prakse, da efikasna zaštita prava na suđenje u razumnom roku u različitim vrstama sudskih postupaka postane integralni deo celokupnog pravnog poretka Republike Srbije.

²⁵ <https://www.politika.rs/sr/clanak/508686/Ispraznjene-kase-15-od-ukupno-16-privrednih-sudova,12.06.2022>.

* * *

VIOLATION OF THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS AND COMPENSATION FOR PROPERTY DAMAGES

Summary

The most important ratified international documents and the Constitution of the Republic of Serbia, within the prescribed right to a fair trial as one of the basic human rights, guarantee the right to a trial within a reasonable time. As of January 1, 2016, the Law on Protection of the Right to Trial within a Reasonable Time has been in force in the Republic of Serbia, which has raised the protection of this right to a higher level. Since its entry into force, the said law has been exercising its function primarily by awarding the parties monetary compensation for non-pecuniary damage due to the violation of the said right. As a result of the violation of this right, in addition to non-material damage, material - property damage may also occur, which is especially characteristic of the bankruptcy procedure. The aim of the author is to analyze the institutional framework and practice of the Commercial Court in Valjevo in the period from 2019 to 2021, to present the matter of compensation for property damage as a consequence of violation of the right to trial within a reasonable time in bankruptcy proceedings, and also to point out certain problems which are recognized.

Keywords: violation of the right to a trial within a reasonable time, compensation for property damage, bankruptcy proceedings, case law.

Vladimir Kozar*
Vladimir Vrhovšek**
Sandra Đorđević***

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE USLED TRZAJNE POVREDE VRATA KAO LAKE TELESNE POVREDE

Apstrakt

Laka telesna povreda postoji kada štetnik lako telesno povredi oštećenog ili oštećenom zdravlje lako naruši, sredstvom koje je za pomenuto podobno. Jedno od sredstava, koje je za navedeno podobno je motorno vozilo. Trzajna povreda vratne kičme (whiplash injury) je traumatska povreda, koja se definiše kao ubrzavajuće usporavajući mehanizam energije koja se prenosi na vrat. U najvećem broju slučajeva, trzajna povreda vratne kičme se kvalifikuje kao laka telesna povreda za koju oštećeni može potraživati od štetnika u građanskom postupku naknadu nematerijalne štete, na ime pretrpljenog fizičkog bola i straha. Sud će prilikom donošenja odluke o postavljenom tužbenom zahtevu u postupku utvrditi sve bitne činjenice u cilju donošenja odluke da li su pretrpljeni bol i strah od strane oštećenog, kao tužioca, takvog intenziteta i trajanja, da opravdavaju naknadu štete, koju je tužilac, kao oštećeni pretrpeo usled trzajne povrede vratne kičme. U ovom radu autori će ukazati na probleme i izazove koji se javljaju u građanskim sudskim postupcima prilikom dosuđivanja naknade nematerijalne štete za laku telesnu povredu, čiji je uzrok trzajna povreda vratnog dela kičme usled saobraćajne nezgode.

Ključne reči: laka telesna povreda, nematerijalna šteta, trzajna povreda vrata, whiplash injury, pravična naknada, građanski postupak, brzina ΔV .

1. Pojam lake telesne povrede

Laka telesna povreda je lako oštećenje telesnog integriteta, odnosno lakše narušenje zdravlja. U praksi se uzima da su lake telesne povrede one za

* Doktor pravnih nauka, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sad, e-mail: kozarv@yahoo.com

** Sudija Višeg suda u Beogradu, e-mail: vladimirvrhovsek@gmail.com

*** Korisnik početne obuke Pravosudne akademije RS, e-mail: sandra.djordjevic@rocketmail.com

čije zalečenje nije potrebno više od 7 dana. To je osnovno pravilo, od koga, s obzirom na razne konkretne okolnosti, može biti odstupanja. Laka telesna povreda postoji ako je **oslabljen neki deo tela** ili je neki organ povređen ili je njegova sposobnost za rad privremeno smanjena ili je zbog povrede oštećen integritet ili je privremeno narušeno zdravlje ili promenjena njegova spoljašnost. Poseban oblik lake telesne povrede je *opasna* laka telesna povreda. Ona se razlikuje od obične lake telesne povrede po sredstvima izvršenja, a postoji kada je laka povreda naneta oružjem, opasnim oruđem ili *drugim sredstvima* podobnim da telo teško povrede ili zdravlje teško naruše. **Pojam lake telesne povrede** je u srpskog zakonodavstvu definisan u Krivičnom zakoniku.¹ Odredbama člana 122. st. 1, 2, 3. i 4. Krivičnog zakonika, propisano je da **ko drugog lako telesno povredi** ili mu **zdravlje lako naruši kazniće se novčanom kaznom** ili zatvorom do jedne godine (stav 1). Ako je takva povreda nanesena oružjem, opasnim oruđem ili **drugim sredstvom podobnim da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši**, učinilac će se kazniti zatvorom do tri godine (stav 2). Sud može učinocu dela iz stava 2. ovog člana izreći sudsku opomenu, ako je učinilac bio izazvan nepristojnim ili grubim ponašanjem oštećenog (stav 3) i gonjenje za delo iz stava 1. ovog člana preduzima se po privatnoj tužbi (stav 4).

2. Nematerijalna šteta

Nematerijalna šteta je oblik štete koji nastaje usled povreda oštećenikovih ličnih prava, koja se ne odražava u njegovoj imovini. Nematerijalna šteta, može imati razne oblike, između ostalog i: **1. fizičku bol**, prouzrokovanu telesnom povredom i **2. strah**. Bol se definiše kao neprijatno čulno ili emocionalno iskustvo koje je povezano sa stvarnim ili mogućim oštećenjem tkiva.² Strah je emocija karakterizirana napetošću, zabrinutošću i fizičkim promenama, poput povišenog krvnog pritiska znojenja, vrtoglavice, drhtavice i tahikardije.³ Zakon o obligacionim odnosima⁴ definiše nematerijalnu štetu, kao nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha.⁵

¹ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

² S. Raja *et. al.*, „The revised International Association for the Study of Pain definition of pain: concepts, challenges, and compromises“ *The Journal of Pain* 2020, 1976-1982.

³ A. E. Kazdin, „Encyclopedia of Psychology“, *American Psychological Association Publication*, Oxford 2000, 4128.

⁴ 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, *Sl. list SCG*, br. 1/02 - ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 1/02 – u daljem tekstu: ZOO.

⁵ Čl. 155 ZOO.

Fizička bol, kao manifestacija povrede tela, najčešći je oblik nematerijalne štete. Da bi fizički bol predstavljao osnov za naknadu štete, nužni su objektivni elementi i to priroda i obim pretrpljene povrede, sa eventualnim komplikacijama nastalim u toku lečenja. Subjektivni kriterijum kod ovog oblika štete je zapostavljen, jer unosi neizvesnost s obzirom da se radi o fizičkom bolu – subjektivnom osećaju koje registruje nervni sistem. U pitanju je unutrašnji fenomen čoveka, u koji je objektivno teško ući, te time i teško izmeriti. Međutim i ovde je moguće izvesno subjektiviziranje slučaja, što je i nužno činiti prilikom dosuđivanja pravične novčane naknade. U sudskoj praksi je uobičajeno da se **intenzitet bolova odmerava u skali od 1. do 10**. Bez obzira što je ovakav način „merenja“ intenziteta bola naširoko prihvaćen u sudskoj praksi, autori smatraju da bi bolje bilo da se odmeravanje visine bolova vrši prema skali koja bi poznavala kategorije: **slabi bolovi, bolovi srednjeg intenziteta, bolovi jakog intenziteta i bolovi naročito jakog intenziteta**. Upravo nedostatak opšteprihvaćenih kriterijuma koji bi omogućavali da se što objektivnije utvrdi karakter ozlede, a naročito jačina i trajanje bolova, otvara problem kod odmeravanja visine naknade štete za pretrpljene fizičke bolove. Objektiviziranjem kriterijuma svakako bi se izbeglo šarenilo nalaza i mišljenja veštaka, pa i sudskih odluka i uveo u red u ovu oblast. Međutim, ipak treba zaključiti da u sadašnjem vremenu ne postoji mera kojom bi se jačina bola i patnje čoveka mogu izračunati. Ovo tim pre što u nekim slučajevima osećanje bola bazira na psihološkoj osnovi bez važećih fizioloških razloga. No, bez obzira na napred iznetu konstataciju, sud mora odlučiti o postavljenom tužbenom zahtevu za naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih fizičkih bolova i prilikom odmeravanja visine pravične novčane naknade mora voditi računa o sledećim elementima: ličnosti oštećenog, trajanje, intenzitet bola, karakter povrede, starosna dob oštećenog i primena sredstava za suzbijanje bolova. Prilikom veštačenja bola svakako treba uzeti u obzir okolnost, koja se javlja često, da oštećeni oseća bol više istovremenih povreda. U tom slučaju bol treba veštačiti jedinstveno, jer se radi o jedinstvenom osećanju. Ako više mesta na telu boli, onda bol najjačeg intenziteta pokriva druge bolove. Najbolje je da s obzirom na navedenu kompleksnost osećanja bola da bolove, njihovo trajanje i intenzitet veštače zajedno veštak neuropsihijatar i veštak traumatolog od kojih prvi može dati kompletno mišljenje o ličnosti tužioca-oštećenog i periodu nastajanja bola, kao i kvaliteta bola, dok drugi veštak daje mišljenje o kvantitetu bola i delovanju sredstava za smanjenje bolova. **Visina naknade za pretrpljene fizičke bolove određuje se primenom člana 232. Zakona o parničnom postupku.**⁶ Međutim, ta slobodna ocena je uslovljena dužnošću suda da prilikom odmeravanja naknade vodi računa o svim okolnostima konkretnog

⁶ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 - US, 74/13 - US, 55/2014, 87/18 i 18/20 u daljem tekstu: ZPP.

slučaja i ostalim uslovima određenim u propisu člana 200. stav 2. ZOO.⁷

Strah je emocionalni poremećaj, a to stanje straha i njegove posledice može kompetentno da veštaci samo lekar neuropsihijatar uz pomoć psihologa. On treba da se izjasni o načinu kako se doživljeni strah manifestovao, koliko je bilo njegovo trajanje i intenzitet, o uzrocima pojave straha, te o posledicama, koje strah ostavlja na psihu oštećenog. S toga kako za pretrpljene fizičke bolove, tako i za pretrpljeni strah, ispravno je, a i pogodnije izražavati visinu odnosno **intenzitet straha**, kategorizovati, kao **strah slabog** intenziteta, strah **srednjeg** intenziteta i strah **jakog** intenziteta. Dakle, **od veštaka** treba da se traži **precizno izjašnjenje o intenzitetu straha** kod oštećenog, kao i o dužini trajanja straha. Na kraju **novčana naknada** za strah dosuđuje se **na osnovu člana 232. ZPP, po slobodnoj oceni**, na osnovu utvrđenih bitnih okolnosti.⁸

U prilog tome da bi bolje bilo da se odmeravanje visine bolova vrši prema skali koja bi poznavala kategorije: slabi bolovi, bolovi srednjeg intenziteta, bolovi jakog intenziteta i bolovi naročito jakog intenziteta, a ne da se intenzitet bolova odmerava u skali od 1. do 10, ide i činjenica da bol nije fizikalna kategorija, merljiva u fizikalnom smislu kao vrednost krvnog pritiska, koja se izražava u decibelima iskazana po logaritamskoj skali. Polazna pretpostavka od koje se naglasiti da je, bez obzira na izvesnu subjektivnost njegovog doživljavanja, bol i te kako realna, objektivna i konkretna pojava. Ovo zna svako ko je trpeo bol bilo kakve vrste izazvan bilo kakvim uzrokom. Na ovom nivou razmatranja nalazimo se u očiglednom logičkom procepu: bol i subjektivno i objektivno postoji, a nemoguće ga je objektivno iskazati, izmeriti, te na neki način materijalizovati i kroz neke numeričke ili slične parametre i to na taj način da okolina (u konkretnom slučaju sud) dobije nekakvu, po mogućnosti što jasniju, predodžbu o intenzitetu bola koji je neka osoba trpela u konkretnom slučaju. Srećom, tu nam može u pomoć priteći medicinsko znanje, koje ima specifičnu funkciju: treba da posluži kao inicijalni pokretač koji zatim pokreće logiku i zdrav razum, a konačan zaključak je direktan rezultat pomenutog logičkog zaključivanja. Polazna pretpostavka od koje se kreće je tvrdnja da je bol dovoljno podeliti na nekoliko kategorija i reći da je u konkretnom slučaju reč o bolu koji je slabog, srednjeg, jakog ili vrlo jakog (ekstremnog) intenziteta. Podela intenziteta bola na navedene četiri kategorije sasvim dovoljna za svakodnevnu praktičnu primenu. Kao kriterijumi za svrstavanje pretrpljenog bola u bilo koju od ovih kategorija može da posluži intenzitet zadobijene traume koji je uglavnom jasan i nesporan, te tok i način lečenja koji su takođe jasni, a podaci o svemu tome su objektivni, nesporni i što jako važno dostupni uvidom u raspoloživu medicinsku dokumentaciju. U praksi to može da znači sledeće, osoba je zadobila neku od lakih telesnih povreda i u tom konkretnom slučaju, povreda nije zahtevala nikakvo

⁷ A. Radovanov, „Kriterijumi za određivanje visine novčane naknade nematerijalne štete“, *Naknada nematerijalne štete*, (ur. Z. Petrović), Budva 2001, 154, 156. i 157.

⁸ *Ibid.*, 164. i 165.

bolničko lečenje, a intenzitet bola bio je takav da ga nije bilo potrebno suzbijati bilo kakvim sredstvima za ublažavanje bola. Očigledan je zaključak da je u tom slučaju po sredi bol slabog intenziteta. Ovo možda ovako izneto zvuči nedovoljno jasno ali situacija je potpuno jasna kada precizno znamo vrstu telesne povrede o kojoj je u konkretnom slučaju reč, kao i mehanizam njenog nanošenja. U drugom slučaju, kada se radi o nekoj telesnoj povredi praćenju bolovima koji su zahtevali medicinski tretman, a koji se između ostalog sastojao u ordiniranju lekova za ublažavanje bola, u formi tableta, kao i u prethodnom slučaju, podatak o vrsti zadobijene povrede koji nam je poznat, podatak o mehanizmu nanošenja povrede koji nam je takođe poznat i činjenica da je ispitanik morao uzimati tablete protiv bolova, opredeljuju nas da tvrdimo kako je u tom slučaju u pitanju bol srednjeg intenziteta. Analogno prethodnom, ako je reč o bolu takvog intenziteta da je bilo neophodno upotrebiti lekove za ublažavanje bola koji se daju u formi injekcija, može se tvrditi da je posredi bol jakog intenziteta. U ekstremnim slučajevima, kada je ispitanik trpeo takav bol da se za njegovo suzbijanje poseže za sredstvima iz grupe narkotika (npr. derivat morfina), može se tvrditi da je reč o bolovima vrlo jakog odnosno, ekstremnog intenziteta. Ovakav pristup ovom problemu je najadekvatniji i ostavlja najmanje mogućnosti da se pogreši ili da se neka pojava previše slobodno ili pristrasno interpretira. Uvidom u celu medicinsku i drugu dostupnu dokumentaciju, adekvatnom analizom dostupne medicinske dokumentacije, možemo pribaviti sve relevantne podatke o nekom događaju. Razjašnjavanjem vrste zadobijene povrede, mehanizam njenog nanošenja, tok lečenja, primene medikamenata u toku lečenja, dužinu trajanja lečenja, dužinu trajanja primene pojedinih medikamenata i drugih relevantnih podataka, biće potpuno jasno koliko dugo je neka pojava trajala, čime i kako i koliko dugo je lečena. Kada se nadležnom pravosudnom organu prezentiraju sve navedene činjenice, neće biti nikakav problem da, uključivši logiku, opšteživotno iskustvo i zdrav razum, donese valjanu odluku koja će biti zasnovana na objektivnim pokazateljima, a ne subjektivnim interpretacijama i imaginarnim zamišljenim skalama. Neophodno je u potpunosti prekinuti praksu iskazivanja nefizikalnih veličina, kao što je bol, putem bilo kakvih zamišljenih skala i okrenuti se detaljnom razmatranju svih podataka važnih za sticanje što valjanije predodžbe o analiziranoj pojavi.⁹

3. Novčana naknada nematerijalne štete

Novčana naknada nematerijalne štete, sastoji se u dosuđivanju povređenom licu izvesne novčane sume na teret štetnika. Svrha novčane naknade nematerijalne štete jeste u tome da njenih posredstvom oštećeni pribavi sebi

⁹ G. Šćepanović *et al.*, „Osvrt na praksu primene numeričkih skala u veštačenju nematerijalne štete“, *Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete* (ur. Ž. Karana), JP „Službeni glasnik“, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2011, 105 - 109.

neku priyatnost, neku radost, neko zadovoljstvo u najširem smislu reči (duhovno, čulno, intelektualno) i da na taj način otkloni ili ublaži neravnotežu, koja je u njegov psihički i osećajni život uneta nanošenjem fizičke ili psihičke patnje (teorija reparacije, komparacije, satisfakcije). Takva funkcija naknade nije nemoralna, već naprotiv predstavlja doprinos zaštiti i razvoju ličnosti. Ako nije moguće odrediti adekvatan iznos naknade, zato što novac nije jedinica mere za pretrpljeni bol, to nije razlog da se ne dosudi nikakva naknada. Bolja je i nesavršena i nepotpuna naknada nego nikakva. Ni kod imovinske štete nije uvek moguće odrediti adekvatan iznos naknade, pa se takva naknada ipak dosuđuje. Najzad tačno je da je čovekova ličnost zakonski zaštićena, pa i krivičnopravno ali postoji veliki broj slučajeva kada je nekom licu prouzrokovana nematerijalna šteta, a u radnji štetnika ne postoje elementi krivičnog dela. Zakon o obligacionim odnosima prihvata mogućnost novčane naknade nematerijalne štete, te propisuje svrhu i visinu novčane naknade i to tako što će sud prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i o visini njene naknade, **voditi računa** o značaju povređenog dobra i cilju kome ona služi ali i o tome **da se ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom**.¹⁰ Nadalje, Zakon o obligacionim odnosima je prihvatio i to da **za pretrpljene fizičke bolove**, za pretrpljene duševne bolove usled umanjenja životne aktivnost, naruženosti **i za strah, sud može ako** nađe da okolnosti slučaja, a naročito **jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu**, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu.¹¹ Zakon o parničnom postupku, propisuje između ostalog da ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos, a visina iznosa, ne može da se utvrdi ili bi mogla da se utvrdi samo sa nesrazmernim teškoćama, **sud će visinu novčanog iznosa, da odredi po slobodnoj oceni**.¹² Zakon o obligacionim odnosima je prihvatio i rešenje da se potraživanje naknade nematerijalne štete može nasledivati, ustupati, prebijati i prinudno izvršavati samo ako je to potraživanje priznato pravnosnažnom presudom ili usmerenim sporazumom.¹³

Kada se ima sve navedeno u vidu, može se izvesti zaključak da se **za bolove neznatnog intenziteta, ne može se dosuditi naknada**, kada je na primer bol trajao 2-3 dana i nije bio jakog intenziteta već slabog, jer bi to **bilo protivno cilju zbog kojeg se dosuđuje u smislu člana 200. ZOO. Međutim i ako oštećeni, po pravilu, nema pravo na naknadu nematerijalne štete za pretrpljene fizičke bolove izazvane lakom telesnom povredom**, ipak se samo

¹⁰ Čl. 200. st. 2. ZOO.

¹¹ Čl. 200. st. 1. ZOO.

¹² Čl. 232. ZPP.

¹³ Čl. 204. ZOO.

zbog toga, ne može odbiti sa zahtevom za naknadu štete. **Ako se ustanovi da su kod oštećenog pretrpljeni fizički bolovi usled lake telesne povrede jačeg ili srednjeg intenziteta, te ako su duže trajali, oštećeni ima pravo na naknadu štete. Prilikom utvrđivanja štete i odmeravanja naknade u prvom redu treba voditi računa da se uzimaju u obzir i sve nelagodnosti u toku lečenja.** Kod odmeravanja visine novčane naknade nematerijalne štete zbog pretrpljenih fizičkih bolova mora se **voditi računa o tome u kom predelu tela se javljaju bolovi.** Tako npr., **bolovi koji su vezani za glavu su sigurno tegobniji od bolova na nekom drugom delu tela,** npr. na nozi ili ruci.¹⁴

4. Značaj lake telesne povrede u sudskoj praksi

U postupcima u kojima se odlučuje o tužbenom zahtevu za naknadu nematerijalne štete, sudska praksa igra veliku i značajnu ulogu, kristalizujući parametre koji ukazuju da li je bilo povrede, da li tako pretrpljena povreda opravdava dosuđivanje novčane naknade i u kojoj visini. Autori ukazuju da ujednačavanje sudske prakse, kako u postupcima sa ovakvim predmetom spora, tako i u drugim, neosporivo doprinosi pravnoj sigurnosti, pravnoj izvesnosti, kao i jednakoj i ravnopravnoj zaštiti prava građana, bez obzira na to pred kojim sudom se vodi postupak.

Sudska praksa stoji na stanovištu da „**oštećeni ima pravo na naknadu nematerijalne štete za pretrpljene fizičke bolove prouzrokovane lakom telesnom povredom, samo ako su isti bili jakog ili srednjeg intenziteta i dužeg trajanja, odnosno za strah ako je isti bio intenzivan i dužeg trajanja ili ako je kratko trajao ali je u dužem vremenskom periodu bila narušena psihička ravnoteža oštećenog**”.¹⁵

Nadalje, „naknada nematerijalne štete **zbog pretrpljenih fizičkih bolova srednjeg intenziteta i kratkog trajanja može se dosuditi i kada je oštećeni pretrpeo laku telesnu povredu.**”¹⁶ Naknada nematerijalne štete za pretrpljene fizičke bolove po pravilu **se dosuđuje za pretrpljene fizičke bolove jakog intenziteta bez obzira na dužinu trajanja ili u njihovom odsustvu pretrpljene bolove srednjeg intenziteta dužeg trajanja.** Revizijski navodi da

¹⁴ A. Radovanov, 155.

¹⁵ B. Bosiljković, „Laka telesna povreda i naknada štete za fizičke bolove i strah (član 200. Zakona o obligacionim odnosima) - Presuda Petog opštinskog suda u Beogradu P. br. 1842/04 od 21.11.2005. godine i rešenje Okružnog suda u Beogradu Gž. br.1 873/06 od 28.02.2006. godine“, Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 74/06, Intermex, Beograd.

¹⁶ „Obligaciono pravo - Naknada nematerijalne štete zbog fizičkih bolova i laka telesna povreda - Sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda Rev2 899/2015 od 2. 12. 2015. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja 31.5.2016. godine“, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, br. 1/16, Intermex, Beograd.

tužilac nije tražio naknadu za pretrpljeni strah (za koji vid štete bi imao pravo), pa se ona ne može vrednovati kroz drugi vid štete (fizički bol). Ovi revizijski navodi su neosnovani jer baš u odsustvu tražene naknade za strah, ta činjenica kao posebna dodatna okolnost može biti od značaja za dosuđivanje naknade štete za ovaj konkretni vid štete jer zajedno sa pretrpljenim fizičkim bolom predstavlja jednu celinu¹⁷.

Autori posebno ukazuju da se „visina naknade štete određuje se prema okolnostima svakog konkretnog slučaja”. Po oceni Vrhovnog kasacionog suda, u vreme izvršenog plaćanja naknade štete od strane osiguravajuće organizacije dana 25.03.2015. godine tužilji u vansudskom postupku, tužilji je i pripadala ta plaćena naknada u tom postupku jer je ista pravična naknada na ime pretrpljenih fizičkih bolova i straha od strane tužilje, a sve u smislu člana 200. ZOO. Stoga je pravilno odbijen kao neosnovan tužbeni zahtev tužilje za naknadu te nematerijalne štete u sudskom postupku. Naime, Vrhovni kasacioni sud, a kako je to već i konstatovano smatra da su tužilji u vansudskom postupku isplaćeni iznosi naknade štete koji u svemu odgovaraju značaju povređenog dobra i cilju kome naknada služi, kao i trajanju i intenzitetu pretrpljenih fizičkih bolova i straha, u smislu člana 200. Zakona o obligacionim odnosima. Revizijom se neosnovano ukazuje na pogrešnu primenu materijalnog prava i navodi da su sestri tužilje dosuđeni veći iznosi naknade nematerijalne štete, jer se *visina naknade štete određuje prema okolnostima svakog konkretnog slučaja*. Nisu od značaja revizijski navodi koji ukazuju da je u drugostepenoj presudi pogrešno naveden datum isplate u vansudskom postupku, jer se radi o tehničkoj grešci koja nije bila od uticaja na pravilnost pobijane presude¹⁸.

Kao što smo već napomenuli, Zakon o obligacionim odnosima je stao na stanovište da se i nematerijalna šteta može nadoknaditi novcem, a visina novčane naknade će se odmeriti na osnovu izvedenih dokaza, kao što su veštačenje ali i saslušanje stranaka. „Novčana naknada za fizičke bolove dosuđuje se ako su oni bili jakog i srednjeg intenziteta i dužeg trajanja. Naknada za strah može se dosuditi ako je strah bio intenzivan i dužeg trajanja, a ako je intenzivan strah kratko trajao, naknada se može dosuditi ako je u dužem vremenskom periodu bila narušena psihička ravnoteža oštećenog. **Medicinsko veštačenje jeste najčešći način utvrđivanja bitnih činjenica u parnicama za naknadu nematerijalne štete, ali ne i jedini.** Zbog toga je izveden dokaz **ispitivanjem tužioca**, radi utvrđenja vrste i težine tužiočevih povreda koje su mu nanete u štetnom događaju, **dužinu lečenja, jačinu bolova i straha i njihovo** trajanje kako bi, rukovodeći se kriterijumima iz člana 200. stav 2. ZOO, moglo odlučiti o visini pravične novčane naknade. Vrhovni kasacioni sud, ukazuje da je odredbom člana

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ V. Vrhovšek, „Naknada štete - presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 1868/2019 21.07.2021. godine“, Intermex, br. 6/22, Beograd.

200. stav 1. ZOO propisano da se oštećenom može dosuditi pravična novčana naknada za pretrpljene fizičke bolove i strah ako okolnosti slučaja, naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje, to opravdava. Prema stavovima sudske prakse, novčana naknada za fizičke bolove dosuđuje se ako su oni bili jakog i srednjeg intenziteta i dužeg trajanja. Naknada za strah može se dosuditi ako je strah bio intenzivan i dužeg trajanja, a ako je intenzivan strah kratko trajao, naknada se može dosuditi ako je u dužem vremenskom periodu bila narušena psihička ravnoteža oštećenog. U konkretnom slučaju, kod činjenica utvrđenih izvedenim dokazima da je tužilac AA zadobio nagnječenje prstiju šake bez povrede nokta i znakova preloma (laka telesna povreda) i da je trpeo fizičke bolove tri dana, koji po njegovom iskazu: „nisu bili neki bolovi i smanjivali su se“, dosuđivanje novčane naknade za ovaj vid nematerijalne štete ne bi bilo opravdano. I činjenice utvrđene iz izvedenih dokaza, pre svega iskaza tužioca, o strahu koji je trpeo takođe ne opravdava dosuđivanje pravične novčane naknade, imajući u vidu kriterijume koji su u sudskoj praksi ustanovljeni po pitanju prava oštećenog na naknadu štete za pretrpljeni strah.¹⁹

Kako se o zahtevu za naknadu nematerijalne štete odlučuje u parničnom postupku, kao sporedno pitanje javlja se i pitanje troškova postupka u kome je tužilac – oštećeni uspeo sa svojim zahtevom. Kod sporova radi naknade nematerijalne štete, uspeh stranaka ne treba vezivati samo za novčani izraz vrednosti tog spora i vršiti prosto upoređenje između visine usvojenog i odbijenog tužbenog zahteva. **Gipkost i elastičnost** pravila iz člana 150. ZPP **dopušta da se uspeh u sporu vrednuje ne samo kvantitativno već i kvalitativno**. Saglasno navedenom, **tužiocu**, kao oštećenom, treba **priznati troškove** (koje je opredeljeno zahtevao u smislu odredbe člana 163. stav 2. ZPP) **u celini kada je u sudskom postupku utvrđen (od strane suda priznat) osnov tužiočevog potraživanja**, koji (osnov) je tuženi osporio, kao i visinu tog potraživanja.²⁰

S obzirom da smo se u dosadašnjem delu teksta, mi, kao autori istog bavili temom lake telesne povrede, fizičkim bolom i strahom, kao vidovima, nematerijalne štete, te naknadom iste, kroz teoriju i praksu, to sada prelazimo na temu trzajne povrede vrata, kao *lake telesne povrede*, sa eventualnim rešenjima da li oštećeni, koji pretrpi tu (kao laku telesnu) povredu, ima pravo na naknadu nematerijalne štete za pretrpljenu fizičku bol i strah ili ne.

¹⁹ Vid. Vrhovšek, „Visina naknade štete određuje se prema okolnostima svakog konkretnog slučaja - rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 738/2022 od 03. 02. 2022. godine“.

²⁰ Vid. Vrhovšek, „Naknada troškova u sporovima radi naknade nematerijalne štete, u slučaju, kada je tuziocu, kao oštećenom od strane suda utvrđen osnov potraživanja - presuda Višeg suda u Beogradu Gž 13351/18 od 31. 03. 2021. godine“, Intermex, Beograd.

5. Trzajna povreda vrata

Trzajna povreda vrata (*Whiplash injury*) definiše se kao ubrzavajuće-usporavajući mehanizam energije koja se prenosi na vrat, obično kao **posledica sudara** motornih vozila. Javlja se najčešće kod vozača i/ili putnika u zaustavljenom vozilu kada ga drugo vozilo udari otpozadi. Takođe, može da nastane kada vozilo naleti na pešaka, u **tučama** prilikom refleksnog, odbrambenog trzaja glave da bi se izbegao udarac, u **borilačkim sportovima** ili prilikom **pada skijaša**. Atlas je prvi vratni pršljen i nalazi se ispod lobanje, tj. nosi lobanju, naš svet u malom, zbog čega je i dobio ime po divu Atlasu iz grčke mitologije koji je nosio svet na svojim ramenima. Atlas je zbog svog položaja veoma značajan jer pokriva vitalno područje kičmene moždine. Interesantno je da se čovek rađa s blago pomaknutim atlasom, ali uzrok tome nije čin rađanja. Porodom, i kasnije u životu raznim **sportskim povredama, padovima, saobraćajnim nezgodama, manipulacijama kojima se trza glava** itd., **on se pomera samo u gori položaj**. Neprocenjivo je **važno da** taj najvitalniji zglob našeg tela (atlas/lobanja) **bude ispravno uzgobljen**. Kada **atlas nije na** anatomski predviđenom mestu, **on pritiska arterije, vene, limfne kanale, različite nerve i kičmenu moždinu**. **Mozak**, kao i svi drugi organi u glavi, **pati** zbog smanjenog dotoka arterijske krvi i usporenog odvođenja venske krvi, limfe i toka likvora. Iz istog su razloga trup i organi u energetskom deficitu, pa ne primaju životne impulse iz mozga koji nadzire sve funkcije u telu i njima upravlja. **Komunikacija mozak-periferija nije dovoljno dobra**, pa zato najpre **dolazi do** energetskog **disbalansa**, potom do fiziološke promene i na kraju do anatomske i trajne **promene**. **Hiperekstenzione povrede vrata su najznačajnije** sa forenzičkog aspekta identifikacije vrste lezije, ocenjivanja prirode traume i procene definitivnih sekvela odgovornih za umanjenu životnu aktivnost. Kod ekstenzionih pokreta u vratu ima dovoljno elastičnosti da nastali ugaoni pokret (angulaciju, pregibanje, opružanje, odmicanje i primicanje) između tela vratnog pršljena i baze arkusa raspoređuje na više segmenata. Kod naglih hiperekstenzionih mehanizama dolazi do prelaska praga elastičnosti, što je naročito značajno kod povređivanja gde ne postoji svest o pretrpljenoj hiperekstenziji (politraume, alkoholisana stanja, moždane hemoragije, kontuziono-komocioni sindrom). **Hiperekstenzione povrede su najčešće u saobraćajnim nezgodama** kada nastaju zbog iznenadne akceleracije i deceleracije vozila. *Kod akceleracije* jedan auto udara auto ispred sebe otpozadi, koji prvo ubrzava kretanje napred. Ako nema naslona za glavu, ona pada nazad, a hiperekstenzija se potencira odskokom sedišta. Kod prestanka akceleracije, glava odskoče napred, što se ubrzava kontrakcijom fleksornih mišića vrata. *Deceleracijom* u drugom autu pri udaru dolazi do oštrog smanjenja ubrzanja, pa iznenadna deceleracija pojačava naglo pomeranje glave napred, koja udara u vetrobran, volan i tablu za instrumente. Snaga udara se kompenzuje transformacijom auta u kraći i viši, pa se pored postojeće horizontalne javlja

i vertikalna komponenta koja gura putnika naviše i nazad, a glava pada u ekstenziji. Sigurnosni pojas sprečava pomeranje tela napred, te fiksirani grudni koš može da oteža oštećenje vrata, što se ponekad završava fatalno na licu mesta. Zato su tehničke inovacije rađene na osnovu mnogobrojnih istraživanja novih preventivnih sredstava u vozilima zasnovane na principu vazdušnih jastuka. Naime, prilikom udara vozila otpozadi, u periodu od 0,05 s, grudni koš i sedalni predeo vozača kreću se ka napred, a glava zaostaje i zabacuje se unazad, što traje oko 0,1 s, a potom udara u naslon za glavu potiljačnim predelom i savija se prema napred. Raspon ove hiperekstenzije i fleksije iznosi 120°, a fiziološki raspon oko 70°. To može da rezultira koštanim ili mekotkivnim povredama i da dovede do različitih kliničkih manifestacija u koje spadaju: *bol u vratu, ukočenost vrata, glavobolja, vrtoglavica, parestezije i kognitivne teškoće kao što je gubitak pamćenja*. Patološko-anatomske lezije vrata u hiperekstenziji kreću se od malih laceracija na sternokleidomastoidnom mišiću do najtežih cepanja dugih mišića vrata, pa nastaje retrofaringealni hematoma ili hematoma u mišićnom sloju jednjaka. Lezija najdužeg mišića vrata najčešće je povezana sa lezijom vratnog simpatičkog pleksusa. Lezije longitudinalnog ligamenta i separacije diska često se ne mogu dijagnostikovati ni nakon nekoliko meseci od povrede. Simptomatologijom dominiraju bolovi vrata, uglavnom odmah nakon incidenta ili posle 24 h, koji su intenzivni i šire se u ramena, ruke, potiljačnu regiju, među lopatice, prednju stranu grudnog koša, prema temenu, slepoočnicama, očnoj jabučici, iza uha i slično. Javljaju se i funkcionalne parestezije sa osećanjem težine u grlu, bolovi u korenu jezika pri gutanju, otežan govor i skoro uvek u donjoviličnim zglobovima. Lečenje povreda mekih struktura je specifično i razlikuje se od hiperekstenzionih preloma *jer se ne sme primeniti lobanjska trakcija glave*. Veći stepen sigurnosti daje imobilizacija vrata sa glavom u komfornoj poziciji blage fleksije u posebnoj Šancovoj kragni, a najbolja je lateralna imobilizacija.²¹

Ovaj tip povrede vratne kičme se navodi u literaturi pod različitim imenima: istezanje vrata, akceleraciono-fleksiono-ekstenzionna povreda vrata, mekotkivna hipertenziona povreda vrata, uganuće vrata. Na ovaj mehanizam povrede vratnog segmenta kičmenog stupa indirektnim mehanizmom dejstva sile prvi je ukazao Crowe 1928. godine. Davis je prvi opisao kao potencijalni uzrok nastanka povrede vratne kičme i mekih tkiva pri sudaru automobila. Gray i Abbott su 1953. godine su uveli u svakodnevnu upotrebu izraz „*whiplash injury*“ koji je opšteprihvaćen.²² Problematika trzajne povrede vratne kičme je u tome da ne postoji dijagnostički test za trzajne povrede. Dijagnoza se postavlja na

²¹ G. Šćepanović, „Trzajne povrede vrata – vještačenje u krivičnom i parničnom postupku“, *Medical* 142, Beograd.

²² V. Pišćević, „Trzajna povreda vrata i njen Aspekt na procenu umanjenja životne aktivnosti“, XI Simpozijum „Analiza složenih saobraćajnih nezgoda i prevare u osiguranju“, Zlatibor 2012, 181-184.

osnovu uzetih podataka vezanih za pacijentov izvještaj o simptomima, objektivni klinički pregled i po potrebi se rade rendgen i druge dijagnostičke metode samo ako je sumnja na prelom pršljena ili dislokaciju. Klasifikacija Kvebek radnog tima je najpriznatija i najčešće primjenjivana klasifikacioni sistem za trzajne povrede "Quebec Task Force Classification" gde je pacijent sa: **0 stepenom** – nema tegoba i nema kliničkih znakova; **I stepenom** – ima bolove u vratu, ukočenost ili palpatornu osetljivost ali bez kliničkih znakova povređivanja; **II stepenom** – ima bol u vratu, ukočenost ili osetljivost na palpaciju uz tačno jasnu tačku bola na vratnoj kičmi, pri čemu se **II stepen** deli na **IIa)** stepen koji se karakteriše normalnom pokretljivošću vrata i **IIb)** stepen se karakteriše smanjenom pokretljivošću vrata; **III stepenom** – karakteriše sve kao iz **II** stepena uz pojavu neuroloških znakova (poremećaj u tetivnim refleksima, smanjena gruba mišićna snaga vrata i ruku, ispadi senzibiliteta); **IV stepenom** - imaju sve združene simptome uz prisustvo preloma ili iščašenja vratnih pršljena - najteži oblik trzajnih povreda vratne kičme.²³ Posebno valja naglasiti da je bol uvek lično osećanje, koje se formira pod uticajem bioloških, psiholoških i socijalnih faktora, da ličnu izjavu bola treba shvatiti ozbiljno, da životno iskustvo utiče na koncept bola, da je verbalna deskripcija bola samo jedan način biheviorijalne ekspresije boli, te da nemogućnost komunikacije ne isključuje postojanje bola, da se ljudski organizam na bol adaptira, ali uz štetne efekte na funkciju zahvaćenog sustava, kao i na psihološko i socijalno zdravlje.²⁴ Svakako da bi se dobilo valjano viđenje o analiziranoj pojavi od strane suda, u svakom konkretnom slučaju, potrebno je ostvariti dobru saradnju suda i veštaka, kome je povereno veštačenje. Samo dobrim postupkom veštačenja i dobijanjem kvalitetnog nalaza i mišljenja izbeći će se arbitrarnost sudije pri odlučivanju jer će se utvrditi relevantne činjenice, koje dovode do pravilnog presuđivanja i obezbeđenja prava stranaka.²⁵

6. Postupak radi naknade nematerijalne štete zbog pretrpljene trzajne povrede vrata

U postupku, radi naknade nematerijalne štete, zbog pretrpljene trzajne povrede vrata, u saobraćajnoj nezgodi, najčešće se kreće od toga da je za nastanak pomenute povrede ključan ΔV (delta V) i to ne manji od 8 km/h, pa i od 10 km/h. Međutim iz Studije²⁶ iz januara 2009. godine, proizlazi da ΔV nije

²³ *Ibid.*

²⁴ S. Raja *et al.*, 1976-1982.

²⁵ V. Petrović Škero, „Veštačenje u građanskim parnicama“, *Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete* (ur. G. Šćepanović *et al.*), JP „Službeni glasnik“, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2011, 566 - 573.

²⁶ M. Elbel, *et al.*, "Deceleration during 'real life' motor vehicle collisions - a sensitive predictor for the risk of sustaining a cervical spine injury?", *Patient Saf Surg* 3, 2009.

ključni faktor za povredu vratne kičme, proizašla iz sudara motornih vozila u realnom životu. U pomenutoj Studiji je između ostalog naznačeno da do povrede vratne kičme, dolazi usled naglog pokreta glave odnosno trzaja vrata, prilikom sudara motornih vozila. Ono što se nesumnjivo postavlja kao pitanje, jeste koja količina energije je potrebna da deluje prilikom navedenog sudara motornih vozila, da bi se utvrdilo, da onaj ko je pretrpeo trzajnu povredu vrata, ima pravo na naknadu štete, prouzrokovanu pomenutim trzajem vrata. Izvršen je veliki broj testova klizanja i sudara vozila. Dobrovoljci su bili podvrgnuti silama ubrzanja, a sve kako bi se definisao prag ispod kojeg lice, koje je pretrpelo povredu izazvanu trzajem vrata prilikom klizanja i sudara vozila i u vezi sa tim pragom nije postignut konsenzus. Naime, Studija je uključivala 57 pacijenata (25 muškaraca i 32 žene), koji su pretrpeli trzajnu povredu vrata u sudaru automobila, koje su uglavnom odabrali revizori za procenu prouzrokovane štete i eventualnu naknadu iste. Problemi s vratom primećeni su kod pojedinih pacijenata, koji su učestvovali u sudarima sa zadnje strane i to sa ΔV nižim od 7 km/h. Međutim, takvi problemi nisu primećeni i kod određenog broja pacijenata, koji su učestvovali u sudarima iste vrste (sa zadnje strane), iako je ΔV bio u rasponu od 13,1 km/h do 50 km/h. Takođe određeni broj pacijenata, koji su učestvovali u sudarima sa prednje strane nije osećao probleme sa vratom iako je ΔV bio manji od 12 ali je isto tako određeni broj pacijenata osećao probleme sa vratom, prouzrokovane sudarima iste vrste (sa prednje strane) i to u periodu duže od godinu dana, a u kojima je ΔV , bio u rasponu od 3 km/h do 23 km/h. Dakle, u parničnom postupku radi naknade štete usled povrede vratnog dela kičme kao posledice saobraćajne nezgode nije dovoljno samo utvrditi brzinu ΔV , već je potrebno da veštaci (ortoped i neuropsihijatar) prilikom davanja svog mišljenja o postojanju i prirodi povrede, pored utvrđene brzine ΔV , uzmu u obzir i ličnosti oštećenog, trajanje, intenzitet bola, karakter povrede, starosna dob oštećenog i primena sredstava za suzbijanje bolova. Tek na osnovu tako utvrđenih podataka može se izraditi nalaz i mišljenje koje daje sud o povredi kao celini. Mora se naglasiti da nalaz i mišljenje veštaka je dokazno sredstvo koje podleže savesnoj i brižljivoj oceni suda, pa nedostatak stručnog znanja na strani suda ne sme značiti ograničavanje suda u slobodnoj oceni veštakovog mišljenja, a iz razloga što sudska ocena mora biti potpuna, kao što moraju biti kompletni i nalozi suda kojima rukovodi veštačenje.²⁷

7. Zaključak

Dakle, iz navedenog proizlazi, da za nastanak trzajne povrede vrata, nije ključan ΔV , već se u svakom konkretnom slučaju, mora voditi računa o: ličnosti oštećenog, trajanju, intenzitetu bola, starosnoj dobi oštećenog i

²⁷ Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 702/97 od 5. novembra 1997. godine.

primenjenim sredstvima za suzbijanje bolova, a sve kako bi se utvrdilo da li oštećeni ima pravo na pravičnu novčanu naknadu za pretrpljenu trzajnu povredu vrata, čiji je uzrok saobraćajni udes ili ne. Pravilno utvrđen raspon ΔV prilikom odigravanja svakog saobraćajnog udesa konkretno, svakako može pomoći stalnim sudskim veštacima medicinske struke (ortopedu i neuropsihijatru), kojima je povereno veštačenje u određenom predmetu, a na okolnost pretrpljenih fizičkih bolova i straha od strane oštećenog, koji je u saobraćajnom udesu doživeo trzajnu povredu vrata, da daju potpun nalaz i mišljenje, a što će, sudu biti od velike važnosti, jer će sud savesnom i brižljivom ocenom svih dokaza, pa i nalaza i mišljenja stalnih sudskih veštaka, kao takvih (pisanih) dokaza, pravično odlučiti da li oštećeni ima pravo ili ne, na potraživanu naknadu nematerijalne štete po pomenutim vidovima štete, imajući posebno u vidu njihov intenzitet i trajanje.

* * *

*COMPENSATION OF NON-PECUNIARY DAMAGES DUE TO
WHIPLASH INJURY AS A MINOR INJURY*

Summary

Minor bodily injury exists when the body of the injured party is easily damaged or the health of the injured party is lightly impaired, by means suitable for the aforementioned. One cause for such injury can be a motor vehicle. Concussive injury of the cervical spine, also known as a „whiplash injury“ is a traumatic injury, which is defined as an accelerating decelerating mechanism of energy transmitted to the neck. In most cases, whiplash injury is qualified as a minor bodily injury for which the injured party may claim non-pecuniary damage from the party which inflicted those injuries in civil proceedings, due to the physical pain and fear suffered. When deciding on the filed claim, the court shall establish all important facts in order to decide whether the pain and fear suffered by the injured party, as the plaintiff, are of such intensity and duration, justifying compensation for the damage suffered by the plaintiff as the injured party, due to concussive injury of the cervical spine. In this paper, the authors will point out the problems and challenges that arise in civil proceedings when awarding compensation for non-pecuniary damage for minor bodily injury, the cause of which is a concussive injury of the cervical spine as a result of a traffic accident.

Keywords: minor injury, non-pecuniary damages, concussive injury of the cervical spine, whiplash injury, fair compensation, ΔV speed.

Prof. dr Dragan Bataveljić*
Doc. dr Vanda Božić**
Doc. dr Bojan Petrović***

NAKNADA NEIMOVINSKE ŠTETE ZBOG POVREDE PRAVA NA SLOBODU (NEOSNOVANE OSUDE)

Apstrakt

Autori u radu ukazuju na izuzetno osetljivu oblast, koja se tiče naknade neimovinske štete zbog povrede prava na slobodu. Tu se misli, pre svega, na nematerijalnu štetu koja je prouzrokovana zbog neosnovanog lišenja slobode, odnosno zbog neosnovane osude. Takođe, u radu ukazano i na veliku razliku u postupanju sudova u Republici Srbiji prilikom odlučivanja o visini ove naknade, kao i na razliku u dosuđivanju ove naknade u odnosu na pojedine evropske sudove i sudove u SAD-u. Konačno, autori predlažu usaglašavanje našeg zakonodavstva sa zakonodavstvima pojedinih država koje u ovoj oblasti imaju mnogo dužu tradiciju, pre svega, sa zakonodavstvom SR Nemačke.

Gljučne reči: *namaterijalna šteta, pravo na slobodu, naknada štete, neosnovano lišenje slobode, neosnovana osuda, Republika Srbija, Ustav RS.*

1. Uvod

Pravo na slobodu spada u lična prava, kojima se čoveku i građaninu obezbeđuje njegova privatna ličnost, a osnovni cilj ovih prava se sastoji u obezbeđivanju mogućnosti pojedincu da se formira kao ličnost u društvenom sistemu. To su, s jedne strane, opšteljudske slobode (po obuhvatu subjekata na koje se odnose), a s druge strane, individualne slobode (po svojoj prirodi i svojstvima). Kao takva, sva ova lična prava i slobode predstavljaju ograničenja za državnu vlast, a ta ograničenja se odnose, pre svega, na upravnu, zatim na zakonodavnu, a nešto ređe i na sudsku vlast.

* Doktor pravnih nauka, redovni profesor; Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu; e-mail: bataveljic@jura.kg.ac.rs

** Doktor pravnih nauka, docent; Pravni fakultet, Univerzitet Union, Beograd; Pravni fakultet, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad; e-mail: vanda.bozic@pravnikafakultet.rs

*** Doktor pravnih nauka, docent; Pravni fakultet, Univerzitet Megatrend, Beograd; e-mail: bp@verat.net

Lična prava i slobode su najneposrednije vezana za dostojanstvo čoveka, telesni i moralni integritet ličnosti i njenu privatnost. Ona su neophodna pretpostavka za uživanje svih ostalih ljudskih prava i sloboda (najpre, političkih, a zatim, znatno kasnije, i ekonomsko-socijalnih prava). S obzirom da lična prava i slobode obuhvataju prava koja pojedincu garantuju slobodu i sigurnost u odnosu na državnu vlast, ona se, danas, u manjoj ili većoj meri, nalaze u svim pravnim tekstovima: ustavima, deklaracijama (regionalnim i međunarodnim), odgovarajućim pravnim propisima država i slično.

U lična prava i slobode spadaju: 1) pravo na ličnu slobodu i bezbednost; 2) pravo na život; 3) nepovredivost integriteta (fizičkog i psihičkog); 4) pravo na sklapanje braka, zasnivanje porodice i rađanje dece; 5) nepovredivost stana; 6) nepovredivost tajne pisama i drugih sredstava opštenja; 7) pravo na zaštitu podataka o ličnosti; 8) sloboda kretanja i nastanjivanja; 9) sloboda misli, savesti i veroispovesti; 10) sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti i 11) prava deteta. Mi smo u ovom radu posvetili pažnju analizi prava na ličnu slobodu, s posebnim osvrtom na naknadu nematerijalne štete u slučaju neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude.

2. Pojam prava na ličnu slobodu

Pre nego što se upustimo u dublju analizu ovog prava, njegove povrede i načina naknade nematerijalne štete, ukazaćemo na činjenicu da se zaštita i garantovanje lične slobode građana u svim demokratskim državama postavlja, obično, kao jedno od prvih ustavnih prava građana. Naime, državna vlast treba što manje da ograničava prirodnu slobodu pojedinaca i ona sme da interveniše samo onda, ako je potrebno da se nečija druga sloboda zaštititi. Postulat *habeas corpus*,¹ koji su još 1679. godine engleski građani uspeali da izdejstvuju od vladara, predstavlja načelo, po kome nijedan građanin nije mogao da bude lišen slobode bez zakonskog osnova i bez privođenja sudu, osim u slučajevima i po postupku, koji su utvrđeni zakonom.²

Pravo na ličnu slobodu spada u korpus ljudskih prava, koji je zaštićen svim opštim dokumentima o ljudskim pravima. Tako se član 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima odnosi na zaštitu fizičke slobode, a posebno na slobodu od proizvoljnog hapšenja ili pritvaranja, obezbeđujući garancije za određena osnovna proceduralna prava, kao na primer: 1) pravo na hitnu informisanost o razlozima hapšenja; 2) pravo na izvođenje takvog lica pred sud bez odlaganja; 3) pravo na ulaganje žalbe i neodložni postupak po istoj. Ova Konvencija dozvoljava zakonito

¹ Dostupno na: <https://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/data.pdf>, datum pristupa 15. 07. 2022.

² Otuda, izraz *habeas corpus* znači da osumnjičeni treba lično da bude predstavljen sudu, da se njemu podvrgne i da tu pokuša da se opravda.

lišenje slobode samo u taksativno nabrojanim slučajevima, kao na primer: 1) na osnovu presude nadležnog suda; 2) zbog neizvršenja zakonite sudske odluke; 3) zbog opravdane sumnje da je izvršeno krivično delo ili radi predupređivanja njegovog izvršenja ili bekstva po izvršenju krivičnog dela; 4) zbog sprečavanja širenja zaraznih bolesti;³ 5) zbog sprečavanja neovlašćenog ulaska u zemlju i slično.⁴ Takođe, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima predviđa da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima (član 1), da svakom pripadaju sva prava i slobode proglašene tom Deklaracijom, bez obzira na razlike u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti (član 2), da svako ima pravo na život, slobodu i bezbednost ličnosti (član 3), kao i da su svi pred zakonom jednaki i da imaju pravo bez ikakve razlike na podjednaku zaštitu zakona (član 7).

Pod pravom na ličnu slobodu se podrazumeva fizička sloboda ličnosti, kojom se svakome garantuje mogućnost telesnog kretanja u širokom prostoru i prema slobodnom izboru. Stvarna sloboda je od ključnog značaja za normalan život čoveka i on može biti stvarno slobodan, jedino ako ne mora da živi u strahu od samovoljnog hapšenja. Otuda je u odnosu prema državnoj vlasti, a posebno prema policijskim i sudskim vlastima, lična sloboda izjednačena sa sigurnošću. Sigurnost je, još u francuskim deklaracijama imala rang prirodnog prava čoveka i ona je tada (kao i sada) shvaćena kao zabrana vlastima da samovoljno oduzimaju i ograničavaju slobodu čoveka. Bez višestrukih garancija lične slobode, nezamisliv je ustavni katalog prava čoveka. Korpus ovih garancija sadržan je i u međunarodnim dokumentima, pre svega u Međunarodnom paktu o političkim i građanskim pravima, Evropskoj konvenciji o zaštiti prava čoveka i osnovnih sloboda, Protokolu br. 7. uz Evropsku konvenciju⁵ i drugim dokumentima.

Kao što smo napred naveli, lična sloboda građana u svim demokratskim državama spada u osnovna, najvažnija prava, kojima se pruža ustavna zaštita.

³ V. Božić, D. Bataveljić, „Zaštita ljudskih prava u doba pandemije COVID-19“, *Zbornik radova „Pravo i društvo u uslovima pandemije“*, Univerzitet Privredna akademija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2021, 186-198. Vid. o V. Božić, „Cyber kriminalitet s osvrtnom na pandemiju COVID-19“, *Covid-19: izazovi i posledice: zbornik radova sa IX međunarodnog naučnog skupa*, Tom I, 1. izdanje, Evropski univerzitet Brčko Distrikt, Brčko Distrikt, 2021, 155-169.

⁴ V. Božić, „Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2/2015*, 845-873. Isto i: V. Božić, „Kaznenopravni aspekti krijumčarenja ljudi u Republici Hrvatskoj s osvrtnom na mediteransku krizu“, *Pravni život 9*, 283-301.

⁵ Ovaj Protokol garantuje, upravo, naknadu za pogrešnu osudu. Ovo pravo se priznaje licu koje je pravosnažnom presudom bilo osuđeno zbog krivičnog dela, ako je kasnije njegova presuda bila ukinuta ili je ono pomilovano.

Takav je slučaj i sa važećim Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine,⁶ ali ćemo se, pre toga, osvrnuti sa nekoliko rečenica na Srpski građanski zakonik iz 1844. godine je, u svojim odredbama (paragraf 822.) predvideo sledeću normu: „Šteta se mora i ona naknaditi, koja bi se povredom slobode čije, ili česti i poštenja ili imanja tuđeg prouzrokovana bila“. U to vreme su u Evropi postojala samo još dva tako značajna zakonika doneta nekoliko decenija ranije, i to: Francuski građanski zakonik iz 1804. godine i Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine. To znači da je Srpski građanski zakonik čitav jedan vek ranije (preciznije rečeno 106 godina) od Evropske konvencije o ljudskim pravima iz 1950. godine,⁷ ustanovio (konstituisao) pravo na slobodu, kao jedno od najvažnijih, osnovnih, univerzalnih ljudskih prava.

Imajući sve to u vidu, kao i bogatu ustavnu istoriju Kneževine⁸ i Kraljevine Srbije,⁹ Ustav Republike Srbije iz 2006. godine je u svom tekstu, takođe, konstituisao pravo na slobodu odredbama da „svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost. Lišenje slobode je dopušteno samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom“ (član 27. stav 1) i da se „prema licu lišenom slobode mora postupati čovečno i s uvažavanjem dostojanstva njegove ličnosti“ (član 28. stav 1). Takođe, najviši opšti pravni akt naše zemlje propisuje da „lice za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo može biti pritvoreno samo na osnovu odluke suda, ako je pritvaranje neophodno radi vođenja krivičnog postupka“ (član 30. stav 1), kao i da „trajanje pritvora sud svodi na najkraće neophodno vreme, imajući u vidu razloge pritvora (član 31. stav 1). Nesporna je činjenica da je naš Ustav ugradio odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima, što se može videti iz teksta člana 16. stav 2, koji kaže da su „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom“.

3. Prava optuženog na pravično i nepristrasno suđenje

Svaka demokratska država, svojim najvišim zakonodavstvom, a poštujući međunarodne deklaracije, konvencije i protokole, predviđa da optuženi protiv koga je pokrenut krivični postupak za određeno krivično delo, uživa određena

⁶ Ustav RS, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

⁷ Ova Konvencija je kod nas ratifikovana Zakonom o ratifikaciji, objavljenim u *Sl. listu SCG*, br. 9/2003.

⁸ Ne treba ni u kom slučaju zaboraviti značaj Sretenjskog ustava iz 1835. godine, koji je važio za najliberalniji ustav svoga vremena. Od velikog značaja je bila i konstitucionalizacija izvesnog broja građanskih prava, kao što su: jednakost građana pred zakonom, zabrana samovoljnog lišavanja slobode, ukidanje kuluka u korist pojedinih državnih glavara i slično.

⁹ Tu se misli, pre svega, na Radikalski ustav iz 1888. godine.

minimalna prava, koja se sastoje, pre svega, u činjenici da niko ne može biti osuđen, dok ne bude saslušan od nadležnog suda i dok mu ne bude omogućen zakoniti način da pruži svoju odbranu. Optuženog treba odmah obavestiti “o prirodi i razlozima optužbe”, tj. o razlozima optužbe koja mu se stavlja na teret,¹⁰ tako da niko ne može da bude osuđen, dok ne bude saslušan od strane nadležnog organa (suda) i dok mu ne bude obezbeđena odgovarajuća odbrana predviđena odgovarajućim zakonom. Upravo se ovaj princip, najčešće, sprovodi kroz odgovarajuće zakone o krivičnom postupku, pa se, čak, cela glava ili odeljak tih zakona posvećuje ispitivanju optuženog.

Pravo na pravično suđenje obuhvata više posebnih ustavnih garancija i prava, čiji je smisao da pojedincu garantuju fer, korektno i nepristrasno suđenje, tj. da se svakome obezbedi jednaka zaštita prava u postupku pred sudovima (svako ima pravo na nezavisn, nepristrasan i zakonom već ustanovljeni sud). Posebno je značajno obezbeđivanje pravičnog i, u razumnom roku, javnog raspravljanja i odlučivanja o pravima i obavezama svakog građanina, kao i javno raspravljanje i odlučivanje o osnovanosti sumnje protiv njega. I Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (član 6) predviđa da svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu, u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Ono što je veoma bitno reći, jeste da je ovom Konvencijom propisano javno izricanje presude, s tim što se štampa i javnost mogu isključiti (u potpunosti ili delimično) sa suđenja, u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka ili u meri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u određenim okolnostima, kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.

Pravo na odbranu predstavlja mogućnost čoveka da se brani od optužbi (posebno u situacijama kada se protiv njega vodi krivični ili drugi postupak – prekršajni, disciplinski i slično). Naime, pravo na pošteno suđenje se može obezbediti samo ukoliko građanin ima zajemčeno pravo na odbranu, koje obuhvata dva aspekta: 1) odbranu ćutanjem i 2) pravo na stručnu pomoć. Zbog toga je sastavni deo prava na odbranu, pravo okrivljenog da bude upoznat sa optužbom i njenim dokazima, da uzme branioca po svom izboru, da bude saslušan i da se brani, da iznese dokaze u svoju korist, ispituje svedoke i slično.

Pretpostavka (prezumpcija) nevinosti je jedna od najvažnijih garancija pravne sigurnosti u krivičnom pravu i neraskidivi je deo pravičnog suđenja. Prema ovoj prezumpciji, svako se smatra nevinim za krivično delo, dok se njegovu krivica ne dokaže pravosnažnom sudskom odlukom, na osnovu zakona.

¹⁰ Čl. 6. st. 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Njena suština je u tome, da se tužiocu nameće teret dokazivanja krivičnog dela i krivične odgovornosti optuženog.¹¹

Pravo na pravni lek predstavlja neophodan element pravičnog suđenja, kao načelo dvostepenosti suđenja. Naime, krivične sankcije su dosta oštre i, otuda, pravo na pravno sredstvo (pravni lek), ima poseban značaj u ispitivanju prvostepenih krivičnih presuda.¹² Zato je sastavni deo prava na pravnu zaštitu, upravo, pravo na delotvorni pravni lek koji priznaje i Evropska konvencija (član 13). Protokol br. 7. uz Evropsku konvenciju garantuje pravo na žalbu u krivičnim stvarima, tako da “svako ko je odlukom suda osuđen za krivično delo, ima pravo da njegovu osudu ili kaznu preispita viši sud. Ostvarivanje ovog prava, uključujući i osnove za njegovo korišćenje, uređuje se zakonom. Pravo na pravno sredstvo, tj. pravo na žalbu, može da se isključi samo kada je reč o delima manjeg značaja (manje vrednosti) ili kada je, u prvom stepenu, licu sudio najviši sud ili je lice bilo osuđeno na osnovu žalbe na odgovarajuću presudu”.

4. Garancije u pogledu kažnjavanja

Prema **načelu legaliteta** (*nullum crimen nulla poena sine lege*) nema kažnjivog dela, ni kazne bez zakona. To znači da se niko ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu, nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna, koja za to delo nije bila predviđena. Otuda, i Evropska konvencija dopušta kažnjavanje samo na osnovu zakona, propisujući da se niko ne može smatrati krivim za krivično delo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vreme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično delo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu (član 7. stav 1). Načelo legaliteta se ne može primeniti jedino za ona dela, koja su u periodu u kojem su počinjena, na osnovu međunarodnog prava smatrana genocidom, ratnim zločinima ili zločinima protiv čovečnosti.

Ono što je vrlo bitno za obezbeđenje pravne sigurnosti svakog pojedinca u veoma osetljivom području kaznenog prava, jeste ustavna garancija da visina kazne ne sme da bude u disproporciji sa krivičnim delom, što znači da mora da postoji **proporcionalnost u krivičnim postupcima**. To je izuzetno značajno i dosta osetljivo pitanje, koje (prilikom odmeravanja visine kazne) zahteva od strane odgovornog lica veliku stručnost, znanje, iskustvo i hrabrost. To nimalo

¹¹ Upor. I. Josipović, V. Božić, “The Presumption of Innocence and the Institute of the Agreement between Parties in Croatian Criminal Proceedings - Pro et Contra”, *Ben Masumum = I am Innocent*. Istanbul: Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2020. 113-116.

¹² Upor. V. Božić, „Kaznenopravne sankcije u zakonodavstvu Republike Hrvatske“, *Zbornik radova sa međunarodnog skupa Odgovornost i sankcija u krivičnom pravu: sa posebnim osvrtom na međunarodno krivično pravo*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd 2019, 319-334.

nije lak posao i zato u krivičnim postupcima treba da budu angažovani najbolji, najstručniji, najiskusniji i najhrabriji ljudi, da bi se za odgovarajuće delo izrekla i odgovarajuća kazna.

Konačno, **zabrana retroaktivnosti (povratnog dejstva)** predstavlja princip koji se, obično, predviđa kao poslednje sredstvo obezbeđenja pravne sigurnosti građana u krivičnom postupku. Naime, prema ovoj ustavnoj odredbi, kazne se određuju na osnovu zakona koji je bio na snazi u vreme kada je delo počinjeno. Ova odredba zabranjuje retroaktivnu primenu krivično-pravnih materijalnih propisa. To znači da se kazna određuje prema propisu koji je važio u vreme kada je delo učinjeno, izuzev onih slučajeva, kada je kasniji propis povoljniji za učinioca krivičnog dela. U oblasti krivičnog prava važi pravilo *in dubio pro reo* (u sumnji se postupa u korist optuženog), koje je našlo svoj izražaj u krivičnom zakonu najvećeg broja zemalja i znači: „Ako je po učinjenom krivičnom delu, izmenjen krivični zakon, onda se primenjuje blaži zakon“, jer ako raniji zakon nije (uopšte) neko delo inkriminisao, važiće taj stariji zakon, koji ne poznaje takvu vrstu krivičnih dela (znači, on će važiti kao blaži).

Kod **prava lica da mu se ne sudi dva puta za isto krivično delo**, može se primeniti poznato pravilo *ne bis in idem* (ne dvaput o istoj stvari), čija se suština sastoji u tome da niko ne može biti gonjen, niti kažnjen za krivično delo, za koje je pravosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravosnažno odbijena ili postupak pravosnažno obustavljen. Naravno, treba ukazati na činjenicu da ova zabrana *ne bis in idem* ne sprečava ponovno otvaranje postupka, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede, koja je mogla da utiče na njegov ishod. Ponavljanje postupka je, znači, izuzetno dopušteno, i to samo ako se otkriju dokazi o novim činjenicama koje su, da su bile poznate u vreme suđenja, mogle bitno da utiču na njegov ishod ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede, koja je mogla da utiče na krajnji ishod postupka. To znači da je ponavljanje izuzetak, koji se (kao takav) restriktivno tumači.

Rehabilitacija i naknada za pogrešnu osudu pripada licu koje je pravosnažnom presudom osuđeno zbog krivičnog dela, a kasnije ta presuda bude ukinuta ili to lice bude pomilovano, ima pravo na naknadu za pogrešnu osudu. Ovo pravo predviđa i Protokol br. 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava, pod uslovom da se pronađe, naknadno, neka nova činjenica, koja nesporno ukazuje da se radilo o sudskoj grešci.

5. Pravo na slobodu prema zakonodavstvu Republike Srbije

Na osnovu prethodnog izlaganja, može se nedvosmisleno zaključiti da je pravo na slobodu jedno od osnovnih (egzistencijalnih) ljudskih prava, što je predviđeno Ustavom Republike Srbije, kao najvišim opštim pravnim

aktom i odgovarajućim zakonima. Tako je Zakonikom o krivičnom postupku¹³, predviđeno da „lice koje je neosnovano lišeno slobode ili osuđeno za krivično delo, ima pravo na naknadu štete od države i druga prava propisana zakonom“ (član 18). Znači, ovaj Zakonik je predvideo objektivnu odgovornost države ukoliko dođe do neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude. Tako, član 583. ZKP-a propisuje da će se u postupcima za ostvarivanje prava na naknadu štete i drugih prava lica neosnovano lišenog slobode ili neosnovano osuđenog primenjivati njegove odredbe članova 584-595.

Naime, ukoliko je neko lice neosnovano lišeno slobode, imaće pravo na odgovarajuću naknadu štete, s tim što se takvim licem može smatrati lice „1) koje je bilo lišeno slobode, a nije došlo do pokretanja postupka, ili je pravnosnažnim rešenjem postupak obustavljen ili je optužba odbijena, ili je postupak pravnosnažno okončan odbijajućom ili oslobađajućom presudom; 2) koje je izdržavalo kaznu zatvora, a povodom zahteva za ponavljanje krivičnog postupka ili zahteva za zaštitu zakonitosti, izrečena mu je kazna zatvora u kraćem trajanju od izdržane kazne, ili je izrečena krivična sankcija koja se ne sastoji u lišenju slobode, ili je oglašeno krivim, a oslobođeno od kazne;¹⁴ 3) koje je bilo lišeno slobode duže vremena nego što traje krivična sankcija koja se sastoji u lišenju slobode koja mu je izrečena; 4) koje je usled greške ili nezakonitog rada organa postupka lišeno slobode ili je lišenje slobode trajalo duže ili je duže zadržano u zavodu radi izvršenja krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode“ (član 584. ZKP). Treba naglasiti da „naknada štete ne pripada licu koje je svojim nedozvoljenim postupcima prouzrokovalo lišenje slobode“, a to je slučaj ako ono izbegava dolazak na glavni pretres, tj. ako postoje okolnosti koje ukazuju na bekstvo, kao i kada je lažnim priznanjem (ili na neki drugi način) namerno prouzrokovalo osudu.¹⁵

Pored toga, važećim Zakonikom o krivičnom postupku Republike Srbije, predviđena je objektivna odgovornost države i u slučaju neosnovane osude, a shodno članu 585, neosnovano osuđenim se smatra „lice prema kome je bila pravnosnažno izrečena krivična sankcija ili koje je oglašeno krivim a oslobođeno od kazne, a povodom vanrednog pravnog leka je novi postupak pravnosnažno obustavljen ili je optužba pravnosnažno odbijena ili je okončan pravnosnažnom oslobađajućom presudom“. Otuda takvo lice, koje je neosnovano osuđeno, ima pravo na naknadu štete, izuzev ako je: „1) svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namerno prouzrokovao svoju osudu, osim ako je na to bio prinuđen i

¹³ Zakonik o krivičnom postupku (ZKP), *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

¹⁴ Više: V. Božić, “Prison Sentences in the Republic of Serbia with an Analysis of Court Practice”, *Proceedings Eighth International scientific conference “Social changes in the global world”*, Faculty of Law, University “Goce Delchev”, Stip 2021, 35-50.

¹⁵ Od ovoga postoji izuzetak, ako je na to priznanje lice bilo prinuđeno.

2) do obustave postupka ili odbijanja optužbe došlo zbog toga što je u novom postupku oštećeni kao tužilac, odnosno privatni tužilac, odustao od gonjenja, ili što je oštećeni odustao od predloga, a do odustanka je došlo na osnovu sporazuma sa okrivljenim“.

Ono što je posebno značajno, jeste da navedeni Zakonik detaljno predviđa i postupak za ostvarivanje prava na naknadu štete, koji se ostvaruje, najpre, podnošenjem zahteva za naknadu štete Ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa radi postizanja sporazuma o postojanju štete i vrsti i visini naknade, a ako ovaj zahtev ne bude usvojen od strane komisije uređene aktom nadležnog ministra, oštećeni može nadležnom sudu da podnese tužbu protiv Republike Srbije za naknadu štete (član 589). Takođe, treba reći da isti Zakonik ne predviđa obavezu komisije (kao ni suda) da utvrđuje činjenicu postojanja grešaka u radu državnih službenika, jer je samo lišenje slobode (naravno, ukoliko su ispunjeni uslovi iz članova 584. i 585. Zakonika)¹⁶ dovoljno da ova lica mogu da ostvare svoje pravo na naknadu štete.¹⁷

U ovom delu rada treba navesti i karakterističnu razliku između evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema. Naime, prema prvom sistemu, gde spada i naš Zakonik o krivičnom postupku, predviđena je objektivna odgovornost države zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude, dok je prema drugom sistemu, predviđena subjektivna odgovornost državnog službenika. Ova odgovornost se utvrđuje prema povredi pažnje koju bi pokazao prosečno razuman čovek, tako da, na primer, od ukupno 50 država koje čine federaciju SAD, samo 15 država sadrži odredbe prema kojima država nadoknađuje štetu zbog neosnovane osude.¹⁸ Ako uporedimo rešenja u pojedinim evropskim državama, uočićemo da se Republika Srbija nalazi u samom vrhu država koje svojim zakonodavstvom omogućavaju visoko vrednovanje prava na slobodu,¹⁹ za razliku od, na primer, Francuske, koja dozvoljava naknadu štete samo ukoliko je ona

¹⁶ Navedeni članovi preciziraju ko se smatra neosnovano lišenim i neosnovano osuđenim licem i u kojim slučajevima ovo lice nema pravo na naknadu štete.

¹⁷ To znači da nije potrebno utvrđivati da li je bilo grešaka u postupanju držanih organa, tako da i u slučaju kada su oni postupali u skladu sa zakonom, odbijajuća presuda, koja može biti doneta zbog odustanka javnog tužioca, zastarelosti ili drugih razloga, predstavlja dovoljnu osnovu da lica koja su bila lišena slobode ostvare svoje pravo na naknadu štete (naravno, utvrđivanje obima, vrste i visine štete se procenjuje prema odredbama Zakona o obligacionim odnosima).

¹⁸ Različita rešenja u uporednom pravu koja se tiču ove, izuzetno značajne i osetljive problematike, detaljno su analizirana u naučnom radu: N. Mrvić-Petrović, Z. Petrović, „Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima“, *Strani pravni život* 54(3), 7-32.

¹⁹ To se može zaključiti i analizom Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine.

prouzrokovana namerno ili grubom nepažnjom. Pravni sistem SR Nemačke dozvoljava naknadu štete u ovakvim situacijama, ali samo ako je reč o težoj povredi prava ličnosti, dok je pravni sistem Italije još restriktivniji u tom pogledu, tako da se u ovoj evropskoj državi retko isplaćuje naknada zbog neosnovane osude.²⁰

Kao što smo već naveli, imovinska šteta koja nastaje povredom prava na slobodu, neće biti predmet razmatranja u ovom našem radu, već samo utvrđivanje nematerijalne, tj. moralne štete, koja predstavlja određenu patnju, bol, neugodan osećaj, tako da ona prouzrokuje poremećaj naše emocionalne (psihičke) ravnoteže. Upravo je ta neravnoteža, koja nastaje u našem psihičkom životu, glavni osnov naknade neimovinske štete i nju treba otkloniti ili ublažiti (kao i trpljenje nekog fizičkog ili psihičkog bola). Osnovni problem novčane naknade ove nematerijalne štete, koja može nastati zbog pretrpljenih duševnih bolova,²¹ fizičkih bolova i pretrpljenog straha je u tome kako da se to postigne putem novca, tako da je određivanje visine ove naknade štete dosta komplikovano. To se ogleda, pre svega, u tome što je svrha naknade nematerijalne štete pravilno odmeravanje naknade koja može žrtvi da obezbedi najefikasnije uspostavljanje njene psihičke ravnoteže, koja je narušena trpljenjem fizičkog, tj. duševnog bola.

Međutim, ovde treba posebno ukazati na izuzetnu kompleksnost određivanja visine naknade nematerijalne štete, jer je najvažnija karakteristika prilikom njenog određivanja nemogućnost novčanog izražavanja (adekvatne isplate novca) i uspostavljanje stanja koje je postojalo pre nastanka štete. Upravo, zbog toga se i kaže da naknada nematerijalne štete nema svoj novčani ekvivalent, već ona mora da bude odmerena i tretirana kao kompenzacija za pretrpljeno zlo. Naravno, da se ne bi izgubila osnovna nit ovog rada, moramo se u njemu fokusirati, isključivo na naknadu nematerijalne (neimovinske) štete zbog povrede prava na slobodu. Ova šteta je prouzrokovana neosnovanim lišenjem slobode, tj. neosnovanom osudom.

Kada je reč o praktičnoj primeni napred navedenih propisa i radu sudova, mogu se uočiti brojni slučajevi dosuđivanja naknade nematerijalne štete, pre svega, zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude, ali

²⁰ Zakon o obligacionim odnosima definiše štetu kao umanjene nečije imovine (stvarna ili obična šteta - lat. *damnum emergens*) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist ili dobit - lat. *lucrum cessans*). Zbog ograničenosti obima ovog rada, nećemo se baviti i utvrđivanjem materijalne štete, koja je definisana kao umanjene postojeće imovine ili nenastupanje njenog povećanja, koje se, prema redovnom toku stvari ili okolnostima konkretnog slučaja, osnovano mogao očekivati. O ovome vid. šire: O. Stanković, *Novčana naknada neimovinske štete, sa posebnim osvrtom na jugoslovensku sudsku praksu*, Savremena administracija, Beograd 1968.

²¹ Oni mogu nastati, na primer, zbog umanjena životne aktivnosti, povrede časti, naruženosti, povrede ugleda, slobode, prava ličnosti i slično.

i zbog pretrpljenog straha i duševnih bolova, umanjene životne aktivnosti, pogoršanja zdravlja i slično. Međutim, treba naglasiti da sudovi ovde treba da budu vrlo pažljivi, jer je to vrlo osetljiva problematika, posebno kod utvrđivanja postojanja pretrpljenog straha i njegovog obima. Naime, prilikom dosuđivanja naknade, treba imati u vidu da svako lišenje slobode, manje ili više, dovodi do duševnih bolova, posebno straha, koji predstavlja sasvim očekivanu pojavu koja nastaje kao posledica iznenadno promenjene životne situacije. Zato, sudovi imaju težak zadatak i veliku odgovornost da utvrde šta je uzrok takvog straha i koliko lišavanje slobode, tj. neopravdana osuda utiče na pojedina lica, kakva je struktura ličnosti pritvorene ili osuđene osobe, koliki je intenzitet takvog straha i da li treba dosuditi naknadu ili ne.

Neosnovano lišenje slobode, kao i neopravdana osuda, prouzrokuju duševne bolove, koji se izražavaju u psihičkoj sferi takvih lica. To je specifičan vid štete, koja u sebi sublimira različite posledice vezane za ličnost. Tu spadaju, pre svega, osećanje nepravde, povreda časti i ugleda,²² osuda sredine, ograničenje kretanja, osećanje omalovažavanja i slično, tako da je važeći Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) tu dosta detaljan.²³ Naime, ovaj Zakon prilikom utvrđivanja novčane naknade za pretrpljene fizičke i duševne bolove zbog umanjena životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica ili straha, mora da dosudi pravičnu novčanu naknadu nezavisno od naknade materijalne štete (član 200. stav 1). Svakako da je tu neophodno ceniti sve relevantne okolnosti koje se tiču dužine trajanja neosnovanog lišenja slobode, težine krivičnog dela koje se stavlja na teret nekom licu, a posebno činjenice da li je ono ranije već bilo osuđivano, da li je višestruki povratnik, da li je ranije bilo osuđivano za istorodna krivična dela, kakvo mu je porodično stanje (da li je u braku, da li ima decu i slično), kakva mu je profesija i koliko ima godina, da li je to lice ostalo na svom radnom mestu ili izgubilo posao i slično.

Ono što je posebno karakteristično za Republiku Srbiju, jeste činjenica da sudovi na njenoj teritoriji ne postupaju ujednačeno, jer ne postoje čvrsti i ujednačeni kriterijumi prilikom utvrđivanja visine ove naknade. To je, donekle, razumljivo zbog toga što je utvrđivanje visine nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode, tj. neosnovane osude, opterećeno brojnim teškoćama. Tu se misli, pre svega, na nemogućnost uspostavljanja stanja koje je bilo pre nastanka štete, kao i nemogućnost da se ona novčano izrazi. Prilikom

²² Više: V. Božić, „Komparativni prikaz nove reforme krivičnih dela protiv časti i ugleda u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Hrvatske“, *International Journal Scientific and applicative papers* 5/2020, 1059-1065.

²³ *Zakon o Obligationim odnosima, Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020.

konsultacija sa predsednicima i sudijama apelacionih sudova u Srbiji, došli smo do zaključka da između ovih sudova postoji velika razlika u njihovom postupanju, prilikom odlučivanja o visini naknade štete. Ta razlika postoji, pre svega, u postupanju sudova na području apelacionih sudova u Beogradu, Novom Sadu, Nišu i Kragujevcu. Otuda se postavlja opravdano pitanje da li je dosuđivanje ovako različitih iznosa naknade nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode, tj. neosnovane osude, opravdano.

Naime, nesporna je činjenica da su duševni bolovi koje neko lice pretrpi usled neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude – nemerljiv. Otuda, treba imati u vidu da se satisfakcija za pretrpljene duševne bolove postiže, već samom sudskom presudom, kojom se takvo lice oslobađa od odgovornosti, tj. kojom se odbija optužba. Takođe, ovde je veoma važno naglasiti da postoje brojni problemi kod utvrđivanja naknade nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova usled lišenja slobode, kao i kod zahteva lica koja su rehabilitovana Zakonom o rehabilitaciji.²⁴ Tu se misli, pre svega, na dosta različito postupanje sudova u praksi i njihovo dosuđivanje izuzetno visokih iznosa na ime ove naknade što, međutim, ovo nije problem koji predstavlja predmet ovog referata.

Imajući u vidu napred navedeno, treba još jednom pomenuti da je u stranim zakonodavstvima predviđena subjektivna odgovornost državnog službenika, dok je kod nas predviđena objektivna odgovornost države, što se najbolje može utvrditi analizom naučnog rada kolega Nataše Mrvić Petrović i Zdravka Petrovića.²⁵ Tako, na primer, u Saveznoj Republici Nemačkoj je, prema važećem Zakonu o naknadi za suđenje predviđeno da naknada u slučaju gubitka koji nije materijalna šteta, iznosi 25€ za svaki dan boravka u pritvoru (paragraf 7. tačka 3), dok za štetu koja bi se desila bez optužbe, naknada ne bi bila isplaćena. Iz ovoga se vidi da SR Nemačka, kao država sa najjačom ekonomijom u Evropi, zajedno sa Francuskom, SAD-om, Italijom i drugim zemljama, isplaćuje mnogo manje iznosa na ime napred navedene nematerijalne štete. Ona to čini kada je u pitanju naknada ove štete zbog neosnovanog lišenja slobode, tj. osude.

Kada je u pitanju naknada štete, treba reći da je, važećim Zakonom o sudijama²⁶ predviđeno pravilo o imunitetu sudije i neodgovornosti za štetu u vršenju svoje funkcije. Naime, članom 5. stav 1. ovog Zakona, predviđeno je da: „Sudija ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o krivičnom delu

²⁴ Zakon o rehabilitaciji, *Sl. glasnik RS*, br. 92/2011.

²⁵ N. Mrvić-Petrović, Z. Petrović.

²⁶ *Sl. glasnik RS*, br. 116/2008, 58/2009 - odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - odluka US, 121/2012, 124/2012 - odluka US, 101/2013, 111/2014 - odluka US, 117/2014, 40/2015, 63/2015 - odluka US, 106/2015, 63/2016 - odluka US, 47/2017 i 76/2021.

kršenja zakona od strane sudije“, dok je odredbom člana 6. stav 1. istog Zakona predviđeno da „za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija“. ²⁷ Prema sudskoj praksi Vrhovnog suda Srbije, tužba radi naknade štete protiv sudije zbog nezakonitog ili nepravilnog rada se odbacuje kao nedozvoljena i to je pravno shvatanje koje je usvojeno na sednici Građanskog odeljenja ovog Suda od 15. marta 2007. godine. ²⁸ Ovo je u skladu sa evropskim standardima, tj. sa Osnovnim načelima o nezavisnosti sudstva iz 1985. godine, prema kojima sudije moraju da uživaju lični imunitet od građanske odgovornosti u parnicama za naknadu štete, čak i ukoliko preduzmu neprimerene postupke ili imaju greške u vršenju svoje funkcije. Ovde je vrlo karakteristično pravilo, koje je sadržano u odredbi člana 35. stav 2. važećeg Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, prema kome „svako ima pravo na naknadu materijalne ili nematerijalne štete koju mu nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuje državni organ, imalac javnog ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave“. Međutim, već u sledećem stavu istog člana (stav 3), predviđeno je da „Zakon određuje uslove pod kojima oštećeni ima pravo da zahteva naknadu štete neposredno od lica koje je štetu prouzrovalo“.

Zakon o obligacionim odnosima predstavlja osnovni propis koji uređuje pitanje naknade nematerijalne štete, koja često nastaje povredom prava na slobodu, kao i povredom prava ličnosti. Ove povrede dolaze do izražaja u raznim situacijama i slučajevima, a u pravnoj doktrini, prava ličnosti se odnose i na pravo na slobodu. ²⁹ Po pravilu, naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti je nematerijalna satisfakcija – restitucija. Naime, zbog povrede prava ličnosti, oštećenom licu može da bude povređena čast, ugled ili dostojanstvo, a to isto može da prouzrokuje i povreda prava na slobodu. Jedan vid naknade ove štete se ostvaruje objavljivanje ove presude građanskog ili krivičnog dela i to objavljivanje se ostvaruje na zahtev oštećenog lica, a u praksi, odluka suda se objavljuje u njegovim prostorijama, putem sredstava javnog informisanja, u biltenu sudske prakse i slično. Sud, takođe, treba da izrekne i pravičnu novčanu naknadu zbog povrede prava na slobodu, tako da se u ovoj materiji ostvaruje

²⁷ Naravno, ovde treba naglasiti da postoji i pravilo sadržano u članu 6. stav 2. Zakona o sudijama da „ako je Republika Srbija na osnovu pravnosnažne sudske odluke, odnosno poravnanja zaključenog pred sudom ili drugim nadležnim organom, isplatila štetu iz stava 1. ovog člana, može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa, ako je šteta prouzrokovana namerno“. Ovo je, tzv. „pravilo o regresu“, po kome Republika Srbija može da traži isplaćenu naknadu od odgovornog sudije.

²⁸ Ovo pravno shvatanje je objavljeno u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 4/2008, 367.

²⁹ A. Alishani, „Nematerijalna šteta i njena naknada zbog povrede prava ličnosti“, *Pravni život* 11/2007, 886.

ili može da se ostvari pravična naknada nematerijalne štete, a visinu naknade nematerijalne štete, sud utvrđuje na osnovu unapred predviđenih kriterijuma i okolnosti.

Naknada nematerijalne štete u slučaju povrede prava na slobodu, kao i prava ličnosti, predstavlja jedinstven vid štete i tu se obuhvataju sve negativne posledice, koje su proistekle iz neosnovanog lišenja slobode, a vezane su za ličnost oštećenog lica koje je bilo lišeno slobode ili neosnovano osuđenog lica. Prilikom odmeravanja štete, sud uzima u obzir sve subjektivne i objektivne posledice, gde spada raniji ugled oštećenog, kao i kasnije posledice nastale zbog lišenja slobode, a odnose se na ponašanje sredine prema njemu. Naravno, tokom odmeravanja naknade štete, sud je dužan da uzme u obzir i druge značajne činioce, kao što su „priroda, težina i trajanje psihičkih bolova koji su posledica lišenja slobode“.³⁰ Ovaj vid nematerijalne štete je regulisan članom 200. Zakona o obligacionim odnosima, čijim odredbama su taksativno navedeni slučajevi u kojima se oštećenom licu dosuđuje pravična naknada, s tim što će prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete i o njenoj visini sud voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada.

Prema tome, nematerijalna šteta je šteta koja se dosuđuje u slučaju povrede prava ličnosti i može da se sastoji, kako u novčanoj, tako i u nenovčanoj naknadi (reparaciji). Kao što smo već naveli, Zakon o obligacionim odnosima pozitivno-pravno reguliše novčanu naknadu ove štete i ona se određuje kao pravična novčana naknada. Ono što ovde treba naglasiti, jeste činjenica da ova novčana naknada nematerijalne štete nema za svrhu novčanu reparaciju pretrpljenog fizičkog ili psihičkog bola, straha ili slično. Naprotiv, svrha ove naknade je dosuđivanje određenog novčanog iznosa oštećenom, kako bi on sebi obezbedio neku satisfakciju, umesto oštećenja koje mu je naneto i posledica koje je doživeo. To se nikada ne može u potpunosti nadoknaditi (strah, bol, nelagodnost i slično), jer je u pitanju jedna moralna, tj. nematerijalna vrednost. Međutim, oštećenom se dosuđivanjem određene novčane naknade omogućava satisfakcija da sebi pribavi neki drugi pozitivan osećaj. To je osećaj zadovoljstva i sreće, ali treba biti svestan činjenice da će on, samo donekle, ublažiti negativni osećaj koji je pretrpeo. Oštećeni će, na taj način, putem dosuđenog novca, omogućiti sebi pribavljanje nekog moralnog ili materijalnog zadovoljstva, koje mu, po njegovom shvatanju, može omogućiti, na najbolji način, uspostavljanje narušene psihičke ravnoteže.

³⁰ M. Bećirović-Alić, A. Ahmetović-Ljajić, „Naknada nematerijalne štete u teoriji i sudskoj praksi Republike Srbije“, *Ekonomski izazovi* 13, 144.

6. Zaključak

Na osnovu svega napred navedenog, možemo zaključiti da treba ujednačiti sudsku praksu i pravednije odrediti naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode, odnosno neosnovane osude. To treba učiniti u odnosu na sve građane, posebno zbog činjenice postojanja teške ekonomske situacije u našoj zemlji, pa je, otuda, neophodno ove kriterijume za određivanje visine navedene naknade, odrediti posebnim zakonom. Tu mislimo, pre svega, na Zakon o naknadi štete, koja je prouzrokovana zbog neosnovanog lišenja slobode, tj. zbog neosnovane osude. Naravno, pritom treba imati u vidu najvažnije principe, od kojih polaze zakoni pojedinih evropskih zemalja, na prvom mestu, Zakon o naknadi za suđenje SR Nemačke. Kada je u pitanju Republika Srbija, Zakon o obligacionim odnosima, svojim odredbama reguliše dva načina naknade nematerijalne štete i to, nenovčani oblik njenog popravljavanja i novčani oblik naknade ove štete. Suštinska razlika između ova dva vida nematerijalne štete se sastoji u tome što je kod prvog oštećeni dužan da dokaže samo povredu nekog od prava ličnosti, dok je kod drugog dužan da dokaže, pored povrede nekog ličnog dobra (prava ličnosti) i posledicu koja je proistekla iz te povrede. U te posledice spadaju, na primer, fizički bol, psihički bol, strah i slično.

* * *

COMPENSATION FOR NON-PROPERTY DAMAGE DUE TO VIOLATION OF THE RIGHT TO FREEDOM (UNFOUNDED CONVICTIONS)

Summary

In the paper, the authors point to an extremely sensitive area, which concerns compensation for non-property damage due to the violation of the right to freedom. This refers, first of all, to non-material damage caused by unjustified deprivation of liberty, that is, unjustified conviction. Also, the paper pointed out the great difference in the behavior of the courts in the Republic of Serbia when deciding on the amount of this compensation, as well as the difference in awarding this compensation compared to certain European courts and courts in the USA. Finally, the authors propose harmonizing our legislation with the legislation of individual states that have a much longer tradition in this area, primarily with the legislation of the Federal Republic of Germany.

Keywords: non-material damage, right to freedom, compensation for damage, unjustified deprivation of liberty, unjustified conviction, Republic of Serbia, Constitution of RS.

Ognjen Vujović*

FAKT I PRAVO KOD PITANJA NAKNADE IMOVINSKE ŠTETE

Apstrakt

Političari najviše deluju na terenu fakata. To je teren koji ima svoje zakonitosti zbog kojih pravne norme mogu doživeti realizaciju koja je suprotna od onoga što se načelno očekivalo. Kada neko namerava da zaštiti nepriviligovane (a takvih je najviše), onda to treba da čini upravo na terenu fakata. Greška je kada se privatnopravne norme posmatraju kao nešto što je nezavisno od političkih prilika i struktura. Privatno pravo poseduje duboku političku svrhu. Bez dobrih rešenja u ovoj oblasti ne može biti ni političke stabilnosti koja je uslov stabilnosti celokupnog društvenog poretka.

U članku je analizirana suština pravnih rešenja revolucionarnog Akvilijevog zakona o šteti. Tom prilikom je vršen osvrt na neka rešenja slične prirode u današnjim pravnim sistemima i na neka rešenja koja nudi Zakon o obligacionim odnosima.

Ključne reči: *Lex Aquilia de damno iniuria dato, Lex Atinia de usucapione, Zakon o obligacionim odnosima, culpa, dolus.*

1. Osnovne postavke

Sila uvek koristi fakt, a ne pravo. Pravo je ograničava. Kada neko namerava da zaštiti nemoćne, onda to treba da čini upravo na terenu fakata. Na terenu stvarnog rešavanja stvarnih životnih problema preko određenih pravnih mehanizama. Kada pravne norme omogućavaju takvo nešto onda su to dobre norme.¹

Greška je kada se privatnopravne norme posmatraju kao nešto što je nezavisno od političkih prilika i struktura. Najistaknutiju ulogu u stvaranju rimskog privatnog prava su od sredine drugog veka pre Hrista imali upravo političari u vidu pretora. Taj proces je dobio na zamahu donošenjem Ebucijevo

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini s privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, e-mail: ogvujovic@yahoo.com

¹ Više o faktičkoj zaštiti nemoćnih kod održaja vid. O. Vujović, „Posedi despota Đurđa Brankovića u Ugarskoj u kontekstu političkih odnosa Srbije i Ugarske”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2019, 1005 i dalje.

zakona kojim je uveden formularni postupak i ojačana uloga ove magistrature. Postoje dve vrste političara. Jedni prave probleme, a drugi ih rešavaju. Pretor je političar koji rešava probleme. Naravno, ne presudno iz altruističkih razloga. Radi se o tome da je Rim do sredine drugog veka pre Hrista pokorio mnoge narode i oduzeo im je političku slobodu. Zato je trebalo da im pruži zadovoljenje na drugom planu. Pretori su to činili na privatnopravnom planu i tako su uspostavljali i fino podešavali moćan instrument asimilacije. Tako privatno pravo dobija duboku političku svrhu, ako je ikada uopšte i bilo bez nje. Rimsko privatno pravo je u stvari pravo jedne imperije i to je razlog njegove aktuelnosti. Pre Ebucijevog zakona privatnopravni problemi su naročito efikasno rešavani i putem zakona plebsa, plebiscita.

U ovom radu će, zbog nekih sličnosti političke prirode prilikom njihovog donošenja, biti upoređivana suština pravnih rešenja Atinijevog zakona o održaju (*lex Atinia de usucapione*) i Akvilijevog zakona. Kada je reč o ovom drugom zakonu, onda će biti pravljen neka poređenja sa nekim današnjim problemima kada je u pitanju naknade štete.

Akvilijev zakon ima epohalni značaj za razvoj privatnog prava i pitanje naknade imovinske štete.² Ovaj zakon je donet krajem trećeg veka pre Hrista. Svakako pre Atinijevog zakona. Mogu se identifikovati iste političke pobude koje stoje iza njihovog donošenja.

Kod analize odredbi Akvilijevog zakona nećemo se detaljno baviti izvorima koji govore o političkim prilikama koje su bile pozadina njegovog donošenja. Dovoljno je u tu svrhu se zadržati na samim odredbama ovog zakona i analizirati njihovu sličnost sa prirodom pravnih rešenja Atinijevog zakona o održaju.

Zakonske norme su uvek proizvod političke volje. Njihova realizacija u praksi dobrim delom zavisi od tih okolnosti. Od toga treba uvek polaziti.

2. O Akvilijevom zakonu

Ulpianus libro 18 ad edictum

pr. *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.*

1. *Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.*³

² Vid. M. Polojac, *Akvilijev zakon i pravna kultura*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2015, 42 i dalje.

³ D. 9. 2. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 24. 06. 2022.

(Akvilijev zakon je derogirao sve prethodne zakone koji su govorili o protivpravnoj šteti, od Zakona dvanaest tablica i ostalih. Više nije potrebno upućivati na njih. 1. Akvilijev zakon je plebiscit, koji je donet na predlog plebejskog tribuna Akvilija).

O tim prethodnim zakonima se ništa ne zna⁴ tako da se ne možemo zadržavati na pitanju njegovog odnosa sa prethodnim zakonima. Koliko nam je poznato ovaj zakon je imao tri poglavlja.

2.1. Prvo poglavlje

Gaius libro septimo ad edictum provinciale

pr. Lege Aquilia capite primo cavetur: „Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto”:

1. *Et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.*

2. *Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri. Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. Elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.*⁵

(Prvo poglavlje Akvilijeveg zakona predviđa: ako neko protivpravno ubije tuđeg roba ili robinju ili četvoronožnu životinju ili stoku, onda neka plati vlasniku najvišu vrednost koju je ta stvar imala u zadnjih godinu dana: 1. Zatim je predviđeno da se suprotna strana tuži za dvostruku vrednost ukoliko poriče. 2. Izgleda da su izjednačeni naši robovi i četvoronožne životinje, u koje se ubrajaju goveda i ona koja žive u stadima, kao ovce, koze, volovi, konji, mazge, magarci. Postavilo se pitanje da li i svinje mogu da se uvrste u kategoriju stoke i Labeon je ispravno odgovorio da ih treba obuhvatiti. Ali, pas nije među stokom. Naročito se divlje životinje ne ubrajaju u ovu kategoriju, poput medveda, lavova i pantera. Slonovi, međutim, i kamile su tzv. mešovite životinje (jer i obavljaju poslove stoke i divlje su po prirodi) i treba ih uvrstiti u prvo poglavlje).

Prvo poglavlje se odnosi samo na štetu koja se načini na pokretnoj imovini. Malo je verovatno da je ovo pitanje bilo podrobnije regulisano

⁴ M. Polojac (2015), 42.

⁵ D. 2. 2. pr.-2, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 29. 06. 2022.

prethodnim zakonodavstvom. Čemu onda ovako detaljno nabranjanje? Kaznena odredba za onoga koji neosnovano poriče da je načinio štetu, u vidu dvostruke vrednosti stvari, takođe ukazuje da ni to pitanje pre ovoga nije bilo regulisano. Ova odredba sledi logiku Zakona dvanest tablica koji predviđa da onaj ko poriče da je nešto rekao (obećao) treba da plati dvostruki iznos.⁶ Zbog karaktera imovine koju su posedovali verovatno je da je upravo interes plebejaca nalagao da se izričito reguliše pitanje naknade štete koja je prčinjena pokretnoj imovini.

Davno je rečeno da je ovaj zakon donet povodom treće secesije plebejaca i donošenja Hortenzijevog zakona kojim su plebisciti učinjeni opšteobavezujućim za Rimljane.⁷ Teofil koji o tome izveštava je pisao u šestom veku posle Hrista. Mnogo nakon donošenja Akvilijevog zakona. Onore (*Honore*) dovodi u pitanje treću secesiju plebejaca kao povod za donošenje tog zakona. On misli da je Teofil to rekao bez bilo kakve potvrde u izvorima.⁸ Onore dovodi u pitanje i Teofilov izveštaj o datumu donošenja Akvilijevog zakona.⁹ Smatra da se osnovano može pretpostaviti da su prvim poglavljem samo adaptirani raniji zakoni koji su se bavili istim pitanjima nakande štete.¹⁰ Nije jasno u čemu bi se sastojala ta adaptacija? U svakom slučaju za takav stav nema potvrde u izvorima. Zato se može poći od pretpostavke da je reč o novim rešenjima. Rimljani su adaptacije vršili putem tumačenja pravnika i kroz delatnost pravosudnih organa. Vidimo da se *Digesta* pozivaju na Labeonovo ispravno tumačenje da i svinje spadaju u kategoriju marve. Znači, da to nije bilo jasno određeno prvim poglavljem. To bi onda bila adaptacija samog Akvilijevog zakona putem tumačenja uglednog pravnika. Očigledno je samo to da tvorci zakona nisu mogli sve da predvide, a nisu stvorili ni dovoljno uopštavajuću normu koja bi na osnovu jasnih elemenata mogla da obuhvati sve ono što je trebalo.

Ono što im je bilo u prvom planu predstavlja razlog za formulisanje prvog dela zakona i za samo donošenje zakona. To je odredba o naknadi štete u iznosi najviše vrednosti koju su rob ili stoka imali u proteklih godinu dana. Ako je u ranijem zakonodavstvu i bilo neke odredbe o naknadi ovog oblika štete, sigurno nije bio predviđen ovakav iznos. Ovime su interesi oštećenih zaštićeni na najbolji način. Takvo zakonsko rešenje je izvesno najviše pogodovalo plebejcima, jer su oni imali manje društvenog uticaja, pa im je bila potrebna jedna ovakva norma koja obavezuje pravosuđe.

⁶ VI 2. *cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta* (Cic., *de off.*, 3, 16, 65), <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. 07. 2022.

⁷ Vid. A. M. Honore, "Linguistic and Social Context of the Lex Aquilia," *Irish Jurist* 1/1972, 145.

⁸ *Ibid.*, 146.

⁹ *Ibid.*, 146-147.

¹⁰ *Ibid.*, 147.

Onore smatra da svrha donošenja Akvilijevega zakona nije u zaštiti prava siromašnih (*it is not a poor man's statute*) nego u anuliranju inflacije kada je u pitanju naknada štete.¹¹ Svrha Akvilijevega zakona nije u boljoj zaštiti interesa siromašnih, nego interesa širokog kruga ljudi koji nisu imali veliku društvenu moć. Najbolji dokaz tome je upravo obaveza nakande štete u iznosu najveće vrednosti koju je stvar imala u proteklih godinu dana. Da li će se time naknaditi i ono što čini inflacija je argument koji samo ide u prilog iznetoj tezi o boljoj zaštiti ljudi koji nemaju najviše društvene privilegije.

2.2. Drugo poglavlje Akvilijevega zakona

*Capite secundo aduersus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.*¹²

(Drugo je poglavlje protiv adstipulatora, koji je izvršio akceptilaciju radi prevare stipulatora, ustanovilo tužbu u iznosu vrednosti stvari).

Znači, oprostio je dug i time je ugrozio stipulatora.

Treba se podsetiti kako je pretor upravo iz gensa Akvilija, Gaj Akvilije Gal 66. godine pre Hrista načinio tužbu kojom je ustanovio delikt prevare, *dolus*. To je takođe nešto što je išlo na ruku nepriviligovanom stanovništvu. Kao što im je na ruku išlo i rešenje Atinijevega zakona o održaju kojim je predviđeno da ukradena stvar može biti predmet održaja, ali samo ako se prethodno vrati vlasniku. Time su uspostavljeni faktički uslovi da vlasnik stvarno bude zaštićeniji od prinude, ucene i sličnih nečasnih postupaka moćnijeg nasilnika.

2.3. Treće poglavlje

*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto".*¹³

(Treće poglavlje Akvilijevega zakona predviđa: u slučaju štete načinjene na stvarima, osim na ljudima i marvi koji su ubijeni, ako je u pitanju njihovo protivpravno paljenje, lomljenje, kvarenje, koliko ta stvar vredi u narednih trideset dana, toliko treba dati vlasniku).

Kako bi se prevod pojasnio treba imati u vidu i Gajev izveštaj o trećem poglavlju:

¹¹ *Ibid.*, 148.

¹² G. 3. 215, <https://www.thelatinlibrary.com/gaius3.html#215>, datum pristupa 29. 06. 2022.

¹³ D. 9. 2. 27. 5, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 29. 06. 2022.

*Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. ac ne 'plurimi' quidem uerbum adicitur; et ideo quidam putauerunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, uel ad id, quo minoris fuit. sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte 'plurimi' uerbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo uerbo usus esset.*¹⁴

(U ovom poglavlju se ne spominje vrednost koju je stvar imala u godina dana, nego vrednost koju će imati u narednih trideset dana. Nije dodata reč “najviša”. Neko smatra da je ostavljeno na slobodu sudiji da proceni da li će odrediti najviši ili neki niži iznos vrednosti u trideset dana. Ali, Sabin drži da treba odrediti najviši iznos jer je tako određeno u prvom poglavlju).

Ipak je reč o vrlo kratkom periodu i verovatno vrednost stvari nije mogla značajnije da fluktuirati.

3. Pitanje krivice kao ključ

Kada želimo da budemo na terenu fakata, na terenu toga kako norme funkcionišu u praksi, onda smo u stvari na terenu krivice koja je uslov odgovornosti.

Ulpianus libro 42 ad Sabinum

pr. In lege Aquilia et levissima culpa venit.

1. *Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est.*¹⁵

(Po Akvilijevom zakonu i najmanji nehat je kažnjiv. 1. Bez obzira da li je rob ranio ili ubio sa znanjem gospodara, gospodar je bez sumnje odgovoran po Akvilijevom zakonu).

*...Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*¹⁶

(Injuriju shvatamo tako da je za štetu kriv čak i onaj ko nije imao nameru).

Ovo je najbitnije pitanje zakona. Tu postoji ključna sličnost sa Atinijevim zakonom o održaju. Naime, interes vlasnika stvari je neprikosnoven. Kako bi stvar mogla da bude stečena održajem vlasniku je treba vratiti u faktičku kontrolu (Atinijev zakon), a štetu koju je vlasnik pretrpeo treba nadoknaditi u suštini bez obzira na pitanje krivice (Akvilijev zakon).

¹⁴ G. 3. 218., <https://www.thelatinlibrary.com/gaius3.html#218>, datum pristupa 29. 06. 2022.

¹⁵ D. 9. 2. 44., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 24.06.2022.

¹⁶ D. 9. 2. 5. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 03. 07. 2022.

Gens Akvilija je plebejski gens. Ovaj zakon je inicirao plebejski trbun iz tog gensa, a donela ga je plebejska skupština. To su vrlo bitne činjenice. To znači da je zakon bio u interesu plebejaca, barem uticajnijih plebejaca. Međutim, svaki zakon pokriva šire interese, pa verovatno je i ovaj to činio. Verovatno je odgovarao i siromašnijim plebejcima. Kada bolje pogledamo posledice njegovih odredbi može se pretpostaviti da je prilično odgovarao upravo ne tako bogatim plebejcima. To su članovi društva koji nisu imali veliku faktičku, političku, ekonomsku moć kojom bi se uspešno štitili od prouzrokovanja štete. Takođe, nisu imali moć kojom bi se mogli poslužiti kako bi nadoknadili pun iznos te štete. Vidimo da su njegovim donošenjem derogirani svi prethodni zakoni koji su se bavili ovim pitanjem. Znači da plebejci nisu bili zadovoljni njihovim rešenjima. U svakom slučaju bili su zadovoljniji ovim rešenjima koja im je ponudio plebejski tribun, pa su ih i usvojili.

Ono što prvo pada u oči je da je i najmanji nehat povlačio odgovornost za naknadu štete. To je verovatno bilo kvalitativno različito rešenje od prethodnih. Pored toga, gospodar odgovara za postupke svojih robova bez obzira da li su oni počinili protivpravno ranjavanje ili ubistvo uz njegovo znanje. Pre ovog zakona verovatno nije bilo tako. Zašto bi inače bila predviđena ovakva odredba? To znači da su ranije gospodari mogli izbeći odgovornost tvrdeći da nisu znali za postupke svojih robova i da zato ne mogu imati ni krivice. Možemo zamisliti situaciju kada su robovi vrlo uticajnog člana društva naneli štetu imovini lica koje nema takvih privilegija. Taj moćnik je uvek mogao da izbegava odgovornost tvrdnjom da ima toliko robova da ne može znati šta koji od njih u svakom trenutku radi. Njegova moć mu je tako mogla služiti kao izgovor za pravnu neodgovornost. O političkoj moći i političkoj neodgovornosti ne treba posebno ni pričati. A, ona uvek ide pre pravne neodgovornosti i najjača joj je podloga. Zato je rešenje pitanja naknade štete moralo doći iz sfere politike. Kao što je zabrana održaja stvari, ukoliko prethodno nije vraćena vlasniku pod faktičku kontrolu, morala doći iz iste te sfere.

Sada su oštećeni mnogo bolje zaštićeni uvođenjem maltene objektivne odgovornosti gospodara roba. U svakom slučaju, predviđen je široki subjektivni standard: i najmanji nehat je kažnjiv (*et levissima culpa venit*). Ukoliko je subjektivni standard širok, on se u praksi pretvara u objektivni standard. U svakom slučaju rečeno je da je injurija kao element ovog delikta (*damnum iniuria datum*) shvatana tako da je za štetu kriv čak i onaj, ko nije imao nameru da je priču. Zatim se prelazi na definisanje subjektivnog standarda koje potvrđuje zaključak o njegovoj praktičnoj primeni.

Paulus libro decimo ad Sabinum

*pr. Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit.*¹⁷

¹⁷ D. 9. 2. 45. pr., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 25. 06. 2022.

(Prihvatamo puko saznanje isto kao što prihvatamo da je nešto pretrpljeno. Tako da onaj ko je nešto mogao da spreči odgovara jer to nije učinio).

U našoj sudskoj praksi je zauzet stav kojim se razgraničava nehat od više sile.

„Imajući u vidu da je usled jakih mrazeva u stanu tuženika, koji se nalazi iznad stana tužioca, došlo do pucanja vodovodne cevi, izlivanja vode i nastanka štete u tužiočevom stanu, tuženik se ne može pozivati na višu silu i oslobađanje od odgovornosti.”¹⁸

Tuženi je morao očekivati da šteta može nastati i samim tim je odgovoran za nastupelu štetu. Ovo rešenje je u skladu sa navednim stavom iz Digesta: „Prihvatamo puko saznanje isto kao što prihvatamo da je nešto pretrpljeno. Tako da onaj ko je nešto mogao da spreči odgovara jer to nije učinio”.

*Lege Aquilia agi potest et sanato vulnerato servo.*¹⁹

(Tužba po Akvilijevom zakonu je moguća iako se ranjeni rob oporavio).

*Si meum servum, cum liberum putares, occideris, lege Aquilia teneberis.*²⁰

(Ako ubiješ moga roba verujući da je slobodan, odgovaraš po Akvilijevom zakonu).

Ovo poslednje može da znači samo da su ranije počinioci lukavo izbegavali odgovornost tvrdnjom da nisu znali da su ubili roba, već su bili ubeđeni da je reč o slobodnom čoveku. Svakako ih je u ovom slučaju nemoguće optužiti za ubistvo slobodnog čoveka.

Brugemajer (*Brüggemeier*) navodi da je nemački Civilni zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*, skraćeno *BGB*), iako je zasnovan na tradiciji prosvetiteljstva i prirodnopravne teorije, učinio izvestan povratak na način regulisanja u Akvilijevom zakonu. Preko isticanja objektivnog elementa (*Tatbestand*) došlo se do nove verzije *damnum datum*. Nije pričinjenje štete ono što stvara odgovornost, nego povreda legalnih interesa (života, tela, zdravlja, slobode) kako su definisani u prirodnom pravu i povreda apsolutnih prava nalik svojini.²¹ Svaka direktna povreda tih zaštićenih interesa vodi pretpostavci protivpravnosti.²² Po njemu je vrlo upitno da li su u civilnom pravu namerni i

¹⁸ Presuda Višeg suda u Čačku, Gž. 1452/20 od 15. IV 2021) (Izbor sudske prakse br. 7-8/2021, 61).

¹⁹ D. 9. 2. 45. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 25. 06. 2022.

²⁰ D. 9. 2. 45. 2., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 25. 06. 2022.

²¹ G. Brüggemeier, “The Civilian Law of Delict: A Comparative and Historical Analysis”, *European journal of comparative law and governance* 7/2020, 347.

²² *Ibid.*

nehatni delikti identični po strukturi.²³ Brugemajer kaže da je dvosmislenost pojmova u ovoj oblasti prisutna zbog prosvetiteljske doktrine prirodnog prava koja izjednačava povrede prava sa protivpravnošću bez obzira na krivicu (*infringements of rights with unlawfulness irrespective of fault*). Povrede prava i nezakonitost nisu isto (*unlawfulness and wrongfulness are not identical concepts*).²⁴ Nehat u svakodnevnim okolnostima ne podrazumeva neku posebnu dužnost staranja (*does not require any duty of care*). To se podrazumeva samo u slučajevima tzv. udaljenih povreda (*remote injuries*). To nema nikakve veze sa protivpravnošću ili nehatom kao oblikom krivice, nego sa jednostavnim pripisivanjem udaljenih posledica određenoj radnji.²⁵ U tim slučajevima se povreda mora kvalifikovati kao predvidiva i ne potpuno neverovatna posledica određenih aktivnosti. U međunarodnoj praksi ovo se rešilo uspostavljanjem standarda dužne pažnje (*duty of care*).²⁶ Brugemajer navodi sudske slučajeve iz *Common Law* sistema i Evropskog sistema građanskog prava kojima se prilično široko definiše ovaj standard.²⁷

U svakom slučaju, Brugemajer zaključuje da se postavljanje standarda dužne pažnje ponekad opisuje kao „lutrija nehata“ (*negligence lottery*). To je još tačnije za određivanje zaštitnog obima dužne pažnje. Slaže se sa određenjem koje je jednom prilikom dao Dom Lordova da se udaljeni prekršaji (*remote infringements*) mogu pripisati strani koja ih je prouzrokovala ukoliko je to pravedno, pošteno, razumno (*just, fair and reasonable*).²⁸

Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) sadrži odredbu koja kaže da krivica može biti u vidu namere, ili nehata,²⁹ ali tom prilikom ne definiše ove pojmove. U svakom slučaju kroz ostale odredbe razlikuje teški i obični nehat.

Kada su u pitanju štete pokrivena osiguranjem onda je predviđeno da se isključuje odgovornost osiguravača za štetu koju ugovarač osiguranja, osiguranik ili korisnik osiguranja namerno prouzrokuju.³⁰ Ovo je svakako poseban slučaj odgovornosti, ali je ovde naveden jer isti razlog stoji iza njega kao i iza sledećeg slučaja.

²³ *Ibid.*, 348.

²⁴ *Ibid.*, 369.

²⁵ *Ibid.*, 370.

²⁶ *Ibid.*, 370.

²⁷ *Ibid.* 371 i dalje.

²⁸ *Ibid.* 373.

²⁹ Čl. 158 Zakona o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29 od 26. maja 1978, 39 od 28. jula 1985, 45 od 28. jula 1989 - USJ, 57 od 29. septembra 1989, *Službeni list SRJ*, broj 31 od 18. juna 1993, *Službeni glasnik RS*, br. 18 od 3. marta 2020.

³⁰ Čl. 929 ZOO

Naime, po ugledu na Švajcarski građanski zakonik ZOO ovlašćuje sud da dosudi manju nakandu štete ukoliko bi u suprotnom lice upalo u finansijske teškoće. Jedino to ne može da učini u slučaju kada je šteta pričinjena namerno ili teškim nehatom.³¹

U svakom slučaju i ovde vidimo da je zakonodavac u uslovima socijalističkog poretka pošao od opšteg obzira sistema prema zaštiti najugroženijih delova radničke klase. Ali, tom prilikom se nije želelo da se pruži i najmanja mogućnost za potpunu neodgovornost pojedinaca. Navedenim rešenjem Akvilijevog zakona o odgovornosti gospodara roba³² se pošlo od slične potrebe da pojedinci ne izbegavaju odgovornost i da time ne unose opštu nesigurnost u društvene odnose.

Za razliku od nacrtu Zakona o obligacionim odnosima koji pod uticajem francuskog prava nije posmatrao protivpravnost kao autonomni element, već kao neodvojiv od krivice, usvojeni zakon uopšte ne propisuje protivpravnost. Po ustaljenom mišljenju ipak je protivpravnost autonomni element odgovornosti.³³ Možina se opredeljuje za stav koji je u duhu francuske škole, jer što je objektivnija procena krivice to je manja potreba da radnja bude objektivno suprotna zakonu.³⁴ To je, reklo bi se, sasvim u skladu sa rimskim konceptom po kome je teški nehat izjednačen sa namerom i po kome je u suštini najbitnije da ako je šteta nastupila da mora biti i nadoknađena.

Možina objašnjava da je u jugoslovenskoj socijalističkoj literaturi bio zastupljen stav da treba pretpostavljati krivicu, jer to doprinosi povećanju odgovornosti članova društva.³⁵ Nakon donošenja Zakona o obligacionim odnosima pravna nauka je zauzela stav da prezumcija krivice treba da postoji kod običnog nehata, ali ne i kod teškog nehata i namere.³⁶ U Zapadnoj Evropi i u *Common Law* sistemu sudovi su pronašli načine da olakšaju ili ukinu potrebu dokazivanja krivice u situacijama kada je na osnovu iskusstva jasno da postoji određeni tipični tok događaja. U *Common Law* sistemu takav pristup se zove *res ipsa loquitur*, a u zemljama kontinentalnog prava se to zove *prima facie* dokaz.³⁷

Čini se kako rimska pravna rešenja omogućavaju upravo ovakav pristup kakav je i zauzet u Zapadnoj Evropi i u *Common Law* sistemu. Postoje okolnosti

³¹ D. Možina, Fault, "Presumption of Fault, and Wrongfulness in the Yugoslav Obligations Act", *Journal of European Tort Law* 3/2021, 225.

³² „Po Akvilijevom zakonu i najmanji nehat je kažnjiv. 1. Bez obzira da li je rob ranio ili ubio sa znanjem gospodara, gospodar je bez sumnje odgovoran po Akvilijevom zakonu.“

³³ *Ibid.*, 229-230.

³⁴ *Ibid.*, 230.

³⁵ *Ibid.*, 231-232.

³⁶ *Ibid.*, 232.

³⁷ *Ibid.*, 233.

u kojima bi omogućavanje parničenja oko pitanja krivice samo neopravdano i nepravedno otežalo poziciju onoga koji je pretpeo štetu. Time bi krivac sada uz pomoć sudskog sistema otežavao položaj žrtve.

O nekim sličnim pitanjima rimski pravnik Gaj kaže sledeće:

Gaius libro septimo ad edictum provinciale

Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur.

*Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.*³⁸

(Lekar koji uspešno operiše roba, ali kasnije ne primeni potrebne mere nege biće kriv. Slično je i sa goničem mazgi. Ako zbog svog neiskustva ne može da ih kontroliše pa one pregaze tuđeg roba, odgovaran je za nehat. Slično je i ako nije mogao da ih kontroliše usled svoje slabosti, jer niko ne treba da preuzima zadatke za koje zna da usled svoje slabosti ne može da ih izvrši. Isto se primenjuje u na jahača konja).

Kada se pogleda celokupna Gajeva analiza shvata se da je lekar kriv za propust u nezi. To je opravdano i pravedno. Drugačije rešenje bi obesmislio samu opravdanost postojanja profesije lekara. To je ujedno i najbolji primer kako je rimsko pravo izlazilo u susret legitimnim zahtevima svakodnevnog života.

Postoje neka slična rešenja u modernom krivičnom pravu engleske. Reč je o slučaju gde je optuženi, izvesni Miler (*Miller*), zaspao u napuštenoj kući u koju se uselio bez bilo kakve dozvole. Slučajno je izazvao požar cigaretom koja je zapalila dušek. Pobegao je u drugu prostoriju jer nije imao čime da ugasi vatru koja se proširila i uništila celu kuću. Optužen je za krivično delo podmetanja požara (*arson*). Odbrana je insistirala na tome da u trenutku kada je počelo da gori kod optuženog nije bilo namere za izvršenjem krivičnog dela (*mens rea*) budući da je spavao. Sudovi su jednoglasno odbili ovaj argument uz nešto drugačija objašnjenja.³⁹ Te dve grupe objašnjenja se svakako mogu svrstati u dva tumačenja koja je u romanistici izazvao citirani Gajev slučaj lekara i njegove odgovornosti.⁴⁰

³⁸ D. 9. 2. 8., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 11. 07. 2022.

³⁹ V. D. Mc Cusker, "Liability for Omission Under the Lex Aquilia", *Northern Ireland Legal Quarterly* 3/1999, 389-390.

⁴⁰ *Ibid.*, 390 – 391.

4. Nezastarevanje delikta i politička svrha takvog rešenja

Na ovom mestu valja uputiti na Atinijev zakon o održaju iz drugog veka pre Hrista. Pre njega je Zakon dvanaest tablica na najopštiji način zabranio održaj stvari koje su bile predmet furtuma:

*Tab. VIII 17: (Gaius 2, 45): furtivam (rem) lex XII tab. usu capi prohibet.*⁴¹

Atinijev zakon je ponovio zabranu održaja ukradenih stvari. Geliije tim povodom kaže:

*Verba haec ex Atinia lege: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto, P. Nigidio et Q. Scaevolae visa esse non minus de praeterito furto quam de futuro cavisse.*⁴²

1. *Legis veteris Atiniae verba sunt: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto.* 2. *Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui* 3. *Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam subruptum erit utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum.*⁴³

(1. Stari Atinijev zakon kaže: Ako je počinjena krađa, to neka vlast večito ima u vidu. 2. Ko bi mogao da pretpostavi da zakon može da govori o bilo kom vremenu sem o budućnosti? 3. Ali, Kvint Scevola kaže kako se njegov otac, kao i Brut i Manilije, ljudi visokog ranga po učenosti, pitaju i iznose sumnje da li se ovaj zakon primenjivao samo na buduće krađe, ili i na one koje su već počinjene, zato što *subreptum erit* ukazuje na svako vreme, sadašnje i buduće).

Ovaj Gelijev izveštaj je izazvao teorijski spor oko pitanja da li je Atinijev zakon imao retroaktivno dejstvo. Atinijev zakon nije primenjivan retroaktivno.⁴⁴ Jednostavno, njime je bilo predviđeno da je ukradena stvar takvog statusa sve dok se ne vrati pod faktičku kontrolu vlasnika.⁴⁵ Naravno, bez obzira kada je ukradena, jer taj status je prati sve dok ne bude vraćena pod faktičku kontrolu vlasnika. Drugačije zakon ne bi imao smisla.

Zašto bi ovo pitanje bilo bitno za problem naknade imovinske štete? Pa, i u jednom i u drugom slučaju polazi se od potrebe najbolje moguće zaštite interesa oštećenog. Takva zaštita se pruža upravo na najbolji mogući faktički način. Upotrebljava se čak i fikcija kako bi bilo moguće da se u ulozi ili tužioca,

⁴¹ Navedeno prema C. G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui (leges et negotia), editio sexta, cura Theodori Mommseni et Ottonis Gradenwitz, Friburgi in Brigavia et Lipsiae 1893, 32.*

⁴² Aulus Gellius, XVII, VII.

⁴³ Aulus Gellius, XVII, VII, 1, 2, 3.

⁴⁴ O Pitanju Atinijevog zakona o održaju više vid. O. Vujović, *Furtum u pretklasičnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2018, 49-99.

⁴⁵ *Ibid.*, 99.

ili tuženog nađe i peregrin, stranac. Tako Gaj izveštava da kod tužbi sa fingiranim elementom postoje one kod kojih se uzima kao da je peregrin u stvari rimski građanin. Kako u slučaju da tuži u svoje ime tako i u slučaju da ga tuže. Reč je tužbama koje su ustanovili rimski zakoni (*quae nomine nostris legibus actio constituta est*). To se čini ako je pravedno da se ta tužba proširi na peregrine, upravo kao što je to učinjeno u slučaju furtuma (krađe).⁴⁶ Da se ne bi desilo da onaj ko izgubi status time ošteti naše pravo, kaže Gaj, protiv njega se uvodi tužba iz razloga korisnosti (*actio utilis*) i fikcijom se uzima da nije izgubio status.⁴⁷ Po Akvilijevom zakonu peregrin se može naći u ulozi tužioca ili tuženog u vezi naknade štete, jer se fikcijom uzima kao da je rimski građanin.⁴⁸

Jednostavno, potreba zaštite imovinskog interesa je pretežnija od pukih statusnih pitanja. Zato što je potrebno zaštititi i unutrašnji politički mir. Građani i svi stanovnici države (pa i peregrini) su najzainteresovaniji za svakodnevne privatne probleme i svoje privatne interese. To je njihova pupčana vrpca sa političkim sistemom. Akumulirana nezadovoljstva u tom domenu mogu da proizvedu tlo pogodno za političke nestabilnosti raznih vrsta.

Poznato je da su Rimljani putem tradicije kao načina prenosa svojine omogućavali i strancima (peregrinima) da učestvuju u prometu vrednih dobara, pa i nepokretnosti.⁴⁹ Opet jedan neformalan, faktički način kome je priznato pravno dejstvo, kao najbolje rešenje problema. Sve ovo govori o širokom uključivanju peregrina u rimski svakodnevni privatni život. To je bilo potrebno kako bi se asimilovali u rimski kulturu i društveno-politički sistem.

Iz sličnih potreba Evropski sud pravde na jednak način tretira građane država članica kada su nastanjeni, ili posećuju drugu državu članicu.

Sud sada proširuje tzv. nediskriminatorski princip van grupe ekonomskih migranata.⁵⁰

4.1. Akvilijev zakon

Postoji saglasnost da prva dva poglavlja Akvilijevog zakona sadrže norme koje su bile prisutne već u vreme Zakona dvanaest tablica i nakon njega. Samo je treće poglavlje nešto što je donelo kvalitativnu novinu. Smatra se da jedino treće poglavlje ima neko istorijsko utemeljenje kada je reč o sadržini Akvilijevog zakona i da je bilo praćeno Hortenzijevim zakonom kojim je predviđeno da

⁴⁶ G. IV 37.

⁴⁷ G. IV 38.

⁴⁸ G. IV 37.

⁴⁹ O. Vujović, „Uticaji rimskog prava na evropsko privatno pravo“, *Srpska politička misao* 3/2017, 200.

⁵⁰ S. Smismans, „New Governance-the Solution for Active European Citizenship, or the end of Citizenship?“, *Columbia Journal of European Law* 3/2007, 598.

plebisciti važe za svu populaciju.⁵¹ Međutim, ne bi se moglo reći da prva dva poglavlja ne predstavljaju kvalitativnu novinu. O tome je već bilo reći.

Bajnar (*Beinart*) podvlači da Akvilijev zakon nikako nije mogao biti donet pre Hortenzijevog, pre 287. pre Hrista.⁵² Bajnar povezuje Akvilijev zakon sa secesijom plebejaca i njome objašnjava neke njegove odrebe.⁵³ On ističe da su u periodu Republike skoro svi zakoni koji se tiču privatnog prava u stvari plebisciti. Objašnjava da je plebs bio zainteresovan za unapređenje privatnog prava.⁵⁴ Pokušava da dokaže da je Akvilijev zakon rezultat treće secesije plebejaca.⁵⁵ On ide toliko daleko da kaže da je Akvilijev zakon čak retrospektivno predvideo naknadu štete koja je pričinjena na imovini plebejaca u nemirima koji su rezultirali njihovom secesijom. Veliki deo štete su im naneli patriciji. Potvrdu nalazi u tome što odredbe o naknadi štete akcenat stavljaju na onome što čini osnovu imovine plebejaca: robovi i poljoprivredne životinje.⁵⁶ Dakle, pokretna imovina.

Jedno je sigurno. Patriciji su posedovali mnogo više faktičkih načina da zaštite svoju imovinu, ali i da nadoknade pretrpljenu štetu.

Bajnar navodi primer kada se ne može utvrditi odgovornost za ubistvo roba u slučaju kada je više lica zajedno udarilo roba. Kaže da se zakonodavac opredilio za rešenje po kome svi odgovaraju za ubistvo kako bi bila izbegnuta teškoća dokazivanja u situacijama kao što su neredi usled secesije. U tom slučaju svi su odgovorni u skladu sa prvim poglavljem. To on naziva kolektivnom odgovornošću (*collective liability*).⁵⁷

Ne mislimo da je ovde toliko bitno da li je reč o neredima usled secesije. Bitnije je to da je na ovaj način vlasnik roba bio faktički efikasno zaštićen jer se nije morao upuštati u nemoguće dokazivanje ko je konkretno presudno doprineo usmrćenju roba. U suprotnom bi počinioci lako mogli da izbegnu odgovornost i to bi doprinelo njihovim budućim udruživanjima za slične svrhe kako bi izbegavali odgovornost i uterivali strah. U svakom slučaju, niko bez dozvole vlasnika ne treba da kažnjava njegovog roba ili da dolazi u dodir sa njim. Imajući sve to u vidu, sasvim je opravdano rešenje u navedenom slučaju. U suprotnom bi obaveza dokazivanja presudne krivice jednog počinioca, onemogućila vlasnika u zaštiti njegovih imovinskih interesa. Dakle, opet smo na terenu fakata.

⁵¹ Vid. B. Beinart, *Once More on the Origin of the Lex Aquilia*, 1956 Butterworths S. AFR. L. REV. 70 (1956), 70.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, 71.

⁵⁴ *Ibid.*, 72.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, 73.

⁵⁷ *Ibid.*, 74.

U slučaju lakših povreda i manje vrednih predmeta, plebs se zadovoljio retrospektivnom kaznom od samo mesec dana. Verovatno je ovo rezultat teških pregovora, kaže Bajnar. Ovde povreda nije bila tako teško kažnjiva kao u slučaju prvog poglavlja, pa je potreban i manji period procene. Možda je poslednji mesec secesije bio najrazorniji, a pljačkanje neselektivno, kaže on. Plebs je jednostavno negde morao da popusti.⁵⁸ Međutim, u zakonu nije bio predviđen poslednji mesec, već naredni mesec. O tome je već bilo reči.

Plebs je morala interesovati zaštita pokretne imovine. To je ono čega su oni imali najviše. U rukama patricija je bila ključna nepokretna imovina. Rano su ustanovljena efikasna sredstva za njenu zaštitu, pa je trebalo regulisati i zaštitu pokretnosti.

Bajnar smatra da su Akvilijevim zakonom stvarana potpuno nova pravna rešenja i da su izmene postojećih bile incidentnog karaktera.⁵⁹

5. Većiti interes

Atinijev zakon je takođe doneo suštinski novo rešenje.

Legis veteris Atiniae verba sunt 'Quod subruptum erit, <nisi in potestate eius, cui subruptum est, revertatur> eius rei aeterna auctoritas esto'.⁶⁰

(Stari zakon Atinijev kaže: Ono što je ukradeno < sve dok ne bude vraćeno pod potestas onoga od koga je ukradeno > nad tom stvari *auctoritas* će trajati zauvek).

Ovo znači da je prodavac bio odgovoran kupcu za evikciju *res furtivae*.⁶¹

Iz odredbi Atinijevog zakona jasno izvire princip: da bi ukradena stvar mogla da bude predmet uzukapije, nije dovoljno da je vraćena pod kontrolu vlasnika, već je potrebno i da je on obavешten o tome. Ovaj uslov je od krucijalnog značaja. Tek kada je svima vidljivo da je vlasnik obavешten, onda je i faktički obezbeđeno da vlasnik ponovo ima stvarnu kontrolu nad svojom ukradenom imovinom. Tako je on i faktički bio obezbeđen od ucenjivanja, ili od prinude. To je najvažnije. Volja žrtve (njena saglasnost ili nesaglasnost) mora biti neprikosnovena.

Po Akvilijevom zakonu je takođe interes žrtve neprikosnoven. Zato mu je, pored ostalog, pružena efikasna zaštita putem roka od godinu dana u kojem je stvar imala najveću vrednost.

⁵⁸ *Ibid.*, 76.

⁵⁹ *Ibid.*, 78.

⁶⁰ Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XVII, VII, 1. Navedeno prema, Herbert Hausmaninger, Richard Gamauf (translated with Introduction, Supplementary Notes, and Glossary by George A. Sheets), *A Casebook on Roman Property Law*, New York 2012, 124.

⁶¹ *Ibid.*

Atinijev zakon je bolje, nego što je to bilo ranije, zaštitio volju vlasnika. Pre njega je i Zakonom dvanest tablica bilo predviđeno da ukradena stvar nije mogla biti stečena održajem. Ali, nije bilo garancija da će u praksi takva odredba funkcionisati. Takve garancije je na opisani način obezbedio Atinijev zakon.

Zakon dvanest tablica inače među odredbama koje govore o održaju navodi:

Adversus hostem aeterna auctoritas – esto -.⁶²

(Prema strancu neka je večna vlast, *auctoritas*).⁶³

Mnogo kasnije, u Atinijevom zakonu pojavljuje se ista fraza *aeterna auctoritas esto*. Ona se sada odnosi isključivo na probleme vezane za održaj. Interes vlasnika nad ukradenom imovinom traje iako ona nije pod njegovom neposrednom kontrolom. Zato je potrebno da mu se ona vrati tako da on bude obavešten o tome. Znači da je u prvom planu vlasnik kao konačna žrtva krađe.

U početku je domaćinstvo bilo pod *aeterna auctoritas*,⁶⁴ a onda je imovinski interes pojedinca shvatan tako da sa sobom nosi *aeterna auctoritas*. U arhaičnom pravu je mesto pronalaska stvari nesumnjivo ukazivalo na počinioca furtuma – što znači da je preko toga ko u određenom trenutku faktički kontroliše stvar utvrđivano i ko je krivac. U pretklasičnom pravu je obezbeđivanjem legalne faktičke kontrole trebalo obezbediti neprikosновенost volje vlasnika.

Videli smo da je i u slučaju Akvilijeovog zakona interes oštećenog bio u prvom planu. Tako jedno lice nije moglo izbeći odgovornost za nakandu štete ukoliko tu štetu prične njegovi robovi, a on tvrdi da ne zna ništa o tome. Zato što je interes vlasnika u prvom planu zato se okrenulo faktu, postojanju štete koja je u nekim slučajevima sama po sebi dovoljna za nastanak odgovornosti. Tu drugačije rešenje ne bi bilo pravedno.

⁶² Tab. VI 4., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 11. 07. 2022.

⁶³ Kada se radi o pojmu *auctoritas*, Berger ističe kako on označava autoritet ili prestiž, moralnu, a ne pravnu moć. Ovaj termin je imao i pravno-tehničku upotrebu kako u privatnom, tako i u javnom pravu. Njegovo značenje zavisi od konteksta u kome se nalazi, podvlači Berger, 368.

⁶⁴ O karakteru privatnog doma i njegovom značaju za nastanak privatnog prava više vid. O. Vujović (2017).

* * *

**FACT AND LAW IN THE MATTER OF COMPENSATION FOR
PROPERTY DAMAGE**

Summary

Politicians mostly act in the field of facts. It is a field that has its own rules. Because of which law can experience a realisation which is opposite of the one initially expected. When someone wishes to defend the unprivileged (which there are the most of) then they should do that on the field of facts. It is a mistake when civil law is looked at as independent from politics and political structures. Civil law possess deep political purpose. Without good solutions in this field there can not be political stability. That is *conditio sine qua non* stability of the whole of society.

In this paper the essence of legal solutions of *Lex Aquilia de damno iniuria dato* have been analyzed. A review was made of some legal solutions of a similar nature in today's legal systems and some answers which are provided by Obligations Act in Serbian law.

Keywords: *Lex Aquilia de damno iniuria dato, Lex Atinia de usucapione, Obligations Act, culpa, dolus.*

Zoran Bajin*
Milica Z. Petrović**
Sara Zarubica***

SUDSKOMEDICINSKE DILEME KOD VEŠTAČENJA TRZAJNIH POVREDA VRATA

Apstrakt

Veštačenja u građansko pravnim sporovima, a posebno u sporovima za naknadu nematerijalne štete nastale kao posledica saobraćajne nezgode, u poslednjih nekoliko godina postaju zanimljive zbog činjenice da se u tim parnicama postavlja pitanje uzročne veze između saobraćajne nezgode i nastale posledice, ukoliko je posledica trzajna povreda vrata (eng. whiplash injury - pucanje bičem, odnosno WAD-whiplash associated disorder)). Da li i koliko ubrzanje udarenog vozila izaziva kretanje tela u prostoru i da li je ovo kretanje, kao i brzina kretanja vozila koji je naleteo na udareni automobil, prouzrokuje trzajnu povredu vrata, pitanje je na koje moraju dati odgovor sudski veštaci medicinske struke, u pravilu ortopedi-traumatolozi ili veštaci sudske medicine. A pre nego što se oni upuste u veštačenje, nužno je da veštaci saobraćajne struke izračunaju promenu brzine kod vozila koja su učestvovala u saobraćajnoj nezgodi. Ne postoje opšteprihvaćene tabele koje nam ukazuju da li kod određene brzine vozila može doći ili ne do trzajne povrede vrata, ali manja ili veća brzina može ukazivati na veću ili manju mogućnost ovakve povrede. O uzročno posledičnoj vezi između saobraćajne nezgode i trzajne povrede vrata izjašnjavaju se lekari sudski veštaci, pre svega ortopedi-traumatolozi, isključivo nakon veštačenja od strane sudskih veštaka saobraćajne struke koji utvrđuju promenu brzine kod vozila koja su učestvovala u saobraćajnoj nezgodi (Δv). Ovaj podatak služi sudskim veštacima medicinske struke kao jedan od parametara kojim

* Prof. dr sc, prim.dr med. Specijalista ortopedske hirurgije i traumatologije fizikalne medicine i rehabilitacije i medicine sporta, Državni Univerzitet u Novom Pazaru, e-mail: zoran.bajin@iohbb.edu.rs

** Master pravnik, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. e-mail: milica.petrovic@pravni-fakultet.info

*** Master pravnik, doktorand Pravnog fakulteta u Univerzitetu u Beogradu; e-mail: pocucamsara@gmail.com

će dati svoj zaključak o uzročno posledičnoj vezi između saobraćajne nezgode i trzajne povrede vrata, kao i posledicama po zdravlje oštećenog, sa ciljem da ovakav nalaz veštaka posluži sudu prilikom odmeravanja pravične novčane naknade nematerijalne štete.

Ključne reči: trzajna povreda vrata, saobraćajna nezgoda, sudsko-medicinsko veštačenje.

1. Uvod

U parnicama za naknadu nematerijalne štete gde oštećeni potražuju naknadu nematerijalne štete zbog povrede u saobraćajnoj nezgodi, gde je jedna od povreda i trzajna povreda vrata, kao prethodno pitanje se obično javlja da li postoji uzročna veza između sudara i povrede. Tek nakon razrešenja ovog pitanja, sud može ići dalje i, u skladu sa predlozima parničnih stranaka, određivati veštačenje koje će nam odgovoriti na pitanje o kakvoj se povredi radi, kakva je njena težina, da li postoji smanjenje životne aktivnosti, da li je oštećeni trpeo fizičke bolove i strah i slično, a sve u skladu sa članom 200 Zakona o obligacionim odnosima.¹ U domaćoj sudskoj praksi, ali i u medicinskoj literaturi nije uspostavljen validan metodološki pristup za analizu navedenog problema. Sudu obično nije dovoljno jasno šta je zadatak tehnike, a šta medicine, odnosno gde se i zašto nalazi granica između dve struke a gde se one nadopunjuju u cilju jedinstva.²

2. Diskusija

Trzajna povreda se obično definiše kao ubrzavajuće-usporavajući mehanizam energije koja se prenosi na vrat, najčešće kao posledica saobraćajne nezgode koje ima za posledicu sudar motornih vozila. Ova povreda može rezultirati skeletnim povredama ili povredama mekog tkiva, a što može dovesti do različitih kliničkih manifestacija u koje spadaju bol u vratu, ukočenost, glavobolja, vrtoglavica, parestezije i kognitivne teškoće kao što je gubitak koncentracije, pamćenja. Ove kliničke manifestacije su poznate kao poremećaj koji su u vezi sa trzajnom povredom (whiplash-associated disorder, WAD).

Trzajna povreda vrata nastaje pod uticajem naglog zaustavljanja kretanja tela. Glava zbog sile inercije ostaje na mestu u odnosu na torzo, pri čemu nastaje hiperekstenzija (savijanje prema nazad) vrata, nakon čega glava poleti prema napred, što nazivamo hiperfleksijom. Čitav taj događaj traje manje od sekunda,

¹ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78 i dr. O naknadi nematerijalne šteti vid. Z. Petrović, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, VIZ, Beograd 1996.

² I. Bodolo, *Tehnički aspekt analize porede vratnog dela kičme najlakšeg stepena*, tekst dostupan na www.vestacenja.co.rs, datum pristupa 27. 12. 2019.

a posledice su mnogobrojne.³ Na taj način istežu se vratni mišići, krvni sudovi i nervi koji izlaze iz kičmene moždine, a ponekad nastaju i povrede samih pršljenova, uključujući i diske koji se nalaze između pršljenova, kao i ligamenti i veze među njima.⁴

Ova povreda u praksi najčešće može nastati kod udara vozila pozadi na drugo vozilo tzv. (hiperekstenzione povrede), kod frontalnog udara (fleksione povrede) sa obrnutim mehanizmom od gore opisanog, kao i kod bočnih sudara (rotacione povrede).⁵

Ovakvo akceleracijsko - deceleracijsko kretanje glave može, ali ne mora uvek i dovesti do trzajne povrede vrata, pa se prilikom procene oštećenja koja su eventualno nastala ovakvim mehanizmom mora biti oprezan u proceni i istu zasnovati na pažljivoj analizi medicinske dokumentacije i kliničkom pregledu samog oštećenog. Tim više što je i u svetu i kod nas poznato da se zbog kompleksnosti simptomatologije i ponekad odsutnosti na prvi pogled uočljivih simptoma povrede može dosta manipulirati kod traženja odštete za ovu vrstu povrede.⁶ Istovremeno s druge strane kod trzajnih povreda vrata mogu biti u početku zamaskirane ozbiljne povrede vratne kičme sa kasnijim težim posledicama po povređenog.⁷

Prema nekim statistikama, broj trzajnih povreda vrata u poslednjih deset godina porastao je čak pet puta. Kao posledica sudara, otprilike 20 posto ljudi ima problema s glavom i vratnom kičmom. Iako se neki oporave relativno brzo, neki razvijaju hronično stanje koje rezultuje bolovima, a katkad i nemogućnošću obavljanja aktivnosti iz svakodnevnog života.⁸

³ D. Poplašen, „Oštećenja vratne kralježnice kao ozljeda na radu“, *Sigurnost* 53, 1/2011, 75 – 77.; P. Godek „Whiplash Injuries. Current State of Knowledge“, *Ortop Traumatol Rehabil* 22(5), 2020 Oct 31, 293-302.

⁴ Z. Ivanov i sar., „Trajne posledice trzajne povrede vrata (wad) i procena umanjenja životne aktivnosti“, *XII simpozijum o sudsko-medicinskom veštačenju u medicini rada*, Vranjačka Banja 2012.

⁵ V. Piščević, „Trzajna povreda vrata i njen aspekt na procenu umanjenja životne aktivnosti“, *XI simpozijum „Analiza složenih saobraćajnih nezgoda i prevare u osiguranju“*, Zlatibor 2012.

⁶ V. Bradić, „Trzajna ozljeda vratne kralježnice kod nas i u svijetu“, *Zbornik 6. savjetovanja o obradi i likvidaciji međunarodnih automobilskih šteta*, Lovran 1998.

⁷ G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović i saradnici, *Sudsko-medicinsko veštačenje nematerijalne štete*, Službeni glasnik Beograd 2011.

⁸ D. Otte, T. Pohlemann, M. Blauth, „Significance of soft tissue neck injuries AIS 1 in the accident scene and deformation characteristic of cars with delta-V up to 10 km/h“, *Proceedings of the 1997 IRCOBI international conference on the biomechanic of impact*, Hannover, 265-283, tekst dostupan na http://www.ircobi.org/wordpress/downloads/irc1997/pdf_files/1997_17.pdf, datum pristupa 11. 3. 2012.

Procenjuje se da se godišnje kod nas registruje oko 300 lica sa ovakvom vrstom povrede na 100000 stanovnika sa tendencijom porasta, dok npr, u nekim zemljama kao SAD, Nemačka, Velika Britanija taj broj ide i do 1000 na 100000 stanovnika. Npr. U SAD tokom jedne godine trzajnu povredu vrata zadobije oko 1,8 miliona ljudi. Troškovi koji se vezuju za ovakvo stanje su značajni i u Evropi se procenjuju na oko 10 milijardi evra godišnje.⁹

Brojni su činiooci, koje smatramo odgovornim za porast broja trzajnih povreda vrata. Povećanje saobraćaja automobilima, posebno u gradskom saobraćaju, stavlja se na prvo mesto odgovornosti.

Zato su sve veći zahtevi za ergonomskim sedištimu u vozilu, sa dobrim naslonima, sa ispravno postavljenim štitnicima za glavu, koji se pokreću prema visini i pokretima čoveka u sedištu, za bezbednijim vozilom.¹⁰

Uočeno je da su trzajne povrede vrata porasle upotrebom sigurnosnih pojaseva, ali su se smanjile povrede glave koje su neretko završavale smrtonosno. Tako je teška telesna povreda ustupila mesto u pravilu lakoj telesnoj povredi, ali za osiguravajuće kuće neobjektivno skupoj povredi.

Povrede vrata koje nastaju mehanizmom trzaja, učestalije se javljaju u gradskoj vožnji, koja zahteva često zaustavljanje, sporu vožnju, kružne tokove, manje i lakše automobile.¹¹

Dokazano je, da je za nastajanje trzajne povrede prilikom sudara automobila potrebno određeno ubrzanje udarenog vozila, jer to ubrzanje izaziva kretanje tela u prostoru koje je razlogom povređivanja. Ovo pak ovisi o brzini kretanja automobila koji je naleteo na prvi automobil, o čemu valja voditi računa pri oceni uzročnosti.¹²

Kliničkom slikom dominira bol u mišićima vrata, smanjena pokretljivost vrata, zbog grča mišića vrata, glavobolja, vrtoglavica, dekoncentracija, mučnina i druge tegobe, koje će zavisiti više o premorbidnom stanju povređenog, nego o samoj povredi. Povrede mekih struktura je teško sa sigurnošću dijagnostikovati, ali isto tako i eliminisati iz dijagnoze, na šta upućuje ovako nespecifična simptomatologija. Ove kliničke manifestacije su poznate pod zajedničkim entitetom whiplash associated disorder (poremećaji povezani s trzajnom

⁹ W. O. Spitzer, M. L. Skovron, L. R. Salmi *et al.*, „Scientific monograph of the Quebec Task Force on Whiplash-Associated Disorders: redefining „whiplash“ and its management“, *Spine* 20(8), 1995, 1S-73S.

¹⁰ B. Henderson, „Putting the 5mph injury threshold to the test“, *Personal Injury Law Journal* 48/2006, 12-4.

¹¹ M. Krafft, A. Kullgren, A. Lie, *et al.*, „Assessment of whiplash protection in rear impacts. Crash tests and real life crashes“, *Folksam and Swedish Road Administration*, Stockholm 2004.

¹² J. R. Brault, J. B. Wheeler, G. P. Siegmund *et al.*, „Clinical response of human subjects to rear and automobile collisions“, *Arch. Phys Med Rehabil* 1998, 79:72-80.

povredom).¹³

Do pojave simptoma može doći odmah ili nakon 12- 15 časova nakon povrede, katkad i nakon 24 časa posle povrede. Ovaj podatak je značajan, jer se često oštećenom tokom sudskih procesa pokušava pobiti postojanje ovakve povrede kada se npr. nakon saobraćajnog udesa nije javio lekaru u roku od par sati već tek npr. naredni dan, a na osnovu priložene medicinske dokumentacije.¹⁴

O strukturi koja je povređena zavisi klinička slika i težina povrede pa se povrede razvrstavaju u stepene, prema klasifikaciji koju kliničar odabere, a u osiguravajuće medicinskom smislu je važna, jer služi u proceni štete.

Najpriznatija klasifikacija trzajnih povreda vrata je QTFC (Quebec Task Force Classification). Prema ovoj klasifikaciji stepen oštećenja bio bi sledeći:

0	- Nulti stepen bez tegoba i bez kliničkih znakova.
I	- Simptomi bola ne traju duže 72 do 96 časova. Ne mogu se dijagnosticirati tehničkim sredstvima. Prvi stepen, podrazumeva bol u vratu, ukočenost, bol na dodir struktura vrata.
II	- Simptomi bola traju do 3 nedelje nakon sudara. Ukočenost mišića se može objektivno utvrditi. Drugi stepen – bol u vratu, ukočenost i osetljivost na dodir jasno se određuje tačka bola na vratnoj kičmi. Ukoliko postoji normalna pokretljivost u vratu govorimo o Ii stepenu, dok se Iib stepen karakteriše smanjenom pokretljivošću vrata.
III	- Ozledu je moguće utvrditi radiološki. Moguće su pojava neuroloških smetnji. Treći stepen ima sve karakteristike drugog stepena uz pojavu neuroloških znakova (poremećaj u tetivnim refleksima, smanjena gruba mišićna snaga, poremećaj osećaja) može doći do kidanja ligamentarnih struktura sa pojavom nestabilnosti kičmenog stuba i sl.
IVa	- Nastaje „luksacija“ pršljena. Moguća kombinacija sa neurološkim smetnjama. Četvrti stepen pored navedenih simptoma drugog i trećeg stepena postoji i prelom ili iščašenje vratnih pršljenova, teško kidanje ligamentarnih struktura sa pojavom nestabilnosti kičmenog stuba i sl.
IVb	- Smrtni ishod usled povrede.

Interesantno je prikazati statističke podatke o telesnim i psihološkim posledicama koje osećaju ozleđeni:

¹³ Vid. H. M. Al-Khazali, H. Ashina, A. Iljazi, R. B.Lipton, M. Ashina, S. Ashina, H. W.Schytz, „Neck pain and headache after whiplash injury: a systematic review and meta-analysis“. Pain 161(5) May, 2020, 880-888; K. Alektoroff, P. Papanagioutou, „Schleudertrauma der Halswirbelsäule [Whiplash injury of the cervical spine]“ *Radiologe* 61(8)Aug. 2021: 710-713.

¹⁴ D. C. Viano, M. F. Gargan, „Headrest position during normal driving. Implication to neck injury risk in rear crashes“, *Accident Analysis and Prevention* 28/1996, 665-674.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

Telesni simptomi	Psihološki simptomi
Ograničena-smanjena pokretljivost glave	Nervoza/uznemirenost
Glavobolja	Osećaj umora
Bolovi u vratu	Buđenje radi bola
Bolovi u ramenu	Nesanica
Nesvestica	Napetost
Umanjen osećaj	Nizak kvalitet sna radi bola
Preosetljivost na svetlo	Povlačenje u sebe
Poremećaju u vidu	Umanjena aktivnost
Pritisak u grudima	Dnevna utučenost
Poremećaji u sluhu	Osećanje straha
Kardiovaskularni problemi	Problemi sa osećanjem
Preosetljivost na zvuk	Neočekivan plač
Preosetljivost na temperaturu	Strah od katastrofe
Teže gutanje	Osećanje telesne slabosti
Mučnina	Suicidalna razmišljanja/osećaj niže vrednosti

U veštačenju nastanka trzajnih povreda vrata i procene posledica koje su iz takve povrede proizašle veoma je važno da lekar – veštak pored medicinske dokumentacije i kliničkog pregleda samog oštećenog sagleda i druge okolnosti, u vezi sa konkretnim štetnim događajem. Zbog toga je od izuzetnog značaja procena veštaka saobraćajne struke, posebno o brzini kretanja i vrsti vozila učesnika u momentu sudara.¹⁵

Kontraverzna su mišljenja koja je sila, odnosno udarna brzina potrebna za nastanak ovakve vrste povreda.

U praksi se najčešće susrećemo sa tabelom Moorehrend(1993).

Pod dele stepena ozleda vratnog dela kičme prema tabeli Moorehrend¹⁶ su:

¹⁵ P. Jakubiec, "Proving whiplash injury cases in cour", *Arch Med Sadowej Kryminol.* 69(4) 2019, 208-221.

¹⁶ Tabela Moorahrend(1993), navedena prema: F. Kovačević, E. Hadžić, „Dinamika nastanka trzajnih povreda vrata“, *Zbornik radova sa savetovanja sa međunarodnim učesćem na temu Saobraćajne nezgode*, Zlatibor 2012, 123.

Stepen	1	2	3	4
	Bez trzajnih povreda vrata	Lakše trzajne povrede vrata	Teže trzajne povrede vrata	Smrtne povrede
AIS Skala	0	1	≥2	≥5
Δv	≤ 5 (km/h)	8-30 (km/h)	30-80 (km/h)	≥ 80 (km/h)
Ubrzanje glave	≤ 4 (g)	4-15 (g)	15-40 (g)	≥ 40 (g)

Zbog toga bi bilo neophodno da se pre sudsko – medicinskog veštačenja obavezno obavi saobraćajno veštačenje, jer se samo na osnovu medicinske dokumentacije posebno kod povreda prvog i delimično drugog stepena ne može sa sigurnošću ni isključiti ni potvrditi postojanje ovakve povrede. Preciznim sagledavanjem svih činjenica u vezi sa nastalim štetnim događajem, a posebno izveštaja veštaka saobraćajne struke lekar –veštak može dati objektivnu procenu i eliminisati moguće manipulacije u sudsko – medicinskoj proceni.¹⁷ Ipak utvrđivanje brzine samo za sebe ne znači da do povrede nije došlo. Ovo stoga što ne postoje opšteprihvaćene tabele. Nužno je sagledati sve okolnosti slučaja, a naročito kompletnu medicinsku dokumentaciju vezanu za povredu, kao i zdravstveni karton oštećenog, kako bi se mogao doneti pravilan zaključak od strane lekara veštaka, budući da istraživanja pokazuju¹⁸ da povrede vratne kičme mogu nastati i pri brzini od 10 km/h uz minimalno ubrzanje od 3,5G.

U slučajevima težih oštećenja (treći i četvrti stepen) gde dolazi do trajnih posledica konačna evaluacija bi se trebala obaviti nakon šest meseci do godinu dana od povrede. Parametri koji bi se trebali procenjivati jesu pokretljivost vratne kičme, postojanje ili odsustvo neuroloških simptoma, kao i stabilnost koja može naknadno biti narušena usled inicijalnog oštećenja disko- ligamentarnih struktura, a koji obično ne budu vidljivi odmah po povredi, pa nisu ni notirani u pratećoj medicinskoj dokumentaciji.¹⁹

Zbog velike učestalosti ove vrste povrede kao i sudskih sporova koji se vode radi naknade štete po tom osnovu potrebno je poznavati sve kriterijume koji moraju biti zadovoljeni da bi se ovakva povreda mogla povezati sa štetnim

¹⁷ W. H. M. Castro, M. S. Achilgen, S.Meyer, et al., „Do whiplash injuries occur in low speed rear impacts?“, *Eur Spine J* 1997, 6:366-75.

¹⁸ S. Hedenstierna, P. Halldin, P. S. Gunter, „Neck muscle load distribution in lateral, frontal, and rear end impacts a three dimensional finite element analysis“, *Spine* 2009, 34:2626-2633.

¹⁹ R. Ferrari, *The whiplash encyclopedia: The facts and myths of whiplash*, JB Publishers, 2006.

događajem, izvršiti pravilna procena i pravilna naknada nematerijalne štete i istovremeno eliminisati moguće manipulacije koje kod ove vrste povreda nisu retke.²⁰

3. Zaključak

Trzajna povreda se obično definiše kao ubrzavajuće-usporavajući mehanizam energije koja se prenosi na vrat, najčešće kao posledica saobraćajne nezgode koje ima za posledicu sudar motornih vozila. Ova povreda može rezultirati skeletnim povredama ili povredama mekog tkiva, a što može dovesti do različitih kliničkih manifestacija u koje spadaju bol u vratu, ukočenost, glavobolja, vrtoglavica, parestezije i kognitivne teškoće kao što je gubitak pamćenja. Ove kliničke manifestacije su poznate kao poremećaj koji su u vezi sa trzajnom povredom (whiplash-associated disorder, WAD).

Veštačenja u parnicama za naknadu štete, a posebno u sporovima za naknadu nematerijalne štete nastale kao posledica saobraćajne nezgode, postaju zanimljive zbog činjenice da se u tim parnicama postavlja pitanje uzročne veze između saobraćajne nezgode i nastale posledice, ukoliko je posledica trzajna povreda vrata. Da li i koliko ubrzanje udarenog vozila izaziva kretanje tela u prostoru i da li je ovo kretanje, kao i brzina kretanja vozila koji je naleteo na udareni automobil, prouzrokuje trzajnu povredu vrata, pitanje je na koje moraju dati odgovor sudski veštaci medicinske struke, u pravilu ortopedi-traumatolozi. A pre nego što se oni upuste u veštačenje, nužno je da veštaci saobraćajne struke izračunaju promenu brzine kod vozila koja su učestvovala u saobraćajnoj nezgodi (*u sudskoj praksi* Δv). Ne postoje opšteprihvaćene tabele koje nam ukazuju da li kod određene brzine vozila može doći ili ne do trzajne povrede vrata, ali manja ili veća brzina može ukazivati na manju ili veću mogućnost ovakve povrede. Sudski veštak ortoped-traumatolog će prilikom veštačenja uzeti u obzir sve okolnosti pod kojima je došlo do povređivanja, ranije stanje vratne kičme, eventualne ranije operacije ili povrede, a obavezno će izvršiti i uvid u medicinski karton pacijenta. Nužno je pažljivo pregledati pacijenta, te nakon sagledavanja svih ovih činjenica, veštak ortoped će doneti nalaz i mišljenje u kome će konstatovati da li je u konkretnoj saobraćajnoj nezgodi došlo do trzajne povrede vrata, pa ako jeste, daće svoj nalaz koji je obično precizno postavljen od strane suda, a to je da li je kod oštećenog došlo do umanjavanja životne aktivnosti, ako jeste u kom procentu, da li je oštećeni trpeo fizičke bolove, te da li kod njega postoji naruženost.

²⁰ M. Richter, R. Ferrari, D. Otte, *et al.*, „Correlation of clinical findings, collision parameters, and physiological factors in the outcome of whiplash associated disorders“, *J. Neurol Neurosurg Psychiatry* 2004, 75:758 - 64. W. H. M. Castro, M. S. Achilgen, S. Meyer, *et al.*, 6:366 - 75.

* * *

FORENZIC-MEDICAL DILEMMAS IN EXPERTISE OF A NECK INJURY

Summary

In recent years it has become interesting to observe various expertises in civil lawsuits, in particular, in non-pecuniary damage cases, when a consequence of a road accident is considered to be whiplash injury or WAD-whiplash associated disorder.

The question, that should be answered by medical experts, professions, usually orthopedic traumatologists or forensic experts, is whether and how speed of the vehicle that made contact with vehicle in question, can influence the movement of the body in given space causing a neck injury.

And before the experts start their work on expertise, it is an imperative that they calculate the variable speed of vehicles that appeared in a traffic accident. There are no accepted tables which could provide the indication that the speed of one vehicle may or may not have caused the neck injury, but lower or higher speeds may indicate a greater or lesser possibility of such an injury.

The average consequential link between a traffic accident and a whiplash is to be demonstrated by forensic doctors, primarily by orthopedic traumatologists, but only after traffic experts forensics have finished requested expert evaluation of speed of the vehicles that made a contact in a traffic accident (Δv). This information is used by medical forensic experts as one of the parameters that will make its conclusion about the extent of the consequent link between a road accident and a whiplash, as well as the general health of the injured. The main goal of this expertise is that it provides, with the certainty, information required by court when assessing fair compensation for non-pecuniary damage.

Keywords: whiplash, traffic accident, forensic expert evaluation.

III

OSIGURANJE

Wolfgang Rohrbach*

NESREĆA NA TITANIKU IZ VIZURE ISTORIJE OSIGURANJA**

Apstrakt

Dana 14. aprila 1912. godine u 23.40 časova preookeanski gigantski brod Titanic, za koji se govorilo da je nepotopiv, sudario se sa santom leda pri punoj brzini krstarenja od 21 čvora. U toj broskoj nesreći, poginulo je između 1490 i 1517 putnika u članova posade, od kojih je bilo 56 državljana Austrougarske monarhije. Katastrofu je preživelo 9 državljana Monarhije. Sto deset godina kasnije, ova velika nesreća može poslužiti kao poučan primer ogromne zloupotrebe osiguranja, koju i danas neki tumače kao niz nemarnih postupaka.

Različiti izvorni materijali, kao npr. Kontradiktorni protokoli, odnosno, planovi i izveštaji koji su nestali ne dozvoljavaju da se izvedu stoprocentni dokazi, ali postoje brojne indicije da je umesto Titanika, više puta oštećeni tzv. „sestrinski“ brod Olimpik površinski popravljan, preimenovan u Titanic i i da je osiguran od svih rizika kod Lojdsa. Premije osiguranja su iznosile oko 140 miliona funti. Taj brod koji je preimenovan u Titanika poslat je na put smrti. Inače, brod Olimpik je imao nesreću na svom petom putovanju Severnim Atlantikom u jesen 1911. godine. Olimpik se tada sudario sa britanskim ratnim brodom HMS Hawke i pretrpeo je ozbiljna oštećenja na trupu sa desne strane. Brodarska kompanija je izgubila spor po tužbi za utvrđivanje odgovornosti koju je podnela protiv Ministarstva odbrane, kada je nastupila pretnja da ova kompanija ode u stečaj.

Iz ovog slučaja, možemo da definišemo sledeće elemente. Prvo, da je nesreća ovakvih dimenzija retka i da predstavlja sudbinu. Drugo, da se može zabeležiti značajan stepen nemara i bezbednosnih problema. Treće, avanturistička težnja ka bržem bogaćenju često vodi ka zločinu, u ovom slučaju, ka zloupotrebi osiguranja. Kad je u pitanju slučaj Titanika, stručnjaci su sumnjali na veliku prevaru još dvadesetih godina prošlog veka. Nalaze, koji su relevantni za osiguranje, možemo naći u mnogim knjigama i filmovima.

* Univ. Prof. Dr. Dr. habil. Dr. h. c., Profesor Univerziteta u Kremstu i akademik Evropske akademije nauka, Salzburg, Austrija; e-mail: wolfgang.rohrbach.g@gmail.com

** Članak je prevela sa nemačkog dr Mirjana Glantić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

Ono što moramo da izvučemo kao pouku iz ove nesreće odnosi se na sledeće. Svako osiguranje tako velikog obima ne sme da bude praćeno spekulacijama i nemarnim postupcima, koliko god je to moguće. Potrebno je profesionalno upravljanje rizikom do najsitnijih detalja. Ovakva opreznost ima za cilj da spreči pojavu određenih opasnosti (kao što je u slučaju Titanika bio nedostatak čamaca za spasavanje). I za osiguranika i za pružaoce usluga osiguranja jednako je važno poštovanje konkretnih uputstava o pravilnom ponašanju i sličnim kriznim situacijama. Na kraju, ali ne i najmanje važno, potrebna je profesionalna pomoć nakon nesreće, odnosno, osiguranog slučaja.

Ključne reči: alarmni sistem, oprema, posada, paluba, ledeni breg, kvar, sudar, putnici, čamci za spasavanje, špekulacija osiguranja, prevara u osiguranju.

1. Uvod

Od početka 20. veka, moderno istraživačko novinarstvo – poznato i kao „četvrta vlast u državi“ (pored zakonodavstva, izvršne i sudske vlasti) – usmereno je na to da se identifikuju krivci ili nalogodavci tolikih kriza i nesreća. Nauka je, uz pomoć moderne metodologije, često u stanju da pruži jasne dokaze o krivici ili nevinosti umesto zataškavanja i nagađanja. Relevantni propisi, smernice i zakoni izrađuju se na osnovu istorijsko-tehničke dokumentacije kako bi se u velikoj meri izbeglo ponavljanje sličnih katastrofa. Ali tehnički napredak stvara nove niše i rupe za „crne ovce“ među odgovornima licima, i pored postojanja sve preciznijih metoda bezbednosti i istrage. Ovaj članak o uzrocima katastrofe na Titaniku, koji se fokusira na istoriju osiguranja i upravljanja rizicima, nudi uvid u sve elemente lošeg rukovođenja koje se dešavalo u to vreme, počev od strukturalnih i kvarova opreme, preko nepropisnog ponašanja odgovornih lica, pa sve do elemenata krivičnog aspekta osiguranja. Kao zaključak za osiguravajuća društva se ističe potreba da sve nove kompleksne kombinacije osiguranja što je više moguće zaštite od potencijalne zloupotrebe.

2. RMS – Titanik najveći brod na svetu

RMS Titanik je bio putnički brod u vlasništvu britanske broderske kompanije *White Star Line*. Izgrađen je u Belfastu u brodogradilištu *Harland & Wolff* i bio je najveći brod na svetu kada je pušten u rad 2. aprila 1912. godine.

Kao drugi od tri parobroda u olimpijskoj klasi, Titanik je, kao i njeni sestrinski brodovi, bio namenjen linijskom prevozu na liniji *Southampton-Cherbourg-Queenstown- New York, New York Plymouth-Cherbourg-Southampton* i trebalo je da postavi nove standarde u udobnosti putovanja.¹

¹ O. Lynch, K. Marschall, *Titanic - Königin der Meere*, Heyne, München 1997, 11-17.

2.1. Oprema

Britanske vlasti su odobrile Titanik za prevoz 3300 putnika, plus potrebna posada. Međutim, ovaj mogući putnički kapacitet nije u potpunosti iskorišćen zbog opreme Titanika. U prvoj klasi bilo je mesta za 750 ljudi, u drugoj klasi za 550 ljudi i u trećoj klasi za 1100 ljudi. Titanik je tako ponudio prostor za ukupno 2400 putnika, plus 897 članova posade.

2.1.1. Prva klasa

Veći deo unutrašnjosti Titanika korišćen je za prvu klasu, za koju je bila predviđena skoro cela paluba i veliki deo srednjeg trupa. Žarište svih dešavanja pripadnika prve klase bilo je veliko brodsko stepenište, koje je povezivalo ukupno šest paluba. Stepenište je bilo jedna od najraskošnijih i arhitektonski najpromišljenijih prostorija na brodu: bilo je obloženo hrastovim pločama i nadvišeno staklenom kupolom.

Drugo, slično stepenište je povezivalo palube A i C. Za putnike prve klase pored stepeništa su bila tri lifta, koja su išla paralelno sa prednjim stepeništem. Većina javnih prostorija bila je na palubi, uključujući salon za čitanje i pisanje, prostrani salon, posebno fino opremljen salon za pušaće i dva identično nameštena kafea na verandi. Na palubi D bila je trpezarija prve klase, koja je 1912. bila najveća prostorija na brodu. Pored ove sobe, putnici prve klase mogli su da ručaju i *a la carte* u restoranu na B palubi. Godine 1912. ovaj kulinarski luksuz na brodovima bio je nešto posebno. Pored restorana nalazio se „*Cafe Parisien*“, dizajniran u stilu francuskih restorana.

2.1.2. Druga i treća klasa

U trećoj klasi putnici su spavali u skućenim kabinama sa do četiri bračna kreveta ili kreveta na sprat, a saloni su bili manji. Ipak, oprema treće klase, u kojoj su do sada bile uobičajene velike spavaonice umesto kabina, nadmašila je sve do sada izgrađene brodove. Druga klasa Titanika bila je udobna otprilike kao prva klasa na starijim putničkim brodovima.

2.1.3. Izuzetno malo čamaca za spasavanje

Gornja paluba, koja je bila podeljena na prostore za prvu i drugu klasu, bila je predviđena kao skladište za čamce za spasavanje. Bile su opremljene sa 48 čamaca za spasavanje. Prvobitno je pomorski arhitekta Aleksander Karlajl (*Alexander Carlisle*) planirao da ugradi 48 čamaca za spasavanje na Olimpik i Titanik, ali je usledilo nekoliko promena dizajna, usled čega je broj čamaca za spasavanje smanjen na 20.

Među njima je bilo 14 redovnih čamaca za spasavanje, dva rezača za hitne slučajeve i četiri sklopiva čamca. Bilo je i 3560 prsluka za spasavanje.²

3. Prvo putovanje sa nesmotrenim rizicima

Titanik je započeo svoje prvo putovanje od Sautemptona do Njujorka u sredu, 10. aprila 1912, pod iskusnim 60-godišnjim kapetanom Edvardom Džonom Smitom (*Edward John Smith*). Titanikovo prvo putovanje bilo bi njegovo poslednje putovanje kao kapetana pre penzionisanja. Brod je krenuo sa svog veza u luci Sautempton nešto posle 12 časova. Zbog prethodnog štrajka rudara i nestašice uglja, u luci je bilo više brodova nego inače. U poređenju sa okolnim tegljačima, postalo je jasno koliko su ogromne dimenzije tada najvećeg broda na svetu. U tom smislu, pojavio se i rizik koji se do sada nije razmatrao. Niko nije razmatrao moguće posledice kretanja vode u lučkom basenu – izazvanog trima pogonskim propelerima okeanskog giganta koji potiču sa Titanika. Dok je Titanik prolazio pored parobroda Njujork i RMS Okeanik, konopci za privez Njujorka su se pokidali, i Njujork je zatim polako krenuo da pluta prema Titaniku. Sudar je za dlaku izbegnut, ali je ovaj incident odložio polazak Titanika za sat vremena.

3.1. Osam prihvaćenih i četiri ignorisana upozorenja na led

Kapetan Smit i njegovi oficiri znali su i pre nego što su napustili Sautempton da je ledeno polje veće veličine i južnije nego prethodnih godina. Na putu od Sautemptona do mesta nesreće, Titanikov radio-operater je dobio osam prihvaćenih i četiri ignorisana upozorenja o ledu od drugih brodova. Prva dva izveštaja stigla su 12. aprila sa francuskog broda *La Touraine*, koji je primetio led, i 13. aprila sa parobroda *Rappahannock*, koji je pomoću signalne lampe javio da su prošli kroz težak led. Verovatno su ova upozorenja dovela do toga da je kapetan Smit otišao deset milja južno od onoga što je uobičajeno u ovo doba godine.

Nešto pre 13 časova 14. aprila, u nedelju kada je došlo do sudara sa santom leda, Titanik je dobio upozorenje o ledu od broda *Caronia*. Ovu radio-poruku je kapetan Smit pokazao drugom oficiru Lajtolera (*Lightoller*) i dao je da se okači u sobi za karte. Oko 13:40 časova radio-operateri na Titaniku primili su radio-poruku sa Baltika. Upućena kapetanu Smitu, ona je sadržala informaciju da je grčki parobrod *Athinai* opazio ledena polja na 41,51° severne geografske širine, 49,52° zapadne geografske dužine i velika ledena polja.

Međutim, radio-operateri nisu prosledili sva upozorenja o poledici; bili su zauzeti slanjem privatnih telegrama. Kao rezultat toga, nije bilo preciznih informacija o trenutnom položaju ledenog polja. Poslednja radio-poruka stigla

² S. Störmer, *Titanic - Mythos und Wirklichkeit*, 2. Auflage, Verlag Henschel, Berlin.

je do radio-operatera Titanika od kalifornijskog broda, za koji je rečeno da je bio okružen ledom i zaglavljen. Kontakt je naglo prekinut. Još jedna poruka stigla je sa HAPAG parobroda Amerika.

Propustom ili ignorisanjem četiri izveštaja o ledu, radio-operateri nisu prekršili propise, jer se tada još uvek nova radio tehnologija nije smatrala neophodnom za komandu broda. Podrazumeva se da su oficiri dobili tri do četiri različita upozorenja i da je kapetan Smit znao za tri od njih. Prema svedočenjima, oficiri su bili svesni opasnosti od santi leda, ali svi su imali različite informacije i niko nije znao sva upozorenja od ledenog brega. Ukupna slika bi pokazala da će Titanik uveče biti zarobljen u velikom ledenom polju.³

3.2. Glasine o kapetanu Smitu i plavoj traci

Prvobitno su postojale glasine da su kapetan Titanika, Edvard Džon Smit, ili White Star Line želeli da osvoje plavu traku za najbrži prelazak Atlantika na prvom putovanju ovog džinovskog broda. Međutim, ovi navodi su opovrgnuti. Ono što je, međutim, izvesno je da je Džozef Brus Ismej (*Joseph Bruce Ismay*), generalni direktor White Star Line i putnik na Titaniku, pozvao „svog” kapetana da ne usporava brzinu broda uprkos dolaznim upozorenjima na led i da zadrži kurs. Inače, Džozef Brus Ismej je to demantovao pred britanskim istražnim komitetom sa kontradiktornim argumentima svojih ekonomskih interesa.

U svakom slučaju, čini se da je iskusni mornar Smit podlegao pritisku ekonomskih interesa. Još jedna glasina koja je opstala do danas bila je da je brodarska kompanija pripremila ogromnu prevaru u osiguranju i da je kapetan Smit bio najvažniji saučesnik. Zagovornici teorije pretpostavljaju da bi kapetan – kupljen velikim sumama novca – trebalo da vozi brod o santu leda kako bi potonuo i brodska linija mogla da prikupi sumu osiguranja od oko 140 miliona evra. Plan koji je kapetan platio životom.⁴

Kritičari su kasnije optužili Vilijama M. Mardoka (*William M. Murdoch*), koji je poginuo u potonuću, da je postupio pogrešno nakon što je ugledao santu leda.⁵ Drugi su sugerisali da je obavio dobro plaćen posao za vlasnika brodarske kompanije koji je hteo da izvede prevaru.⁶ Kaže se da je komanda motora „stop, kreni unazad” itd. odložila manevar izbegavanja. Čak i uz pretpostavku kašnjenja od samo deset sekundi, nije bilo dovoljno vremena da se mašine zaustave pre

³ <http://www.oesta.gv.at/./default.aspx>, datum pristupa 15. 03. 2013.

Titanic Passengers And Crew Residing In Kricina, Croatia - Titanic Crew And Passengers Living In Kricina, Croatia.

⁴ [http://www.titanic-titanic.com/titanic pas](http://www.titanic-titanic.com/titanic_pas). datum pristupa 17. 03. 2013.

⁵ S. Spignesi, *Titanic*, Verlag Goldmann, München 2000, 90, 196.

⁶ D. Wade, *Die Titanic- Das Ende eines Traums*, München 1984.

sudara, puste ih da ponovo krenu unazad i onda razviju dovoljan kontra-potisak, koji je već bio premali.⁷

I dalje pri maksimalnoj brzini krstarenja, prednji desni bok broda udario je u formaciju leda, koja je procenjena na 300.000 tona. Ledeni breg je verovatno došao iz *Jakobshavn Isbrae*, glečera na zapadu Grenlanda.⁸

4. Zabluda i istina o curenju Titanika

Jedna od najozbiljnijih zabluda o Titaniku, koja se propagirala do pre nekoliko godina, bila je navodno curenje i oštećenje od 90 metara. Da bi se objasnila činjenica da je nepotopivi Titanik ipak potonuo, trebalo je pretpostaviti „razumnu štetu“. Shodno tome, crtač je pustio mašti na volju i na slici pokazao kako santa leda, sa izbočinom sličnom oštrici noža, pravi prorez na spoljašnoj strani broda, koji je bio nekoliko metara širok i 90 metara dug. Ovakve i slične predstave su dugo oblikovale ideje o sudaru sa ledenim bregom. Nasuprot tome, Edvard Vajlding (*Edward Wilding*) je još 1912. godine izračunao da je ukupna površina oštećena ledenim bregom iznosila samo oko 1,2 m².⁹

U stvari, sudar je oštetiio pramac i desnu stranu. Titanikov trup je bio podeljen po dužini na šesnaest pregrada vertikalnim gvozdenim vodonepropusnim zidovima. Čak i da se četiri od njih napune - što se smatralo malo verovatnim - brod ne bi potonuo. Ali sudar je otvorio šest pregrada ispod vodene linije.

Jedan detalj dizajna imao je fatalne posledice: pregrade nisu bile podignute. Deo vode je takođe brzo otišao u susedna, neoštećena odeljenja. Višestruko curenje je nastupilo na svih šest prednjih vodonepropusnih pregrada. Dok se prednjih pet pregrada punilo, poplavu u šestom odeljku mogle su da uspore pumpe. U brod se u prvom satu slilo između 22.000 tona i 25.000 tona vode. Prednjih pet odeljaka je bilo skoro potpuno poplavljeno, nakon čega je Titanik za kratko vreme skoro dostigao ravnotežu. U ovom trenutku, brod je bio nagnut oko 5° prema pramcu, što većina ljudi verovatno nije shvatila kao pretnju. U satu koji je usledio, u brod je ušlo najviše još 6.000 tona vode, a nagib se nije bitno promenio.

Međutim, sekundarne poplave su postojale sve veće, jer je sve više i više nepropusnih otvora na brodu, kao što su otvoreni prozori, ventilacioni šahti i otvori za teret u pramcu koji je tonuo, dolazilo ispod vodene linije. Ovo je ubrzalo proces potonuća.¹⁰

⁷ M. Tolan, *Titanic. Mit Physik in den Untergang*, München 2011, 19-24.

⁸ *Ibid.*

⁹ B. Grimmeler, *Die 50 populärsten Titanic-Irrtümer*, Bucher, München 2011, 32.

¹⁰ L. M. Koldau, *Titanic. Das Schiff, der Untergang, die Legenden*, Verlag H.C. Beck, München 2012, 55-60.

5. Teorija prevare u osiguranju: zar Titanik nije bio Titanik?

U jesen 2011, nemački list *Die Welt* objavio je senzacionalan članak o kriminalnoj pozadini katastrofe na Titaniku. Između ostalog, londonski list *Daily Mail* je preneo deo teksta, citirajući:

„To nije bila nesreća, to je bila prevara osiguranja koja oduzima dah.“ Dva britanska autora Robin Gardiner (*Robin Gardiner*) i Dan van der Vat (*Dan van der Vat*) pokušali su da obezbede zbirku dokaza u svojoj knjizi „Misterija Titanika“ iz 2012. godine. Isti autori su još 1996. godine predstavili teoriju prevare u osiguranju u brojnim detaljima i sa sledećim osnovnim informacijama u knjizi „Zavera Titanika“. Dokaz iz 1986. godine, koji je navodno ukazivao da je olupina Titanika ležala na morskom dnu, ispostavio se kao špekulacija. Ovo su otkrića američkog okeanografa Roberta Balarda (*Robert Ballard*), koji je, prema sopstvenom izveštaju, 1. septembra 1985. locirao olupinu legendarnog luksuznog broda zajedno sa svojim francuskim kolegom Žan-Luj Mišelom (*Jean Louis Michel*) i 1986. godine je zaronio do olupine, koja se pojavila na 3800 metara duboko od obale Njufaundlenda (Kanada). „Sve smo pažljivo fotografisali i napravili kompletan mozaik broda. To je Titanik koji leži na dnu mora.“

Pošto je tvrdnja bila zasnovana na premalo činjenica, dva britanska autora Robin Gardiner i Dan van der Vat istakli su u svojoj knjizi:

- Prema teoriji, u severnom Atlantiku nije potonuo Titanik, već njegov sestrinski brod „Olimpik“, izgrađen 1911. u belfastskom brodogradilištu Harland i Wolf.
- Brod je učestvovao u brojnim nesrećama sa oštećenjem trupa tokom svojih prvih putovanja, ali one nisu bile pokrivena od strane osiguravajućih kompanija. Troškovi popravke znatno su pogoršali finansijsku situaciju brodarske kompanije.
- Prema autorima, stvarni plan za prevaru u osiguranju nastao je nakon još jedne nesreće na Olimpiku, koja se dogodila tokom petog putovanja Severnim Atlantikom u jesen 1911. godine. Tada se Olimpik sudario sa britanskim ratnim brodom HMS Hawke i pretrpeo ozbiljna oštećenja trupa sa desne strane. Kao rezultat toga, brodarska kompanija je izgubila tužbu koju je pokrenula protiv Ministarstva odbrane.
- • Nijedno osiguranje više nije htelo da pokrije oštećeni brod.

5.1. Sprovođenje plana

Kažu da je plan vlasnika broda bio sledeći:

Da pošalje Olimpik pod imenom Titanik na njegovo prvo putovanje kao novi brod osiguran od strane *Lloyds*-a na oko 2/3 vrednosti, što je ekvivalentno

oko 140 miliona evra.¹¹ Pri tome postojala je svest o visokom riziku od nanošenja totalnog gubitka sudarom sa santom leda, kako bi se potom suma osiguranja iskoristila za restrukturiranje zaduženog brodarar.

Dok se Olimpik popravljao u brodogradilištu, nalazio se pored Titanika, koji je bio u izgradnji. Tokom ovog perioda, prema teoriji, zamenjene su natpisne pločice, brodski zavrtnji (elise) i kormila brodova. Zagovornici teorije nastavljaju da pretpostavljaju da je kapetan, potkupljen velikom sumama novca – trebalo bi da vozi (pusti) brod o santu leda tako da potone. Osiguravajuća kuća bi tako dobila sumu od oko 140 miliona evra (preračunato za 2021. godinu) za potpuno novi Titanik, koji je u stvari bio pokvareni i samo privremeno popravljeni Olimpik. Stvarni Titanik je trebalo da nastavi svoja putovanja pod imenom Olimpik i kao potpuno nov brod. Naravno, smrtne slučajeve je trebalo izbegavati koliko god je to bilo moguće.

U tu svrhu, brod Kalifornija (koja je pratila Titanik na bezbednoj udaljenosti) trebalo je da bude postavljena u blizini kasnijeg mesta nesreće, koja je potom trebalo da spase sve putnike sa broda koji tone. Iz nepoznatih razloga, ovaj pokušaj je propao.

5.2. Upečatljivi dokazi za ispravnost teorije

U prilog teoriji prevara u osiguranju govori činjenica da

- vlasnik broderske kompanije Džon Pirpont Morgan (*John Pierpont Morgan*) nije napravio prvo putovanje kako je planirano. Govorilo se da je bolestan. Međutim, nekoliko dana kasnije, Amerikanac je primećen u Francuskoj sa svojom ljubavnicom, očigledno savršeno zdrav.
- Još 55 putnika je otkazalo u kratkom roku, uključujući prijatelje Pjerponta Morgana (*Pierpont Morgan*) Henrija Frika (*Henry Frick*), magnata čelika i američkog ambasadora u Parizu, i Džordža Vanderbilta (*George Vanderbilt*), člana industrijske i železničke dinastije.
- Američka umetnička kolekcija, koja je sada deo njujorškog Muzeja moderne umetnosti, takođe nije stigla na brod kako je nameravano.¹²
- Izgubljeni su svi planovi izgradnje Olimpika i Titanika od marta 1912. godine.

¹¹ www.welt.de, datum pristupa 01. 12. 2012.

¹² British Parliamentary Papers, Shipping Casualties (Loss of the Steamship "Titanic"), 1912, 6352, „Report of a Formallinvestigation into the circumstances attending the foundering on the 15th April, 1912, of the British Steamship "Titanic", of Liverpool, after striking ice in or near Latitude 41 °46'N. Longitude 50°14'W., North Atlantic Ocean, whereby loss of life ensued.”

- U brošurama brodarskih kompanija koje su predstavljale Titanik, prikazani su samo unutrašnji snimci Olimpika.
- Tokom godina, Robert D. Ballard je tokom svog istraživanja olupine Titanika otkrio pregradu koja zapravo nije tamo trebalo da bude. Velika je verovatnoća da se ova pregrada nalazila upravo na ovom mestu na Olimpiku. Od 3.600 delova koliko je do sada pronađeno, nijedan ne dokazuje jasno da je u pitanju pravi Titanik. To, međutim, nije iznenađujuće, jer su ona i njen sestrinski brod bili ne samo gotovo identični po konstrukciji, već i po opremi.
- Pogonski zavrtnaj nosi broj 401, konstrukcioni broj Titanika. Međutim, poznato je da je Olimpik dobio broj 400 tokom remonta.

5.3. Između nemara i zločina

Komanda broda je optužena i za nemar u tome što pomorci na osmatračnici nisu bili opremljeni dvogledima, već su morali da se oslanjaju na sopstveni vid prilikom nadgledanja prepreka u moru tokom mračne noći.¹³

- Da li je odluka kapetana Smita zaista bila samo gruba pogrešna procena?
- Iako je noć bila vedra, bila je posebno mračna zbog mladog meseca.

Osim toga, nije bilo apsolutno nikakvog vetra, a samim tim je i more bilo glatko kao ogledalo, tako da nije bilo talasa koji bi se mogli razbiti o sante leda, što bi olakšalo uočavanje. Samo ledeno polje bilo je mnogo veće i pružalo se južnije od bilo kog drugog koji mu je prethodio. Prema izveštaju istražne komisije koju je formirao američki Senat nakon potonuća broda, kabinet teleskopa bio je zaključan tokom čitavog putovanja Titanika jer je ključ bio kod oficira koji je smenjen pre putovanja, tako da nije imalo mogućnosti pristupa teleskopu na brodu.¹⁴

Štaviše, kapetan Smit nije uspeo da pojača osmatračnicu, odnosno da postavi još jednu stražu od ledenog brega na pramcu broda, što bi, s obzirom na veliku brzinu putovanja i primljena upozorenja o ledu, bila barem razumna, ako ne i neophodna mera predostrožnosti. Takođe, iz dokumenata i izjava svedoka nisu poznati nikakvi drugi razlozi za oslobađanje kapetana Smita. Njegova odluka da zadrži kurs i brzinu u mrkloj noći uprkos brojnim upozorenjima na led, zapečatila je sudbinu broda. Do ovog je zaključka došla britanska istražna komisija, koja je navela da je uzrok nesreće „prevelika

¹³ J. Malam, *Megawissen Versunkene Schiffe. Die Titanic und andere Schätze auf dem Meeresgrund*, Dorling Kindersley, September 2003, 52.

¹⁴ S. Spignesi, 196.

brzina u vodama izrešetanim santom leda". Ipak, u toku žalbene istrage, kapetan Smit je posthumno oslobođen optužbe za nemar na osnovu toga što je održavanje kursa i brzine u vedrim danima (!!) bila uobičajena praksa na ekspres parobrodu u to vreme.¹⁵

6. Evakuacija

Kapetan Smit je detaljno istražio štetu odmah nakon sudara i konsultovao se sa pomorskim arhitektom Tomasom Endrjuzom (*Thomas Andrews*), koji je predvideo brzo potonuće. U 00:05 časova kapetan Smit je naredio da se Titanik evakuise. Iako je stepen štete brzo postao jasan, evakuacija broda je tekla presporo. S jedne strane, zato što je Titanik smatran nepotopivim; jedva da se navede nakon sudara i stoga je stepen opasnosti za putnike bio nejasan.¹⁶

6.1. Nepostojanje alarmnog sistema na Titaniku

Osoblje je moralo da viče putnicima da se popnu na palubu jer nije bilo alarmnog sistema.

Relativno malo osoblja je bilo na raspolaganju, posebno za treću klasu, koja je imala najviše putnika. Nema dokaza da je komanda broda dala bilo kakva uputstva u vezi sa ovim problemom.

U trećoj klasi putovali su mahom stranci koji su govorili slabo ili uopšte nisu govorili engleski. Ova jezička barijera je takođe pogoršala problem sa razmenom informacija.

Da bi se izbegla panika, oficiri i stjuardi su prvobitno dobili instrukcije od glavnog oficira Henrija T. Vajlda da objasne evakuaciju putnicima kao „manevar čamcem“; pored toga, orkestar na brodu je svirao do potonuća. Mnogi putnici prve klase smatrali su da je nošenje prsluka za spasavanje preterano. Sve u svemu, putnici su drugačije reagovali. Mnogi jedva da su osetili bilo šta od udara, posebno ne u zadnjim kabinama. Scene na palubi su bile bizarne. Na vrhu broda (pramcu) veliki komadi leda su sleteli na brod, pa su deca igrala fudbal sa njima. Putnici prve i druge klase sve su sa palube posmatrali sa radoznalošću, a niko nije bio svestan opasnosti.

Sa određenih sedišta u prvoklasnim barovima viđen je ledeni breg kako prolazi, a mnogi su se rugali komadima ledenog brega; neki su želeli led sa ledenog brega za piće itd. Niko nije mogao ni da zamisli štetu na dnu broda. Tek kada su mašine prestale, manje-više svi su se probudili i ispitivali osoblje.

¹⁵ Odlomak iz novina „Staatszeitung“ od 12. februara 1913. o zahtavima za naknadu štete koji su podenti White Star Line-u.

¹⁶ <https://leanbase.de/leanmagazin>. Der Untergang der Titanic aus Sicht der Systemischen Führung (Teil 2), datum pristupa 23.01.2020.

U prednjem delu Titanika na pramcu voda je već ulazila u kabine treće klase.¹⁷

U 00:10 časova kapetan Smit je poslao Morzeovu azbuku u pomoć. Ali radio-operateri još uvek nisu shvatili ozbiljnost situacije. Neki su se šalili na račun poziva u pomoć. Tek u 0:30 časova ujutru Titanik je krenuo u rikverc, strah je zavladao, praćen hitnim Morzeovim kodom „SOS... pozicija... tonemo“.¹⁸ Kada je kapetan Smit naredio da se podele prsluci za spasavanje i pripreme čamci za spasavanje nakon Endruzove poruke u 12:20, retko ko je verovao u katastrofu. Sada su Stjuartovi iz kreveta izvukli još usnule ljude: u prvom razredu batinama, u drugom uz povike, u trećem razredu vrata su se gromoglasno otvarala i ljudi su pozivani.

Nekoliko članova posade Titanika je u daljini ugasilo svetla na jednom brodu, tako da je Titanik od 00.45 časova pokušavao da uspostavi kontakt sa tim brodom redovnim ispaljivanjem signala za pomoć. Mogla je to biti Kalifornija planirana u okviru „plana zaveré“ da se spasu putnici. Međutim, nije bilo odgovora niti manevara spasavanja, a kasnije se pojavila sumnja u takvo nepružanje pomoći.¹⁹

6.2. Kvarovi pri korišćenju čamaca za spasavanje

Putnici treće klase obično nisu imali pristup palubi. Ispod palube je u složenom sistemu koridora mogao da se pronađe prelaz u drugu klasu, pri čemu su unutrašnje veze između klasa broda bile obezbeđene barijerama koje su bile zaključane prema naredbama američkih vlasti. Prema izveštajima preživelih, neki od ovih prelaza takođe su bili zatvoreni tokom potonuća. Spoljne stepenice koje vode do šetališta verovatno su pružale najlakšu priliku da se dođe do palube za čamce.

Prvi čamac za spasavanje spušten je u vodu tek oko 00.45 časova.²⁰ Zvanično je pri vođenju čamaca za spasavanje važio takozvani Birkenhedov princip „žene i deca na prvom mestu“. U praksi je, međutim, obično bilo važnije na kojoj ste strani broda i u kojoj klasi putujete. Različiti oficiri koji su upravljali čamcima različito su postupali. Drugi oficir Čarls Lajtler (*Charles Lightler*) tumačio je naređenje kao „muškarci nikako“, čak i kada je to značilo spuštanje čamca koji nije bio ni napola pun jer nijedna žena nije bila voljna da se iskrca iz još uvek stabilnog Titanik. Prema izveštajima očevidaca, majka je čak imala problema da unese svog 13-godišnjeg sina u čamac za spasavanje jer ga je policajac smatrao odraslim muškrcem.

¹⁷ M. Tolan, 19-24.

¹⁸ L. M. Koldau, 55-62.

¹⁹ D. Wade, 48.

²⁰ S. Störmer, 20-24.

S druge strane, na desnoj strani broda, gde je bio glavni oficir Mardok, muškarci, uključujući i mnoge članove posade, imali su manje problema da uđu u čamac. Više ljudi je spašeno na desnoj nego na levoj strani. Od postojećih 1178 mesta za čamce za spasavanje, iskorišćeno je samo 705 mesta.²¹ Umesto mogućeg kapaciteta od 65 putnika, mnogi čamci su bili samo napola zauzeti; jedan od čamaca za spasavanje, projektovan za 40 putnika, već je bio u funkciji kada je u njemu bilo samo 12 ljudi. U početku se strahovalo da bi čamci mogli biti previše krhki za tako veliki broj putnika. Osim toga, Titanik je dugo ostavljao utisak stabilnosti. Mnogi od onih na brodu verovali su da je Titanik bezbednije mesto od malih čamaca za spasavanje. Moguće je i da je brodski orkestar značio da opasnost nije shvaćena dovoljno ozbiljno. Osam muzičara, predvođenih vođom benda Volasom Hartlijem (*Wallace Hartley*), puštali su muziku i bezbrižne melodije na palubi kako bi sprečili paniku, što je bilo naređenje komande broda. Niko od muzičara nije preživeo potonuće.

Panika je izbila tek kada je postalo očigledno da će brod potonuti i da je ostalo samo nekoliko čamaca za spasavanje. Neki od čamaca koji su na kraju spušteni bili su pretrpani sa preko 70 ljudi. U žurbi za evakuacijom, spasilački čamci, označeni A i B, nisu bili dovoljno pripremljeni. Tek u poslednjem trenutku dvojica službenika su pokušala da oslobode hitni čamac B, koji je, kao i ostali čamci za hitne slučajeve, bio presavijen i samim tim zauzimao malo prostora za skladištenje. Međutim, pao je u vodu i služio je samo kao splav za spašavanje za neke koji su kasnije izbačeni u more, uključujući oficira Lajtolera.²²

7. Spektakularno potonuće Titanika

Poslednji čamac za spasavanje koji je spušten, *Notboot D*, napustio je Titanik u 2:05 ujutru. Radio-operateri su razrešeni dužnosti, ali su nastavili da emituju nekoliko minuta.²³ Oko 2.10 časova, kotlarnica broj četiri potpuno je bila poplavljena. Oko 40.000 tona vode izazvalo je potonuće pramca, voda je sada stigla do broskog mosta i počela da zapljuskuje palubu čamca. U to vreme, kotlarnica broj 2 je takođe evakuisana zbog poplave, a prednji levak Titanika se prevrnuo napred, pri čemu je nekoliko ljudi poginulo prilikom pada u vodu.²⁴ Preterano strm položaj broda u pravcu pramca sada se stalno povećavao; normalno hodanje je bilo jednako teško kao i rad u kotlarnicama i mašinskim prostorijama.

²¹ H. Kreutz, *Das Überleben des Untergangs der Titanic. Eine nichtattraktive Messungsozialer Ungleichheit*, München 1977, 22.

²² L. M. Koldau, 55-60.

²³ S. Wels, *Titanic- Schicksal & Vermächtnis des Ozeanriesen*, Bechtermünz, Augsburg 1998, 89.

²⁴ S. Spignesi, 196. Takođe, M. Chirnside, *The Olympic-Class Ships: Olympic, Titanic*, Tempus Publishing, 2004.

Tamo je glavni inženjer Bel nastavio da upravlja kotlarnicama 2 i 3 zajedno sa brojnim ložacima i još 34 brodska inženjera i mašinista na brodu. Na taj način je nastajala energija korišćena za pumpe, radio i osvetljenje. Pored toga, voda je ispumpavana ciljano. Sada su već mnogi članovi posade očajnički pokušavali da se podignu preko merdevina za hitne slučajeve, ali je samo nekolicina uspela.

Oko 2:18 ujutru, proces je dostigao vrhunac koji je počeo nekoliko sati ranije. Zbog nedostatka pogona većih delova broda – u početku samo u pramčanom delu, a kasnije i na krmi – sile su delovale na trup broda, za što on nije bio konstruisan. Korpus broda, koji se ranije samo izvijao, više nije mogao da izdrži sve veće sile i puknuo je u blizini kotlarnice broj I. Pri tome su prekinuti i parni i električni vodovi, a brod je ležao u mraku. Pramčani deo, koji je do tada bio skoro potpuno potopljen, potonuo je u potpunosti dok se krmeni deo strmo podizao i konačno potonuo oko 2.20 časova.²⁵

Olupina je potonula na približnom položaju od 41°44'N, 49°57'V i udarila u morsko dno na dubini od 3.821 metar brzinom između 50 km/h i 80 km/h. Titanik je ukupno ubio između 1.490 i 1.517 putnika i članova posade, uključujući i kapetana, koji je verovatno dobrovoljno pao sa svojim brodom. Stradala su i neke poznate ličnosti.

7.1. Mnogi nisu potonuli već su se smrzli u vodi

Nakon potonuća, spašeni su morali da čekaju oko dva sata u čamcima pre nego što ih je pokupio *RMS Carpathia*. Noć kada je Titanik potonuo bila je veoma hladna, temperatura vode je bila ispod 0°C, nešto iznad tačke smrzavanja morske vode. Mnogi ljudi nisu umrli na brodu tokom potonuća, već tek potom u vodi od hipotermije i beživotno su lebdeli u vodi kada je *RMS Carpathia* stigao u 4:10 ujutro. Iako je na čamcima Titanika još uvek bilo nekoliko stotina slobodnih mesta, putnici su veslali udaljavajući se od onih koji su zvali u pomoć, plašeći se da će im se čamac prevrnuti ako previše onih koji plutaju u vodi pokuša da se popne. Samo se čamac za spasavanje broj 4 vratio nazad. Međutim, samo petoro preživelih se moglo popeti u čamac, od kojih su dvoje umrli u tom istom čamcu. Oko 3 sata ujutru, oko 40 minuta nakon potonuća Titanika, prestali su poslednji pozivi u pomoć iz vode. Tek tada se čamac broj 14, pod komandom petog oficira Harolda Loua (*Harold Lowe*), koji je dozvolio prebacivanje putnika na druge čamce za spasavanje, vratio onima koji su plutali u vodi. Spašeno je još troje ljudi. Samo ukupno 711 ljudi je preživelo, prema britanskom izveštaju o istraživanju.²⁶

²⁵ S. Spignesi, 196.

²⁶ *Ibid.*

8. Oporavak brodolomaca i žrtava

Ujutro 15. aprila 1912, nešto pre 00:30, *RMS Carpathia* primio je prve radio-sig-nale za pomoć sa Titanika. Kapetan Smit je oko 12:15 izdao naređenje radio operaterima Džeku Filipsu (*Jack Phillips*) i Haroldu Brajdu (*Harold Bride*) da pošalju pozive u pomoć drugim brodovima. 15 minuta kasnije javio se *RMS Carpathia*, kome je trebalo skoro četiri sata da stigne do mesta nesreće. Prema rečima službenika radija na brodu *Carpathia*, on je bio taj koji je pozvao Titanik da je obavesti o radio-porukama dobijenim od bežične stanice Markoni. Kao odgovor, dobio je CQD poziv u pomoć.²⁷ Kapetan broda *Carpathia*, Artur Rostron (*Arthur Rostron*), izdavao je naređenja da se dalje kreće ka Titaniku uprkos postojanju opasnosti od udara u sante leda. U 4 sata ujutro, *RMS Carpathia* je stigla do mesta gde je potonuo Titanik.

Uveče 19. aprila, *RMS Carpathia*, koja je zapravo bila na putu između Njujorka i Fiume, vratila se u Njujork i dovezla preživjele katastrofe na obalu. Od tada, članovi posade Karpnije smatraju se herojima i slave širom sveta.

9. Istrage, nalazi i korektivne radnje

U istragama neposredno nakon nesreće od 19. aprila 1912. do 25. maja 1912. godine, komitet američkog Senata kojim je predsedavao Vilijam Ejden Smit (*William Aiden Smith*) ispitao je više od 82 svedoka o brodskoj nesreći. Britanci su takođe osnovali sopstvenu istražnu komisiju na čelu sa Rufusom Caksom (*Rufus Tsaacs*) i Robertom Finlejem (*Robert Finlay*), koja se sastala od 2. maja 1912. do 3. jula 1912. i saslušala 97 svedoka i stručnjaka.

Bilo je mnogo oprečnih dokaza, od ubedljivih izjava do nejasnih nagađanja, zabluda i verovatno laži.²⁸

Uzroci i posledice nesreće zabeleženi su kao „prebrzo putovanje Titanika kroz opasne vode“ i „premalo čamaca za spasavanje“ i da „SS Californian, koji bio najbliži mestu nesreće, nije pritekao u pomoć jer je njihov radio-operater bio van dužnosti i otišao na spavanje“. Međutim, nije dovoljno rasvetlio motive i spekulacije koje su moguće za svaki prekršaj. Kada je Džosef Brus Ismej ovo demantovao pred britanskim istražnim komitetom, uz kontradiktorne argumente svojih ekonomskih interesa, 1913. godine je trebalo da bude ispitan sada osumnjičeni vlasnik brodarske kompanije Džon P. Morgan (*John P. Morgan*), ali se to nije dogodilo jer je on preminuo u hotelu u Rimu.²⁹

Relevantni nalazi istraga doveli su do dugačke liste novih propisa:

²⁷ H. Kreutz, 22.

²⁸ S. Spignesi, 196.

²⁹ W. Lord, *Titanic-Wie es wirklich war*, Heyne, München 1998, 14-2f.

- Od nesreće mora postojati prostor u opremi za spasavanje (čamac za spašavanje, splav za spašavanje) za svaku osobu na brodu.
- Ulazak u njih mora biti objašnjen/uvežban pre svakog polaska.
- Dalje, uveden je radio-sat koji radi non-stop na moru.³⁰

9.1. Optužbe, sumnje

U javnosti i u velikom delu literature se mogu naći navodi da su određeni ljudi odgovorni za katastrofu. To su Stenli Lord (*Stanley Lord*), kapetan broda Kalifornija, Vilijam M. Mardok, prvi oficir Titanika, i Džozef Brus Ismej, generalni direktor White Star Line-a. Vlasnik broderske kompanije Džej Morgan (*J. Morgan*) i njegovo postupanje takođe su dovedeni u pitanje jer je otkazao učešće „zbog bolesti” neposredno pre početka prvog putovanja. Kapetan Lord je optužen da nije pomogao Titaniku dovoljno brzo. Ovi navodi se zasnivaju na pretpostavci da je *Californian* bio brod čija su svetla viđena sa Titanika. Do danas je, međutim, sporno da li su svetla koja se vide sa Titanika zapravo bila svetla tog broda, jer se u to vreme nisu mogli precizno odrediti položaji brodova u svakom trenutku. Titanik je potonuo više od deset nautičkih milja jugoistočno od svoje pozicije date u pozivu za pomoć, kao što je poznato od kada je Robert Balard 1987. godine otkrio olupine. Koliko je tačan položaj kalifornijca, međutim, više se ne može utvrditi. Protivurečna su i svedočenja posade broda Kalifornija. Postoji saglasnost da je tokom noći u južnom pravcu bio vidljiv brod. Međutim, malo ko je smatrao da je brod veliki putnički brod. Ovaj misteriozni brod se zaustavio pre ponoći i kao da je nestao prema jugozapadu posle dva sata. Rakeete su takođe primećene direktno iznad ili iza stajaćeg broda. Očigledno je ovaj brod izgledao tako blizu da je kapetan Lord naredio kontakt pomoću Morzeove azbuke. Ovo nije uspeo. Kalifornijski radio operater je u to vreme već bio u krevetu.³¹

Postojeće činjenice ukazuju na dve mogućnosti:

- Između Kalifornije i Titanika nalazio se treći brod koji nikada nije mogao biti identifikovan. Čini se malo verovatnim da bi se njegova posada kasnije dobrovoljno javila s obzirom na ono što se dogodilo. Ova opcija može biti tačna s obzirom na prometnost ove plovne rute. Kapetan Lord je podržavao ovu tezu do kraja svog života.
- Viđeni brod je zaista bio Titanik, ali na veoma velikoj udaljenosti koja je, u zavisnosti od ugla gledanja, mogla da učini da izgleda kao

³⁰ „Sicherheit und Schifffahrt 1912-2012: Von der Titanic bis zur Costa Concordia“, die Allianz Global Corporate & Specialty (AGCS) zusammen mit dem Seafarers' International Research Centre (SIRC) der Universität Cardiff erstellt hat. Tekst dostupan na Welche Sicherheitslehren lassen sich aus dem Titanic-Unfall ziehen?, datum pristupa 30. 10. 2016.

³¹ *Ibid.*

manji, bliži brod. Brod Kalifornija bi teško mogao da stigne na mesto udesa zbog ugašenih mašina. Čak i ako kapetan Lord očigledno nije imao načina da pomogne ljudima na Titaniku, njegovo ponašanje ostaje upitno.

9.2. Bezbednosna konferencija od velikog značaja

Potonuće okeanskog giganta uzdrimalo je vodeće svetske brodarske nacije i podstaklo uvođenje brojnih mera za poboljšanje bezbednosti na moru. Dana 12. novembra 1913. sazvana je konferencija za ustanovljavanje međunarodnog minimalnog standarda za bezbednost na trgovačkim brodovima. Rezultat ove konferencije bila je prva verzija „Međunarodne konvencije o bezbednosti života na moru“ (*SOLAS International Convention for the Safety of Life at Sea*) 1914. godine. To je uključivalo adekvatnu opremu čamcima za spasavanje, danonoćno upravljanje radio- stanicama i postavljanje međunarodne patrole u ledenim vodama.

9.3. Netačni književni i slikovni prikazi

Literatura, slike i filmski materijali o Titaniku sadrže brojna pogrešna predstavljanja i preterivanja. Najveći izvor grešaka svakako su novinski članci koji su se pojavili neposredno nakon katastrofe, od kojih su neki bili zasnovani na glasinama, a neki su u potpunosti plod mašte preživelih ili čak novinara. Dok se očigledne greške (kao iz novinskog članka „Svi spaseni“) više ne navode u današnjoj literaturi, druge su i danas rasprostranjene. Pored toga, za slike potonuća izabrani su preuveličani prikazi kako bi se postigao kolosalan utisak. Pored toga, mnoge tvrdnje i objašnjenja u takvoj dokumentaciji, ali i u literaturi, svedoče o nedovoljnom istraživanju ili tehničkom nerazumevanju autora. Ali čak ni zvanični dokumenti nisu bez grešaka. Najozloglašenija greška u konačnom izveštaju britanske istražne komisije je tvrdnja da se brod nije raspao kada je potonuo, iako je nekoliko preživelih to svedočilo.³²

³² Vid. više <https://www.deutschlandfunk.de> › v...

Epochale Schiffskatastrophe - Der Untergang der «Titanic» vor 110 Jahren, datum pristupa 15. 04. 2022.

* * *

**DIE TITANIC-KATASTROPHE IM SPIEGEL DER
VERSICHERUNGSGESCHICHTE**

Abstract

Am 14. April 1912 kollidierte der als unsinkbar bezeichnete Ozeanriesen Titanic bei voller Reisegeschwindigkeit von 21 Knoten um 23:40 Uhr mit einem Eisberg.

Beim Untergang der Titanic starben zwischen 1490 und 1517 Passagiere und Besatzungsmitglieder; davon stammten 56 Personen aus der Österreichisch-Ungarischen Monarchie. 9 Untertanen der Monarchie überlebten die Katastrophe. Einhundertzehn Jahre später kann dieser spektakuläre Unglücksfall als lehrreiches Beispiel für einen gigantischen Versicherungsmissbrauch dienen, der von manchen bis heute als bloße Abfolge von Fahrlässigkeit gedeutet wird.

Das heterogene Quellenmaterial und z. T. im Widerspruch zueinander stehende Protokolle sowie verschwundene Pläne und Berichte lassen keine hundertprozentigen Beweise zu liefern, aber zahlreiche Indizien dafür, dass statt der Titanic das mehrmals beschädigte Schwesterschiff Olympic - oberflächlich repariert, in äußeren Kennzeichen auf Titanic umetikettiert und bei Lloyds auf umgerechnet 140 Millionen kaskoversichert - auf die Todesfahrt geschickt wurde. Zu diesem Betrug wurde die schwer verschuldete Reederei nach einem weiteren Unfall der Olympic verleitet, der sich während ihrer fünften Nordatlantikfahrt im Herbst 1911 ereignet hatte.

Damals kollidierte sie mit dem britischen Kriegsschiff HMS Hawke und erlitt schwere Beschädigungen am Rumpf an der Steuerbordseite. Die Reederei verlor in der Folge die von ihr erhobene Haftpflichtklage gegen das Verteidigungsministerium und drohte als Folge in den Konkurs zu schlittern.

Als Lehre für die Zukunft wurden aus dem gesamten Szenario nachstehende Zusammenhänge erkannt: Erstens, dass ein Unglück dieser Dimension und Art in den seltensten Fällen reine Schicksalsfügung ist. Zweitens, dass wie im Fall der Titanic - oft ein erhebliches Maß an Fahrlässigkeit in Sicherheitsbelangen existiert.

Drittens, dass ein abenteuerliches von Spekulation begleitetes Streben nach rascher Bereicherung allzu oft in Kriminalität -im vorliegenden Fall In Versicherungsmissbrauch- mündet.

Im Fall der Titanic wurde schon in den 1920-er Jahren von Experten der Verdacht eines großen Versicherungsbetruges geäußert.

Die assekuranzrelevanten Erkenntnisse aus dieser in vielen Büchern, Filmen und Dokumentationen verewigten Katastrophe lauten: Jeder

Versicherung eines solchen Großprojektes muss zur weitgehenden Vermeidung von Spekulation und Fahrlässigkeit ein professionelles bis ins letzte Detail gehendes Risikomanagement vorangehen.

Diese Art Prophylaxe soll apri-ori das Entstehen gewisser Gefahren verhindern (zB. Mangel an Rettungsbooten). Wichtig sind in gleicher Weise für Kunden und Dienstleistungserbringer spezifische Instruktionen über richtiges Verhalten in bestimmten Krisensituationen. Nicht zuletzt ist professionelle Nachsorge im Anschluss an ein Unglück angebracht.

Schlüsselwörter: *Alarmsystem, Ausstattung, Besatzung, Deck, Eisberg, Fehlsteuerung, Kollision, Passagiere, Rettungsboote, Spekulation Versicherungsbetrug.*

Wolfgang Rohrbach*

DIE TITANIC-KATASTROPHE IM SPIEGEL DER VERSICHERUNGSGESCHICHTE

Abstract

Am 14. April 1912 kollidierte der als unsinkbar bezeichnete Ozeanriese "Titanic" bei voller Reisegeschwindigkeit von 21 Knoten um 23:40 Uhr mit einem Eisberg.¹

Beim Untergang der Titanic starben zwischen 1490 und 1517 Passagiere und Besatzungsmitglieder; davon stammten 56 Personen aus der Österreichisch-Ungarischen Monarchie. 9 Untertanen der Monarchie überlebten die Katastrophe.² Einhundertzehn Jahre später kann dieser spektakuläre Unglücksfall als lehrreiches Beispiel für einen gigantischen Versicherungsmissbrauch dienen, der von manchen bis heute als bloße Abfolge von Fahrlässigkeit gedeutet wird.

Das heterogene Quellenmaterial und z. T im Widerspruch zueinander stehende Protokolle sowie verschwundene Pläne und Berichte lassen keine hundertprozentigen Beweise zu liefern aber zahlreiche Indizien dafür, dass statt der Titanic das mehrmals beschädigte Schwesterschiff Olympic oberflächlich repariert, in äußeren Kennzeichen auf Titanic umetikettiert und bei Lloyds auf umgerechnet 140 Millionen kaskoversichert - auf die Todesfahrt geschickt wurde.³ Zu diesem Betrug wurde die schwer verschuldete Reederei nach einem weiteren Unfall der Olympic verleitet, der sich während ihrer fünften Nordatlantikfahrt im Herbst 1911 ereignet hatte.

Damals kollidierte sie mit dem britischen Kriegsschiff HMS Hawke und erlitt schwere Beschädigungen am Rumpf an der Steuerbordseite. Die Reederei verlor in der Folge die von ihr erhobene Haftpflichtklage gegen das

* Univ. Prof. Dr. Dr. habil. Dr. h. c. Professor an der Universität Krems und Akademiker der Europäischen Akademie der Wissenschaften, Salzburg, Republik Österreich; e-mail: wolfgang.rohrbach.g@gmail.com

¹ de.wikipedia.org/wiki /RMTTitanic, abgerufen am 3.März 2013.

² John P. Eaton & Charles A. Hass: Titanic - Triumph und Tragödie. Heyne, München 1997, s. 31-45.

³ Robin Gardiner und Dan van der Vat, "The Riddle OfThe Titanic" ("Das Rätsel der Titanic") Verlag Weidenfeld and Nicolson, London 2012, S I 0- 33).

Verteidigungsministerium und drohte als Folge in den Konkurs zu schlittern.⁴

Als Lehre für die Zukunft wurden aus dem gesamten Szenario nachstehende Zusammenhänge erkannt: Erstens, dass ein Unglück dieser Dimension und Art in den seltensten Fällen reine Schicksalsfügung ist. Zweitens, dass wie im Fall der Titanic - oft ein erhebliches Maß an Fahrlässigkeit in Sicherheitsbelangen existiert.

Drittens, dass ein abenteuerliches von Spekulation begleitetes Streben nach rascher Bereicherung allzu oft in Kriminalität - im vorliegenden Fall In Versicherungsmissbrauch - mündet.

Im Fall der Titanic wurde schon in den 1920-er Jahren von Experten der Verdacht eines großen Versicherungsbetruges geäußert.⁵

Die assekuranzrelevanten Erkenntnisse aus dieser in vielen Büchern, Filmen und Dokumentationen verewigten Katastrophe lauten:

Jeder Versicherung eines solchen Großprojektes muss zur weitgehenden Vermeidung von Spekulation und Fahrlässigkeit ein professionelles bis ins letzte Detail gehendes Risikomanagement vorangehen.

Diese Art Prophylaxe soll apriori das Entstehen gewisser Gefahren verhindern (zB. Mangel an Rettungsbooten). Wichtig sind in gleicher Weise für Kunden und Dienstleistungserbringer spezifische Instruktionen über richtiges Verhalten in bestimmten Krisensituationen. Nicht zuletzt ist professionelle Nachsorge im Anschluss an ein Unglück angebracht.

Schlüsselwörter: Alarmsystem, Ausstattung, Besatzung, Deck, Eisberg, Fehlsteuerung, Kollision, Passagiere, Rettungsboote, Spekulation Versicherungsbetrug.

1. Einleitung

Der moderne Aufklärungsjournalismus - auch "Vierte Macht im Staat" genannt (neben Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung) - führt seit Beginn des 20. Jhs immer häufiger dazu, dass die hinter so manchen Krisen und Unglücksfällen stehenden Verursacher oder Drahtzieher auffindig gemacht werden. Die Wissenschaft vermag mit Hilfe der modernen Methodologie oft an die Stelle von Vertuschung und Vermutung eindeutige Beweise für Schuld oder Unschuld zu liefern. Anhand historisch- technischer Dokumentationen werden - um Wiederholungsfälle gleichartiger Katastrophen weitgehend zu

⁴ Waller Lord: Titanic- Wie es wirklich war. Heyne, München 1998, 5057-0s 14-2f.

⁵ John P. Eaton & Charles A. Hass, "TitanicLegende und Wahrheit" Überarbeitete und ergänzte Auflage. Heel, Königswinter 2012, S 132-155.

ab Wreck Commissioners' Court: Proceedings on a formal investigation ordered by the Board Of Trade into the Loss of the S. S. "TITANIC", London 1912, Tag 20, Aussage von Alexander Carlisle.

vermeiden- einschlägige Vorschriften, Richtlinien und Gesetze entwickelt. Doch der technische Fortschritt schafft neben genaueren Sicherheiten und Untersuchungsmethoden auch neue Nischen und Schlupflöcher für "Schwarze Schafe" unter den Verantwortungsträgern.

Der vorliegende auf versicherungshistorisch und risikomanagementrelevante Darstellungen fokussierte Beitrag über die Ursachen der Titanic- Katastrophe bietet Einblick in alle damals begangenen Fehlsteuerungen beginnend von baulichen und ausstattungsmaßigsten Mängeln über markantes Fehlverhalten der Verantwortungsträger bis hin zu Komponenten der Versicherungskriminalität.

Als Schlussfolgerung für Versicherer ergibt sich die Notwendigkeit, alle neuen komplexen Versicherungskombinationen so weitreichend wie möglich gegen Missbrauch abzusichern.

2. Die RMS - Titanic das größte Schiff der Welt

Die RMS Titanic war ein Passagierschiff der britischen Reederei White Star Line. Sie wurde in Belfast auf der Werft von Harland & Wolff gebaut und war bei der Inbetriebnahme Stellung am 2. April 1912 das größte Schiff der Welt.

Als zweiter von drei Dampfern der Olympic-Klasse war die Titanic wie ihre Schwes-ternschiffe für den Liniendienst auf der Route Southampton-Cherbourg-Queenstown- New York, New York-Plymouth-Cherbourg-Southampton vorgesehen und sollte neue Maßstäbe im Reisekomfort setzen.⁶

2.1. Ausstattung

Die Titanic war von den britischen Behörden für 3.300 Passagiere, zuzüglich der benötigten Mannschaft zugelassen worden. Allerdings wurde diese mögliche Passagierkapazität auf grund der Ausstattung der Titanic nicht voll ausgenutzt. In der ersten Klasse fanden 750 Personen, in der zweiten Klasse 550 Personen und in der dritten Klasse I. I 00 Personen Platz.

Die Titanic bot damit Raum für insgesamt 2.400 Passagiere, zuzüglich 897 Personen Besatzung.⁷

2.1.1. Erste Klasse

Ein Großteil des Innenraums der Titanic wurde für die erste Klasse verwendet. Fast die gesamten Aufbauten und ein großer Teil des mittleren

⁶ Lynch, Oonald; Marschal l , Ken: Titanic - Königin der Meere, Heyne, München 1997, S 11-17.

⁷ Titanic - Der Bau des Superschiffs, www.3sat.de > 3sat.de, abgefragt am 1.2. 2013.

Rumpfes waren dafür eingepplant.

Mittelpunkt der ersten Klasse war das zwischen erstem und zweitem Schornstein gelegene große Treppenhaus des Schiffes, das insgesamt sechs Decks (Bootsdeck bis E-Deck) miteinander verband. Dieses Treppenhaus gehörte zu den aufwändigsten und architektonisch meist durchdachten Räumen des Schiffes: Es war mit Eichenholz getäfelt, und eine Glaskuppel überragte es.

Ein zweites, ähnliches Treppenhaus verband zwischen den hinteren beiden Schornsteinen das A- mit dem C-Deck. Für die Passagiere der ersten Klasse waren neben den Treppen drei Fahrstühle vorhanden, die parallel zum vorderen Treppenhaus verliefen. Auf dem A-Deck lag die Mehrzahl der öffentlichen Räume, darunter ein Lese- und Schreibsalon, ein geräumiger Gesellschaftsraum, ein besonders edel ausgestatteter Rauchsalon und zwei identisch ausgestattete Verandacafes. Auf dem D-Deck befand sich der Speisesaal der ersten Klasse, der 1912 der größte Raum auf einem Schiff überhaupt war. Außer in diesem Saal konnten die Passagiere der ersten Klasse auch à la carte im Restaurant auf dem B-Deck speisen. 1912 war dieser kulinarische Luxus auf Schiffen etwas Besonderes. An das Restaurant grenzte das im Stil eines französischen Straßencafes gestaltete "Cafe Parisien", das auf der Olympic erst später installiert wurde.

2.1.2. Zweite und dritte Klasse

In der dritten Klasse schliefen die Passagiere in engen Kabinen mit bis zu vier Doppel- bzw. Hochbetten, und die Aufenthaltsräume waren kleiner und spartanischer ausgestattet.

Dennoch übertraf die Ausstattung der dritten Klasse, in der bislang große Schiffsäle statt Kabinen üblich gewesen waren, alle bisher gebauten Schiffe. Die zweite Klasse der Titanic entsprach ungefähr dem Komfort der ersten Klasse älterer Passagierschiffe.

2.1.3. Auffallend wenige Rettungsboote

Als Abstellplatz für die Rettungsboote war das oberste Deck vorgesehen, das in Bereiche für die erste und zweite Klasse unterteilt war. Es wurden 16 Paare der damals neuartigen Welin-Quadrant-Davits installiert, die aber für 48 Rettungsboote ausgerüstet waren.

Man hätte das Angebot an Davits noch auf 64 Boote erweitern können. Zunächst plante der Schiffsarchitekt Alexander Carlisle die Installation von 48 Rettungsbooten auf der Olympic und der Titanic, jedoch folgten mehrere

Designwechsel, in deren Folge die Anzahl der Rettungsboote auf 20 verringert wurde.

Diese beinhalteten 14 reguläre Rettungsboote, zwei Notfall-Kutter sowie vier Faltboote. Des Weiteren waren 3.560 Rettungswesten vorhanden.⁸

3. Jungfernfahrt mit unbedachten Risiken

Die Titanic begann ihre Jungfernfahrt von Southampton nach New York am Mittwoch, dem 10. April 1912, unter ihrem erfahrenen 60jährigen Kapitän Edward John Smith. Die Jungfernfahrt der Titanic sollte seine letzte Reise als Kapitän vor seiner Pensionierung werden.

Das Schiff legte kurz nach 12 Uhr von seinem Liegeplatz im Hafen von Southampton ab. Aufgrund eines vorangegangenen Kohlestreiks befanden sich mehr Schiffe im Hafen als üblich. Im Vergleich zu den umgebenden Schleppern wurde das enorme Ausmaß des damals weltgrößten Schiffes deutlich.

In diesem Zusammenhang tauchte auch ein bisher unbedachtes Risiko auf. Niemand hatte etwaige Folgen der Wasserbewegungen im Hafenbecken -ausgelöst durch die drei Antriebs-propeller des Ozeanriesen- bedacht. Als die Titanic an den Dampfern New York und RMS Oceanic vorbeifuhr, rissen die Halteleinen der New York aufgrund des von der Titanic ausgehenden Sogs. Daraufhin trieb die New York langsam auf die Titanic zu. Ein Zusammenstoß wurde knapp verhindert. Der Vorfall verzögerte die Abfahrt der Titanic um eine Stunde.

3.1. Acht wahrgenommene und vier ignorierte Eiswarnungen

Kapitän Smith und seine Offiziere wussten schon vor der Abfahrt von Southampton, dass das Eisfeld in Umfang und südlicher Ausdehnung größer war als in den vergangenen Jahren. Auf der Strecke von Southampton bis zur Unglücksstelle empfing der Funker der Titanic nach heutigem Wissen acht akzeptierte und vier ignorierte Eiswarnungen von anderen Schiffen. Die ersten zwei Meldungen kamen am 12. April von dem französischen Schiff La Touraine das Eis gesichtet hatte, und am 13. April von dem Dampfer Rappahannock, der im Vorbeifahren mittels einer Signallampe herübermorste, sie seien durch schweres Packeis gefahren. Wahrscheinlich veranlassten diese Warnungen Kapitän Smith dazu, zehn Meilen südlich der in dieser Jahreszeit üblichen Schifffahrtsroute zu fahren.

Kurz vor 13:00 Uhr am 14. April, dem Sonntag, an dem die Kollision mit dem Eisberg stattfand, erreichte die Titanic eine Eiswarnung von der Caronia. Diesen Funkspruch zeigte Kapitän Smith dem zweiten Offizier Lightoller und ließ ihn im Kartenraum aufhängen. Gegen 13:40 Uhr empfangen die Funker der Titanic einen Funkspruch der Baltic. Dieser enthielt, an Kapitän Smith

⁸ Susanne Störmer, "Titanic - Mythos und Wirklichkeit", 2. Auflage, Verlag Henschel, Berlin.

adressiert, die Informationen, dass der griechische Dampfer Athinai heute Treibeisfelder bei 41,51° nördlicher Breite, 49,52° westlicher Länge Eisberge und ausgedehnte Treibeisfelder gesichtet habe. Dabei wurden allerdings nicht alle Eiswarnungen von den Funkern an die Brücke weitergeleitet; diese waren stark mit der Übermittlung privater Telegramme beschäftigt. Hierdurch fehlten auf der Brücke genaue Informationen bezüglich der aktuellen Position des Eisfeldes.

Ein letzter Funkspruch erreichte den "Titanic"-Funker der Californian, die von Eis umgeben sei und feststecke. Der Kontakt wurde von Phillips unwirsch unterbrochen. Eine weitere Meldung ging von dem HAPAG-Dampfer Amerika aus.

Mit der Unterlassung bzw. Ignorierung von 4 Eismeldungen verstießen die Funker allerdings nicht gegen Vorschriften, denn die damals noch neue Funktechnik wurde bis dahin nicht als wesentlich für die Führung eines Schiffs betrachtet. Es wird davon ausgegangen, dass die Brückensoffiziere drei bis vier verschiedene Warnungen erhalten hatten und Kapitän Smith drei davon kannte. Laut Zeugenaussagen war den Offizieren die Eisberggefahr zwar bewusst; doch jeder hatte unterschiedliche Informationen und keiner kannte alle Eisbergwarnungen. Das Gesamtbild hätte gezeigt, dass die Titanic am Abend in einem großen Eisfeld eingeschlossen war.⁹

3.2. Gerüchte um Kapitän Smith und das Blaue Band

Ursprünglich gab es Gerüchte, wonach der Kapitän der Titanic, Edward John Smith, oder die White Star Line auf der Jungfernfahrt des Schiffriesen das Blaue Band für die schnellste Atlantiküberquerung gewinnen wollten. Diese wurden jedoch widerlegt.

Als sicher gilt hingegen, dass Joseph Bruce Ismay, Geschäftsführer der White Star Line und Passagier an Bord der "Titanic", "seinen" Kapitän dazu drängte, die Geschwindigkeit des Schiffes trotz der eingehenden Eiswarnungen nicht zu drosseln und den Kurs beizubehalten. Joseph Bruce Ismay bestritt dies übrigens vor dem britischen Untersuchungsausschuss mit widersprüchlichen Argumenten seiner wirtschaftlichen Interessen."

Jedenfalls scheint der erfahrene Seemann Smith dem Druck wirtschaftlicher Interessen nachgegeben zu haben.

Ein weiteres Gerücht, das sich bis heute hält, war, dass die Reederei einen gigantischen Versicherungsbetrug vorbereitet hatte und Kapitän Smith der wichtigste Mitwisser und Mit-täter gewesen sei. Die Befürworter der Theorie gehen davon aus, dass der Kapitän - durch hohe Geldsummen gekauft - das Schiff

⁹ <http://www.oesta.gv.at/./default.aspx:abgefragt> am 15. 3. 2013.

Titanic Passengers And Crew Residing In Kricina, Croatia - Titanic Crew And Passengers Living In Kricina, Croatia.

gegen einen Eisberg fahren sollte, damit es untergehe und die Schifffahrtslinie die Versicherungssumme von umgerechnet etwa 140 Millionen € kassieren könne.

Ein Vorhaben, das der Kapitän mit seinem Leben bezahlte.¹⁰

Dem beim Untergang umgekommenen William M. Murdoch wurde nachträglich von Kritikern angelastet, nach der Sichtung des Eisberges falsch gehandelt zu haben.¹¹

Andere meinten, dass er einen gut bezahlten Auftrag des betrügerischen Reedereibesitzers ausgeführt habe.¹²

Das Maschinenkommando "Anhalten, rückwärts starten" etc soll das Ausweichmanöver verzögert haben. Selbst wenn man hierfür nur zehn Sekunden Verzögerung annimmt, konnte die Zeit nicht mehr ausrichten, um vor der Kollision die Maschinen anzuhalten rückwärts wieder anlaufen zu lassen und dann genügend Gegenschub zu entwickeln, war schon zu gering.¹³

Mit immer noch höchster Reisegeschwindigkeit stieß das Schiff mit seiner vorderen Steuerbordseite gegen das Eisgebilde, das auf 300.000 Tonnen geschätzt wurde. Der Eisberg stammte wahrscheinlich vom Jakobshavn Isbrae, einem Gletscher im Westen Grönlands.¹⁴

4. Irrtum und Wahrheit über das/die Titanic Leck(s)

Einer der gravierendsten Irrtümer über die Titanic, welcher noch bis vor wenigen Jahren propagiert wurde, war das angebliche 90 Meter-Leck.

Zur Erklärung der Tatsache, dass die unsinkbare Titanic doch gesunken war, musste natürlich von einem "angemessenen Schaden" ausgegangen werden. Entsprechend ließ ein Zeichner seiner Phantasie freien Lauf und zeigte in einem Bild, wie der Eisberg mit einem einer Messerklinge ähnlichen Vorsprung ein mehrere Meter breites und lückenloses 90 Meter langes Leck in die Außenhaut schlitzt. Solche und ähnliche Darstellungen prägten lange Zeit die Vorstellungen von der Kollision mit dem Eisberg. Dagegen hatte Edward Wilding bereits 1912 als gesamte Leckfläche nur ungefähr 1,2 m² berechnet.¹⁵

¹⁰ <http://www.titanic-titanic.com/titanic> pas. abgefragt am 17. 3. 2013.

¹¹ Stephen Spignesi, "Titanic", Verlag Goldmann, München 2000, S.90ff, ISBN 3-442-15068-X, S.196. Es werden die 28 wichtigsten Untersuchungsergebnisse im Abschlussbericht des vom US-Senat beauftragten Untersuchungsausschusses zur Titanic-Katastrophe zitiert.

¹² Wade, "Die Titanic- Das Ende eines Traums", 2. Auflage. DTV, München 1984, ISBN 3-423-10130-X.

¹³ Metin Tolan: Titanic. Mit Physik in den Untergang Piper, München 2011, s. 19-24.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Benedikt Grimmler: Die 50 populärsten Titanic-Irrtümer. Bucher, München 2011, S.32.

Tatsächlich beschädigte der Zusammenstoß den Bug und die Steuerbordseite. Der Rumpf der Titanic war der Länge nach durch vertikale wasserdichte Eisenwände in sechzehn Abteilungen unterteilt. Selbst wenn vier davon vollliefen -was als sehr unwahrscheinlich galt -sollte das Schiff nicht sinken. Doch bei der Kollision wurden sechs Abteilungen unterhalb der Wasserlinie aufgerissen.

Fatale Folgen hatte dabei ein Konstruktionsdetail: Die Schotten waren nicht bis zum obersten Deck hochgezogen. Das Wasser lief zum Teil rasch auch in benachbarte, unbeschädigte Abteilungen. Mehrere Lecke traten auf allen sechs vorderen wasserdichten Abteilen auf. Während die vorderen fünf Abteile vollliefen, konnte die Flut in der sechsten Abteilung durch die Pumpen verlangsamt werden. In der ersten Stunde strömten zwischen 22.000 Tonnen und 25.000 Tonnen Wasser in das Schiff. Dabei wurden die vorderen fünf Abteile nahezu komplett geflutet, wonach die Titanic kurzfristig fast das Gleichgewicht erreichte. Die Neigung des Schiffes betrug zu diesem Zeitpunkt circa 5° Richtung Bug, was von den meisten Personen wahrscheinlich noch nicht als bedrohlich wahrgenommen wurde. In der folgenden Stunde drangen höchstens weitere 6.000 Tonnen Wasser in das Schiff ein, die Neigung veränderte sich dabei nicht gravierend. Allerdings begannen nun zunehmend Sekundärflutungen, da immer mehr nicht wasserdichte Öffnungen des Schiffes wie offene Bullaugen, Lüftungsschächte und Ladeluken im untergehenden Bug unter die Wasserlinie gelangten. Hierdurch beschleunigte sich der Sinkprozess rapide.¹⁶

5. Versicherungsbetrugs-Theorie: War die "Titanic" gar nicht die "Titanic"?

Im Herbst 2011 veröffentlichte die deutsche Zeitung "Die Welt" einen aufsehenerregenden Artikel über den kriminellen Hintergrund der Titanic-Katastrophe. Darin wird auf die Londoner Zeitung "Daily Mail" mit dem Zitat angeführt:

"Es handelte sich nicht um ein Unglück, sondern um einen atemberaubenden Versicherungsschwindel".¹⁷

Die beiden britischen Autoren Robin Gardiner und Dan van der Vat versuchten in ihrem 2012 erschienenen Buch "Das Rätsel der Titanic" eine Sammlung von Beweisen zu liefern.

Schon im Jahr 1996 hatten dieselben Autoren in dem Buch "Die Titanic-Verschörung" die Versicherungsbetrugs-Theorie in zahlreichen Details und

¹⁶ Linda Maria Koldau, "Titanic. Das Schiff, der Untergang, die Legenden" Verlag H.C. Beck, München 2012, Seite 55-60.

¹⁷ Reiner Gatermann, "War die Titanic gar nicht die Titanic?" In: Die Welt, Tageszeitung für Deutschland v.7.1 0.2011, Berlin Axel Springer Verlag ISSN 01 73-8437.

mit nachstehenden Hintergrundinformationen präsentiert. Der angeblich 1986 erbrachte Beweis, dass am Meeresgrund das Wrack der Titanic liege, erwies sich als Mutmaßung.

Es handelte sich um Feststellungen des US-Ozeanographen Robert Ballard, der -laut eigener Darstellung- das Wrack des legendären Luxusdampfers zusammen mit seinem französischen Kollegen Jean-Louis Michel am 1. September 1985 geortet hatte und 1986 erstmals zum Wrack hinuntergetaucht war, das in 3800 Metern Tiefe vor der Küste Neufundlands (Kanada) liegt.

«Wir haben alles sorgfältig fotografiert und ein komplettes Mosaik des Schiffes erstellt»,

Es ist die Titanic, die auf dem Grund des Meeres liegt». ¹⁸

Da die Behauptung sich auf zu wenige Fakten stützte, betonten die beiden britischen Autoren Robin Gardiner und Dan van der Vat in ihrem Buch:

- Laut der Theorie versank nicht die Titanic im Nordatlantik, sondern ihr Schwester-schiff, die 1911 auf der Belfast Werft Harland and Wolf gebaute "Olympic".
- Das Schiff war schon bei seinen ersten Fahrten in einige Unfälle mit Rumpfschäden verwickelt, die aber von den Versicherungen nicht bezahlt wurden. Die Reparaturkosten verschlechterten die finanzielle Lage der Reederei erheblich.
- Der eigentliche Plan zum Versicherungsbetrug entstand - so die Autoren - nach einem weiteren Unfall der Olympic, der sich während ihrer fünften Nordatlantikfahrt im Herbst 1911 ereignete. Damals kollidierte sie mit dem britischen Kriegsschiff HMS Hawke und erlitt schwere Beschädigungen am Rumpf an der Steuerbordseite.
- Die Reederei verlor in der Folge die von ihr erhobene Haftpflichtklage gegen das Verteidigungsministerium. (Siehe Fußnote 2)
- Keine Versicherung wollte das beschädigte Schiff mehr unter Versicherungsschutz stellen.

5.1. Der Plan in seiner Umsetzung

Der Plan der Eigentümer soll gewesen sein:

Die Olympic unter dem Namen "Titanic" als neues bei Lloyds auf etwa 2/3 des Wertes umgerechnet ca. 140 Millionen € versichertes Schiff auf die Jungfernfahrt zu schicken. ¹⁹

¹⁸ <http://dpaq.de/eg8dT>.

¹⁹ www.welt.de abgefragt am 1. 12. 2012.

Die Zeitung "The Times" schrieb in ihrer Ausgabe vom 17. April 1912: "Der Dampfer war natürlich nicht mit seinem ganzen Wert versichert, der wahrscheinlich bei 1,75 Millionen Pfund liegt, sodass ein schwerer Verlust auf den Besitzern lastet."

Dabei sollte bewußt das hohe Risiko eingegangen werden, durch Kollision mit Eisbergen einen Totalschaden herbeizuführen, um anschließend mit der Versicherungssumme die verschuldete Reederei zu sanieren.

Während die Olympic in der Werft repariert wurde, lag sie neben der im Bau befindlichen Titanic. In diesem Zeitraum sollen laut der Theorie die Namensschilder, Schiffsschrauben (Propeller) und Ruder der Schiffe vertauscht worden sein.

Die Vertreter der Theorie gehen weiter davon aus, dass der Kapitän durch hohe Geldsummen gekauft - das Schiff gegen einen Eisberg fahren (lassen) sollte, damit es untergehe.

Somit würde man von der Versicherung die Summe von (per 2021 umgerechnet) rund 140 Millionen Euro für die nagelneue Titanic erhalten, die ja in Wirklichkeit die kaputte und nur notdürftig reparierte Olympic war. - Die eigentliche Titanic sollte unter dem Namen der Olympic weiterfahren und war dementsprechend ja nagelneu. Selbstverständlich sollten Todesopfer soweit wie möglich vermieden werden.

Zudem wollte man die California (welche in sicherer Entfernung die "Titanic" begleitete) nahe der späteren Unglücksstelle positionieren, die dann später alle Passagiere vom sinkenden Schiff retten sollte. Aus ungeklärten Gründen misslang dieser Versuch.

5.2. Markante Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Theorie

Unterstützt wird die Versicherungsbetrugs-Theorie durch die Tatsache, dass

- der Reedereibesitzer John Pierpont Morgan nicht wie geplant zur Jungfernfahrt kam. Er sei krank, hieß es. Wenige Tage später wurde aber der Amerikaner in Frankreich mit seiner Geliebten gesichtet, offenbar kerngesund.
- Noch weitere 55 Passagiere sagten kurzfristig ab, darunter die Pierpont-Morgan-Freundin Henry Frick, Stahlmagnat und US-Botschafter in Paris, sowie George Vanderbilt, Mitglied der Industrie- und Eisenbahndynastie.
- Auch die Kunstsammlung des Amerikaners, heute Bestandteil des New Yorker Museums of Modern Art, kam nicht wie beabsichtigt an Bord.²⁰
- Alle Baupläne der Olympic und der Titanic sind seit März 1912 verschollen.

²⁰ British Parliamentary Papers, Shipping Casualties (Loss of the Steamship "Titanic"), 1912, cmd. 6352, 'Report of a Formal Investigation into the circumstances attending the foundering on the 15th April, 1912, of the British Steamship "Titanic", of Liverpool, after striking ice in or near Latitude 41°46'N. Longitude 50°14'W., North Atlantic Ocean, whereby loss of life ensued: (London: His Majesty's Stationery Office, 1912.

- In Reederei-Prospekten, die die Titanic präsentierten, waren grundsätzlich nur Innen-aufnahmen der Olympic abgebildet.
- Robert D. Ballard entdeckte in den Jahren bei seinen Untersuchungen am Wrack der Titanic ein Schott, das eigentlich nicht dort hingehörte. Mit großer Wahrscheinlichkeit befand sich bei der Olympic dieses Schott aber an genau dieser Stelle. Von den 3600 Teilen, die bisher geborgen wurden, beweist keiner eindeutig, dass es sich um die richtige "Titanic" handelt. Das verwundert jedoch nicht, denn sie und ihr Schwesterschiff waren nicht nur im Bau nahezu identisch, sondern auch in der Ausstattung.
- Zwar trägt eine Antriebsschraube die Nummer 401. Die Baunummer der "Titanic". Es ist jedoch bekannt, dass die "Olympic" mit der Baunummer 400 bei einer Reparatur den Propeller der Schwester bekommen hatte.²¹

5.3. Zwischen Nachlässigkeit und Kriminalität

Als Nachlässigkeit wurde der Schiffsführung auch angekreidet, dass die Matrosen im Ausguck nicht mit Ferngläsern ausgestattet waren, sondern in der dunklen Nacht und im kalten Fahrtwind mit bloßen Augen das Meer nach Hindernissen absuchen mussten.

- War diese Entscheidung des Kapitän Smith wirklich nur eine grobe Fehleinschätzung?
- Die Nacht war zwar klar, doch aufgrund von Neumond besonders dunkel. Hinzu kam absolute Windstille und daher eine spiegelglatte See, sodass keine Wellen vorhanden waren, die sich an Eisbergen brechen konnten, was eine Sichtung erleichtert hätte. Das Eisfeld selbst war viel größer und weiter nach Süden ausgedehnt als alle Vorherigen.

Laut Bericht des vom US-Senat nach dem Schiffsuntergang eingesetzten Untersuchungsausschusses war der Fernrohrschrank während der ganzen Fahrt der Titanic verschlossen, weil der Schlüssel sich bei einem Offizier befand, der vor der Fahrt abkommandiert, also nicht an Bord war.²²

Des Weiteren verabsäumte Kapitän Smith, den Ausguck zu verstärken, also eine weitere Eisbergwache am Schiffsbug zu postieren, was angesichts des hohen Fahrttempos und der erhaltenen Eisbergwarnungen eine mindestens zumutbare, wenn nicht unerlässliche Vorsichtsmaßnahme gewesen wäre.

²¹ John Malam: Megawissen Versunkene Schiffe. Die Titanic und andere Schätze auf dem Meeresgrund. Dorling Kindersley, September 2003, ISBN 3-8310-0504-4., S 52.

²² Stephen Spignesi, "Titanic", Verlag Goldmann, München 2000, S.90ff, ISBN 3-442-15068-X, S.196. Es werden die 28 wichtigsten Untersuchungsergebnisse im Abschlussbericht des vom US-Senat beauftragten Untersuchungsausschusses zur Titanic-Katastrophe zitiert.

Auch sind aus den Unterlagen und Zeugenaussagen keine anderen Gründe für eine Entlastung von Kapitän Smith bekannt. Seine Entscheidung, trotz zahlreicher Eiswarnungen in der stockfinsternen Nacht den Kurs und die Geschwindigkeit beizubehalten, hat das Schicksal des Schiffes besiegelt. Zu diesem Schluss kam die britische Untersuchungskommission, die als Unfallursache "Zu hohe Geschwindigkeit in von Eisbergen durchsetzten Gewässern" angab. Trotzdem wurde Kapitän Smith im Zuge eines Rekurses der Untersuchung posthum vom Vorwurf der Fahrlässigkeit freigesprochen mit der Begründung: Kurs und Geschwindigkeit zu halten war bei klarer Sicht (!) damals gängige Praxis auf den Schnelldampfern.²³

6. Die Evakuierung

Kapitän Smith erkundete unmittelbar nach der Kollision den Schaden ausführlich und beriet sich mit dem Schiffsassistenten Thomas Andrews, der einen raschen Untergang voraussah.

Um 0:05 Uhr ordnete Kapitän Smith die Evakuierung der Titanic an.

Obwohl das Schadensausmaß schnell klar war, ging die Evakuierung des Schiffes zu langsam vonstatten. Dies einerseits deshalb, weil die "Titanic" eben als unsinkbar galt; nach der Kollision kaum Schlagseite hatte und daher das Ausmaß der Gefahr für die Passagiere unklar war.²⁴

6.1. Fehlendes Alarmsystem auf der Titanic

Die Passagiere mussten vom Personal durch Zurufe aufgefordert werden, sich auf das Bootsdeck zu begeben, da es kein Alarmsystem gab.

Besonders für die dritte Klasse, die die meisten Passagiere stellte, stand nur relativ wenig Personal zur Verfügung. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Schiffsführung Anweisungen bzgl. dieser Problematik gegeben hätte.

In der 3. Klasse reisten zahlreiche Ausländer, die nur schlecht oder gar kein Englisch sprechen konnten. Diese Sprachbarriere verschärfte zusätzlich die Informationsproblematik.

Um Panik zu vermeiden erhielten Offiziere und Stewards zunächst durch Cheffoffizier Henry T. Wilde den Auftrag,

den Passagieren die Evakuierung lediglich als ein "Bootsmanöver" zu erklären; außerdem spielte das Bordorchester bis zum Untergang.

Viele Reisende der ersten Klasse sahen es als übertrieben an,

²³ Zeitungsausschnitt aus der "Staatszeitung" vom 12. Februar 1913 über die Schaden Ersatzansprüche an die Reederei White Star Line.

²⁴ <https://leanbase.de/leanmagazin>. Der Untergang der Titanic aus Sicht der Systemischen Führung (Teil 2) 23. 01. 2020.

Rettungswesten anzulegen. Alles in allem reagierten die Passagiere unterschiedlich. Viele hatten von dem Aufprall kaum etwas gespürt, v.a. in den hinteren Kabinen nicht.

Die Szenen auf Deck waren bizarr. An der Schiffsspitze (Bug) landeten grosse Eisbrocken des Eisbergs auf dem offenen Weildeck der dritten Klasse und die Kinder spielten mit den Eisbrocken Fussball. Die Passagiere der ersten und zweiten Klasse oben drüber trieb die Neugier auf Deck, und niemand war sich der Gefahr bewusst.

Von gewissen Plätzen der Bars der ersten Klasse aus hatte man den Eisberg vorüberziehen sehen, und viele machten Spässe mit Eisbrocken des Eisbergs. Eisbrocken wurden herumgereicht, man wollte Eis vom Eisberg für den Drink etc.

Niemand konnte die Schäden am Schiffsboden auch nur erahnen.

Erst als die Maschinen stoppten, wurden mehr oder weniger alle Leute wach und befragten das Personal.

Im vorderen Teil der Titanic am Bug drang das Wasser bereits in die Kabinen der dritten Klasse ein.²⁵

Ab 0:10 Uhr ließ Kapitän Smith um Hilfe morsen. Die Funker aber erkannten den Ernst der Situation immer noch nicht. Einige machten Witze über den Hilferuf. Erst als um 0:30 Uhr die Titanic ruckartig in Schiefelage geriet, wich der Übermut einem von Angst begleiteten eindringlichen Morsen: "SOS ... Position ... wir sinken"²⁶

Als Kapitän Smith nach der Nachricht von Andrews um 0:20 Uhr befahl, Sch wimmwesten zu verteilen und die Rettungsboote vorzubereiten, wollte kaum jemand an die Katastrophe glauben.

Nunmehr holten die Stuarts die noch schlafenden Leute aus den Betten: in der ersten Klasse mit Anköpfen, in der zweiten Klasse mit Rufen, in der dritten Klasse wurde lautstark die Tür aufgerissen und die Leute wurden herausgeschrien.

Mehrere Besatzungsmitglieder der Titanic machten in der Ferne die Lichter eines Schiffes aus, sodass die Titanic ab 0:45 Uhr versuchte, durch regelmäßigen Abschuss von Seenotraketen Kontakt zu jenem Schiff aufzunehmen. Es könnte sich um die im "Verschönerungsplan" zur Rettung der Passagiere vorgesehenen California gehandelt haben. Eine Antwort oder Rettungsmanöver blieben jedoch aus, und es entstand später der Verdacht einer unterlassenen Hilfeleistung.²⁷

²⁵ Metin Tolan: Titanic. Mit Physik in den Untergang Piper, München 2011, ISBN 978-3-492-05458-4. s 19-24.

²⁶ Linda Maria Koldau, "Titanic. Das Schiff, der Untergang, die Legenden", Verlag H.C.Beck, München 2012, ISBN 978-3-406-62424-7, Seite 55-62.

²⁷ Wade, "Die Titanic- Das Ende eines Traums", 2. Auflage. DTV, München 1984, ISBN 3-423-10130-X, S 48.

6. 2. Pannen beim Einsatz der Rettungsboote

Passagiere der dritten Klasse hatten normalerweise keinen Zugang zum Bootsdeck. Unter Deck musste in dem komplexen Gangsystem ein Übergang zu einer anderen Klasse gefunden werden, wobei die schiffsinternen Verbindungen zwischen den Klassen nach den Bestimmungen der amerikanischen Behörden mit verriegelbaren Barrieren versehen waren. Nach Berichten von Überlebenden, waren einige dieser Übergänge auch während des Untergangs geschlossen. Die Außentreppe, die auf das Promenadendeck führten, boten wahrscheinlich die einfachste Gelegenheit, in Richtung Bootsdeck zu gelangen.²⁸

Erst gegen 0:45 Uhr ließ man das erste Rettungsboot ins Wasser hinab. Offiziell galt beim Führen der Rettungsboote der sogenannte Birkenhead-Grundsatz "Frauen und Kinder zuerst". Wichtiger war in der Praxis allerdings meist, auf welcher Seite des Schiffes man sich befand, und in welcher Klasse man reiste. Von verschiedenen Offizieren, die Boote besetzten, wurden unterschiedliche Praktiken angewendet. Der zweite Offizier Charles Lightoller auf der Backbordseite legte den Befehl eher nach dem Motto "Männer auf keinen Fall" aus, selbst wenn dadurch ein nicht einmal halb volles Boot gefert wurde, weil keine weitere Frau bereit war, die noch stabil erscheinende Titanic zu verlassen. Eine Mutter hatte laut Augenzeugenberichten sogar Mühe, ihren 13-jährigen Sohn zu sich in ein Rettungsboot zu nehmen, da der Offizier diesen bereits als Mann ansah. Auf der Steuerbordseite hingegen, wo der erste Offizier Murdoch Aufsicht führte, hatten Männer, darunter auch viele Besatzungsmitglieder weniger Probleme, in ein Boot zu gelangen. Es wurden auf der Steuerbord-Seite mehr Menschen gerettet als auf der Backbord-Seite.²⁹

Von den vorhandenen 1178 Rettungsbootplätzen wurden nur 705 genutzt. Statt der teilweise möglichen Kapazität von 65 Passagieren wurden viele Boote nur zur Hälfte besetzt; eines der für 40 Passagiere ausgelegten Rettungsboote wurde sogar bereits geführt, als sich darin nur 12 Personen befanden. Man befürchtete zunächst, dass die Boote für solch hohe Passagierzahlen zu zerbrechlich sein könnten. Außerdem machte die Titanic noch längere Zeit einen stabilen Eindruck, da sie kaum Schlagseite hatte. Viele der an Bord befindlichen Personen glaubten, die Titanic sei ein sicherer Ort als die kleinen Rettungsboote.

Möglicherweise führte auch das Orchester des Schiffes dazu, dass die Gefahr nicht ernst genug genommen wurde. Die acht Musiker unter Leitung des Kapellmeisters Wallace Hartley spielten auf dem Bootsdeck Ragtime Musik und andere heitere Stücke, um Panik zu verhindern. So hatte es die Schiffsführung

²⁸ Susanne Störmer, "Titanic - Mythos und Wirklichkeit", 2. Auflage, Verlag Henschel, Berlin 1998, ISBN 3-89487-289-6, S 20-24.

²⁹ Henrik Kreutz, "Das Überleben des Untergangs der Titanic. Eine nichtreaktive Messung sozialer Ungleichheit", München 1997, S 22.

angeordnet. Keiner der Musiker überlebte den Untergang. Panik brach erst aus, als offensichtlich wurde, dass das Schiff bald sinken würde und nur noch wenige Rettungsboote übrigblieben. Von den zum Schluss gefierten Booten wurden einige mit über 70 Menschen überbesetzt.

In der Eile der Evakuierung konnten die Notrettungsboote mit den Bezeichnungen A und B nicht zur Besetzung vorbereitet werden. Zwei Offiziere versuchten erst im letzten Moment, das Notboot B freizumachen, das wie die anderen Notboote zusammengeklappt war und damit wenig Stauraum einnahm. Es fiel jedoch mit dem Kiel nach oben ins Wasser und diente lediglich einigen später ins Meer Gespülten, darunter dem Offizier Lightoller als rettendes Floß.³⁰

7. Der spektakuläre Untergang der Titanic

Das letzte gefierte Rettungsboot, Notboot D, verließ die Titanic um 2:05 Uhr. Die Funker wurden von ihren Pflichten entbunden, sendeten aber noch einige Minuten weiter.³¹

Gegen 2:10 Uhr war Kesselraum Nummer vier, die siebente wasserdichte Abteilung vom Bug aus gesehen, komplett geflutet. Rund 40.000 Tonnen Wasser bewirkten das Absinken des Bugs in die Tiefe, das Wasser erreichte nun die Schiffsbrücke und begann, das Bootsdeck zu überspülen. Zu dieser Zeit wurde auch der Kesselraum Nummer 2 aufgrund von Wassereintrich evakuiert, und der vordere Schornstein der Titanic stürzte nach vorne um und erschlug einige Menschen im Wasser. Die übermäßige Steillage des Schiffes Richtung Bug nahm jetzt stetig zu; ein normales Gehen war genauso wie das Arbeiten in den Kessel- und Maschinenräumen kaum mehr möglich.³²

Dort hatte Chefingenieur Bell zusammen mit zahlreichen Heizern sowie den 34 weiteren Schiffsingenieuren und Maschinisten des Schiffes bislang die Kesselräume 2 und 3 weiterbetrieben. Damit wurden die Stromgeneratoren mit Dampf versorgt, sodass Energie für Pumpen, Funk und Beleuchtung zur Verfügung stand. Außerdem wurde durch gezieltes Ab- und Umpumpen von Wasser dafür gesorgt, dass während des Sinkprozesses die Schlagseite der

³⁰ Linda Maria Koldau, "Titanic. Das Schiff, der Untergang, die Legenden", Verlag H. C. Beck, München 2012, ISBN 978-3-406-62424-7, Seite 55-60.

³¹ Susan Wels: TITANIC - Schicksal & Vermächtnis des Ozeanriesen. Bechtermünz, Augsburg 1998 ISBN 38289 0328-2, S 89.

³² Stephen Spignesi, "Titanic", Verlag Goldmann, München 2000, S.90ff, ISBN 3-442-15068-X, S.1 96. Es werden die 28 wichtigsten Untersuchungsergebnisse im Abschlussbericht des vom US-Senat beauftragten Untersuchungsausschusses zur Titanic-Katastrophe zitiert Letztes CQ, abrupt endend um 2:17 Titanic-Zeit von Virginian empfangen laut Marconi → Protokoll (abgedruckt z. B. in Chirnside, Mark: The Olympic-Class Ships: Olympic, Titanic, Britannic. Tempus Publishing, 2004, ISBN 978-0-7524-2868-0.

Titanic minimal blieb, denn schon bei etwas stärkerer Schlagseite hätte man nur auf einer Schiffsseite Rettungsboote fieren können. Nun versuchten viele Crewmitglieder verzweifelt, über die Notleitern nach oben zu gelangen, was aber nur Wenigen gelang.

Gegen 2:18 Uhr fand ein Prozess seinen Höhepunkt, der schon Stunden zuvor schlei-chend begonnen hatte. Durch den fehlenden Auftrieb größerer Schiffsteile - anfangs nur im Bugbereich und später dann auch im Heck - wirkten Kräfte auf den Schiffsrumpf, für die die Konstruktion nicht ausgelegt war. Hatte sich der Schiffsrumpf bislang nur verbogen, konnte er den immer stärker werdenden Kräften nun nicht mehr standhalten und zerbrach in der Umgebung von Kesselraum Nummer I. Dabei wurden auch die Dampf- und Stromleitungen gekappt, und das Schiff lag im Dunkeln. Der Bugabschnitt, der zu diesem Zeitpunkt schon fast komplett unter Wasser lag, ging unter, während sich das Heckteil steil aufrichtete und schließlich gegen 2:20 Uhr versank.³³

Das Wrack sank auf der ungefähren Position 41°44'N, 49°57'W und schlug in 3.821 Meter Tiefe mit einer Geschwindigkeit zwischen 50km/h und 80 km/h auf dem Meeresgrund auf. Insgesamt riss die Titanic zwischen 1.490 und 1.517 Passagiere und Besatzungsmitglieder in den Tod, darunter den Kapitän, der vermutlich freiwillig mit seinem Schiff unterging. Auch bekannte Persönlichkeiten starben beim Untergang.

7.1. Viele gingen nicht unter, sondern erfroren im Wasser

Nach dem Untergang mussten die geretteten Menschen in den Booten noch ungefähr zwei Stunden warten, bevor sie von der RMS Carpathia aufgenommen werden konnten.

Die Nacht des Untergangs war sehr kalt, die Wassertemperatur lag unter 0°C, etwas oberhalb des Gefrierpunktes von Meereswasser. Viele Menschen starben nicht während des Unterganges auf dem Schiff, sondern erst danach im Wasser an Unterkühlung und trieben bei Ankunft der RMS Carpathia der britischen Cunard Line um 4:10 Uhr morgens leblos im Wasser.

Obwohl in den Titanic-Booten noch insgesamt mehrere Hundert Plätze frei waren, ruderten die Insassen von den um Hilfe Rufenden weg, aus Angst, ihr Boot könnte kentern, wenn zu viele der im Wasser Treibenden versuchten, ins Boot zu klettern. Lediglich Rettungsboot Nummer 4 kehrte um. Es konnten allerdings nur noch fünf Überlebende geborgen werden, von denen zwei im Boot starben. Gegen 3 Uhr, also etwa 40 Minuten nach dem Untergang der Titanic, verstummten auch die letzten Hilferufe aus dem Wasser. Erst danach

³³ Stephen Spignesi, "Titanic", Verlag Goldmann, München 2000, S.90ff, ISBN 3-442-15068-X, S.196. Es werden die 28 wichtigsten Untersuchungsergebnisse im Abschlussbericht des vom US-Senat beauftragten Untersuchungsausschusses zur Titanic-Katastrophe zitiert.

kehrte auch Boot Nummer 14 unter dem Kommando des 5. Offiziers Harold Lowe, der die Passagiere in andere Rettungsboote hatte umsteigen lassen, zu den im Wasser Treibenden zurück. Es wurden nochmals drei Menschen gerettet, die sich zunächst auf Treibgut gerettet hatten. Nur insgesamt 711 Menschen überlebten laut dem britischen Untersuchungsbericht.³⁴

8. Bergung der Schiffbrüchigen sowie Opfer

Am Morgen des 15. April 1912 waren kurz vor 0:30 Uhr auf der RMS Carpathia die ersten per Funk übermittelten Notrufsignale der Titanic empfangen worden.

Kapitän Smith hatte den Funkern Jack Phillips und Harold Bride gegen 0:15 Uhr den Befehl erteilt, Notrufe an andere Schiffe zu senden. 15 Minuten später antwortete die RMS Carpathia, die fast vier Stunden bis zur Unglücksstelle brauchte. Nach Angaben des Funkoffiziers der Carpathia war er es, der die Titanic anrief, um sie über das Vorliegen von Funknachrichten an sie bei der Marconi Wireless Station Site zu informieren. Als Antwort bekam er den CQD-Notruf.³⁵

Der Kapitän der Carpathia, Arthur Rostron, befahl trotz der durch Eisberge drohenden Gefahr Fahrt auf die Position der Titanic aufzunehmen. Um 4 Uhr morgens erreichte die Carpathia den Ort, an dem die Titanic untergegangen war, und konnte die ersten Schiffbrüchigen aufnehmen.

Am Abend des 19. April fuhr die Carpathia, die eigentlich von New York nach Fiume unterwegs gewesen war, wieder in New York ein und brachte die Überlebenden der Katastrophe an Land. Die Besatzungsmitglieder der Carpathia galten seitdem als Helden und wurden weltweit gefeiert.

9. Untersuchungen, Erkenntnisse und Verbesserungsmaßnahmen

In den direkt auf das Unglück folgenden Untersuchungen vom 19. April 1912 bis zum 25. Mai 1912 wurden von einem Komitee des amerikanischen Senates unter Vorsitz von William Aiden Smith mehr als 82 Zeugen zu der Schiffskatastrophe befragt. Die Briten setzten zusätzlich eine eigene Untersuchungskommission unter der Leitung von Rufus Tsaacs und Robert Finlay ein, welche vom 2. Mai 1912 bis zu m 3. Juli 1912 tagte und 97 Zeugen und Sachverständige (unter ihnen Ernest Shackleton) vernahm.

³⁴ Stephen Spignesi, "Titanic", Verlag Goldmann, München 2000, S.90ff, ISBN 3-442-15068-X, S.196. Es werden die 28 wichtigsten Untersuchungsergebnisse im Abschlussbericht des vom US-Senat beauftragten Untersuchungsausschusses zur Titanic-Katastrophe zitiert.

³⁵ Henrik Kreutz, "Das Überleben des Untergangs der Titanic. Eine nichtreaktive Messung sozialer Ungleichheit", München 1997, S 22.

Es gab viele einander widersprechende Aussagen, die von überzeugenden Darstellungen bis hin zu vagen Vermutungen, Trugschlüssen und wahrscheinlich auch Lügen reichten.³⁶

Man protokollierte als Unfallursachen bzw. -folgen zwar “zu schnelles Fahren der Titanic durch gefährliches Gewässer” und “zu wenig Rettungsboote” und dass “die SS Californian, die dem Unglücksort am nächsten war, nicht zu Hilfe kam, weil ihr Bordfunker dienstfrei hatte und schlafen gegangen war”, beleuchtete aber die für alle Verfehlungen in Frage kommenden Motive und Spekulationen zu wenig. Als sicher gilt jedoch, dass Joseph Bruce Ismay, Geschäftsführer der White Star Line und Passagier an Bord der “Titanic”, “seinen” Kapitän dazu drängte, die Geschwindigkeit des Schiffes trotz der eingehenden Eiswarnungen nicht zu drosseln. Als Joseph Bruce Ismay dies vor dem britischen Untersuchungsausschuss mit widersprüchlichen Argumenten seiner wirtschaftlichen Interessen bestritt, sollte 1913 der nunmehr auch verdächtige Reedereibesitzer John P. Morgan befragt werden. Dazu kam es jedoch nicht, da J. P. Morgan in einem Hotel in Rom starb.³⁷

Die einschlägigen Erkenntnisse der Untersuchungen führten zu einer langen Liste neuer Vorschriften:

- Seit dem Unglück muss für jede Person auf einem Schiff ein Platz in einem Rettungs-mittel (Rettungsboot, Rettungsfloß) vorhanden sein.
- Das Einsteigen in diese muss vor jeder Abfahrt erklärt/geübt werden.
- Weiters wurde eine auf See rund um die Uhr besetzte Funkwache eingeführt.³⁸

9.1. Anschuldigungen, Verdächtigungen

In der Öffentlichkeit und auch in weiten Teilen der Literatur wurden einige Personen besonders für die Katastrophe verantwortlich gemacht. Dies waren Stanley Lord, Kapitän der Californian, William M. Murdoch, erster Offizier der Titanic, und Joseph Bruce Ismay, Geschäftsführer der White Star Line. Der Reedereibesitzer J. Morgan geriet schließlich auch in Diskussion, da er ja knapp vor Beginn der Jungfernfahrt seine Teilnahme “krankheitshalber” abgesagt hatte. Kapitän Lord wurde beschuldigt, der Titanic nicht schnell genug

³⁶ Die 28 wichtigsten Untersuchungsergebnisse im Abschlussbericht des vom US-Senat beauftragten Untersuchungsausschusses zur Titanic-Katastrophe; Stephen Spignesi: Titanic. Goldmann, München 2000, S.90ff, ISBN 3-442-15068-X, S.196.

³⁷ Waller Lord: Titanic- Wie es wirklich war. Heyne, München 1998, ISBN 3-453-1 5057-0, s 14-2f.

³⁸ "Sicherheit und Schifffahrt 1912-2012: Von der Titanic bis zur Costa Concordia", die Allianz Global Corporate & Specialty (AGCS) zusammen mit dem Seafarers' International Research Centre (SIRC) der Universität Cardiff erstellt hat. Welche Sicherheitslehren lassen sich aus dem Titanic-Unfall ziehen? Abgefragt am 30. 10. 2016.

geholfen zu haben. Grundlage dieser Anschuldigungen ist die Annahme, die SS Californian sei das Schiff gewesen, dessen Lichter von der Titanic aus gesichtet wurden. Bis heute ist aber strittig, ob die Lichter, die von der Titanic aus gesehen wurden, tatsächlich die der Californian waren, denn zum damaligen Zeitpunkt waren die Positionen von Schiffen nicht jederzeit genau bestimmbar. So sank die Titanic über zehn Seemeilen ost-südöstlich ihrer im Notruf angegebenen Position, wie man seit der Entdeckung des Wracks durch Robert Ballard im Jahre 1987 weiß. Wie genau die Positionsangabe der Californian ist, lässt sich allerdings nicht mehr ermitteln. Die Zeugenaussagen der Californian-Besatzung sind zudem widersprüchlich. Einigkeit besteht darin, dass in der Nacht ein Schiff in südlicher Richtung zu erkennen war. Jedoch nur wenige hielten das Schiff für einen großen Passagierdampfer. Dieses mysteriöse Schiff blieb vor Mitternacht stehen und schien nach zwei Uhr in Richtung Südwest zu verschwinden. Auch wurden Raketen direkt über oder hinter dem stehenden Schiff beobachtet. Anscheinend schien dieses Schiff so nah, dass Kapitän Lord befahl, Kontakt mittels einer Morselampe herzustellen. Dies gelang nicht. Der Funker der Californian war zu dieser Zeit bereits im Bett.³⁹

Die vorliegenden Fakten lassen insgesamt zwei Möglichkeiten zu:

- Es befand sich ein drittes Schiff zwischen Californian und Titanic, welches niemals identifiziert werden konnte. Dass sich dessen Besatzung angesichts der Geschehnisse nachträglich freiwillig gemeldet hätte, erscheint höchst unwahrscheinlich, weswegen diese Möglichkeit angesichts dieser stark befahrenen Schifffahrtsroute plausibel ist. Diese These vertrat Kapitän Lord bis zu seinem Lebensende.
- Das gesichtete Schiff war tatsächlich die Titanic, aber in sehr großer Entfernung, wo durch sie je nach Beobachtungswinkel wie ein kleineres näheres Schiff hätte wirken können. Die Californian wäre dann angesichts abgeschalteter Maschinen kaum rechtzeitig am Unglücksort eingetroffen.

Auch wenn Kapitän Lord anscheinend keine Möglichkeit hatte, den Menschen auf der Titanic zu helfen, bleibt sein Verhalten angreifbar.

9.2. Eine Sicherheitskonferenz von großer Tragweite

Der Untergang des Ozeanriesen rüttelte die weltweit führenden Schifffahrtsnationen wach und war Anlass für zahlreiche Maßnahmen zur

³⁹ "Sicherheit und Schifffahrt 1912-2012: Von der Titanic bis zur Costa Concordia", die Allianz Global Corporate & Specialty (AGCS) zusammen mit dem Seafarers' International Research Centre (SIRC) der Universität Cardiff erstellt hat. Welche Sicherheitslehren lassen sich aus dem Titanic-Unfall ziehen? Abgefragt am 30.10.2016.

Verbesserung der Sicherheit auf See. Am 12. November 1913 wurde eine Konferenz einberufen, die einen internationalen Mindeststandard für die Sicherheit auf Handelsschiffen schaffen sollte.

Höhere, international einheitliche Sicherheitsstandards sollten entstehen. Ergebnis dieser Konferenz war 1914 die erste Version der "International Convention for the Safety of Life at Sea" (SOLAS Internationales Übereinkommen zum Schutz des menschlichen Lebens auf See). Diese umfasste die ausreichende Ausstattung mit Rettungsbooten, Besetzung der Funkstationen rund um die Uhr und die Errichtung der Internationalen Eispatrouille.

9.3. Unrichtige literarische und bildliche Darstellungen

Innerhalb der großen Menge an Literatur, Bildern und Filmmaterial über die Titanic befinden sich auch zahlreiche Falschdarstellungen und Übertreibungen. Die größte Quelle für die Fehler sind sicherlich die direkt nach der Katastrophe entstandenen Zeitungsartikel, welche teilweise nur auf Gerüchten beruhten, teilweise aber auch komplett der Phantasie von Überlebenden oder gar der Journalisten entsprungen sind. Während offensichtliche Fehler (wie beispielsweise aus dem Zeitungsartikel "Alle gerettet") in heutiger Literatur nicht mehr zitiert werden, sind andere auch heute noch weit verbreitet. Zudem wurden bei Bildern über den Untergang übertriebene Darstellungen gewählt, um einen kolossalen Eindruck zu erzielen. Zu dem zeugen viele Behauptungen und Erklärungen in solchen Dokumentationen und auch in der Literatur von mangelhafter Recherche oder technischem Unverständnis der Autoren. Aber auch offizielle Dokumente sind nicht fehlerfrei. So ist der bekannteste Fehler des Abschlussberichtes der britischen Untersuchungskommission die Behauptung, das Schiff sei beim Untergang nicht auseinandergebrochen, obwohl mehrere Überlebende dies bezeugt hatten.⁴⁰

⁴⁰ <https://www.deutschlandfunk.de> › v...

Epochale Schiffskatastrophe - Der Untergang der "Titanic" vor 110 Jahren 15.04.2022.

Berislav Matijević*

PRAVO SUBROGACIJE OSIGURATELJA

Apstrakt

Rad obrađuje specifičan institut imovinskog prava osiguranja: pravo subrogacije osiguratelja. Uvodni dio rada posvećen je subrogaciji kao općem građanskopravnom institutu, dok se središnji dio rada bavi pravom subrogacije osiguratelja. U hrvatskom pravu, pod pravom subrogacije osiguratelja, predmnijeva se zakonska personalna subrogacija u konkordanciji sa promjenom vjerovnika u obveznom odnosu iz osiguranja. Isplatom naknade iz osiguranja, osiguratelj stupa u pravnu poziciju svog osiguranika i iz nje izvodi svoje pravo subrogacije prema osobi odgovornoj za štetu. U radu se apostrofiraju sličnosti i razlike koje postoje između prava subrogacije i dvaju srodnih instituta: ustupanja tražbine – cesije i prava regresa osiguratelja. Uz navedeno, u radu se razmatra i ograničenje prava subrogacije osiguratelja, dužnost osiguranika na očuvanje prava subrogacije osiguratelja, te zastara prava subrogacije osiguratelja. Posljednji dio rada posvećen je pravu subrogacije, kao dijelu specifičnog odnosa reosiguranje - osiguranje.

Ključne riječi: subrogacija, osiguranje, regres, zastara, reosiguranje.

1. Uvod

Jedna od osnovnih karakteristika obveznih odnosa je njihova dinamičnost. Ta dinamičnost rezultat je interesa sudionika obveznih odnosa za jednim njihovim što bržim ispunjenjem. Navedeno podrazumijeva i određenost subjekata obveznog odnosa u slučaju njihove promjene.¹ Iako prema suvremenom shvaćanju teorije i prakse, promjene subjekata obveznog odnosa, ne utječu na promjenu identiteta samog obveznog odnosa,² promjene subjekata obveznog odnosa značajne su radi individualizacije (određenosti) konkretnog obveznog odnosa. U skladu sa predmetom obrađivane materije,

* Diplomirani pravnik. Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu (HDGZP), Hrvatska udruga za pravo osiguranja (HUPO - AIDA), e-mail: berislavmatijevic@gmail.com

¹ Kako na aktivnoj (vjerovnik), tako i na pasivnoj (dužnik) strani obveznog odnosa.

² Identitet (činidba i pravna osnova) obveznog odnosa ostaje isti.

zanima nas promjena subjekata obveznog odnosa na njegovoj aktivnoj strani – promjena vjerovnika.

Do promjene vjerovnika u obveznom odnosu može doći i u slučaju kada treća osoba ispuni vjerovnikovu tražbinu i time preuzme mjesto i prava koja je prethodni vjerovnik imao prema dužniku. U takvom slučaju govorimo o personalnoj subrogaciji³ (dalje u tekstu: subrogacija).

Kako je subrogacija ujedno i vrlo značajan institut imovinskog prava osiguranja, nastavno ćemo najprije o njoj nešto više reći, dok će središnji dio ovog rada biti posvećen upravo pravu subrogacije osiguratelja.

2. Subrogacija

Povijesno promatrano, izvorno, pojam subrogacije⁴ (od lat. *subrogo* - predložiti koga namjesto drugog) nije poznavalo rano rimsko pravo,⁵ već se istim koristilo kanonsko pravo u području nasljednog prava i pitanja sukcesije pokojnika, označavajući pojmom subrogacije pravni položaj osobe sukcesora prava osobe čije je mjesto zauzela.⁶

U kasnijem rimskom pravu „konstrukcija“ pojma subrogacije bila je vezana je uz slučajeve *ex lege* prijelaza prava u obliku koncesije jedne *actio utilis*,⁷ da bi „odlučujući impuls“ u pravnoj konstrukciji pojma subrogacije, onakvom kakvog ga se danas poima, dala francuska pravna teorija,⁸ koja je kao takva utjecala i na redaktore francuskog Građanskog zakonika - *Code Civil*.⁹

³ Za razliku od realne subrogacije kod koje dolazi do promjene/zamjene sadržaja same obveze, tj. kada dužnik umjesto dužne činidbe ispuni svoju obvezu nekom drugom činidbom (npr. kada umjesto dugovanog novčanog iznosa vjerovnik primi automobil).

⁴ Engl. *subrogation*, njem. *Forderungsübergang*, tal. *surrogazione*, franc. *subrogation*.

⁵ Rimsko pravo je poznavalo pojmove: *successio*, *substitutio*, *in locum priourum creditorum succedere*, *cessio legis*, *cessio necessaria* i sl.

⁶ A. Torelli, *Surrogazione e regresso tra diritto generale delle obbligazioni e solidarieta' fideiussoria*, Università di Milano – Bicocca, Scuola di dottorato in scienze giuridiche, Milano 2011, 7.

⁷ Pod *actiones utilis* u rimskom pravu označavale su se *actiones* (tužbe) *in personam* kojima je pretor proširovao već poznate tužbe (*actio directa*) analogno i na druge slučajeve za koje one izvorno nisu bile predviđene (navedeno prema M. Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974, 355).

⁸ A. Torelli, 26. navodi: „[...] Glavni zagovornici nauka o subrogaciji bili su Dumoulin, Renusson, Merlin i Pothier. Prvome ide priznanje za to što je u pravnoj nauci prvi fiksirao princip subrogacije kao *ope legis* prijelaz prava sa jednog subjekta na drugi; dugome ide priznanje što je autor opsežne monografije *Traite de la Subrogation* (Pariz, 1760), dok je pod preostalom dvojicom teorija o subrogaciji doživjela svoj maksimalni razvoj [...]“.

⁹ Vid. „*Du paiement avec subrogation*“, čl. 1346. *Code Civil* (integralni tekst *Code Civil*,

Navedena „konstrukcija“ pojma subrogacije se zatim postupno proširivala i na ostale države članice europskog kontinentalnog kruga.

Na našim prostorima, za trajanja primjene austrijskog OGZ,¹⁰ isti nije poznavao pojam subrogacije.

Obzirom da su istovremeno u znanosti postojali prijevori o tome, da li je subrogacija način ispunjenja obveze, ili je ona jedan od oblika prijenosa tražbine. Najprije je prevladavalo mišljenje da je subrogacija jedan od načina ispunjenja obveze, da bi zatim prevladalo mišljenje da je riječ o prijenosu tražbine. To je uočljivo i kroz stavove zakonodavca.

Zakon o obveznim odnosima iz 1978. koji je u RH preuzet kao republički zakon¹¹ (nastavno ZOO/91), i koji se primjenjuje na sve obvezne odnose nastale do 1. siječnja 2006¹², subrogaciju uređuje u Glavi IV – prestanak obveza, pod naslovom „ispunjenje sa subrogacijom“,¹³ dok Zakona o obveznim odnosima iz 2005.¹⁴ (nastavno ZOO), koji je primjenjuje na sve obvezne odnose nastale od 1. siječnja 2016,¹⁵ subrogaciju uređuje u Glavi VI – promjene u obveznom odnosu, pod naslovom „subrogacija“.¹⁶ U teoriji se navodi: „[...] Vjerojatno je na zakonodavca utjecala činjenica da je u germanskom pravnoj književnosti subrogacija smještena u prijenos obveza zajedno sa cesijom [...]“.¹⁷

Subrogacija je prijelaz vjerovnikove tražbine na osobu ispunitelja ili *solvens*-a, koja ju je ispunila umjesto dužnika.¹⁸

I ZOO/91 i ZOO razlikuju ugovornu i zakonsku subrogaciju.

O ugovornoj subrogaciji govorimo kada, u slučaju ispunjenja tuđe obveze, ispunitelj, prije ispunjenja ili pri ispunjenju, ugovori sa vjerovnikom da ispunjena tražbina prijeđe na njega sa svima ili samo s nekim sporednim pravima,¹⁹ ali i da vjerovnikova prava mogu prijeći na ispunitelja i na temelju ugovora između

ažuriran sa danom 23. 03. 2019., dostupan je na: <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>, datum pristupa 15. 05. 2019).

¹⁰ Austrijski Opći građanski zakonik bio je objavljen carskim patentom od 1. lipnja 1811. a stupio je na snagu 1. siječnja 1812. i u Republici Hrvatskoj (nastavno: RH) je bio u upotrebi sve do 1978, tj. do donošenja Zakona o obveznim odnosima iz 1978.

¹¹ *Narodne novine*, br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01.

¹² Vid. čl. 1164. ZOO.

¹³ Vid. čl. 299. – 304. ZOO/91

¹⁴ *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18.

¹⁵ Čl. 1165 ZOO.

¹⁶ Čl. 90 – 92. ZOO.

¹⁷ Vid. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb 2005, 142.

¹⁸ P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2008, 448.

¹⁹ Čl. 90. st. 1. ZOO.

dužnika i ispunitelja sklopljenog prije ispunjenja.²⁰

Navedeno znači da:

- ispunitelj može biti bilo koja treća osoba;
- obveza koju ispunitelj pri subrogaciji ispunjava mora biti tuđa obveza, tj. ona ne smije biti vlastita obveza ispunitelja. Stoga pri ispunjenju obveze od strane jednog od solidarnih dužnika neće doći do subrogacije, već će dužnik koji je isplatio cijelu tražbinu imati pravo regresirati se od ostalih sudažnika u dijelu obveze koji otpada na njih;²¹
- ugovorna subrogacija se može zaključiti: a) posebnim ugovorom sklopljenim između (starog) vjerovnika i novog vjerovnika (ispunitelja), koji ugovor može biti zaključen prije ili za vrijeme ispunjenja; b) posebnim ugovorom sklopljenim između novog vjerovnika (ispunitelja) i dužnika, koji ugovor mora biti zaključen prije ispunjenja;
- za obje varijante ugovorne subrogacije potrebno je naglasiti da subrogacija nastupa u trenutku ispunjenja, a ne u trenutku sklapanja ugovora o subrogaciji;²²
- ugovor o subrogaciji je neutuživ jer: „[...] Vjerovnik ne može tužiti ispunitelja koji nije ispunio tražbinu o kojoj je zaključen ugovor o subrogaciji. Naime, kako se ugovorom o subrogaciji samo predviđa mogućnost da tražbina, ako je stvarno i ispunjena, prijeđe na ispunitelja, a ne ustanovljuje se i njegova obveza da tu tražbinu stvarno i ispunji, onda nije dvojbeno da je ugovor o subrogaciji neutuživ [...]“.²³ Iz čega slijedi da je ugovor o subrogaciji samo pravni osnov, odnosno pravna pretpostavka prelaska tražbine, te bi se u slučaju njegova izostanka moglo govoriti o stjecanju bez osnove.²⁴

Iz sudske prakse: „[...] Prema odredbi čl. 299. st. 1. ZOO/91 (čl. 90. st. 1. ZOO, opa.a), u slučaju ispunjenja tuđe obveze svaki ispunitelj može ugovoriti sa vjerovnikom, prije ispunjenja ili prilikom ispunjenja, da ispunjeno potraživanje pređe na njega sa svim ili samo sa nekim sporednim pravima (subrogacija). [...] Upravo postupajući u smislu citirane odredbe između X. d.o.o. kao vjerovnika i tužitelja kao ispunitelja sklopljen je Ugovor o ispunjenju sa subrogacijom od 22. ožujka 1995, a kojim Ugovorom se tužiteljica obvezala ispuniti tuženikovu obvezu

²⁰ Čl. 90. st. 2. ZOO.

²¹ P. Radošević, „Personalna subrogacija u teoriji i sudskoj praksi,“ *Pravo i porezi* 3/2011, RRiF, Zagreb 2011, 55.

²² P. Klarić, M. Vedriš, 449.

²³ P. Radošević, 56.

²⁴ A. Golub, „Promjene vjerovnika u obveznopravnom odnosu cesijom i subrogacijom“, *Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Godišnjak* 24, Organizator, Zagreb 2017, 376.

kao dužnika prema X. d.o.o. R. kao vjerovniku, time da ispunjeno potraživanje pređe na nju. Tako sklopljen i izvršen ugovor o subrogaciji pravni je osnov temeljem kojeg je tužiteljica i ovlaštena tražiti isplatu utuženog iznosa od tuženika [...]“²⁵

O zakonskoj subrogaciji govorimo kada obvezu ispuni osoba koja ima neki pravni interes u tome, pa samim ispunjenjem obveze na nju prelazi vjerovnikova tražbina sa svim sporednim pravima.²⁶

Navedeno znači da:

- ispunitelj može biti bilo koja osoba, uz uvjet da na strani te osobe, mora postojati pravni interes da obveza bude ispunjena;²⁷
- ispunjenjem obveze, na ispunitelja *ex lege* prelazi vjerovnikova tražbina.²⁸ Dakle subrogacijom dolazi ne samo do ispunjenja tražbine vjerovnika prema dužniku već i do prijelaza prava na ispunjenje s vjerovnika na ispunitelja, a time i do promjene vjerovnika u obveznopravnom odnosu;²⁹
- vjerovnik i dužnik ne mogu spriječiti ispunitelja u ispunjenu obveze, te subrogacija nastupa neovisno o njihovoj volji.³⁰

Iz sudske prakse: „[...]Predmet ovog spora je regresno potraživanje tužitelja, koji je kao osiguravatelj isplatio utuženu svotu svom osiguraniku Z. b. d.d. po osnovi ugovora o osiguranju potraživanja. Tim ugovorom se tužitelj obvezao nadoknaditi osiguraniku iznos koji on potražuje od dužnika – ovdje tuženika na ime odobrenog kredita. Odredbom čl. 90. st. 3. Zakona o obveznim odnosima („Narodne novine“ broj 35/05 i 41/08) propisano je da u slučaju ispunjenja tuđe obveze subrogacija ispunitelja u prava vjerovnika nastaje ispunjenjem iz čega proizlazi da subrogacijom ne nastaje nova izvanugovorna obveza, već dolazi do prijelaza postojeće obveze koja je ugovornog porijekla [...]“³¹

Nastavno treba navesti da se u sklopu odredaba o subrogaciji, ZOO sadrži dva značajna pravila koja se primjenjuju i u slučaju ugovorne subrogacije i u slučaju zakonske subrogacije:

Prvo je da, ispunitelj na kojega je subrogacijom prešla tražbina ne može zahtijevati od dužnika više od onoga što je isplatio vjerovniku³². Kojom se

²⁵ Vrhovni sud Republike Hrvatske (nastavno: VRSH), Rev-3121/1999 od 18. veljače 2003, EU:ECLI:HR:VSRH:2003:3714.

²⁶ Čl. 91. ZOO.

²⁷ Vid. čl. 161. st. 1. i 2. ZOO.

²⁸ U tom smislu vid. VSRH, Rev-1530/2011-2 od 5. studenog 2014, EU:ECLI:HR:VSRH:2011:6418.

²⁹ A. Golub, 377.

³⁰ V. Gorenc *et al.*, 144.

³¹ VSRH, Gr1-205/15-2 od 13. svibnja 2015., EU:ECLI:HR:VSRH:2015:2697.

³² Čl. 94. ZOO.

odredbom onemogućuje ispunitelju namirenje od dužnika za više od onoga što je platio vjerovnika štiteći tako i dužnika i vjerovnika: „[...] Dužnik ne mora platiti više od onoga na što je obvezan, a vjerovniku uvijek ostaje mogućnost da nerealizirani dio tražbine naplati od dužnika, ako mu je ispunitelj platio manje nego što iznosi tražbina [...]“.³³

Drugo je da, vjerovnik koji je primio ispunjenje od treće osobe ne odgovara za postojanje i naplativost tražbine u vrijeme ispunjenja.³⁴ Ovo iz razloga što ispunitelj dužnikovu obvezu ispunjava po svojoj inicijativi, stoga i rizik veriteta i boniteta treba sam snositi. Međutim, postoje i razmišljanja da se ne-odgovornost vjerovnika za postojanje tražbine može dovesti u pitanje.³⁵

Uz naprijed navedena opća pravila o ugovornoj i zakonskoj subrogaciji, ZOO posebnim odredbama uređuje određene specifične slučajeve zakonske subrogacije.³⁶ Razlog za specifično uređenje pojedinih slučajeva zakonske subrogacije vjerojatno leži u: „[...] zbog nesigurnosti postojanja pravnog interesa u konkretnim slučajevima (i vrlo čestoj nužnosti dokazivanja istog u postupku pred sudom), zakon je odlučio u navedenim situacijama izričito proklamirati postojanje pravnog interesa ispunitelja na ispunjenju dužnikove tražbine [...]“.³⁷

U takve slučajeve zakonske subrogacije ubraja se i pravo subrogacije osiguratelja, o čemu više u nastavku rada.

3. Subrogacija u osiguranju

U RH, povijest prava subrogacije osiguratelja je dugotrajna, i proteže se na vremensko razdoblje od unatrag više od 100 godina, sve do vremena kada je to pravo osiguratelja bilo prvi puta zakonom ustanovljeno (hrvatskim Trgovačkim zakonikom, 1875).³⁸

U pravnom se poslu osiguranja pojmom „subrogacija osiguratelja“ označuje pravo osiguratelja da isplatom osigurnine stupi u osiguranikovu pravnu poziciju prema trećim odgovornim osobama u vezi sa štetom za koju je isplaćena osigurnina.³⁹

³³ V. Gorenc *et al.*, 146.

³⁴ Čl. 95. st. 1. ZOO.

³⁵ Za detaljnije vid. P. Radošević, 57.

³⁶ Vid. primjerice čl. 110., čl. 377., čl. 863. ZOO, itd.

³⁷ P. Radošević, 58.

³⁸ D. Pavić, „The insurer’s right of subrogation in Croatian Law“, *Uporedno pomorsko pravo*, 133-134, Zagreb 1992, 9.

³⁹ D. Pavić, *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug Split 2006, 466.

3.1. Razlozi utemeljenja i pravna osnova prava subrogacije osiguratelja

Jedan štetni događaj može imati za posljedicu zahtjev osiguranika prema osobi odgovornoj za prouzročenu štetu (štetnik/odgovorna osoba), ali i prema osiguratelju ukoliko taj događaj predstavlja osigurani slučaj.⁴⁰ Prvi zahtjev zasniva se na zakonu – pravilima građanskog prava o odgovornosti za štetu,⁴¹ a drugi na ugovoru o osiguranju.⁴² Kako su ovi zahtjevi međusobno neovisni, njihovo kumulativno ostvarenje moglo bi dovesti do toga da se osiguranik namiri u obujmu većem nego što iznosi prouzročena šteta (i od osobe odgovorne za štetu i od osiguratelja, a za istu štetu). Drugim riječima, došlo bi do povrede odštetnog načela imanentnog za sve vrste odštetnih osiguranja,⁴³ prema kojem: „Iznos osigurarine ne može biti veći od štete koju je osiguranik pretrpio nastupanjem osiguranog slučaja“.⁴⁴ Iz tog razloga se u imovinskom osiguranju zabranjuje osiguraniku kumuliranje zahtjeva prema osobi odgovornoj za štetu i osiguratelju za istu štetu.⁴⁵ Međutim, to ujedno ne znači, da osoba odgovorna za štetu smije ostati „neodgovorna“ iz razloga što je oštećeni osiguran.

Stoga, da bi se zadovoljilo odštetno načelo u osiguranju, a ujedno i onemogućilo štetniku izbjegavanje svoju odgovornosti za prouzročenu štetu, uvedeno je pravo subrogacije osiguratelja: „Isplatom naknade iz osiguranja prelaze na osiguratelja, po samom zakonu, do visine isplaćene naknade, sva osiguranikova prava prema osobi koja je po bilo kojoj osnovi odgovorna za štetu“.⁴⁶ Da nema ove odredbe, osiguratelj bi bio prisiljen, ukoliko želi ostvariti povrat isplaćene osigurarine od treće osobe koja je prouzročila štetu, zatražiti od osiguranika cesiju⁴⁷ i tek temeljem ugovora o ustupu tražiti povrat od štetnika.⁴⁸ Tako da, zaključuje se: „[...] Institutom subrogacije dolazi do punog izražaja

⁴⁰ Za osigurani slučaj vid. čl. 922. ZOO.

⁴¹ Vid. Glava IX. ZOO.

⁴² Vid. Glava VIII., odjeljak 2., Odsjek 27. ZOO.

⁴³ U odštetna osiguranja ubrajaju ona osiguranja u kojima osigurarina ima značaj naknade za pretrpljenu štetu (vid. 949. st. 1. ZOO).

⁴⁴ Čl. 949. st. 2. ZOO.

⁴⁵ Usp. sa P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2005., 367.

⁴⁶ Čl. 963. st. 1. ZOO.

⁴⁷ Glede ugovora o cesiji, upućujemo na J. Cvjetko, „Ugovor o cesiji (ustupu tražbine) kao pravni institut obveznog prava s posebnim osvrtom na personalnu subrogaciju“, *Pravnik*, 87/09, Zagreb 2009, 135-152.

⁴⁸ M. Ćurković, „Pravo regresa (subrogacije) osiguravatelja“, *Osiguranje* 1-2/2001, Zagreb 2009, 5.

latinsko načelo *debitor debitoris mei, debitor meus est* [...].⁴⁹

Osim, gore navedene odredbe čl. 963. st. ZOO o „Prijelazu osiguranikovih prava prema odgovornoj osobi na osiguratelja (subrogacija)“⁴, pravo subrogacije osiguratelja propisano je i drugim zakonima⁵⁰, ali razmatranje navedene materije nije ciljani domet ovog rada.

Iako glede pravnog osnova prava subrogacije osiguratelja postoji, u teoriji i usporednim pravnim sustavima, više shvaćanja (npr. da je riječ o zakonskoj cesiji),⁵¹ u hrvatskom pravu, pravna osnova prava subrogacije osiguratelja je zakon.⁵² U pitanju je zakonska subrogacija, neovisno o tome što tražbina osiguratelja proizlazi iz ugovora o osiguranju.⁵³ Tako da subrogacija osiguratelja u prava osiguranika nastupa isplatom (ispunjenjem obveze osiguratelja) osigurarine, *ipso iure*.⁵⁴

3.2. Pravna priroda prava subrogacije osiguratelja

Da bi moglo doći do subrogacije osiguratelja, moraju biti ispunjena dva osnovna uvjeta:

⁴⁹ M. Ćurković, *Ugovor o osiguranju - Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Inženjerski biro, Zagreb 2017, 168.

⁵⁰ Tako se u čl. 14. Zakona o obveznim osiguranjima u prometu, *Narodne novine*, br. 151/2005, 36/2009, 75/2009, 76/2013, 152/14, navodi: „Društvo za osiguranje koje je nadoknadilo štetu oštećenoj osobi ili platilo osigurani iznos, a na temelju ovoga Zakona nije bilo u obvezi, ima pravo na naknadu od osobe koja je odgovorna za štetu i to isplaćenog iznosa štete, kamate i troškova“; odnosno u čl. 397. Pomorskog zakonika, *Narodne novine*, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15, 17/19, navodi: (2) Ako je prije diobe fonda ograničene odgovornosti osoba koja odgovara, ili njezin osiguratelj namirila neto tražbinu prema tom fondu, ta osoba se subrogira do iznosa koji je uplatila, u prava koja bi tako namirena osoba mogla koristiti prema ovom dijelu Zakonika. (3) Pravo subrogacije iz stavka 2. ovoga članka mogu također koristiti i druge osobe, osim gore spomenutih, za svaki iznos naknade koju isplate, ali samo toliko koliko je takva subrogacija dozvoljena. (4) Ako osoba koja odgovara, ili druga osoba, utvrdi da bi kasnije morala platiti u cjelini ili dijelom na ime naknade svotu za koju je mogla koristiti pravo subrogacije prema stavku 2. i 3 ovoga članka da se ova svota platila prije diobe fonda ograničene odgovornosti, sud može narediti da se privremeno izdvoji dovoljan iznos kako bi se omogućilo toj osobi da kasnije ostvari svoja prava prema tom fondu“; te se u čl. 136. Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju, *Narodne novine* br. 80/13, 137/13, navodi: „(1) Zavod je obvezan zahtijevati naknadu prouzročene štete od osobe koja je prouzročila bolest, ozljedu ili smrt osigurane osobe. [...]“; itd.

⁵¹ Za detaljnije o tim vidjeti u P. Šulejić (2005), 368–369

⁵² M. Ćurković (2017), 169.

⁵³ D. Pavić, *Ugovorno pravo osiguranja*, Tectus, Zagreb 2009, 315., navodi se: „[...] Pravo subrogacije osiguratelja nema značenje prijenosa ugovora. [...]“

⁵⁴ *Ibid.*, 316.

1. treba biti isplaćena osigurnina, i
2. mora postojati odštetni zahtjev osiguranika prema odgovornoj osobi.⁵⁵

Iz zakonske dikcije „[...] prelaze na osiguratelja, [...] sva osiguranikova prava [...]“⁵⁶, razvidno je, da je riječ o prijelazu prava sa osiguranika na osiguratelja, a ne o stjecanju vlastitog prava.⁵⁶ Prema tome, nije u pitanju izvorno, već izvedeno pravo⁵⁷ osiguratelja prema osobi odgovornoj za štetu.⁵⁸

Iz sudske prakse: „[...] Osiguratelj ima pravo od štetnika zahtijevati kamate na svotu isplaćene naknade od dana kada je izvršio isplatu svome osiguraniku, budući se ne radi o novom pravnom odnosu, odnosno o novoj tražbini između tužitelja i tuženih u odnosu na tražbinu oštećenoga odnosno osiguranika prema tužitelju odnosno osiguratelju, već je to po svom sadržaju isti pravni odnos, te ne dolazi u obzir računanje zatezних kamata od dana kada je tužitelj odnosno osiguratelj pozvao tužene odnosno štetnike platiti ono što je on platio oštećenome po osnovu osiguranja jer isplatom na tužitelja osiguratelja osiguraniku nije prešlo neko novo pravo, već je to pravo istog sadržaja koje je imao i osiguranik [...]“⁵⁹.

3.3. Razgraničenje u odnosu na srodne institute: ustupanje tražbine (cesiju) i regres

Pravo subrogacije osiguratelja u prava osiguranika prema osobi odgovornoj za štetu, često se konfrontira sa određenim drugim institutima građanskog prava, zbog određenih sličnosti, te je potrebno jasno odrediti granice ovih instituta, jer se radi o institutima koji jesu slični, ali su različiti i pravno nezavisni instituti u pitanju. Za potrebe ovog rada navesti ćemo osnovne sličnosti i razlike između prava subrogacije osiguratelja i dva instituta koje se najčešće dovode u vezu sa pravo subrogacije osiguratelja: ustupanje tražbine –cesija i regres.

3.3.1. U odnosu na ustupanje tražbine - cesiju.

Zajednička karakteristika subrogacije i ustupanja tražbine - cesije je ta da se jednoj osobi omogućava da se koristi pravom druge osobe, ali nesporno je

⁵⁵ P. Šulejić (2005), 369.

⁵⁶ P. Šulejić, „Subrogacija i regres u zakonu i sudskoj praksi“, *Tokovi osiguranja* 1/2014., Beograd 2014, 15.

⁵⁷ Naziva se i „derivatno“ pravo.

⁵⁸ B. Matijević, „Subrogacija i regres u osiguranju“, Inženjerski biro, *Hrvatska pravna revija* 1/16, 24.

⁵⁹ VSRH, Rev 1241/1996-2 od 7. rujna 2000., VSRH, Izbor odluka br. 2/2000, *Narodne novine*, Zagreb 2001.

da subrogacija nije vrsta cesije. Pravna osnova prava subrogacije osiguratelja je zakon, dok je pravna osnova ustupanja tražbine – cesije, sporazum o prijenosu određenih prava na dugu osobu – cesionara⁶⁰: „Vjerovnik može ugovorom sklopljenim s trećim prenijeti na ovoga svoju tražbinu, osim one čiji je prijenos zabranjen zakonom ili koja je strogo osobne naravi, ili koja se po svojoj naravi protivi prenošenju na drugoga“⁶¹.

Kod subrogacije nije potreban poseban pristanak osiguranika ili oštećene osobe za prijenos prava na osiguratelja, niti se zahtjeva posebna forma,⁶² jer do prijelaza osiguranikovih prava na osiguratelja dolazi *ex lege*, dakle automatizmom.⁶³

Prema vremenskom kriteriju, pravo subrogacije može nastupiti tek poslije nastanka osiguranog slučaja, dok je ustupanje tražbine – cesija neovisno o nastupanju osiguranog slučaja, jer do ustupanja tražbine može doći, kako prije tako i poslije nastupanja osiguranog slučaja.

Pravo subrogacije osiguratelja uvjetovano je postojanjem odštetnog zahtjeva osiguranika prema osobi odgovornoj za štetu i isplatom osigurnine, dok kod ustupanja tražbine – cesije to nije slučaj.

U slučaju prava subrogacije osiguratelja, kako je u pitanju zakonska subrogacija, osiguranik ne odgovara za veritet i bonitet tražbine, dok u slučaju ustupanja potraživanja – cesije, osiguranik – ustupitelj odgovara i za postojanje i za naplativost tražbine.⁶⁴

3.3.2. U odnosu na regres

Vrlo često se, kako u teoriji tako i u praksi (pa nažalost i u onoj sudskoj!), pojmovi pravo subrogacije osiguratelja i pravo regresa⁶⁵ osiguratelja poistovjećuju. Ovo prvenstveno iz razloga što, i pravo subrogacije osiguratelja i pravo regresa osiguratelja, imaju gotovo pa istovjetan sadržaj, a to je pravo osiguratelja da potražuje nešto što je isplatio (ali iz različite pravne osnove!). Međutim, ispravno je, i to treba reći, da se ne radi o sinonimima (istoznačnim pojmovima).⁶⁶

⁶⁰ S. Jovanović, M. Počuča, „Subrogacija u osiguranju, sličnosti i razlike sa drugim institutima“, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, *Evropska revija za pravo osiguranja* 4/14, Beograd 2014, 29.

⁶¹ Čl. 80. st. 1. ZOO.

⁶² S. Jovanović, M. Počuča, 29.

⁶³ M. Ćurković (2017), 169.

⁶⁴ Vid. čl. 86. i 87. ZOO.

⁶⁵ Od lat. *regredior* – povratak (engl. *recourse*, njem. *Regress*, tal. *ricorso*, franc. *recours*).

⁶⁶ B. Matijević (2016), 24.

Navedeno, ponajprije proizlazi iz razmatranja samih odredbi ZOO u kojima se pojavljuju ovi pojmovi.⁶⁷ Analizom tih odredbi može se zaključiti: a) da se pojam subrogacija rabi kad je u pitanju prijelaz određenih prava sa jednog subjekta obveznog odnosa na drugi (promjena na strani vjerovnika); b) da se pojam regres rabi kad je u pitanju pravo određenog subjekta da od drugog subjekta potražuje ono što je umjesto njega platio (pravo isplattelja).

Nadalje, pravo subrogacije osiguratelja upućuje na odnos osiguratelj – osoba odgovorna za štetu koja nije stranka ugovora o osiguranju (koja nije osiguranik), dok pravo regresa osiguratelja upućuje na odnos osiguratelj – osoba odgovorna za štetu koja je stranka iz ugovora osiguranju (koja je osiguranik).⁶⁸

Razlika između prava subrogacije osiguratelja i prava regresa osiguratelja, postoji i u vrsti tražbine koju osiguratelj isplaćuje, jer u slučaju subrogacije, osiguratelj isplaćuje svoj dug iz ugovora o osiguranju (i u tom djelu na njega prijelaze prava osiguranika prema odgovornoj osobi), dok u slučaju regresa, osiguratelj isplaćuje tuđi dug – dug njegovog osiguranika, a umjesto njega.⁶⁹

Konačno, pravo subrogacije osiguratelja i pravo regresa osiguratelja, razlikuju se i po svojoj pravnoj prirodi. Dok je po svojoj pravnoj prirodi, pravo subrogacije osiguratelja izvedeno pravo,⁷⁰ u slučaju pravne prirode prava regresa osiguratelja, situacija je drukčija. U slučaju prava regresa osiguratelja, osiguratelj *de facto* nema pravo potraživati u ime oštećenog nešto od svog osiguranika, već mu pravo pripada po slovu zakona, odnosno ugovora o osiguranju, koji ga obvezuju na plaćanje nečega što nije njegova vlastita, već tuđa (osiguranikova) obveza.⁷¹ Iz navedenog proizlazi da je pravo regresa osiguratelja njegovo izvorno pravo⁷² na naknadu štete koju je pretrpio ispunjavajući zakonsku obvezu prema oštećeniku, plaćanjem tuđeg dug – duga svog osiguranika.

⁶⁷ Tako se pojam subrogacija pojavljuje kod „promjena u obveznom odnosu – promjene na strani subjekata“ (čl. 90. – 92. ZOO), kod „ugovora o jamstvu – prijelaz vjerovnikovih prava na jamca“ (čl. 110. ZOO), te kod „ugovora o osiguranju“ (čl. 963. ZOO); dok se pojam regres pojavljuje kod „ugovora o jamstvu“ (čl. 125. ZOO), kod „ugovora o građenju“ (čl. 636. ZOO), kod „ugovora o organiziranju putovanja“ (čl. 889. ZOO), te kod „odgovornosti više osoba za istu štetu“ (čl. 1109. ZOO).

⁶⁸ Ova situacija najviše dolazi do izražaja u osiguranju od odgovornosti, gdje bi doslovna primjena subrogacije značila denaturalizaciju ugovora, jer ukoliko bi osiguratelj od osiguranika osobe potraživao osigurinu isplaćenu trećoj oštećenoj osobi samo osiguranje od odgovornosti ne bi imalo smisla.

⁶⁹ P. Šulejić (2014), 18.

⁷⁰ Vid. točku 3.2. rada.

⁷¹ B. Matijević (2016.), 26.

⁷² U tom smislu i L. Belanić, „Rokovi zastare i pravna priroda regresa osiguratelja od automobilske odgovornosti prema odgovornoj osobi, u sudskoj praksi“, *Informator*, *Informator* 6014. od 26 listopada 2011, Zagreb 2011, 11.

3.4. Ograničenja prava subrogacije osiguratelja

U slučaju subrogacije, isplatom osigurnine, osiguranik gubi, a osiguratelj stječe, u visini isplaćene osigurnine, ovlaštenje - aktivnu legitimaciju da u svoje ime pokrene parnični postupak (*legitimatio ad processum*). Kako do primjene prava subrogacije osiguratelja dolazi samo u odštetnim osiguranjima, osiguratelj ima pravo samo na tražbinu isplaćene naknade za štetu u pogledu vrste i njene visine obuhvaćenu osigurninom, a koju je imao pravo zahtijevati i osiguranik neposredno od štetnika.

U tom smislu, osiguratelj nema pravo potraživati naknadu štete iz pravnih osnova za koje nije isplatio osigurninu,⁷³ te nema pravo potraživati naknadu štete za ono što je isplatio iz nekog drugog razloga⁷⁴ – dobrovoljno (*ex gratia* ili kulantno), jer se u takvim situacijama radi o izvršenju nečega što nije obveza iz ugovora o osiguranju, pa ne dolazi do subrogacije osiguratelja utemeljene na pravu osiguranja.⁷⁵

Nadalje, „[...] Prijelaz prava s osiguranika na osiguratelja ne može biti na štetu osiguranika[...]“⁷⁶ jer osiguranik zadržava prvenstvo namirenja od odgovorne osobe u odnosu na pravo subrogacije osiguratelja, ovo osobito ako je naknada iz osiguranja niža od štete koju je pretrpio.⁷⁷

Do prijelaza prava sa osiguranika na osiguratelja uopće ne dolazi „[...]ako je štetu prouzročila osoba u srodstvu u pravoj liniji s osiguranikom ili osoba za čije postupke osiguranik odgovara, ili koja živi s njim u istom kućanstvu, ili osoba koja je radnik osiguranika, osim, ako su te osobe štetu uzrokovale namjerno [...]“⁷⁸

Međutim, ako je neka od navedenih osoba „[...] ovoga članka bila osigurana (od odgovornosti, op.a.), osiguratelj može zahtijevati od njezina osiguratelja naknadu iznosa koji je isplatio osiguraniku [...]“⁷⁹

Na navedeno se nadovezuju i prigovori koje osoba odgovorna za štetu može „oponirati“ pravu subrogacije osiguratelja. Obzirom da osiguratelj „ulazi u prava svog osiguranika“, te sadržaj odnosa štetnik – oštećeni (osiguranik) ostaje nepromijenjen, prigovore koje osoba odgovorna za štetu može istaknuti prema osiguratelju, su isti oni, koje može istaknuti prema oštećenom (osiguraniku).⁸⁰

⁷³ D. Pavić (2009), 316.

⁷⁴ *Ibid.*, 318.

⁷⁵ U takvim slučajevima neophodan je ustup tražbine - cesija prava (ukoliko za to ima uvjeta po pravilima koja vrijede za ugovor o ustupanju tražbine - cesiju).

⁷⁶ Vid. čl. 963. st. 3. ZOO.

⁷⁷ Npr. ugovorena je franšiza, postoji podosiguranje i sl.

⁷⁸ Čl. 963, st. 4. ZOO.

⁷⁹ Vid. čl. 963, st. 5. ZOO.

⁸⁰ Npr. da nije odgovoran za štetu, da postoji podijeljena odgovornost, da postoji doprinos

3.5. Dužnost osiguranika na očuvanje prava subrogacije osiguratelja

U jednu od osnovnih dužnosti osiguranika u slučaju nastupanja osiguranog slučaja, ubraja se i njegova dužnost očuvanja prava subrogacije osiguratelja.

Naime, osiguranik može svojim postupcima onemogućiti (cijelosti ili djelomično) osiguratelja, kako u stjecanju, tako i u ostvarivanju njegovog prava subrogacije.⁸¹ U takvim slučajevima: „Ako je krivnjom osiguranika onemogućen ovaj prijelaz prava na osiguratelja, u potpunosti ili djelomično, osiguratelj se oslobađa u odgovarajućoj mjeri svoje obveze prema osiguraniku“.⁸²

To praktično znači da osiguratelj ima pravo od osigurnine odbiti iznos u visini štete koju je zbog propusta osiguranika pretrpio.⁸³ Šteta na koju osiguratelj ima pravo u takvom slučaju, sastoji se u pravnoj nemogućnosti osiguratelja da od osobe odgovorne za štetu ostvari u cijelosti ili djelomično svoje subrogacijsko pravo.⁸⁴ Iz navedenog možemo zaključiti, da očuvanje prava subrogacije osiguratelja nije samo dužnost osiguranika, već mu je i u interesu (npr. primiti će osigurninu u punom iznosu; ukoliko se osiguratelj subrogacijom naplati „na vrijeme“ moguće je da neće izgubiti beneficije po polici: popust, bonus, itd., i sl.).

Ova dužnost osiguranika započinje trenutkom nastupanja osiguranog slučaja i proteže se sve do trenutka isplate naknade iz osiguranja. Ovo iz razloga što, u trenutku nastanka osiguranog slučaja, osiguratelj ulazi u pravnu poziciju očekivanja prava subrogacije,⁸⁵ dok se trenutkom isplate osigurnine, konstituira samo pravo subrogacije osiguratelja. Međutim, držimo da bi trebalo razmisliti da li ova dužnost osiguranika zaista „završava“ trenutkom isplate osigurnine, ili možda završava trenutkom kada se osiguratelj „naplati“ od osobe odgovorne za štetu. Ovo iz razloga što osiguranik može i nakon isplate osigurnine „ometati“ osiguratelja u ostvarivanju njegova prava subrogacije (npr. pasivnim ponašanjem u sudskom postupku pokrenutom povodom subrogacijskog zahtjeva osiguratelja prema osobi odgovornoj za štetu).⁸⁶

oštećenika vlastitoj šteti, da postoje razlozi oslobođenja od odgovornosti, da je subrogacijski zahtjev osiguratelja nerealan, da je nastupila zastara, i sl.

⁸¹ Npr. ako ne poduzme odgovarajuće radnje radi osiguranja dokaza, ako prijavu osiguranog slučaja izvrši pred sam istek zastarnog roka, i sl.

⁸² Čl. 963, st. 2. ZOO.

⁸³ D. Pavić (2009), 319.

⁸⁴ M. Ćurković (2017), 172.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Izvjesno je, ako se navedeno mišljenje prihvati, da u takvim situacijama, osiguratelj ne može više odbiti iznos svoje štete od osigurnine (jer je već isplaćena), već može eventualno u zasebnoj parnici od osiguranika potraživati naknadu pretrpljene štete (do sličnog zaključka dolazi i M. Ćurković (2017), 173, koji drži da je odredba čl. 963. st. 2. ZOO neprecizna, iz razloga što osiguratelj za onemogućavanje prava subrogacije saznaje tek po

U svakom slučaju, da bi se osiguratelj mogao u odgovarajućoj mjeri osloboditi svoje obveze prema osiguraniku, dužan je dokazati ne samo da je pretrpio štetu, već i da je štetu pretrpio zbog krivnje osiguranika.⁸⁷

3.6. Zastara prava subrogacije osiguratelja

U praksi se često, kao sporno pravno pitanje, pojavljuje pitanje zastare prava subrogacije osiguratelja,⁸⁸ iako prevelikih dvojbi ne bi trebalo biti. Pogotovo što je i zakonska dikcija vrlo jasna: „Zastara tražbine koja pripada osiguratelju prema trećoj osobi odgovornoj za nastupanje osiguranog slučaja počinje teći kad i zastara tražbine osiguranika prema toj osobi i navršava se u istom roku“.⁸⁹

Dakle, kako je pravo subrogacije osiguratelja izvedeno pravo, jer osiguratelj stupa i stječe „sva osiguranikova prava“,⁹⁰ njegova pravna pozicija prema osobi odgovornoj za štetu je ista (identična) kao i pravna pozicija njegova osiguranika, te stoga osiguratelj „[...] nema neka druga ili povoljnija prava prema štetniku od svog osiguranika, a niti se takvom promjenom osobe vjerovnika u bilo čemu mijenja štetnikov pravni položaj. To se svakako odnosi i na zastaru, i to na njezin početak, tijek i na rokove zastare [...]“.⁹¹

Vrhovni sud Republike Hrvatske (nastavno: VSRH), o navedenom se već višekratno očitovao,⁹² a to potvrđuje i novija sudska praksa: „[...] Tuženik je u reviziji postavio materijalnopravno pitanje: “u kojem roku zastarijeva tražbina osiguratelja - ovdje tužitelja s naslova iznosa koji je isplatio svom osiguraniku kao oštećeniku po osnovi automobilske kasko osiguranja prema štetniku, odnosno

izvršenoj obvezi iz ugovora o osiguranju, pa se samim time ne može raditi o oslobođenju osiguratelja od svoje ugovorne obveze (jer je već izvršena, tj. osigurnina je isplaćena), te navodi da bi se u takvoj situaciji radilo o zahtjevu za naknadu štete od osiguranika „[...] koji je prekršio jednu ugovornu obvezu (obvezu čuvanja interesa osiguratelja). [...]“.

⁸⁷ Čl. 1049. ZOO: „Krivnja postoji kad je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom“.

⁸⁸ Prema mišljenju autora, najveći razlog „spornosti“ zastare prava subrogacije osiguratelja, leži u (nepažljivom) poistovjećivanju prava subrogacije osiguratelja sa pravom regresa osiguratelja (o razlikovanju prava subrogacije i prava regresa osiguratelja, vidjeti navedeno pod toč. 4. rada).

⁸⁹ Čl. 234, st. 6. ZOO.

⁹⁰ Vid. čl. 963, st. 1. ZOO.

⁹¹ D. Katić, „Zastara u građanskopravnoj sudskoj praksi“, *Zakonitost* 1/19, Zagreb 2019, 55.

⁹² Vid. odluke: VSRH, Rev 1250/10-2 od 3. studenoga 2010. (EU: ECLI:HR:VSRH:2010:1690), Rev 1440/10-2 od 24. studenog 2011. (EU: ECLI:HR:VSRH:2011:6076), Rev 1724/10-2 od 24. studenog 2011. (EU: ECLI:HR:VSRH:2011:5177), kojim se upućuje i na Rev 1132/93, Rev 1941/86, Rev 2339/88), Rev x 1268/11-2 od 21 studenog 2012., VSRH, Gzz 98/2002-2 od 12. veljače 2003. (EU: ECLI:HR:VSRH:2003:2208), itd.

ovdje njegovom osiguratelju od automobilske odgovornosti”.

[...] Revizija je osnovana. [...]. U predmetnom slučaju trebalo je primijeniti zastarni rok od tri godine jer isplata naknade štete osiguraniku ne daje tužitelju nikakva posebna prava osim onih koje je imao njegov osiguranik pa tako niti poseban rok zastare različit od onog kojeg je imao njegov osiguranik kao oštećenik (čl. 939. st. 1. u vezi čl. 380. st. 6. i čl. 376. st. 1. ZOO/91).

Dakle, na postavljeno pitanje treba odgovoriti da je zastara počela teći od dana kada je oštećenik saznao za štetu i učinitelja. Ovdje u svakom slučaju, budući da druge činjenice nisu utvrđivane od kada je oštećenik prijavio štetu tužitelju, a to je bilo 23. kolovoza 2003, dakle zastara je počela teći 24. kolovoza 2003. Budući da je tužba podnesena 29. studenoga 2006, tražbina tužitelja je zastarjela.

Pritom treba dodati da sam dan plaćanja naknade od osiguratelja svom osiguraniku nije odlučan za početak tijeka zastare, već je samo pretpostavka za stjecanje aktivne legitimacije. U protivnom bi se taj rok mogao neograničeno produžavati, što je protivno ne samo zakonskom uređenju na koje se prethodno revizijski sud pozvao, već i svrsi instituta zastare.

Da je riječ o trogodišnjem zastarnom roku, Vrhovni sud Republike Hrvatske se izjasnio u čitavom nizu svojih odluka [...], a posebice bi trebalo imati na umu da je shvaćanje doneseno i u tzv. izvanrednoj reviziji koja ima javnopravni značaj upravo u osiguranju jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni (čl. 116. st. 1. Ustava Republike Hrvatske). [...] Na osnovu svega izloženog valjalo je preinačiti drugostupanjsku presudu i odlučiti kao u izreci. [...]“⁹³

Prema tome, zastara prava subrogacije osiguratelja zastarijeva u istom roku kao i pravo oštećenika prema osobi odgovornoj za štetu, a to je, tri godine otkad je oštećenik doznao za štetu i za osobu koja je štetu učinila, odnosno pet godina otkad je šteta nastala.⁹⁴

4. Reosiguranje i subrogacija

U jednu izazovnu situaciju možemo ubrojiti odnos reosiguranja⁹⁵ i prava subrogacije osiguratelja, obzirom na sve specifičnosti kojima je takav odnos popraćen.

Osnovnu specifičnost tog odnosa karakteriziraju okolnosti što, sa jedne strane ZOO isključuje primjenu odredbi o ugovoru o osiguranju i na odnose

⁹³ VSRH, Rev x 1126/2016 od 3. listopada 2018., EU:ECLI:HR:VSRH:2018:3429.

⁹⁴ Vid. čl. 230. st. 1. i 2. ZOO.

⁹⁵ Za opće postavke i vrste reosiguranja vid. B. Matijević, „Pravni posao reosiguranja“, *Tectus, Svijet osiguranja* 6/02, 39-48.

reosiguranja⁹⁶ (vrijede samo opća pravila građanskog ugovornog prava), dok sa druge strane, gotovo da i ne postoje kodificirana materijalnoppravna vrela prava reosiguranja. Rezultate tih okolnosti možemo sumirati u slijedeće: „[...] Sadržaj odnosa reosiguratelja i osiguratelja (a time i prava subrogacije osiguratelja) čine običaji “pretvoreni” u ugovorne klauzule[...]“⁹⁷ „[...] čija je pravna snaga, danas, tolika da, da one predstavljaju internacionalno prihvaćene i univerzalne principe reosiguranja, neovisno da li su isti predviđeni (obuhvaćeni) nacionalnim pravnim porecima [...]“⁹⁸

Što znači da odnos reosiguranja i prava subrogacije osiguratelja najviše ovisi o *contractus contrahentibus lex esto*.

A budući da ugovor o reosiguranju i ugovor o osiguranju, uvijek predstavljaju dva odvojena i samostalna pravna odnosa,⁹⁹ vladajući je stav, da isplatom naknade iz reosiguranja, reosiguratelj ne stupa u prava osiguranika (direktnog) osiguratelja¹⁰⁰ prema osobi odgovornoj za nastupanje osiguranog slučaja.¹⁰¹ Međutim, treba imati na umu da (direktni) osiguratelj, svoje pravo subrogacije ugovorom o reosiguranju ili ugovorom o ustupanju tražbine može ustupiti reosiguratelju, u kojem slučaju reosiguratelj će prema odgovornoj za nastupanje osiguranog slučaja moći postaviti direktan zahtjev,¹⁰² ali će se u takvom slučaju raditi o ustupanju tražbine - cesiji, a ne o (zakonskoj ili ugovornoj) subrogaciji.¹⁰³

Ovo, međutim, ne isključuje pravo reosiguratelja da potražuje od (direktnog) osiguratelja ono što je isti eventualno naplatio od osobe odgovorne za štetu.¹⁰⁴ Obveza (direktnog) osiguratelja da proslijedi reosiguratelju ono što je naplatio od osobe odgovorne za štetu, proizlazi iz načela *uberrima fidei*, jer

⁹⁶ Čl. 923. st. 1. ZOO: „Odredbe ovoga odsjeka neće se primjenjivati na pomorska osiguranja, a ni na druga osiguranja na koja se primjenjuju pravila o pomorskom osiguranju, kao ni na osiguranja u zračnom prometu, osiguranja tražbina te na odnose iz reosiguranja“.

⁹⁷ K. Geratewohl et al., *Reinsurance – principle and practice*, Karlsruhe VVW, Karlsruhe 1980, 414., isti autor na str. 460. navodi: “[...] As a consequence of the international nature of reinsurance, reinsurance customs, although subject to significant practical distinctions in individual cases, have certain uniform characteristics to be found worldwide. [...]“.

⁹⁸ M. Redefern, E. Hunter, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 1991, 117.

⁹⁹ I. Jankovec, *Ugovor o reosiguranju*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1968, 63.

¹⁰⁰ Naziva se i „cedent“.

¹⁰¹ A. Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano 1979, 502.

¹⁰² B. Jakaša, *Pravo osiguranja*, Informator, Zagreb 1982, 274.

¹⁰³ B. Matijević (2002), 44.

¹⁰⁴ M. Prosperetti, E. A. Apicella, *La riassicurazione*, Giuffrè, Milano 1994, 256.

reosiguratelj, često nije u prilici znati ili nije u mogućnosti saznati, da li je i koliko, (direktni) osiguratelj povratio od isplaćenih sredstava osiguraniku. U slučaju kada (direktni) osiguratelj naplati od osobe odgovorne za štetu, samo dio onoga što je isplatio svom osiguraniku, iznos koji je dužan proslijediti reosiguratelju ovisi o kojoj je vrsti reosiguranja riječ.¹⁰⁵ Tako će primjerice, u slučaju proporcionalnog reosiguranja, reosiguratelju pripasti neto naplaćeni iznos u postotku, koji odgovara postotku cediranog (ustupljenog) rizika na reosiguratelja.¹⁰⁶

Rezimirajući navedeno, tvrdi se da: „[...] reosiguratelj može ostvariti povrat sredstava naplaćenih subrogacijom, u sljedećim vrstama reosiguranja: (a) slučaju fakultativnog proporcionalnog reosiguranja, razmjerno iznosu koji je prenositelj ostvario; (b) u slučaju fakultativnog neproporcionalnom reosiguranja, u skladu sa najveće ugovorenim linijom - *layer* (klauzula *recover down*); (c) i (vjerojatno) u proporcionalnim ugovorima o reosiguranju, ako se iznos naplaćen subrogacijom, može razumno rasporediti na točno određeni gubitak (*loss*), te rasporediti između reosiguratelja po načelu *quota share*; (d) dok u neproporcionalnim ugovorima o osiguranju,¹⁰⁷ subrogacija nije tehnički ostvariva. Međutim, hipotetski, skrivljena inercija (direktnog) osiguratelja u vršenju prava subrogacije, može rezultirati zahtjevom reosiguratelja za naknadu štete u visini koja odgovara moguće nenaplaćenom iznosu od osoba odgovornih za štetu (u mjeri u kojoj je to razumno vjerojatnošću dokazivo), a zbog nepažljivog zanemarivanja svojih dužnosti kao (direktnog) osiguratelja [...]“.¹⁰⁸

5. Zaključno

Dinamika odvijanja obveznih odnosa podrazumijeva i određenost subjekata konkretnog obveznog odnosa, osobito u slučaju njihove promjene. Do promjene subjekata obveznog odnosa može doći na njegovoj aktivnoj strani i na njegovoj pasivnoj strani.

Promjena subjekta obveznog odnosa na njegovoj aktivnoj strani naziva se i promjena vjerovnika. Promjenu vjerovnika, ne karakterizira promjena sadržaja obveznog odnosa, već ju karakterizira individualizacija vjerovnika.

Do promjene vjerovnika u obveznom odnosu, dolazi i kada treća osoba ispuni vjerovnikovu tražbinu i time preuzme mjesto i prava koja je prethodni vjerovnik imao prema dužniku. U tom slučaju govorimo o (personalnoj) subrogaciji.

¹⁰⁵ I. Jankovec, 65.

¹⁰⁶ T. O' Neill, J. Woloniecki, *The Law of Reinsurance*, Sweet & Maxwell, London 2004, 263.

¹⁰⁷ U slučaju neproporcionalnih ugovora o reosiguranju, obveza reosiguratelja nastupa samo u slučaju ako štete (direktnog) osiguratelja prijeđu unaprijed ugovoreni iznos.

¹⁰⁸ T. O' Neill, J. Woloniecki, 265.

Povijesno promatrano, izvorno, subrogacija nije tvorevina rimskog već kanonskog prava, koja je svoju punu afirmaciju doživjela kroz francusku teoriju i praksu.

Razlikuju se ugovorna i zakonska subrogacija. I dok ugovorna subrogacija podrazumijeva postojanje ugovora, zakonska subrogacija nastaje *ex lege*, neovisno o volji prethodnog vjerovnika i dužnika.

U zakonsku subrogaciju ubraja se i pravo subrogacije osiguratelja, jer isplatom naknade iz osiguranja do visine isplaćene naknade, na osiguratelja po samom zakonu, prelaze sva osiguranikova prava prema osobi koja je po bilo kojoj osnovi odgovorna za štetu (čl. 963. st. 1. ZOO).

Pravo subrogacije osiguratelja, imanentno je (po prirodi stvari) samo osiguranjima u kojima osigurnina ima karakter naknade za pretrpljenu štetu (tzv. odštetna osiguranja), i njegova je funkcija dvojaka. Pravo subrogacije osiguratelja, sa jedne strane priječi da naknada iz osiguranja bude veća od štete koju je osiguranik pretrpio, a sa druge strane priječi da osobu odgovornu za štetu „mimoidē“ njezina odgovornost.

Pravo subrogacije osiguratelja je izvedeno (derivatno) pravo, jer osiguratelj stupa u istu (vrsta i kvaliteta) pravnu poziciju (uvijek u visini isplaćene naknade iz osiguranja), u kojoj se nalazi njegov osiguranik u odnosu na osobu koja je odgovorna za štetu.

Zbog određenih sličnosti koje postoje, potrebna je jasna distinkcija prava subrogacije osiguratelja i nekih drugih instituta građanskog prava (npr. ustupanja tražbine), a posebice prava regresa osiguratelja.

Iako i pravo subrogacije osiguratelja i pravo regresa osiguratelja, imaju za „predmet obveze“ određeno potraživanje osiguratelja, između njih postoje brojne razlike, te se ne može govoriti o sinonimima. A upravo je poistovjećivanje (nerazlikovanje, nerazumijevanje) značenja tih pojmova razlogom brojnih prijevora koji vladaju u praksi, uključujući i onu sudsku.¹⁰⁹

Pravo subrogacije osiguratelja je, s jedne strane ograničeno (npr. visinom isplaćene naknade za štetu, vrstama štete i sl.), a u pojedinim slučajevima i isključeno (npr. ako je štetu prouzročila osoba u rodstvu u pravoj liniji s osiguranikom i sl.), dok sa druge strane obveza (ali interes) je osiguranika očuvati pravo subrogacije osiguratelja.

Obzirom da se radi o izvedenom pravu, za zastaru prava subrogacije osiguratelja, vrijede isti rokovi koji se primjenjuju i na zastaru zahtjeva osiguranika prema osobi odgovornoj za štetu. U tom smislu, trenutak isplate naknade za štetu osiguraniku, mjerodavan je u slučaju prava subrogacije osiguratelja,¹¹⁰

¹⁰⁹ Prema našim spoznajama i dostupnoj sudskoj praksi, puno se više poistovjećuju pojmovi subrogacija i regres u slučajevima prava subrogacije osiguratelja, nego što je to slučaj sa pravom regresa osiguratelja.

¹¹⁰ A drugačije je kod prava regresa osiguratelja.

isključivo u svrhu računanja početka tijeka zateznih kamata.

Obzirom na sve specifičnosti kojima je obilježen institut reosiguranja, vrlo „posebnim“ možemo označiti odnos reosiguratelja i (direktnog) osiguratelja glede prava subrogacije.

* * *

THE INSURER'S RIGHT OF SUBROGATION

Summary

The paper deals with a specific institute of material insurance right: the insurer's right of subrogation. The introductory part of paper is devoted to subrogation as a general civil law institute, while the central part of the paper deals with the insurer's right of subrogation. In Croatian law, the insurer's right of subrogation, is presented by a legal (personal) subrogation, in the context of modification the creditor in insurance obligation relations. By paying the indemnity, the insurer enters into the legal position of insured person, and performs his right of subrogation on the person responsible for the damage. The paper also presents the similarities and differences between the insurer's right of subrogation and two related institutions: the cession and the insurer's right of recourse. It's particularly emphasized the difference between the insurer's right of subrogation and the insurer's right of recourse, which institutes are often identified, because both have almost the same content, and that is the insurer's right to claim something that he has paid, but they have different legal bases. Then below a part of paper related to reinsurance and insurer's right of subrogation, while the last part of paper relates to the statutory limitation of insurer's right of subrogation.

Keywords: subrogation, insurance, recourse, statute of limitation, reinsurance.

István László Gál*

THE PROTECTION OF INSURANCE SECRET IN HUNGARY

Abstract

In this study, the regulations related to the protection of secrets are analyzed, since every secret can protect an individual interest (such as a private secret), a group interest (such as the violation of an economic secret and a violation of a business secret) and the overall interest of society, so its importance cannot be neglected. Among other things, the violation of economic secrecy is analyzed, in which case the analysis criteria include the circle of perpetrators, the behavior of committing the crime, the legal object, the guilt and the circles of secrecy on which the crime can be committed. Different concepts are defined and different laws are analyzed: CXXII of 1996. Act CXX of 2001. Act XCVI of 1993. Act.

Keywords: *protection, secret, insurance, Hungary, crimes.*

Insurance secrecy is one of the types of secrecy in the Hungarian legal system. All insurers protect their business secrets (that is, their own secrets) and insurance secrets (that is, their customers' secrets).

Every secret can protect an individual interest (such as a private secret), a group interest (such as the breach of an economy secret and a breach of a business secret¹) and the overall interest of society (this includes the protection of classified data, which is otherwise called a state secret by many legal systems, including the Serbian legal regulations). In addition to individual interests, data related to farming (if it is not a one-person business) usually protects the legitimate interests of several economic actors. However, among the economic actors, the Hungarian state also appears with special weight. In such cases, it does not exercise its public authority functions, but participates in the functioning of economic and business life. There is, therefore, a part of these two secrecy-violating crimes that is clearly related to the criminal law protection of the

* Ph.D; Prof. dr habil.; University full professor, Head of Department of Criminal Law, University of Pecs, Hungary, e-mail: gal.istvan.laszlo@gmail.com

¹ Ld. F.Sántha, Az üzleti titok büntetőjogi védelme a nemzetközi jogfejlődés tükrében (=Miskolci Jogi Szemle 2019/1. 42-64. o.)

secrets of the Hungarian state. The state tries to soften the disruptions of the market mechanism through the management of economic policy. The most important economic policy decisions are protected as classified data for a longer or shorter period of time, since the president of the Hungarian National Bank, which controls the monetary policy, also has the authority to classify the budget policy. In a market economy, the state has three basic functions:

1. Increases efficiency by promoting competition, limits the negative consequences of external economic effects (externalities), such as environmental pollution, and also provides public goods.

2. It promotes equity in the economy through taxation and support programs and favors certain social groups in the redistribution of income.

3. It maintains macroeconomic stability, reduces unemployment and inflation, and stimulates economic growth with the tools of budgetary and monetary policy (that is, economic policy).²

In addition to all these roles, the state also participates in the circulation of economic life as an owner, in which case, as the subject of private law legal relations, it is considered an actor associated with other legal entities.

Data related to the possession, management, use, utilization or disposition of state and local government assets are not classified as business secrets and are public according to the main rule. This provision coincides with the guarantee requirement for transparency, that the state cannot basically refer to business secrets as a refusal to request data.³ By the way, most of the articles published on the issue of economy secrets try to prove that the interest in publicizing data of public interest is generally stronger than the interest in protecting „business secrets”. According to the most respected Hungarian criminal lawyer, Mihály Tóth, there is not, and cannot be, any kind of (particular) „commendable interest” where e.g. public funds are being distributed and used.⁴

However, in a certain narrow circle, in my opinion, it is permissible to protect information relevant to the Hungarian state even as a business secret, perhaps as an economy secret or in the form of insider information⁵, in which case it would not be appropriate to treat it as classified data or it would conflict with the requirements of necessity and proportionality. This can be the case, for example, with the protection of certain legitimate interests of state-owned companies, or even the operation of covert state companies that apparently

² P. A. Samuelson, W.D. Nordhaus, Közgazdaságtan KJK-Kerszöv Kiadó, Budapest, 2000., 35. o.

³ B. Révész, Adatkezelés, adatbiztonság, adatvédelem NKE 2012. 22. o.

⁴ M. Tóth, Titkokkal átszőtt büntetőjog (=Iustum Aequum Salutare 2005/1.), 68.

⁵ A bennfentes információ de facto titoknak minősül. Csak meghatározott személyi kör birtokában van egy meghatározott ideig, és ezen időszakban történő felhasználása bűncselekménynek, bennfentes kereskedelemnek minősülhet.

operate in the private sector (such as front companies created by the national security services). The latter are considered a special construction from the point of view of confidentiality: the background of their creation and their real owner, the purpose of their operation, etc. classified data, but of course they may also have „traditional” business secrets.

The general concept of a secret was defined by Mihály Tóth as follows: „a secret is any data, fact, circumstance or thought which, in principle, can be known to anyone - and the embodiment of all this - but which is known only to a limited number of individuals, and whose secrecy is in the legitimate interest of those who know the secret.”⁶

There are so many kinds of secrets these days, in parallel. Their formation is a consequence of socio-historical processes. According to Béla Révész's position on this, which in my opinion is considered to be the most logical and today accepted view: The primary elements of the traditionally formed types of secrets are the nature of the communicator and the message, and only secondarily are the moments of the recipient and the effect. When war secrets, state secrets, economic or scientific secrets are discriminated against in the literature, it is obvious at first sight that they are grouped according to the content of the non-communicated information. At the same time, it is inseparable from the non-communicating subject, since certain circles of information are related to statuses that can be precisely defined in the structure of the social-power division of labor. Thus, the quality of the secret owner is inseparable from the type of confidential content. The receiving person or group may be related to the typification as an important element in that it responds to the extent of the particularity of the person or group (s) excluded from communication. Finally, the efficiency of the non-communication process is not only a function of the information retention performance of the secret owner, but also an important indicator of whether it can generate spontaneous communication processes such as e.g. the false news, the horror news.”⁷

In my view, secrecy, in the broadest sense, is a category inherent in human nature that appears at a certain quality of the process of becoming human. A secret is anything that only a certain number of people know about, and whose secrecy for a specified period of time, regardless of its value, is in the interest of one or more people or society, and the holder of the secret has taken appropriate measures to keep it secret. If we examine the secrecy of secrecy, which is also protected by law, as a kind of special legal relationship, we can make the following conclusions about it: - always present in humans, - an absolute legal relationship (everyone is obliged to tolerate that the secret owner only shares the secret with whom he wishes), - always exists within a specified time frame, - its subject-matter

⁶ M. Tóth, 57.

⁷ B. Révész, A titok, mint politika. A titkosszolgálatok politológiai kutatásának lehetőségei SZTE ÁJK Politológiai Tanszék, Szeged, 2007, 9.

is information of a valuable nature which requires and deserves legal protection, and - the loss, destruction, disclosure or making available to an unauthorized person of this information has legal consequences governed by different rights. After defining the general concept of secrecy, we turn to the examination of state secrecy, first also in general. The three indispensable components of the concept of state are territory, population, and sovereignty. Preserving the security and integrity of all three essential components today is closely correlated with the ability and efficiency of the state to preserve information whose disclosure or acquisition by unauthorized persons or bodies could harm or jeopardize the legitimate interests of the state. Already Max Weber points out, every bureaucracy strives to strengthen the sense of superiority of its members with professional knowledge by keeping their knowledge and intentions secret. The bureaucratic administration always strives to be the "administration of secret meetings" as much as possible, hiding its knowledge and actual activities from possible criticism. The concept of "official secret" is a specific invention of the bureaucracy, which is why it is also fanatically defended by the bureaucracy.⁸ Other types of secrets, such as economic secrets, can be conceived as personal secrets, but one of the distinguishing features of state secrets is that they are of a social nature, directly or indirectly affecting the security of the state, and therefore inconceivable only as personal secrets.

The following is the effective regulation of the crime of breach of economy secrecy:

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.

This fact is one of the classic crimes of the economic criminal law, the legislator placed it among crimes against the order of farming. Under the title of crimes violating the order of farming, the legislator clearly states what is the protected special legal object of these crimes: the orderly operation of the economy (according to the Basic Law). This is the most important distinguishing criterion that distinguishes economic crimes from crimes against property. The difference can be grasped very generally in the fact that crimes against property primarily serve to protect a static situation, a condition. On the other hand,

⁸ M. Weber: *Essays in sociology* (Szociológiai tanulmányok) 233-34 (H.H. Gerth & C. Wright Mills trans. and eds., 1946), idézi: H.Kitrosser, *Classified information leaks and free speech.*, *Minősített adatok kiszivárogtatása és szólásszabadság*) University of Illinois Law Review, 2008. 3. Szám, 889.

when defining economic crimes, the protection of property or the rights derived from it is not the primary priority, these crimes can mostly be committed in the context of the operation of property. In economic life, wealth appears as an asset whose operation, management, and utilization is an independent value.⁹

The operation of the economy is affected by various rules. The main regulator of the economy is now the market. The Basic Law of Hungary states in Article M:

„(1) Hungary’s economy is based on value-creating work and the freedom of entrepreneurship.

(2) Hungary ensures the conditions of fair economic competition. Hungary takes action against the abuse of its dominant position and protects the rights of consumers.”

The abandonment of the planned economic system in 1989 certainly did not and cannot mean complete anarchy today. Market participants act and interact with each other according to specific behavioral norms (or at least this is what is desirable), these norms partly increase efficiency and partly limit the freedom of action of economic actors based on social and other aspects. Behavioral norms can be *written or unwritten rules* (the significance of the latter can be very serious in certain cases - in developed market economy conditions). Economic criminal law includes those laws which, due to the subsidiary nature of criminal law in the general sense, protect Hungary’s economic order according to the Basic Law as a rule ordering the punishment of the most serious economic abuses. Of these, the eleven facts found in the chapter titled Crimes Violating the Order of Farming are of particular importance.

The conduct of the offense made it accessible to the unauthorized person.¹⁰ This means that the mere possibility of an unauthorized person gaining access to these secrets is enough, so the crime is committed even if the unauthorized person did not actually know the secret. The result („causing a financial disadvantage”) and the purpose („for the purpose of obtaining an unjustified advantage”) are alternatively included in the facts with an interesting legal technical solution. It is therefore sufficient to prove the existence of one of these factual elements. Some of the areas where the crime can be committed include:

Bank confidentiality, according to the Credit Institutions Act (CXXII of 1996), all facts, information, solutions or data available to the financial institution about individual customers that relate to the customer’s person, data, financial

⁹ G. Molnár, *Gazdasági bűncselekmények HVGORAC Kiadó, Budapest, 2009. 17. oldal.*

¹⁰ Maguk a háttérjogszabályok és a Btk. is bizonyos esetekben lehetővé teszik ezen titkok meghatározott feltételek melletti kiadását meghatározott személyeknek és szervezeteknek. Ilyenkor a jogszabály engedélye kizárja a bűncselekmény társadalomra veszélyességét, vagyis nem valósul meg bűncselekmény.

situation, business activities, management, ownership, business it applies to your relationships, as well as the balance and turnover of your account maintained by the financial institution, as well as the contracts concluded with the financial institution.

According to the Capital Markets Act (Act CXX of 2001), securities secrecy is all information about each client that is available to the investment service provider, the commodity exchange service provider, the investment fund manager, the venture capital fund manager, the stock exchange, and the organization performing clearing house activities. , which refers to the customer's person, data, financial situation, business investment activities, management, ownership and business relationships, as well as the contracts concluded with the investment service provider, commodity exchange service provider, investment fund manager, venture capital fund manager, account balance and turnover.

Fund Secrecy Act XCVI of 1993 on Voluntary Mutual Insurance Funds. in accordance with the law, all facts, information or data about the fund member and the employer member available to the fund or the fund service provider, which come to its knowledge as a result of its activities, which relate to the person, data, financial situation of the fund member, the fund member's beneficiary, heir, or close relative, his business activities, ownership and business relationships, as well as the amount registered in his individual account, and which refers to the data, financial situation, business activities, ownership and business relationships of the employer member or supporter. The bank may handle business and cash secrets only in connection with the continuation of the bank's activities.

The concept of insurance secrecy is defined in Act LXXXVIII of 2014. on insurance activities regulated by § 135-138 of the Act. According to them, the insurer or reinsurer is entitled to manage the data of its clients that are classified as insurance secrets and are related to the insurance contract, its creation, registration, and service. The purpose of data management is only necessary for concluding, amending, maintaining the insurance contract, assessing claims arising from the insurance contract, or other purposes specified by this law. An insurer or reinsurer may only perform data processing for purposes other than this with the prior consent of the client. The customer may not suffer a disadvantage due to the refusal of consent, and no advantage may be granted to him if consent is granted. With regard to insurance secrecy, the owners, managers, employees of the insurance or reinsurance company and all those who have access to it in any way in the course of their activities related to the insurance company are subject to the obligation of confidentiality, without time limitation - unless otherwise provided by law.

Insurance secrets may only be disclosed to third parties if

a) the client of the insurance or reinsurance company or its representative gives a waiver in writing, specifying precisely the scope of insurance confidentiality that can be disclosed,

b) there is no confidentiality obligation based on this law,
c) the certification organization commissioned by the insurance or reinsurance company and its subcontractors become aware of this in the course of the certification procedure.

The obligation to keep the insurance secret does not apply to many state bodies and other organizations, which we will not describe in detail.

Anyone who is in possession of such data can be the subject of the crime. It is a basic rule that anyone who comes into possession of an economic secret is obliged to keep it without any time limit. The crime can only be committed intentionally, the perpetrator must know that the information in his possession is classified as some kind of economic secret. On the other hand, turning for the purpose of obtaining an unlawful advantage is purposeful, so it can only be done with a straight intention.

The order of the crime is adjusted to the number of economic secrets (circles of secrets). However, since the secrets are closely related to the person for whose sake they must be kept secret, the order in practice is usually adjusted to the number of customers (treasury members) affected by the secret.

For the sake of clarity, the Criminal Code states (otherwise unnecessarily) that a crime is not committed if the secret is released in good faith in the course of fulfilling certain duties prescribed by law.

(2) Breach of economy 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.

* * *

ZAŠTITA TAJNE OSIGURANJA U MAĐARSKOJ

Rezime

U ovoj studiji analiziraju se propisi koji se odnose na zaštitu tajne, budući da svaka tajna može zaštititi individualni interes (kao što je privatna tajna), grupni interes (poput povrede ekonomske tajne i povreda zakona). poslovna tajna) i ukupni interes društva, pa se ne može zanemariti njen značaj. Između ostalog, analizira se povreda ekonomske tajne, u kom slučaju kriterijumi analize obuhvataju krug izvršilaca, ponašanje pri izvršenju krivičnog dela, pravni objekat,

krivicu i krugove tajnosti na kojima se krivično delo može izvršiti. Definisani su različiti koncepti i analizirani su različiti zakoni: CXXII of 1996. Act., CXX of 2001. Act, XCVI of 1993. Act.

Ključne reči: zaštita, tajna, osiguranje, Mađarska, krivična dela.

Nebojša Žarković*
Dragan Mrkšić**

ODNOSI SA STRANKAMA U POSREDOVANJU I ZASTUPANJU U OSIGURANJU

Apstrakt

Dobri odnosi sa strankama su siguran put ka postojanom prodajno-savetodavnom učinku i dobrom tržišnom ugledu u osiguranju. To, uostalom, važi i u mnogim drugim delatnostima. U vremenu takozvanog mekog tržišta, koje obeležavaju prekomerna punuda, oštro nadmetanje, snižavanje premijskih stopa i povoljniji uslovi pod kojima osiguranici sklapaju ugovore o osiguranju, mesto i uloga zastupnika i posrednika osiguranja izbijaju u prvi plan. Najuspešniji od njih postaju oni koji znaju kako osiguranik razmišlja, koje su mu tekuće i buduće potrebe, kako se neprekidno starati o njemu. Takvim pristupom se istovremeno ostvaruje pun poslovni učinak. Strategija prodora na tržištu, opstanka i daljeg širenja posrednika odnosno zastupnika temelji se na polaznoj zamisli izgradnje i održavanja celovitih odnosa sa strankama. Predmet istraživanja u ovome radu upravo su navedena gledišta. Ističe se neprocenjivi značaj koji izgradnja primerenih odnosa sa osiguranicima ima kao osnova uspeha u posredovanju i zastupanju u osiguranju.

Ključne reči: posredovanje u osiguranju, zastupanje u osiguranju, odnosi sa strankama, rad sa osiguranikom.

1. Uvod

Polazeći od tržišnih kretanja, posrednicima i zastupnicima osiguranja se nameće kao neophodnost da trajno budu uspešni, novi, preduzetni, da se razvijaju i prate napredak posla. Razvitak njihovog poslovnog poduhvata ima dve strane – unutrašnju, koja podrazumeva primerenu uređenost društva, odnosno preduzetničke radnje i spoljašnju, što, u krajnjoj liniji, znači biti vrhunski u ophođenju prema strankama.

* Redovni profesor na Univerzitetu „Privredna akademija” u Novom Sadu;
e-mail: n.zarkovic@sbb.rs

** Redovni profesor Fakulteta tehničkih nauka u Novom Sadu u penziji;
e-mail: dragan.mrkasic@pravni-fakultet.info

U ovom članku je istraženo drugo navedeno stanovište, odnosi sa osiguranicima. U tom sklopu obrađeno je nekoliko celina, a to su otvorena savetodavno-prodajna pitanja koja prate rad zastupnika, odnosno posrednika, njihovo približavanje stranci i, konačno, samo poslovanje sa osiguranikom.

2. Otvorena savetodavno-prodajna pitanja

Biti drugačiji od proseka. Može se navesti veći broj stanovišta polazeći od kojih se neko može uzdići iznad proseka u savetovanju i prodaji.¹

1. Ovladavati postavljanjem pitanja. Nezaobilazno polazište izgradnje poverenja jeste iskreni interes za onog ko sedi preko puta. Tu je najvažnija sposobnost postavljanja pravih pitanja. Kada se tim putem stranka podstakne da pojasni svoja viđenja, poticaje i ciljeve, i kada oseti da je shvaćena, odmah skače i poverenje prema prodavcu, odnosno savetodavcu.

2. Primati više nego slati. Mnogi, pogotovo govornički nadareni i visokostručni zastupnici i posrednici, pretrpavaju stranke obavestjenjima. Oni samo šalju, šalju i šalju, ali da li to stiže do osiguranika, i da li bi on to uopšte hteo, ostaje u magli. Potrebno je prebaciti prekidač na „prijem“.

3. Stalno biti budan, sluteći poslovne prilike. Izgledi se mogu otvoriti u svakom razgovoru, svakom spletu okolnosti, u svakom trenutku. Zato su najbolji posrednici i zastupnici bez prekida pažljivi i u budnom stanju kada iskrsne mogućnost za posao. Rade neprekidno da poguraju prilike i uvek imaju nešto novo u vidu.

4. Pojednostaviti unutrašnju podršku. Zastupnici i posrednici osiguranja se nevoljno laćaju opštih, činovničkih poslova koji oduzimaju vreme za posvećivanje prodaji, odnosno savetovanju. Stoga se prvorazredni među njima trude da što više uproste sve, uključujući i unutrašnje radne tokove.

5. Neprekidno biti nezadovoljan dostignutim. S protekom vremena se postepeno svi razvijaju. Poslovni učinak se popravlja, stanje na računima takođe. Ali to nije ono što pokreće. Može se biti još bolji. Može se biti još usmereniji ka strankama. Može se biti još stručniji.

6. Strankama nuditi uvek nešto više. Zašto bi osiguranik sarađivao baš sa određenom osobom? Ima toliko drugih posrednika i zastupnika. Ali, vrhunski od njih strankama omogućavaju neku dodatnu korist koja ih odvaja od proseka i ostalih natecatelja.

Vraćanje datim ponudama. Za povratak ponudama dva su glavna razloga:

1. poslate su poštom i 2. prilikom prvog razgovora posao nije završen.²

1. Slati poštom ponude načelno nije dobro. Vrednost zastupnika, odnosno

¹ H. Kieffer, „Don't worry, tell a story“, *Der Vermittler*, Juli 2021, 30-31.

² K. Puschmann, *Praxis des Versicherungsmarketings*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2003, 177.

posrednika je u tome da je on osoba s licem koje uliva poverenje, čovek iz koga izbija stručnost, koji pruža dugoročno jemstvo bezbednosti, sve to spada u ponudu. Razašiljanje ponuda jednostavno nije pravi put za zastupnike i posrednike koji žele da se odlikuju vrsnim ličnim savetovanjem i uslugama osiguranicima.

2. Da se posao na prvom susretu ne završi, sasvim je zamislivo. Svako će potvrditi da ne ide uvek sve lagano. Neki čak ni ne pokušavaju da okončaju posao tokom prvog razgovora, saopštavajući to stranci nedvosmisleno. Sve zavisi od postavki prodaje. U ovakvom slučaju nužno je odmah unapred utvrditi datum sastanka na kome će se posao zaključiti.

Sada dolazimo do odlučujućeg koraka prilikom ponovnog bavljenja datim ponudama. Pitanja: „Da li ste dobili moju ponudu?” ili „Da li ste stigli razmisliti o mojoj ponudi?” najgora su moguća. U oba slučaja stranka će se opravdavati, možda i uz grižu savesti što se još nije udubila. Naprosto je teramo u pogrešnom pravcu i od sebe.

Naredni susret, kao cilj vraćanja kupovini, za osiguranika mora imati novu, primetljivu, neočekivanu vrednost. Preporučite mu uzbudljivu i dragocenu dodatnu korist. To se može učiniti, na primer, sledećim rečenicama:

- „U ponudi koja je pred Vama nalaze se još dve značajne, povoljne dopune. Pre nego što se odlučite, neizostavno ih moram razjasniti.” Ili:
- „Uz moj predlog, postoje još dogledne zakonske promene iz predloga Građanskog zakonika o kojima neophodno morate voditi računa. Nužno je da ih pojasnim kako biste mogli doneti pravu odluku.”

Treba dobro razmisliti kako se ponašati u takvim slučajevima. Uputno je pružiti priliku stranci da se oseća radljivom i uključenom. Neka oseti spremnost kako zastupnik ili posrednik zaista želi da se za nju zauzme. Tu dolazimo do važnog načela prodajno-savetodavne svakodnevice: davanje ide pre uzimanja.

Premalo zakazanih sastanaka uprkos stalnim pokušajima. Isviše malo susreta je glavni razlog slabog uspeha u poslu. Šta je to što nedostaje postupcima posrednika, odnosno zastupnika? Valjalo bi dobro razmisliti, samokritički, o sledećih pet pitanja, iz kojih iskrsava niz potpitanja:

1. Sa kojim strankama se želi raditi? Sa kime je poželjno ugovoriti razgovor? Postoje li prava rešenja za određene, jasno razgraničene skupine lica? Ili je možda svejedno ko je stranka?

2. Zbog čega tačno sastanak koristi drugima? Može li se kratko i jezgrovito objasniti zašto je susret baš sa određenim prodavcem, odnosno savetodavcem dragocen? Da li odabrana ciljna grupa određeno lice drži za nekog ko im rešava pitanja? Da li je izvodljivo da se u tri jednostavne rečenice mogućim kupcima pojasni korist koju donosi razgovor upravo sa određenim zastupnikom ili posrednikom – danas, ali i kasnije? Nikako nije poželjno govoriti da ste „vi uvek tu za osiguranika”. To pričaju svi.

3. Kada i kako ugovarati razgovore? Postoji li čvrst sistem, ili se nastupa po osećaju, što znači neplanski? Postoji li određeno vreme za zakazivanje ili se to radi kada se učini da je čas?

4. Kako raditi sa osiguranicima (bilo telefonom, računarnom ili lično)? Uz uslov da postoje jedna ili više ciljnih grupa – kako se saraduje s članovima grupe? Da li posrednik, odnosno zastupnik odgovara toj grupi? Govori li njihovim jezikom? Da li mu je govorništvo pravo? Da li njegov spoljni izgled odgovara njihovim očekivanjima? Deluje li ljupko? Budi li poštovanje? Kako je uočen u javnosti? Da li je otvoreno prisutan ili možda dela prikriven?

5. Radi li zastupnik ili posrednik na tome da bude bolji? Koristi li iskustva i možda još uvek neuspele pokušaje? Radi li stalno na poboljšanjima? Da li neprestano i stručno usavršava način zakazivanja razgovora? Ispituje li trajno nove puteve u poslu? Razmenjuje li redovno iskustva sa uspešnim kolegama?

Ako nema ugovorenih sastanaka, mada se trudi, onda sa stanovišta mogućih osiguranika verovatno nije dovoljno privlačno da saraduju baš sa njim. Zbog toga bi valjalo:

- poraditi na tome da razgovor s njim zaista vredi;
- raditi na tome da stranke vrednost zamete, razumeju i oseće;
- i konačno, raditi na tome da se zakazivanje, kao deo svakodnevice, ugradi po jasnom sistemu kao glavni zadatak.

Sastanci se nenadano otkazuju. Osiguraniku je nešto postalo značajnije od susreta s posrednikom ili zastupnikom. Gde leži odlučujuća stvar za koju se valja zauzeti? Ponovo se radi o vrednosti zastupnika, odnosno posrednika.³

1. Šta je to što nudi razgovor upravo sa njim? Koju vrednost imaju njegovo istraživanje, savetovanje, obaveštenja, negovanje veza? Koje veštine upotrebljava radi postizanja krajnjeg cilja? Koja ima znanja i umenja kojima bi se okoristili osiguranici? Čime jemči da će se brinuti o stranci? Koje novine obezbeđuje staranjem?

2. Koju dodatnu vrednost nudi sretanje s njim? Kakva je to korist? Koliko je umrežen i povezan u kraju gde obitava ili sa odabranom ciljnom grupom, i od čega tu stranka može imati koristi? Koje neobične i istaknute povlastice nudi najboljim kupcima?

3. Da li su osiguraniku poznate vrednost i dodatna vrednost sastanka? Najbolje usluge, jedinstveni kvalitet, najveća stručnost nemaju nikakvu vrednost kada stranci ništa od toga nije znano i ne zna šta ona od toga može imati. Zato treba sastaviti i obelodaniti spisak davanja, objaviti od čega osiguranik može imati koristi. Razložno je pametno širiti odnose s javnošću, rastumačiti ko je broj jedan u poslu.

³ S. Ritter, *Ritters 10x10 für Finanzdienstleister und Versicherungsvermittler*, Springer Gabler, Wiesbaden 2012, 72.

4. Da li je stranka obavještena o naročitom značaju baš ovog razgovora? Je li on jednostavno samo zakazan ili osiguranik zna zašto je upravo ovaj susret važan? Zna li stranka, da bi bila najbolje osigurana, kako je potrebna stalna provera svih okolnosti? Zna li stranka, ukoliko se redovno i stručno ne proveraju ugovori kako bi se izvršile neophodne izmene, da se onda budi sumnja da je osigurana na najbolji način? Zna li stranka da zakonske promene isto mogu doprineti da se njeno obezbeđenje mora dalje razvijati? Zna li stranka da je nešto posebno što se preispitivanje zaštite odvija baš kod tačno određenog posrednika ili zastupnika?

5. Da li je sastanak, uz isticanje njegovog značaja, još jednom potvrđen? Da li je razvijen unutrašnji tok u društvu, odnosno preduzetničkoj radnji, na osnovu koga se stranci ponovo potvrđuje odranije zakazani susret? Koji to način opštenja donosi najbolji kvalitet zakazivanja: ponovno telefoniranje, pismeno (računarom, mobilnim telefonom, poštom) – treba pronaći najprimereniji oblik i posle toga se pobrinuti da se on dosledno i trajno primenjuje.

Zastupnik, odnosno posrednik osiguranja i njihovi saradnici u dnevnom razgovoru moraju nagoveštavati strankama kako sastanci s njima ima da budu uvek isplanirani unapred. Polazeći od velikih znanja i savetodavnih moći, pravi posrednik i zastupnik je toliko tražen da mu je vreme ograničeno. Zato je zakazivanje danas za sutra teško izvodljivo. Uvek biti na raspolaganju, s jedne strane, može značiti dobru uslugu, ali, s druge strane, i da postoji malo posla. U tekućem saobraćanju sa osiguranikom valja spretno povećavati osećajni doživljaj sastanka upravo sa određenim prodavcem, odnosno savetodavcem. Što stranka više prihvati i činjeničnu i osećajnu važnost susreta, utoliko je manja verovatnoća da će ga otkazati.

Podsticanje preporučivanja drugima. Da bi neko izvesnog posrednika ili zastupnika preporučio drugome, podrazumeva se kako za to mora postojati valjan razlog. Ima više načina da se preporučivanje oživi:

- premašiti očekivanja stranke odmah na početku. Najvažniji je prvi utisak. Tada se učvršćuje osiguranikova procena o suprotnoj strani. Stoga mu valja ponuditi više nego što je očekivao. Recimo, može se napraviti pregled svih ugovora o osiguranju koje trenutno ima, upisujući podatke o polisama uzetih posredstvom drugih. To se postavlja vidno na način da stranka ostane zapanjena dok gleda svoje stanje preko malog projektora;
- premašiti očekivanja stranke i kasnije. Treba je iznenađivati, oduševljavati, davati razloga da priča upravo o vama. Postarajte se da osiguranik u saradnji s vama stalno doživljava nešto što nije slutio. Na primer, pozovite ga posle godinu dana samo da ga obavestite kako sve ugovore jednom godišnje pretresate i, što je važno za njega, pratite kako se u njegovu zaštitu uklapaju razne zakonske promene. Redovna obnova je deo vaše nege. U toku takvog kratkog poziva nije

- uputno prodavati polise;
- istaknuti da kao zastupnik ili posrednik neprekidno vodite računa o zaštiti prava i interesa osiguranika, ugovarača osiguranja, korisnika osiguranja i trećih oštećenih lica u skladu s propisima, pravilima struke i dobrim poslovnim običajima, kako se to očevidno ističe u našem Zakonu o osiguranju;⁴
 - ponuditi posebne usluge na internetskim stranicama. Treba biti iskren prema sebi – ima li zaista razloga da se posete upravo vaše stranice? Može li vaša stranka, ili neko ko to nije, saznati tamo nešto korisno? Ako je odgovor odričan, internetsko predstavljanje će biti retko posećivano i posrednik, odnosno zastupnik će biti retko preporučivan;
 - podstaknuti i koristiti druženja. To bi mogao biti susret uživo za određenu ciljnu grupu ili preduzetnički doručak na nekom svima omiljenom mestu. Finansijer bi mogao biti neko od prisutnih, koji bi dobio priliku da o sebi i svom preduzeću govori 15 minuta. Umesto druženja uživo, možda će biti zanimljivije svesno krenuti s korišćenjem internetskih društvenih mreža;
 - ponuditi izvesne, vrhunske povoljnosti, samo uskom krugu stranaka koje daju redovne preporuke, odnosno manjem broju najvažnijih stranaka. Vrednost leži u tome da se ponudi nešto što se ne da kupiti.

Recept za savršeno savetovanje i prodaju. Nažalost, ne postoji. Putevi ka vrhunskim dometima krajnje su nejednaki. Neko dostiže osiguranika izuzetnom ličnošću koja naprosto osvaja. Drugi privlači stranke stručnim znanjima, usredsređujući se na pojedine teme i vrste osiguranja. Treći se usredotočio na određenu ciljnu grupu, poznaje je kao niko drugi i njeni članovi ga stalno preporučuju drugima. Četvrti se spojio sa meštanima i oblašću u kojoj posluje kao da ju je ogradio bodljikavom žicom.⁵

Ipak, postoje mali recepti:

1. raditi svakodnevno na prodaji, i to već od početka dana. Ne dopustiti da prođe nijedan radni dan a da se po tom pitanju ništa ne učini. Recimo, može se odmah ujutru razgovarati telefonom sa tri postojeća prvorazredna osiguranika s kojima se održava veza. Sledećeg prepodneva se posvećujemo trima licima koje smatramo budućim osiguranicima. Razgovor ili sastanak baš sa određenim zastupnikom ili posrednikom ima da bude dragocen i on mora obema stranama doneti korist. Uspeh, u najvećoj meri, zavisi od dobre pripreme.

2. biti organizovan i ne sve raditi poslove. Postarati se da manje vredne zadatke sve više i više svršavaju drugi. Ne postoji nijedan natprosečno uspešan

⁴ Čl. 15 Zakona o osiguranju, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 139/2014, 44/2021.

⁵ V. Eickenberg, *Marketing für Verischerungsvermittler*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2013, 77.

zastupnik ili posrednik koji sa radošću obavlja kancelarijske poslove. Uputno je uvek prosledivati saradnicima delove radnih zadataka. To važi i onda kada te poslove hiljadu puta bolje znamo od njih.

3. umnožiti uspehe. Ponoviti uspeh koristeći posebnu pripremu obavljenju za jednu stranku više puta unutar iste ciljne grupe. Tek tada naporno zauzimanje i trud vrede. S toga razloga, treba se postarati da i drugi osiguranci doznaju za plodotvorno delanje određenog savetodavca, odnosno prodavca polisa. Primera radi, dobro je kao uzgred obavestiti vlasnika jednog od preduzeća s kojim se saraduje da upravo predstoji osiguranje od posledica nesrećnog slučaja svih radnika izvesnog izvođača građevinskih radova, pa ste tek prekosutra slobodni za sastanak. Učinite sve da vaš posao i drugima izgleda uzbudljivo. Budite rasprodati.

Mesto posrednika i zastupnika u javnim nabavkama. Iako je donošenjem novog Zakona o javnim nabavkama⁶ trebalo da dođe do značajnog pojednostavljivanja postupka u oblasti javnih nabavki, uključujući i delatnost osiguranja, kao i smanjivanja administrativnih poslova i troškova u postupku učešća u ovom poslu, još nije proteklo dovoljno vremena da bi se izvela ocena da li se u tome uspeo.

Međutim, imajući u vidu sve veću potrebu za poslovima posredovanja i zastupanja u osiguranju, smatramo da upravo u oblasti javnih nabavki u osiguravajućoj delatnosti treba omogućiti veće stručno učešće posrednika i zastupnika. Po sada važećem Zakonu uvedene su značajne novine koje podrazumevaju postojanje veće stručnosti svih subjekata u postupku javnih nabavki, i to kako na strani naručioca, tako i na strani ponuđača. Kada je reč o društvima za osiguranje gde vidimo, pre svega, moguće dodatno stručno angažovanje posrednika i zastupnika.

Konkretno, na osnovu odredaba novog Zakona u postupku javnih nabavki neophodno je priložiti izjavu o ispunjenosti kriterijuma, koja po obrazloženju Zakona predstavlja formalnu izjavu privrednog subjekta, konkretno, društva za osiguranje, da ispunjava sve tražene kriterijume, kao i da to društvo nije u nekoj od predviđenih situacija zbog koje bi moglo biti isključeno iz postupka nabavke. Dalje, novim Zakonom se definiše da naručilac dodeljuje ugovor ekonomski najpovoljnijoj ponudi koju određuje na osnovu jednog od sledećih kriterijuma: 1. cena, 2. troškovi (primenom pristupa troškovne efikasnosti) i 3. odnos cene i kvaliteta, odnosno troškova i kvaliteta.

Upravo posrednici i zastupnici, kao nezaobilazni subjekti na tržištu osiguranja, mogu kvalitetno da pomognu u izradi ponude, imajući u vidu Zakonom definisane kriterijume. Kako su Zakonom uvedene bitne novine vezane za zaštitu prava (zahtev za zaštitu prava je jedino pravno sredstvo koje ponuđači imaju na raspolaganju), i tu postoji mogućnost stručnog angažovanja posrednika i zastupnika u definisanju sadržine pomenutog zahteva. Takođe,

⁶ Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 91/2019.

moguću ulogu posrednika i zastupnika vidimo u prethodnom postupku koji se može pokrenuti pred naručiocem, ukoliko ponuđači smatraju da ima osnova za podnošenje. Naručilac ima mogućnost da tada odluči o upućenim zahtevima i eventualnim propustima, te da ih otkloni, sa osnovnim ciljem kako bi se otklonila potreba za pokretanjem postupka pred Republičkom komisijom za zaštitu prava.

Pod određenim okolnostima koje su Zakonom definisane, moguće su izmene ugovora o javnoj nabavci – povećanje obima nabavke i eventualna isključenja koja može da sprovede naručilac prema privrednim subjektima, to jest konkretno društvima za osiguranje koja ne ispunjavaju određene uslove. Tu vidimo mogućnost stručnog angažovanja posrednika i zastupnika osiguranja (npr., da li su izvršene dospele obaveze po osnovu poreza i doprinosa, da li postoje povrede ponašanja ponuđača kada je u pitanju lojalna konkurencija, da li postoje povrede socijalnog i radnog prava itd.).

Kako je bitna i komunikacija sa Kancelarijom za javne nabavke, nju, takođe na osnovu odgovarajućeg akta o zastupanju odnosno posredovanju, to jest odgovarajućeg ovlašćenja koje bi dobili od društva za osiguranje, mogu sprovesti posrednici i zastupnici.

Ovim predlogom se ne umanjuju odgovornost ni stručnost subjekata koji su predviđeni Zakonom o javnim nabavkama (npr. ovlašćenih lica u društvima za osiguranje koja se bave poslovima javnih nabavki), već bi se samo dala mogućnost dodatnog upošljavanja posrednika i zastupnika koji bi bili stručnjaci i za obavljanje ovih poslova. Takav pristup podrazumeva, pre svega, dodatnu edukaciju ovlašćenih posrednika i zastupnika za oblast javnih nabavki, kao i dopunu odgovarajućih zakonskih rešenja koja bi im omogućila da legalno obavljaju navedene poslove.

3. Približavanje strankama

Povećavanje poznatosti. Podrazumeva se da se na samom početku nameće pitanje: gde i kod koga, na kom području, kod kojih ciljnih grupa biti poznatiji? Tek kada se odgovori na ovo polazno, bitno pitanje, može se nastaviti dalje. U nastavku izlažemo zamisli koje su delom veoma različite. Neke od njih će se možda učiniti sumnjivim ili čak nemogućim. Ipak, kod drugih posrednika i zastupnika one prolaze. Naposletku, osoba koja je u pitanju mora biti podobna za neke od dolenađenih predloga, oni moraju upravo njoj odgovarati.

1. Pokušati prodrati u oblasnu štampu ili štampu koja pokriva željenu ciljnu grupu.

2. Saopštenja za štampu idu i preko Interneta. Može ih, na raznim internetskim platformama, objavljivati sam zastupnik ili posrednik, odnosno neko preduzeće koje se time stručno bavi.

3. Obelodanjivati lična iskustva. Pisac priloga i njegov ugled usko su povezani. Biće cenjeni redovni kratki članci u raznim glasilima, na primer u

dnevnim ili nedeljnim novinama kao što su „Sremske novine”⁷ ili „Glas Podrinja”⁸

Tom prigodom ne treba ništa pokušavati da se prodaje, radi se samo o rastu poznatosti.

4. Držati javna predavanja. Za to postoje različiti povodi. Ko se pojavi pred 20 ili pred 1.000 ljudi i uveri ih, kako sadržajno, tako i nastupom, o svojim znanjima i umenjima, taj je već korak ispred natecatelja. Međutim, to ne ide bez valjane pripreme.

5. Uključiti se u udruženja i saveze u kojima su pripadnici ciljne grupe kojoj se teži – kao počasni član, odnosno na neki drugi način. Povezati se sa ključnim licima iz tih organizacija, ili čak, možda, preuzeti i vodeću ulogu.

6. Pobrinuti se da se bude shvaćen kao neko ko je „prijatno drugačiji”. Nikako se ne izgubiti u masi ostalih posrednika i zastupnika. Radi se o različitosti tačno određene osobe, možda i njenih saradnika, zatim poslovnog prostora, o poslovnoj prepisci i tako dalje.

Oblici oglašavanja vredni truda. Prvo se postavlja pitanje šta je to vredno truda, odnosno isplativo, unosno? Isplativo je, recimo, povećanje stepena poznatosti, izgradnja željene slike o nekome ili, jednostavno, rast prometa. S toga razloga, na početku se ima utvrditi šta se oglašavanjem, zapravo, želi ostvariti. Tek tada se kreće u dalju razradu.

Mnogi posrednici i zastupnici osiguranja odlučuju o oglašavanju stihijski i neusklađeno sa celokupnim poslovanjem. Mere koje primenjuju uvode neplanski, od slučaja do slučaja. Zato valja poštovati sledećih pet pravila:

1. ne oglašavajte se pre nagljeno, na primer, samo zato što je saradnik mesnih novina navratio „kao slučajno”. To će retko odgovarati i vašim ciljevima;
2. odredite ciljne osobe na koje je usmereno vaše oglašavanje;
3. odredite ciljno područje na koje je usmereno vaše oglašavanje;
4. odredite ciljeve oglašavanja za tačno određeno vremensko razdoblje i
5. odredite novčani iznos za to razdoblje.

Najbolja iskustva u oglašavanju koje je neposredno usmereno ka uvećanju obrta postižu se uz što manje rasipanje truda – kada se dostižu upravo lica kojima su oglasi i namenjeni. Navodimo sledeće primere:

1. računarski dopis upućen tačno određenom čoveku naročito je delotvoran. Važno je da bude drugačiji od pukog oglasa, izazivajući radoznalost. Treba da ga napiše lično posrednik ili zastupnik;

2. naredni, i te kako preporučljivi oblik oglašavanja, jesu izlaganja na skupovima ciljnih stranaka, s tim što bi valjalo da tema bude zaista uzbudljiva. Ne bi bilo dobro upasti u iskušenje da se priča u tančine o osiguravajućim uslugama. Tema bi mogla biti, recimo, krajnje nepristrasno izlaganje o stanju zdravstva u Srbiji. A tu ima šta da se kaže. Držanjem govora preuzima se vodeća uloga i

⁷ Sremske novine, <https://www.sremskenovine.co.rs/>, datum pristupa 26. 5. 2022.

⁸ Glas Podrinja, <https://www.glaspodrinja.rs/cir/o-nama/>, datum pristupa 26. 5. 2022.

od osobe koja priča zavisi koliko će je prisutni zapaziti tokom predavljanja;

3. uključite ustaljeno oglašavanje (mali oglasi u novinama, oglasi na sportskim borilištima, možda i oglašavanje na radiju, televiziji, bioskopu ili pozorištu) samo onda kada se zbilja može doseći veći broj onih koji se žele zadobiti. To važi kako kod oglašavanja usmerenog neposredno ka povećanju prometa, tako i kod oglašavanja usmerenog ka povećanju poznatosti i ugleda.

Sučeljavanje sa snažnim suparnicima. Zastupničko-posrednički pogoni su vrlo često vezani za određenu oblast. U mnogim slučajevima svako područje već ima najjačeg kome je prethodnih godina uspelo da se ušanči. Da bi se i u takvim okolnostima uspele, uputno je postaviti sebi sledećih pet pitanja:

- sa kojim ciljnim skupinama u datoj oblasti želim pojačano raditi?
- koja su ključna lica za vezu u tim grupama?
- kako mogu tim licima i odabranim ciljnim grupama ponuditi dragocenu korist?
- kakve sve usluge mogu ponuditi ciljnim grupama, a da im budu izuzetno zanimljive?
- kako mogu postići da rastući broj ljudi dozna za mene i moje usluge?

Da bi sve bilo shvatljivije, sledi i primer. Radi se o poduhvatu koji je i te kako uspeo. Čovek po imenu Majer je 1995, kada je imao 31 godinu, osnovao zastupničko društvo. Uselio se u mali, neupadljivi ured na obodu gradića u nemačkoj pokrajini Baden Virtemberg. Isprva ga niko nije poznao. Tim područjem je suvereno vladalo natecateljsko društvo za zastupanje u osiguranju koje je vodio tada pedesetdvođišnji vlasnik.⁹

Iz godine u godinu Majer se sve više i više zalagao na svom tržištu, postajući i počasni član nekoliko mesnih udruženja. Prve godine nakon utemeljenja društva, 1996, prvi put se pojavio s malim štandom na prolećnoj uličnoj smotri saveza privrednika. Od godine 2000. postao je supriredivač ovog događaja. Tokom narednih nekoliko godina izborio se za mesto jednog od glavnih priredivača tog i još jednog sličnog jesenjeg dešavanja u gradu, gde je sklapao poznanstava s ljudima iz tamošnjeg privrednog sveta vodećim u najrazličitijim delatnostima. Postao je predsedavajući oblasnog udruženja privrednika već 2006. godine. Napravio je mrežu u kojoj je on postao nezaobilazan čvor. K tome, kao omladinac je bio osrednji fudbaler pa je iskoristio priliku da se u izvesnom smislu ponovo vrati u mlade dane. Počeo je i sam novčano podržavati omladinski tim, te nalaziti pokrovitelje.

Budući da je ionako bio danomice na vezi s brojnim preduzetnicima, poslovnim ljudima i licima slobodnih zanimanja, iznašao je pogodnosti i za svoje stranke, pokrenuvši u 2004. „Majerovu zlatnu karticu” sa sjajno izgraviranim znakom preduzeća. Vlasnici kartica ostvaruju popuste i dobijaju posebne

⁹ S. Ritter, 153.

usluge kod brojnih preduzeća sa tog područja. Sve je objašnjeno u vrhunski odštampanoj knjižici koja se uručuje svakom novom osiguraniku. Za svako od preduzeća koja odobravaju popuste namenjena je po jedna stranica na kojoj se kratko opisuju, kao dodatni način da kupcima postanu još poznatiji. Knjižica se štampa svake godine, uz obnavljanje podataka.

Majer se, naravno, nije na tome zaustavio, nastavio je svoj preduzetnički poduhvat sa novim zamislima, postavši u svom kraju zastupničko društvo broj jedan.

Oblasna saradnja. Spretno pokrenuto širenje i umrežavanje na određenom području je delotvorna poluga za poslovni uspeh. Treba poštovati nekoliko pravila kako bi iz takve saradnje proistekla korist:

1. korist iz saradnje u kraju mora uvek biti obostrana;
2. neophodno je da pokretač, zastupnik ili posrednik, bude spreman prvo da da kako bi docnije nešto i dobio;
3. nije dobro odmah odmah biti preterano zahtevan, poslovni prijatelj iz kraja treba postepeno da oseti kako je zanimljivo sarađivati upravo sa određenim posrednikom, odnosno zastupnikom;
4. izuzetni uspesi se ne mogu odmah postići – najvrednije namere ostvaruju se samo uz postepeni zalet.

Koji bi mogli biti primeri područne saradnje?

Računovođa – posrednik ili zastupnik osiguranja – advokat. Tri strane izdaju tromesečnu knjižicu sa obostrano odštampane četiri stranice veličine B 5. Na gornjem delu naslovne stranice, pod naslovom „Prvoklasno savetovani u našem gradu”, daje se kratak opis sve tri radnje, odnosno preduzeća. U donjem delu se nalaze elektronske adrese i telefonski brojevi. Naredne tri strane ostavljene su za svako preduzeće po jedna, gde se izlažu poticaji strankama iz svačije oblasti. Svaki učesnik u saradnji šalje knjižicu na adrese 500 svojih najboljih kupaca, uz primerene dopise ili ponude. Troškovi izdanja se srazmerno dele, svako odgovara za navode o sebi. U obzir dolazi i da knjižica bude novinski dodatak ili prilog uz neki drugi štampani materijal koji izlazi u određenoj oblasti.

Lekar – posrednik ili zastupnik osiguranja. Obaveštenja o prodajno-savetodavnim uslugama osiguranja mogu, naravno, biti izložena u lekarskoj ordinaciji. Zauzvrat se odgovarajuća obaveštenja izlažu u prostorijama zastupnika, odnosno posrednika. Ali je veoma promišljena i dublja saradnja. Primera radi, mogla bi se napraviti zajednička kartica s datumima za zakazivanje koje lekari ionako izdaju kako pacijenti ne bi zaboravili na sledeći dolazak. Na prednjoj stranici kartice bi se nalazili znaci oba učesnika u saradnji s poljima za upisivanje datuma, na naličju, ispod naslova „Najbolja nega”, po tri najvažnije usluge ili posebnosti oba saradnika. U svakom slučaju: kada se karticama zakazuju susreti, još jednom se naglašava značaj razgovora baš sa određenim zastupnikom, odnosno posrednikom.

Autokuća – posrednik ili zastupnik osiguranja. U saradnju sa autokućom treba tako ući da se ne ostavlja drugoj strani da otvara pitanja osiguranja, što će možda činiti loše ili biti nezadovoljni takvim temama. Zastupnik, odnosno posrednik treba tako da uredi saradnju da dobija podatke o kupcima elektronskom poštom i da stupa s njima u vezu, deleći zaradu sa autokućom po pola. Međutim, to prolazi samo pod preduslovom da se valjano obavi zadatak izgradnje odnosa sa strankama. Od kupaca automobila mogu se načiniti najbolje stranke. Tek tada ceo poduhvat ima punu vrednost.

Prostorije – prizemlje u gradskom jezgri ili ured na spratu u predgrađu? Oba rešenja omogućavaju sjajan uspeh. Sledeća pitanja olakšavaju put ka odluci:¹⁰

1. kom tržišnom odsečku se posrednik ili zastupnik želi priključiti? Stranke koje mu pripadaju bi, naravno, trebalo bez teškoća da ga pronađu. Sedište radnje ili društva, često sa svetlećim natpisom, uvek predstavlja svojevrsni oglas. Pogotovo na početku zastupnikovog ili posrednikovog rada nije nevažno da bude lako zamećen;

2. s kojim ciljnim grupama se može bez teškoća raditi u poslovnom prostoru? Ukoliko se radi s pojedincima, mesto u središtu grada, lako dostupno javnim prevozom, ima prednosti. Ako su stranke preduzeća, takav položaj nije neophodno potreban, mesto u predgrađu može čak pojačati pripadnost ciljnoj grupi. Uz to, poželjno je voditi računa da li članovi grupe imaju izražene posebne navike koje treba uvažiti. Ovde je od značaja sledeće: nikada se ne može svima udovoljiti;

3. želi li se podsticati visoka učestalost poseta? Što više stranaka u kancelarijama – utoliko bolje. To može biti tačno, ali i ne mora. Znatno veću pažnju valja usmeriti na stranke koje se tačno žele. Ako se baš takve pojavljuju, sve je u redu. Ukoliko se sve više pojavljuju lica koja ne dolaze u obzir kao korisnici usluga, možda je posrednik, odnosno zastupnik, na pogrešnom putu;

4. planiraju li se sastanci isključivo u prostorijama stranaka? Ukoliko se razgovori imaju obavljati uglavnom ili samo u prostoru osiguranika, mesto sedišta prodavca ili savetodavca manje je važno, ne računajući maločas pomenuto dejstvo oglašavanja;

5. Ukoliko je cilj da se što veći broj susreta odvija u sopstvenim prostorijama, u takvom slučaju bi neizostavno valjalo obezbediti bolju dostupnost, uključujući mesta na parkiralištu. Ne treba nikako zaboraviti ni nužnost da osiguranici lako pronađu zastupnika ili posrednika kada dolaze prvi put. Možda treba razmisliti i o jasnijem obeležavanju puta ako je ured malo zabačen;

6. na kom području se stranke prnalaze? Nakon opredeljenja za ciljnu grupu, važan je kraj u kome njeni pripadnici obitavaju. Nezavisno od činjenice da li se ide u posete ili se primaju, određivanje položaja zastupničkih, odnosno posredničkih prostorija mora biti razborito. Najbolje je kada je većina osiguranika

¹⁰ V. Eickenberg, *Marketing für Verischerungsvermittler*, Verlag Versicherungswirtschaft, 154.

podjednako udaljena.

Ali, ni sa odgovorima na šest gornjih pitanja ne dolazi se do nesumnjivog, jedinog pravog rešenja. Kao često u životu, i ovde ka uspehu vode nejednaki putevi. Ne treba zaboraviti ni zadovoljstvo vlasnika, odnosno rukovodioca posla, što će se možda staviti na prvo mesto.¹¹

Izgled i opremljenost prostorija. Nema posredničkog ili zastupničkog prostora koji nije poseban. Različiti vlasnici, različita preduzimačka svest, različiti saradnici, različite stranke, različiti krajevi zemlje. Sve to utiče i na kancelarije. Da ne govorimo kada su u pitanju banke i drugi prodavci kojima je prodaja polisa dodatni posao.

Na ovom mestu se može izneti veći broj nezaobilaznih stavki:

1. Spoljni izgled. Njime se deluje na sve, bili oni osiguranici ili ne. Postarajte se da spoljašnjost bude savršena. Ona se trenutno povezuje s kvalitetom vašeg rada.

2. Ulaz. Ništa ne zamenjuje prvi utisak. Šta vidi stranka kada uđe? Prvenstvo moraju imati vrhunski red i čistoća, kao uostalom i u drugim prostorijama. Vaš lični stil dolazi na to kao šlag na tortu.

3. Saradnik, još bolje saradnica koja prima goste. Povedite računa da posetioca dočeka prijatno raspoloženje i da bude primljen od srca. Prva osoba koju će stranka sresti isto spada u prvi utisak.

4. Čekaonica. Sve više zastupnika, odnosno posrednika osiguranja vode rastući deo razgovora u sopstvenim prostorijama. Zato predvorje kancelarije ima da bude namešteno sa ukusom, da bude opuštajuće, ali i da istovremeno podstiče savetodavno-prodajni posao.

5. Posluž enje. Niste vlasnik kafića, međutim, u gostoljubivost se ubraja i dobro posluž enje. Pobrinite se za najbolju kafu, čaj i vodu u dovoljnim količinama.

6. Razmeštaj kancelarija. Šef sedi pozadi. U većem društvu on više nije prva osoba za priču sa svakim osiguranikom.

7. Ugođaj tokom sastanka. U razgovorima sa strankama često se radi o osetljivim temama. Ako u jednoj prostoriji ima više mesta za razgovor, uputno je razdvojiti ih pregradnim panoima ili zavesama.

8. Ukupan ugođaj. Dojmite stranke celokupnom atmosferom koja vlada u vašem poslovnom prostoru. Izdignite se od uvreženog. Koga želite dostići na duge staze? Postarajte se da se naročito takve osobe kod vas osećaju bezbedno i prijatno.

9. Osećaj savremenog doba. Odgovarajuća uređenost prostorija treba da kod posetilaca stvara utisak svežine i savremenosti. Obezbedite dosta osvetljenja, odnosno svetlosti i slobodnog prostora.

10. Toaleti. Ne postoji ništa što ne utiče na stranke. Toaleti se često zanemaruju. I tamo treba da se proteže vaša pouzdanost. Opremite ih kao u hotelu sa četiri zvezdice i neće biti greške.

¹¹ D. Gorr, „Was macht einen guten Vermittler aus?“, *Versicherungswirtschaft*, 2020, 29.

Naposletku, valja učiniti sve da prostor odgovara kako osiguranicima tako i zastupniku, odnosno posredniku. Poželjno je ponuditi više nego što stranke očekuju. Sastojak dobrog, neočekivanog, u svim područjima, pa i po pitanjima izgleda i opremljenosti prostorija, razdvaja prvorazredne od trećerazrednih zastupnika i posrednika osiguranja.

4. Rad sa strankama

Pronalaženje odgovarajuće ciljne grupe. Prilikom razmatranja ključnih pitanja razvitka, usmeravanje i dosledno usredsređivanje na odabrane ciljne grupe na početku rada uglavnom je retko. Češće se tek nakon nekoliko prvih godina težište okreće ka jednom pravcu. U tom trenutku postoji već šarolik skup osiguranja i stranaka.

Nezavisno kada zastupnik ili posrednik želi da se usredsredi na određene osiguranike, na samom početku ili kasnije, preporučljivo je da obrati pažnju na sledeća razmišljanja, kako bi sve izašlo na dobro:

1. prema kojim skupinama lica ima posebne sklonosti? Da li je i pre početka rada kao posrednik, odnosno zastupnik, prošao kroz iskustva koja sada može ciljano iskoristiti? Ima li možda hobi posredstvom koga može doći do određenih osoba? Ciljnu grupu će utoliko brže razviti ukoliko se u nju brže uživi. Kada se znaju i razumeju određeni pojmovi i datosti nezaobilazne za stranke, raste uzajamno poverenje neophodno za zajednički rad. Smesta se stiče prednost i postaje priznat kao neko ko rešava otvorena pitanja u grupi;

2. koja od tih skupina odgovara da donese i privredni prinos? Dobro poznavati ciljnu grupu je jedna strana medalje. Isto toliko je važno da se vreme i usredsređenost na tu zajednicu isplate. Lepo je sa strankama, ali s tim u skladu mora ići i poslovni učinak. Mnogi zastupnici i posrednici kao svoju ciljnu grupu uopšteno označavaju „one koji dobro zarađuju”. To je u tolikoj meri površno da se tada naprosto može zaboraviti na poslovnu strategiju. Zaista je nužno usredsrediti se na neki tržišni odsečak;

3. koja je od tih grupa toliko zastupljena u planiranom području, odnosno mestu rada, da usredsređenost na nju ima smisla? Svako posluje u određenom kraju. Većina zastupnika i posrednika osiguranja, iz najrazličitijih razloga, razmišlja i dela u užoj oblasti. Ali nije nemoguć ni širi nastup. Za strategiju je značajno da na poslovnom području, ma koliko bilo, ciljna grupa obećava dovoljno mogućnosti, a ne samo jednog ili dva pojedinca koji puno nageštavaju;

4. za koju od tih grupa određeni posredničko-zastupnički pogon može danas, ali i sutra, ponuditi rešenja u skladu sa stanjem i kretanjima na tržištu? Koliko god dobro poznavali ciljnu grupu, koliko god pojedinci obećavali dobar posao, koliko god da ih ima u oblasti gde se radi, sve je to bezvredno kada preduzestnik nije u mogućnosti da im pruži tržišna rešenja. Zastupnik, odnosno

posrednik koji želi da bude uspешan ne mora biti najjeftiniji. Njegova osobena znanja i umenja smeju u svakom slućaju biti nešto skuplja, uz predvidivost da će postojati i sutra i prekosutra.

Osvajanje ciljne grupe. Zastupnici i posrednici koji su najviši po dometu ne smiruju se kada zadobiju dve-tri stranke iz određene grupe. Upravo je suprotno – tek tada idu napred, imajući zadatak da postanu neprikosnoveni „vlasnik” ciljne skupine. Tada i tek tada strategija rada postaje gotovo sama od sebe plodotvorna. Kada lica na koja se posrednik, odnosno zastupnik usmerio dođu u vezu s temom osiguranje, moraju sama od sebe pomisliti na njega i na nikoga drugog.

U svemu tome treba imati sledeće u vidu:

1. biti prepoznatljiv za ciljnu grupu. Kao rešavać otvorenih pitanja postanite dobro znani u grupi, a ne neko slabo poznat. Tako podesite marketing da se obraćate pravim ljudima. Radi se o tome da smesta i bez zaobilaznica postane poznato kome nudite usluge vrhunskog kvaliteta. Tek onda dolazite do izražaja. Prvenstveno se oglašavajte na mestima važnim za ciljnu grupu, kao što su određena javna glasila (uključujući Internet), sajmovi, udruženja i druga. Budite tamo gde je vaša ciljna grupa. Temelj usredsređivanja glasi: radije dođite do manjeg broja ljudi, ali da budu oni pravi;

2. donositi ciljnoj grupi korist. Vi poznajete vašu grupu, prirodno, to je pretpostavka. A koju korist joj pružate izvan redovnog, dnevnog posla? Podržite, recimo, razmenu iskustava između članova na internetskoj platformi. Javno iskoraćite kao poznavalac svih dešavanja u grupi. Međutim, skretanje pažnje na sebe nikako ne bi valjalo poistovetiti sa oglašavanjem koje bi tim povodom uistinu bilo suvišno. I izuzetno važno: nikada ne prestajte s daljim razvitkom ponude koja donosi još dodatnu korist;

3. biti idejni predvodnik ciljne grupe. Što se više zauzimate za grupnu zajednicu, u nju se više suštinski uključujete. Uočavate kretanja, pratite tržište, obavljate različita poređenja, izvlaćite zaključke. Prilikom svakog sastanka dodatno učite, što je isto od neprocenjive vrednosti. Objavite na nekom glasilu u uopštenom obliku šta ste sve zapazili tokom rada i zauzimanja. Ako ne spadate u one koji rado pišu, potražite nekoga ko to ume. Ne morate napisati baš knjigu, napis od osam stranica u PDF-u s naslovom, na primer, „Najnoviji podsticaji za polis osiguranja života”, biće dovoljan. Još ako se preko ključnih reći vaš napis može pronaći i na „guglu”, učinili ste pravu stvar.¹²

Prihvatljivi broj osiguranika. Čisto sa stanovišta pribave, možemo govoriti o beskonaćnom broju. Polazeći, pak, od gledišta staranja o strankama koje posle toga sledi, stvar postaje zamršenija. Naime, svaka nova stranka otežava

¹² S. Mercier, „Wirksame Kommunikation geschieht mittels effizienter Fragen, so dass der Kunde sich seinen Bedarf selber erklärt und das Produkt quasi selber verkauft“, *Der Vermittler* 2021, 26.

dolaženje do naredne nove stranke. U nekom trenutku, ukoliko se ne razvija vlastita veština rada, obaveze nege koče dalju pribavu. Ovde je odlučujuća jasna, dobro promišljena zamisao poslovanja koja se može javljati u nekoliko oblika.¹³

Slučaj broj jedan: radi se bez jasnog plana, radije bez vođenja računa o postojećim osiguranicima. Stalno se obezbeđuju nove stranke, starima se posvećuje pažnja samo kada imaju pitanja, odnosno kada se pokreće neka posebno njima posvećena ponuda. Polazeći od poslovnog pristupa, te od moguće usredsređenosti na grane osiguranja koje prouzrokuju više ili manje obaveza nege, polako se počinje posustajati sa brojem stranaka koji ćemo označiti sa „12 h“. S produženjem radnog dana, jačanjem uspešnosti, ili sa oba činioca istovremeno, ova teškoća se da ublažiti, čemu može pomoći i unutrašnja služba. O promišljenoj brizi i uslužnosti prema strankama u takvom slučaju ipak ne može biti reči.

Slučaj broj dva: stranke se neguju, ali neplanski. Nakon izdavanja polise nude se usluge osiguranicima, ali od slučaja do slučaja. Doduše, postoji temeljno saznanje da su stranke kupujući polisu obezbedile i negu. Osiguranici nisu razvrstani. Tako se, naravno, dešava da se tu i tamo previše stara o onima koji s prihodnog stanovišta to ne zavređuju. Zato prihodno unosnije stranke, koje obično ne postavljaju previše pitanja, ostaju neopravdano po strani. U takvom slučaju, prag nakon koga pribava slabi predstavlja broj od, recimo, „8 h“ kupaca.

Slučaj broj tri: neguju se stranke uz njihovo razvrstavanje. Razdeoba osiguranika je nedvosmislena. Iz nje proizlazi koje stranke donose zaradu i gde postoje dalje mogućnosti širenja posla. Manje zanimljive stranke se neguju iz unutrašnje službe. Poslovođa se bavi podgrupom najboljih kupaca kojima posvećuje dosta pažnje u redovnim vremenskim razmacima. Broj takvih stranaka bi se mogao označiti, na primer, sa „3 h“. Konačno, vlasnik ili rukovodilac posredničko-zastupničkog posla ima još obaveza upravljajući i razvijajući posao.

Zbog svega navedenog, prvo treba isplanirati nakane koje se tiču pribave i potonje brige o osiguraniku kako bi se mogao savladati njihov određeni broj polazeći od raspoloživog vremena, broja radnih dana i obima ostalih obaveza.

Podela stranaka. Na deljenje osiguranika utiču razna merila, kao što su načini njihovog ponašanja ili uticaj tehnološkog napretka.¹⁴ Merila za razvrstavanje su, pored ostalog, isplativost rada, mogućnosti daljeg širenja poslova, značaj stranaka na izvesnom području, možda i posebni odnosi sa vašom radnjom, odnosno privrednim društvom. Bilo kako bilo, preporučljivo je što jednostavnije raspodeljivanje na samo nekoliko skupina osiguranika prema kojima će se postupati na različite načine. Možemo samo zamisliti kako bi bilo kada bi postojalo, recimo, 17 različitih grupa stranaka.

¹³ S. Ritter, 89.

¹⁴ N. Žarković, „Marketing posredovanja i zastupanja u osiguranju“, *Tokovi osiguranja* 2/2020, 29.

U najvećem broju slučajeva, ako se ustrajno primenjuju, dovoljna su samo dva merila – prinos koji ostvarujemo i izgledi njegovog daljeg rasta. Tada govorimo o četiri razreda stranaka:

- prva grupa – dobar prinos i dobre mogućnosti njegove dogradnje;
- druga grupa – dobar prinos, ali slabe mogućnosti dogradnje;
- treća grupa – slab prinos i male mogućnosti dogradnje;
- nulta grupa – slab prinos, ali, po prilici, dobre mogućnosti dogradnje.

Kod prve tri grupe sve je jasno. Međutim, kod pripadnika četvrtе grupe stavlja se veliki znak pitanja. Postoji potreba za razjašnjenjem njihovog položaja i svrstavanjem u neku od prve tri skupine. Da li od nekog osiguranika dobijamo puno ili malo prihoda, da li za njega vežemo puno ili malo mogućnosti nije jednoznačno određeno, već zavisi od veličine zastupničke, odnosno posredničke radnje ili društva, od broja stranaka, od pravaca daljeg razvoja.

Svaka stranka je zainteresovana da se pojavi u prvoj grupi ukoliko se otvoreno i javno sa njom saobraća, uz razglašavanje koji joj se poseban splet usluga time obezbeđuje, za razliku od stranke iz, recimo, treće grupe.

Posve je razumljivo da je po izvršenoj razdeobi vrlo važno šta je po unutrašnjoj odluci zastupnika ili posrednika različito kod navedenih grupa osiguranika. Podela je razborita jedino onda kada i rukovodilac i njegovi saradnici prilikom svakog dodira sa strankom prvo pogledaju kom razredu pripada i tek onda deluju prema unapred ustanovljenom obrascu staranja.

Obeležja rada s raznim grupama stranaka. Slab prinos, male mogućnosti njegove dogradnje – treća grupa. O njenim članovima se brine u redovnoj meri, trošeći malo sredstava (uključujući radno vreme). U pitanju je polazni paket usluga. Stepен staranja je u srazmeri sa dobitkom koji se ostvaruje. Treba voditi računa da zauzimanje uvek staje određeni novac. Dok se neguju kupci iz treće grupe, ne mogu istovremeno negovati ostale stranke. Reč je o dobro poznatom pojmu iz privrednog učenja „trošak gubitka” koji podrazumeva da tokom obavljanja jednog posla gubimo što istovremeno ne obavljamo neki drugi, možda i unosniji posao.¹⁵

Dobar prinos, ali slabe mogućnosti dogradnje – druga grupa. Njeni članovi zaslužuju natprosečnu pažnju, uostalom oni su se mnogo puta u celini opredelili za tačno određenog posrednika, odnosno zastupnika. Polazeći od stanja stvari, tu nije moguće dalje širenje posla pa će se dodatne starateljske radnje usredsrediti na neke druge skupine stranaka. Ipak, treba imati na umu da su pripadnici druge grupe poklonili stopostotno poverenje prodavcu ili savetodavcu osiguranja i da su često značajni kao preporučioци ostalim osiguranicima, što mora uticati na meru na koje im se posvećuje.

¹⁵ Ekonomski rečnik, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd 2010, 603.

Dobar prinos, dobre mogućnosti dogradnje – prva grupa. Njenim pripadnicima sleduju iste starateljske usluge kao prethodnoj grupi, uz postupno pojačavanje zbog pretpostavljenog rasta poslova. S njima se stoga radi najviše. Unutrašnji tokovi u preduzetničkoj radnji, odnosno društvu, tako su postavljeni da se mogućnosti stranaka iz prve grupe dograđuju skladno, a istovremeno nenametljivo.

Slab prinos, ali je možda izgledna dobra dogradnja – nulta grupa. Ovaj odsečak su osiguranici koji predstavljaju najzubbudljivije polje rada, koje ipak neretko ostaje neiskorišćeno. Često su to kupci samo jedne polise osiguranja koji su se nekako obreli kod vas, odlučivši se za jednu granu osiguranja. Sa prihodnog stanovišta su slabi, tako da im ne može pripasti ceo venac usluga. Zbog toga ih obeležava neizvesnost koja možda ipak puno obećava. Neophodno je podesiti sve unutrašnje tokove i biti dosledan da se ove prilike povećaju.

Nezavisno od toga o kojoj skupini je reč, morala bi se neprekidno uvažavati dva stanovišta: 1. koju meru nege je osiguranik zaslužio? i 2. koji oblik pažnje će doprineti da rad s njim bude još unosniji? Kada se tako čini, ide se u pravom smeru.

Preobraćanje kupca samo jedne polise u kupca više polisa. U navedenom leži glavna nevolja mnogih zastupnika i posrednika osiguranja. Skup stranaka se iz godine u godinu širi, ali broj stvarno unosnih osiguranika zaostaje. Posledica je da preduzeće ima rashode naspram kojih ne stoji dovoljno prihoda. Zato je staranje o strankama osrednje. Većinom se ograničava na puke odgovore na tekuća pitanja. Pretežni deo skupa osiguranja ostaje bez dužne pažnje, mogućnosti širenja propadaju.

Iskrsavaju dva pitanja koja je nužno razjasniti kako bi se mogućnosti iskoristile. Tek tada postoje odistinski izgledi da se umesto pojedinačnih, slučajnih uspeha, izazov trajno reši.

1. Kakav se uopšte daje povod da stranka celovito postane baš stranka određenog posrednika ili zastupnika? Najpre se moraju razabrati osiguranikovi razloge da baš to lice u celini vodi računa o njemu. Neophodno je dati odgovor na pitanje „Zašto?”. Davanja, u nekom obliku, nude svi. Da li baš vi nudite dobre cene, dobre usluge?

2. Kako ćete postići da trajno odgovorite postavljenom zadatku? Nakon što ste sebi razjasnili povod da stranka bude u celini vaša, sa „Zašto?” prelazite na odgovor na „Kako?”. Na koje načine ćete kupce samo jedne polise osiguranja skladno izvesti iz svojevrzne zamke, to jest izazova koji predstavlja taj jedan ugovor? Reč „zamka” je opravdana, jer u većini slučajeva takvi kupci imaju po jednu svedodžbu o osiguranju preko nekoliko posrednika, odnosno zastupnika, od kojih ih očigledno još niko ne neguje na pravi način, ali možda upravo pokušava.

Novim strankama se može odmah na početku izložiti pristup osobitom staranju koje će im biti dostupno kada i samo kada se ugovorni odnosi prošire, što se povremeno preispituje. Premda navedeno zvuči samo po sebi razumljivo,

malo zastupnika i posrednika su ovde dosledni.

Prema starim strankama može se dvojako nastupiti, povratno ili delatno. Povratno znači da se sastanak ugovara sa svakom strankom koja se obrati po bilo kom osnovu. Prilikom susreta na licu mesta izlaže se privlačan paket davanja. Delatno znači da se ne čeka javljanje stranke. Umesto toga stupa se u vezu s jednom po jednom strankom dok sve ne budu obrađene.

Snižavanje troškova rada sa strankama. Zbog čega brigu o osiguranicima moraju pratiti što je izvodljivo manji izdaci? Prvi razlog proističe iz opšteg privrednog učenja o nužnosti neprekidnog obaranja troškova, dok je drugi vezan za posredničko-zastupnički posao u slučajevima kada skup stranaka (još uvek) odbacuje slabu zaradu. Ukoliko smo, pak, preterano štedljivi, neće biti povećanja skupa osiguranika, niti će nas oni preporučivati drugima.¹⁶

Polazeći od dobro poznate preporuke da se uz što manje sredstava ostvari što bolji učinak, valja razmisliti o sledećim stavkama:

- veće uključnje telefonskog rada. Tu se često radi o staranju sa osećanjima. Osiguranici koji se želite obrađivati mogu se podeliti, na primer, na 48 delova. To su nedelje u godini raspoložive za rad umanjene za četiri sedmice godišnjeg odmora i praznike. Sada se za unutrašnje potrebe pravi raspored po kome će se pozivati stranke najmanje jedanput godišnje. U nedeljnom planu određuju se sati poziva. Kod 500 stranaka to je deset telefonskih poziva nedeljno. Povodi za pozive mogu biti najrazličitiji. Uvek treba osmisliti cilj poziva i biti izvoran;
- veće korišćenje letaka sa novostima u koje može biti ugrađena i fotografija posrednika ili zastupnika. Mnogi misle da leci previše staju. Svakako da je na početku uvek neophodno ulaganje. Ali sa vestima koje se tiču određenog preduzetnika stranke se uvek mogu pokretati javljajući im da neko postoji, da je tu zarad njih. Sa troškovnog stanovišta naravno da je povoljniji list poslat elektronskom poštom, ali sa čitaočevog stanovišta još uvek je na prvom mestu štampani letak;
- veća primena automatizovane elektronske pošte. Unapred utvrđeni dopisi se šalju određenim osiguranicima u postavljenim vremenskim razmacima. Neke stranke će dobijati dopise češće, neke ređe, onako kako se na početku postavi. Jednom postavljeno, slanje elektronske pošte na ovaj način će se ustaliti i biti samokretno. Trebalo bi samo redovno pratiti da li su napisi i dalje sveži i savremeni;
- veće korišćenje zajedničke, istovremene nege. Neko će odmah dovesti u pitanje grupnu brigu o osiguranicima, što baš nije sasvim na mestu. Mnoga preduzeća to čine veoma uspešno. Odaberite jednu granu i priredite dan određene vrste osiguranja na kome ćete opušteno

¹⁶ K. Puschmann, 283.

odgovarati na pitanja, uz prisustvo stručnjaka iz te oblasti. Sve traje ukupno 60 do 90 minuta. Druženje može biti u primerenoj prostoriji ili nekim programom za daljinski rad računarnom. Stranke možete pozvati telefonom, elektronskim dopisom, letkom sa novostima, obaveštenjem preko društvene mreže pa i pismom. Važno je nemati previsoka očekivanja u pogledu odziva. Ali, i oni koji ne dođu postaju svesni koliko mislite na njih.

Bez dodira sa strankom nema posla. Savršeni zastupnici i posrednici imaju zadatak da i uz oskudna sredstva daju poticaje prodajno-savetodavnom radu. Imaju zadatak da vode računa o osiguranicima dosledno i osećajno. Da prate osiguranike ciljno i svesno, što će doneti plodove i što se da ostvariti bez preterano velikog troška.

5. Zaključak

Odnosi sa strankama predstavljaju nezaobilazno polazište razvoja posredničkog, odnosno zastupničkog poslovanja koje nudi veliki broj izgleda, ali isto sadrži mnoge izazove. Bez takvog stava i takvog razmišljanja nije izvodljivo postojano pospešivati zastupničko-posrednički rad. Mada se nekad čini da je osiguranje okoštala delatnost u kojoj se odnosu prema osiguraniku ne poklanja uvek pažnje koliko bi trebalo, preduzimačko stajalište se ovde, u suštini, ogleda u saznanju da razvitku tog dela posla nema kraja.

Nesporno je da na izmene pristupa opštenju i celovitoj saradnji sa strankama utiče okruženje koje se neprekidno menja. Usvajaju se novi zakoni koji opredeljuju izmene u poslovanju, uključujući uvođenje potpuno novih usluga. Kod nas se očekuje pa opet odlaže donošenje Građanskog zakonika koji treba da zameni Zakon o obligacionim odnosima, te donošenje novog Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju. Postojeći saradnici u posredovanju ili zastupanju odlaze, novi ih zamenjuju. Tim novim zaposlenima treba jasno staviti do znanja kolika je važnost odnosa sa strankama.

Sasvim drugačije mogućnosti savremene tehnike, koje su danas nepojmljive, postaće potpuno uobičajene (nastajace novi oblici stupanja u vezu sa osiguranikom, drugačiji od danas postojećih), a uz to će se dešavati i takve promene u skupu stranaka koje će tražiti drugačije oblike negovanja odnosa. Naime, pristići će nove, još važnije stranke, što će uticati na vidove staranja o danas najznačajnijim strankama.

Uz to još, verovatni su izgledi izbijanja novih pandemija i nastanka takvih razvojnih tokova u privredi i društvu koji se danas jednostavno ne mogu planirati, niti se o njima može razmišljati.

Zbog svega toga valja održavati i razvijati veze sa postojećim i budućim osiguranicima, uz očekivanja nepredvidive budućnosti. Svi izazovi će biti

savladani ukoliko su zastupnici i posrednici spremni da rade stručno, a zadaci koje danas reše biće ulaznica za novu, višu ravan posla. Prilagođavanje promenama će neprekidno biti na dnevnom redu i zato je nužno bez prestanka ostati budan.

Na posrednicima, odnosno zastupnicima osiguranja je da budu znatiželjni, radoznali, da ostanu sasvim blizu osiguranicima. Neophodno je da pravovremeno uočavaju njihove potrebe, te da budu bez predrasuda prema novim glasilima i tehnološkom razvitku. Ne mora se u svemu učestvovati, ali ne treba sve ni odbijati. Tačno je da se svet razvija brzinom koja oduzima dah i da nije poželjno ostati po strani. Ali, najvažnije je zadržati vlastitu osobnost i ostati svoj, ostati poseban, primenjujući sopstvene stavove o unapređenju odnosa sa strankama.

* * *

CUSTOMER RELATIONSHIP IN INSURANCE BROKERAGE AND AGENCY

Summary

As it is well known, customer relations are closely connected to the methods a company uses to become involved with its customers and enhance the customer experience. The same goes for insurance brokerage and agency. This relationship includes giving answers to short-term questions as well as proactively designing long-term solutions which are geared towards the needs of insureds. In this paper we tried to present an analytic way for enhancing the customer relationship in the field of insurance agency and brokerage. Insurance is becoming a highly commoditized product, which has made it hard for different agents and brokers to stand out in the crowded market. In order to differentiate one's offering, a broker or an agent is to build a personal relationship with his customers that is based on trust. Providing the customer experiences that build successful relationships is not always easy. Not all insureds want to know their brokers and agents on a personal level, and it can be difficult to determine whether the targeted person falls within this category. And even if a customer is interested in getting to know you, his or her needs will not necessarily mirror the rest of the customer base. There are different strategies to build a business model that facilitates personal relationships with insureds. It is a challenging task to do business successfully, to be new, show the entrepreneurial feature, scale the business, follow the progress of the agency or brokerage enterprise, achieve top internal organization, and be also top in working with clients. Every form of brokerage and agency, every company or entrepreneurial activity, is slightly different from the others. A recipe for success that is absolutely effective in one place will only be limited in another, while in a third enterprise it will even produce unwanted consequences. At the same time, there are several common

features and many similar challenges. There are open questions frequently posed to everyone, problems that are by no means individual cases in building a successful customer relationship in insurance brokerage and agency.

Keywords: insurance brokerage, insurance agency, customer relationship, work with an insured.

Vladimir Čolović*
Magdalena Makiela**

ISPLATNI REDOVI U STEČAJNOM POSTUPKU PROTIV OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA

Apstrakt

Regulisanje isplatnih redova u stečajnom postupku protiv osiguravajućih društava zahteva primenu opštih pravila delatnosti osiguranja koja se odnose, pre svega, na razlikovanje osiguranja života u odnosu na ostale vrste osiguranja, odnosno, na činjenicu zaštite osiguranog lica kod osiguranja života, imajući u vidu pravnu prirodu i svrhu ove vrste osiguranja. U velikoj većini zakonodavstava se primenjuju navedena opšta pravila koja razlikuju osiguranje života od ostalih osiguranja, ali se postavlja pitanje, da li je trebalo i kod drugih osiguranja napraviti razliku u prvenstvu isplate potraživanja, uzimajući u obzir ne samo zaštitu osiguranika, već i zaštitu tržišta osiguranja. U radu se posvećuje pažnja zakonodavstvu Republike Srbije u ovoj oblasti, kao i zakonima pojedinih zemalja u regionu. Isto tako, autor poklanja pažnju i analizi odredaba Direktive „Solventnost II“ koje regulišu ovu materiju. Najzad, autor definiše i predloge za buduće regulisanje statusa potraživanja poverilaca u navedenom postupku.

***Ključne reči:** stečaj, osiguravajuća društva, isplatni redovi, osiguranje života, matematička rezerva života.*

1. Uvod

Status potraživanja poverilaca u stečajnom postupku protiv osiguravajućih društava je u Republici Srbiji regulisan Zakonom o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje (dalje: ZSLBO)¹ u odredbi koja se odnosi na isplatne redove u navedenom postupku. Na prvi pogled, može se zaključiti da su u ZSLBO poštovana opšta pravila koja se odnose na prednost potraživanja po

* Doktor pravnih nauka, redovni profesor, naučni savetnik, Institut za uporedno pravo Beograd; e-mail: v.colovic@iup.rs

** Doktor pravnih nauka, advokat, Krakov, Poljska; e-mail: m.makiela@adwokat-makiela.pl

¹ Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje Republike Srbije – ZSLBO, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 14/2015 i 44/2018 – dr. zakon.

ugovorima o osiguranju i reosiguranju života u odnosu na ostale vrste osiguranja. Međutim, u odnosu na pojedine karakteristike različitih vrsta osiguranja i njihov značaj kad govorimo o zaštiti vrednosti od rizika koji moraju da budu „pokriveni“ osiguranjem, moramo da kažemo da postoji potreba za drugačijim regulisanjem ove materije, odnosno, za drugačijim određivanjem redosleda isplata potraživanja po odnosnim vrstama osiguranja. Sa druge strane, ako pogledamo rešenja u pravu EU, kao i u pojedinim zakonima zemalja u regionu, moramo da istaknemo da status potraživanja poverilaca koja proističu iz pojedinih vrsta osiguranja, takođe, nisu uređena adekvatno, odnosno, nisu uopšte uređena. Ovde ne mislimo samo na odnos potraživanja koja proističu iz pojedinih vrsta osiguranja imovine, već i na ona iz osiguranja lica, obzirom da je osiguranje života samo jedan od oblika osiguranja lica.

S obzirom da smo pomenuli pravo EU, materija stečaja (likvidacije)² osiguravajućih društava se reguliše Direktivom 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 25. 11. 2009. o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja (dalje: „Solventnost II“).³ „Solventnost II“ reguliše pitanje isplatnih redova na način da daje prednost u isplati naknadama iz osiguranja, pod kojima se podrazumevaju ne samo iznosi po polisama, odnosno, naknade štete, već i ostala potraživanja po ugovorima o osiguranju. Iako ne možemo očekivati od ovakvog akta EU da detaljno reguliše ovo pitanje, obzirom da je sadržina regulisanja, između ostalog, i isplatnih redova, prebačena na države članice, smatramo da je „Solventnost II“ trebalo da definiše bar određeni okvir razlikovanja pojedinih vrsta osiguranja, kad je u pitanju status potraživanja. Inače, „Solventnost II“ definiše i reorganizaciju osiguravača koje su alternativa stečajnom postupku i koje sadrže mere koje bi trebalo da prethode stečaju osiguravača.⁴ Reorganizaciji osiguravača nećemo posvećivati pažnju.

2. Opšta pravila kod regulisanja isplatnih redova

Kod regulisanja isplatnih redova u stečajnom postupku se mora poći od vrste potraživanja. To znači da će prednost u isplati imati ona potraživanja koja su vezana za troškove postupka, prava zaposlenih na primanja i uplatu penzijskog i socijalnog osiguranja, poreske obaveze i sl. No, da bi razumeli status

² Likvidacija je termin koji se koristi u Direktivi „Solventnost II“.

³ 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, 1-155.

⁴ M. Siri, *Recovery and Resolution of Insurance Companies and Director's Duties, The Governance of Insurance Undertakings*, pp 141–170, First Online: 15 March 2022, tekst dostupan na: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-85817-9_7, datum pristupa 10. 07. 2022.

ostalnih potraživanja, moramo da definišemo dva načela, koja se primenjuju kod definisanja isplatnih redova. Prvo načelo je načelo isključivosti između isplatnih redova, koje se odnosi na činjenicu da će se poverioci nižeg isplatnog reda namiriti tek po namirenju poverilaca iz višeg isplatnog reda. Drugo je načelo srazmernosti unutar jednog isplatnog reda, koje se primenjuje u situaciji kad nema dovoljno sredstava za namirenje poverilaca iz jednog isplatnog reda u celosti, kada će se njihova potraživanja namiriti srazmerno njihovoj visini. O ravnopravnosti poverilaca možemo govoriti samo u okviru istog isplatnog reda.⁵ Nikako ne možemo govoriti o ravnopravnosti svih poverilaca. Znači, važnost potraživanja i međusobni odnos tih potraživanja je neophodno definisati, kako bi mogli da definišemo i isplatne redove.

Uopšte, na stečaj osiguravajućih društava (kao i kad je u pitanju stečaj ostalih subjekata na koja se primenjuju posebna pravila, kada i govorimo o posebnim stečajevima) se, shodno, primenjuju opšta pravila u stečaju, odnosno, kad je u pitanju Republika Srbija, Zakon o stečaju (dalje: ZS).⁶ Da bi mogli da analiziramo isplatne redove u stečajnom postupku koji se pokreću protiv osiguravajućih društava, osvrnućemo se na neka od pravila koja su važna u opštem stečajnom postupku. Naime, u svakom stečaju moramo razlikovati: - stečajne poverioce; - poverioce, čija se potraživanja kompenzuju u stečaju; - izlučne i razlučne poverioce; i - poverioce stečajne mase.⁷ Definišaćemo samo stečajne poverioce i poverioce stečajne mase, s obzirom da su oni bitni i kod stečaja osiguravajućih društava, kad govorimo i isplatnim redovima. Na druge dve grupe poverilaca se primenjuju posebna pravila.

Stečajni poverioci su lični poverioci stečajnog dužnika, čija potraživanja proizlaze iz njihovih pravnih odnosa. Ta potraživanja, koja su nastala pre otvaranja stečajnog postupka, namiruju se u stečajnom postupku nakon namirenja troškova stečajnog postupka.⁸ Poverioci stečajne mase su poverioci stečajnog dužnika, čija potraživanja spadaju u troškove i dugove stečajne mase. Ono što je kod ovih poverilaca specifično, jeste da njihova prava nastaju posle otvaranja stečajnog postupka, i to u vezi sa prikupljanjem, očuvanjem i unovčenjem stečajne mase.⁹ ZSLBO, kao što ćemo videti, ne čini razliku između isplatnih redova, ali se oni, po opštim pravilima dele, na isplatne redove opšteg, višeg i nižeg reda. U opšti isplatni red spadaju potraživanja, koja se odnose na neki

⁵ V. Radović, „Stečajni isplatni redovi“, Zbornik „Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva“, Budva 2005, 178.

⁶ Zakon o stečaju Republike Srbije - ZS, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 104/2009, 99/2011 – dr.zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

⁷ V. Čolović, *Stečajno pravo*, Univerzitet „Apeiron“, Banja Luka 2010, 48.

⁸ M. Jovanović Zattila, V. Čolović, *Stečajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2013, 41.

⁹ V. Čolović (2010a), 54 - 55.

opravdan imovinski zahtev prema dužniku, ako ne pripadaju nekom višem ili nižem isplatnom redu. U potraživanja višeg isplatnog reda spadaju potraživanja, koja nije mogao da namiri ni privremeni stečajni upravnik u toku prethodnog postupka, ni stečajni upravnik, ako se radi o nenamirenim potraživanjima iz prethodnog postupka. U viši isplatni red spadaju i potraživanja zaposlenih kod dužnika. Ostala potraživanja spadaju u niži isplatni red.¹⁰ Ako bismo navedena pravila morali da primenimo i kod stečaja osiguravajućih društava, ne bismo mogli da svrstamo potraživanja po ugovorima o osiguranju ni u jedan isplatni red. Zakonodavstvo Republike Hrvatske, kome ćemo, kasnije, posvetiti pažnju, ova potraživanja svrstava u viši isplatni red, što, takođe, zaslužuje kritike. Znači, primena ovih pravila ne bi mogla da dođe u obzir kod definisanja isplatnih redova u stečaju osiguravajućih društava. No, možemo postaviti pitanje, ako pogledamo definiciju koja potraživanja spadaju u viši isplatni red, da li bi neka od ovih pravila mogla da se primenjuju kod određivanja stva potraživanja iz ugovora o osiguranju života, pre svega, zbog statusa matematičke rezerve života i pravne prirode osiguranja života. Tada bi ta potraživanja bila odvojena od potraživanja iz drugih vrsta osiguranja. Osim toga, postavlja se pitanje da li bi istim isplatnim redom bila regulisana i potraživanja akcionara društva, odnosno, članova društva za uzajamno osiguranje. U svakom slučaju, kada govorimo o isplatnim redovima u stečaju osiguravajućih društava, interesuju nas, pre svega, stečajni poverioci, odnosno, potraživanja po ugovorima o osiguranju, koja su nastala pre otvaranja stečajnog postupka.

2.1. Prednost potraživanja iz ugovora o osiguranju lica (života) u odnosu na druge ugovore o osiguranju

Da bismo razumeli prednost potraživanja iz ugovora o osiguranju lica, odnosno, života, moramo, kratko, da se posvetimo razlikama između osiguranja lica (života) i ostalih vrsta osiguranja, a pre svega, osiguranja imovine. Kad govorimo o stečaju i o isplatnim redovima, najveća razlika je upravo, između ove dve vrste osiguranja.¹¹ Osiguranje života je jedan od oblika osiguranja lica, a predmet osiguranja lica su život i zdravlje, telesni integritet osiguranika. Rizik koji je obuhvaćen ovom vrstom osiguranja odnosi se na ličnost osiguranika i ne može se izraziti kroz materijalnu vrednost. Sa druge strane, osiguranje života je i dopuna socijalnog osiguranja, odnosno, penzijskog i zdravstvenog. Osiguranje lica, a naročito osiguranje života ima elemente ugovora o štednji, što znači da ono može da služi i za investicione namene, pa, samim tim, i kao sredstvo za

¹⁰ V. Čolović (2010a), 49.

¹¹ N. Konrath, „Solvency of Insurance Undertakings and Financial Groups“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 21, No. 78 January 1996, 22.

obezbeđenje kredita.¹² Upravo zbog toga, što je kod osiguranja lica (života) predmet osiguranja život, odnosno, telesni integritet, ova vrsta osiguranja ima prednost u odnosu na druge vrste osiguranja, kod kojih definišemo iznos štete, koja se mora naknaditi.

3. Regulisanje u ZSLBO

ZSLBO reguliše stečaj, kao i likvidaciju osiguravajućih društava. No, ovaj akt reguliše ova dva instituta i kad su u pitanju banke, kao i davaoci finansijskog lizinga.¹³ Mi nećemo, na ovom mestu, analizirati nedostatke ovakvog načina regulisanja stečaja osiguravajućih društava, već ćemo samo da istaknemo činjenicu da je zakonodavac morao da donese poseban zakon koji bi se ticao samo osiguravajućih društava, odnosno, da ovu materiju reguliše „statusnim“ zakonom, ako bi se odlučio da manje detaljno regulisanje. No, ZSLBO nije jedini akt koji reguliše stečaj osiguravača i drugih subjekata. Naime, i u Holandiji se insolventnost osiguravajućih društava, kao i kreditnih institucija reguliše istim aktom, koji je opšti - Stečajni zakon (Faillissementswet).¹⁴ Slična je situacija i u Nemačkoj, u kojoj se pojedini elementi stečajnog postupka protiv osiguravača, ali i protiv kreditnih institucija regulišu Zakonom o bankama – Kreditwesengesetz.¹⁵

Kao i svaki zakonski akt koji reguliše stečaj i ZSLBO odvojeno reguliše troškove postupka od redosleda potraživanja. No, ZSLBO reguliše isplatu troškova stečajnog postupka istom odredbom i za banke i za osiguravajuća društva.¹⁶ Ti troškovi se odnose na neisplaćene neto zarade zaposlenih u poslednjih godinu dana pre otvaranja stečaja, zatim na neisplaćene poreze i doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih u poslednje dve godine pre otvaranja stečaja, mesečne zarade lica koja su zaposlena kod stečajnog dužnika (ovde se misli na lica koja rade kod dužnika za vreme trajanja stečajnog postupka), isplatu naknada vezanih za unovčenje imovine dužnika, kao i troškovi stečajnog postupka. No, u ove troškove zakonodavac ubraja i potraživanja Agencije za osiguranje depozita (dalje: Agencija)¹⁷ koja se odnose na isplatu osiguranog iznosa depozita, što se,

¹² O. Uzelac, „Pravni aspekti ugovora o osiguranju života posmatrani u odnosu na druge slične ugovore“, *Pravo – teorija i praksa* 7–9/2011, 98.

¹³ Čl. 1 ZSLBO.

¹⁴ C. Chance, *European Insolvency Procedures*, London 2010, 51-52.

¹⁵ V. Čolović, Z. Petrović, „Sporna pitanja regulisanja stečaja osiguravajućih društava u Srbiji i usklađivanje sa Direktivom 2001/17/EZ“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 4/2015, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd 2015, 33.

¹⁶ Čl. 19 ZSLBO.

¹⁷ Status Agencije je regulisan Zakonom o Agenciji za osiguranje depozita, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 14/2015 i 51/2017.

pre svega, odnosi na banke, a ne na osiguravajuća društva.¹⁸ Inače, Agencija ima ulogu stečajnog upravnika i u stečajnim postupcima koji se vode protiv banaka, kao i u onim koji se vode protiv osiguravajućih društava.¹⁹ Možemo reći da se isplata troškova reguliše na opšti način, osim tačke 6 ove odredbe koja se odnosi na potraživanja Agencije.

Više nas interesuje odredba koja reguliše isplatne redove. ZSLBO je posebnom odredbom regulisao isplatne redove kod osiguravajućih društava.²⁰ Prva dva isplatna reda se odnose na osiguranje lica. Ovo ističemo, iako ZSLBO definiše osiguranje života, odnosno, osiguranje od posledica nezgode. Naime, isplatiće se prvo potraživanja po osnovu ugovora o osiguranju i reosiguranju života do visine iznosa matematičke rezerve života, s tim što ovde nije regulisano da te obaveze mogu da budu i smanjene, bez obzira što se ZSLBO poziva na zakon koji uređuje osiguranje, čemu ćemo kasnije da posvetimo pažnju. Zatim, isplatiće se i potraživanja koja spadaju u osiguranje od posledica nesrećnog slučaja, koje, takođe, spada u osiguranje lica, ali sadrži i elemente osiguranja imovine.²¹ Možemo da kažemo da je ovaj deo uređen na opšti način, s tim što nisu regulisani drugi oblici osiguranja u okviru osiguranja lica. Zatim, ZSLBO u jednom isplatnom redu obuhvata sva ostala osiguranja, bez obzira o kojoj vrsti se radi. Smatramo da je zakonodavac posebno morao da vodi računa o ugovorima o osiguranju kredita, zatim, ugovorima koji se odnose na osiguranje odgovornosti (imajući u vidu postojanje Garantnog fonda kod osiguranja od autoodgovornosti), kao i osiguranjima kod kojih je osiguranik fizičko lice. Bez obzira što bi ovakav način regulisanja bio preširok, odnosno, što bi se ovde radilo o prenormiranju, smatramo da je bilo potrebno izdvojiti neke vrste osiguranja. To je i glavna zamerka ovoj odredbi, uz primedbu koja se odnosi na nekompletno regulisanje isplate potraživanja po osnovu ugovora o osiguranju lica. Naravno, ZSLBO reguliše i isplatu potraživanja po osnovu ugovora o reosiguranju, zatim potraživanja po osnovu javnih prihoda, kao i potraživanja ostalih poverilaca, uključujući tu i akcionare, odnosno članove društva za uzajamno osiguranje.²²

¹⁸ V. Čolović, Z. Petrović, 32.

¹⁹ Agencija iz mnogih razloga ne može biti stečajni upravnik u stečajnim postupcima koji se vode protiv osiguravajućih društava. Razlozi su i normative prirode, jer ova funkcija Agencije nije regulisana aktima koji definišu status Agencije, kao i sadržajne, obzirom na ulogu Agencije u radu banaka.

²⁰ Čl. 21 ZSLBO.

²¹ M. Jovanović Zattila, V. Čolović, 204.

²² *Ibid.*

3.1. Potraživanja stečajnih poverilaca u okviru višeg isplatnog reda

Postavlja se pitanje da li je potrebno definisati potraživanja stečajnih poverilaca osiguravajućih društava u okviru višeg isplatnog reda i da li takav način određivanja njihovog statusa menja redosled u namirenju ili ne. Zakon o osiguranju Republike Hrvatske (dalje: ZOSH)²³ reguliše isplatne redove kod stečaja osiguravajućih društava definišući, upravo, potraživanja po ugovorima o osiguranju kao potraživanja višeg isplatnog reda.²⁴ ZOSH to čini na opšti način, odnosno, definišući odredbu na osnovu opštih pravila koja razlikuju isplatu potraživanja po životnim i ostalim vrstama osiguranja. Naime, u okviru prvog isplatnog reda²⁵ se određuju potraživanja iz ugovora o osiguranju života, kao i iz ugovora koji se zaključuju u okviru drugih vrsta osiguranja kod kojih se primenjuju slična pravila, kao i kod osiguranja života. To se odnosi na tablice verovatnoće koje se primenjuju kod ove vrste osiguranja. Osim toga, u prvi isplatni red spadaju i potraživanja kod kojih je osiguravajuće društvo dužno da definiše matematičku rezervu života, a koja se nisu mogla isplatiti iz imovine koja služi za pokriće navedenog instituta. Činjenica je da je ZOSH pravilno odredio prvenstvo u isplati potraživanja koja se odnose na osiguranje života. Treba izdvojiti obavezu osiguravača da isplati matematičku rezervu i u situaciji kada ona nije mogla da se oblikuje. Sa druge strane, nisu regulisana potraživanja po drugim vrstama u okviru osiguranja lica, kao što je to osiguranje od posledica nesrećnog slučaja. Postavlja se pitanje, da li ZOSH definiše ovu vrstu osiguranja u okviru ostalih vrsta osiguranja ili ne. Ako je to tačno, mora se reći da osiguranje od posledica nesrećnog slučaja samo delom spada u osiguranje imovine. U okviru drugog isplatnog reda se definišu potraživanja po neživotnim i ostalim vrstama osiguranja kod kojih je osiguravajuće društvo dužno da oblikuje tehničke rezerve, osim matematičke rezerve, i to na ime naknade štete za osigurane slučajeve koji su nastupili pre prestanka ugovora o osiguranju, kao i na ime povraćaja dela premije za period nakon prestanka ugovora o osiguranju. Znači, sva druga osiguranja (osim životnog) imaju isti status. ZOSH je definisao prestanak ugovora o osiguranju koji se ne vezuje za pokretanje stečajnog postupka, već za obavezu društva da isplati sve štete koje su nastale u okviru trajanja ugovora o osiguranju (tekućeg perioda). Najzad, u okviru trećeg isplatnog reda se definišu potraživanja Hrvatskog ureda za osiguranje za izvršena plaćanja iz Garantnog fonda, na ime naknade isplaćenog iznosa, koji oštećena lica nisu mogla naplatiti od osiguravajućeg društva protiv kojeg je pokrenut stečajni postupak. ZSLBO nije definisao sličnu odredbu. Naime,

²³ Zakon o osiguranju Republike Hrvatske – ZOSH, *Narodne novine*, br. 30/15, 112/18, 63/20, 133/20.

²⁴ Čl. 289 ZOSH.

²⁵ U okviru višeg isplatnog reda.

Garantni fond ima obavezu da isplaćuje štete osiguranicima po osiguranju od autoodgovornosti u slučaju kada štetu načini neosigurano vozilo, zatim nepoznato vozilo, kao i u situaciji kada jedno osiguravajuće društvo postane stečajni dužnik i kada nastupi nemogućnost isplate nanade štete. Tada se Garantni fond, koji je isplatio oštećenom naknadu štete, pojavljuje kao stečajni poverilac u stečajnom postupku. No, iako je bitno što je posebno izdvojen isplatni red koji se odnosi na pravo potraživanja vezana za isplatu od strane Garantnog fonda, postavlja se pitanje zbog čega su ova potraživanja regulisana u sledećem isplatnom redu u odnosu na isplatni red u okviru kojih se definišu potraživanja po ostalim vrstama osiguranja. Najverovatnije je zakonodavac želeo da izdvoji ova potraživanja, kod kojih je garant isplate institucija u okviru asocijacije osiguravača i koja se, u ovom delu, finansira od doprinosa osiguravača, izdvoje od drugih potraživanja osiguranika i oštećenika, koje ne vezujemo za bilo kakve garancije asocijacije osiguravača vezane za isplatu. Još jedan zakon u susedstvu na sličan način definiše status navedenih potraživanja. Radi se o Zakonu o stečaju i likvidaciji društava za osiguranje Crne Gore (dalje: ZSLOCG)²⁶ koji, posebno, reguliše isplatu potraživanja Garantnog fonda.²⁷

3.2. Prenos portfelja osiguranja kao način održavanja ugovora o osiguranju na snazi

Prenos portfelja osiguranja predstavlja način održavanja ugovora o osiguranju na snazi. No, da li će prenos portfelja biti uvek moguć i da li će osiguravači na koje se prenosi portfelj biti u mogućnosti da ispunjavaju svoje obaveze su pitanja na koje mora da odgovori, pre svega, stečajni upravnik, ali i Narodna banka Srbije, kao nadzorni organ u osiguranju. Prenos portfelja izaziva pažnju u našem zakonodavstvu i praksi, imajući u vidu činjenicu da ZSLBO nije veću pažnju poklonio razlikovanju pojedinih vrsta ugovora o osiguranju u ovoj oblasti. Naime, ZSLBO reguliše prenos portfelja osiguranja na druga osiguravajuća društva jednom odredbom, u kojoj ne razlikuje portfelj osiguranja života od portfelja ostalih vrsta osiguranja. Inače, kad govorimo o portfelju osiguranja, govorimo o pravima i obavezama osiguravajućeg društva po zaključenim ugovorima o osiguranju.²⁸ Znači, radi se o imovini osiguravača, koju čine novčana sredstva, tj. sredstva koja predstavljaju obavezu osiguravača prema osiguranicima, osiguranim licima, korisnicima osiguranja, oštećenim licima, itd. S obzirom na svu složenost definisanja portfelja osiguranja, mislimo da je prihvatljiva definicija da portfelj osiguranja predstavljaju sva prava i obaveze

²⁶ Zakon o stečaju i likvidaciji društava za osiguranje Republike Crne Gore – ZSLOCG, *Službeni list Crne Gore*, br. 42/15.

²⁷ Čl. 37, 6 ZSLOCG.

²⁸ V. Čolović, *Osiguravajuća društva*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010 (2010b), 96.

po ugovorima o osiguranju. Kad se otvori stečaj, osiguravač ne može više da izvršava svoje obaveze po ugovorima o osiguranju i tada se, po ZSLBO, predviđa da je prenos portfelja moguće izvršiti na nekog od osiguravača koje ima bonitet, kako bi mogao da izvršava obaveze po tim ugovorima, a koje se bavi odnosnom vrstom osiguranja, kako bi mogao da preuzme ugovore o osiguranju, odnosno, pomenuta prava i obaveze. No, da bi prenos portfelja bilo moguće izvršiti, potrebno je da dva osiguravača, od kojih je jedan u stečaju, potpišu sporazum o ustupanju. Tu se postavlja prvo pitanje, koje se odnosi na mogućnost potpisivanja navedenog sporazuma o ustupanju portfelja. U stečajnom postupku, sve poslove stečajnog dužnika preuzima stečajni upravnik. U stečajnom postupku protiv osiguravajućih društava, stečajni upravnik je Agencija za osiguranje depozita (dalje: Agencija). Ako uzmemo u obzir da stečajni dužnik i dalje postoji i da stečajni upravnik u ime i za račun dužnika vrši sva prava umesto njega, postavlja se pitanje Narodne banke Srbije koja daje saglasnost na prenos portfelja, ali nije, po odredbi ZSLBO, garant izvršenja tog prenosa. Ovde ističemo propust zakonodavaca, koji je, u delu koji reguliše ulogu Narodne banke Srbije, da posebno definiše status ugovora o osiguranju života i da ih reguliše posebno, u smislu jasnog određivanja obaveze novog osiguravača (preuzimaoca portfelja), kao i garancije Narodne banke Srbije, ne samo kad je u pitanju izbor novog osiguravača, već i kad je u pitanju izvršenje obaveza po tim ugovorima. Ako, po ZSLBO, Narodna banka Srbije mora da proceni sposobnost osiguravajućeg društva koje preuzima portfelj osiguranja, onda bi ona trebalo da bude i garant izvršenja obaveza od strane novog osiguravača. Sledeće sporno rešenje u ZSLBO se odnosi na postupak prenosa portfelja koji se odvija u skladu sa raspoloživim novčanim sredstvima i isplatnim redovima. Ovde ZSLBO nije jasno odredio da se radi o sredstvima koja će predstavljati stečajnu masu i iz koje će se isplaćivati potraživanja. Sa druge strane, nije razdvojio ugovore o osiguranju po vrstama osiguranja. Takođe, nije jasna odredba koja definiše obavezu Agencije da započne postupak prenosa u skladu sa isplatnim redovima. Da li je time ZSLBO hteo indirektno da ukaže da prednost kod prenosa imaju ugovori o osiguranju života? Navedeno nije definisano. Samo možemo, na osnovu opštih pravila, da zaključujemo šta je zakonodavac „hteo“ ovom odredbom.

Ni pitanje aktive koja se prenosi na drugog osiguravača nije jasno određeno. Agencija utvrđuje iznos aktive koja se prenosi. Da li je ta aktiva dovoljna da pokrije sve ugovore o osiguranju, pitanje je o kome odlučuje Agencija? Ako pravilno tumačimo navedeno, prenos portfelja će obuhvatiti samo one ugovore kod kojih postoji dovoljna aktiva. Ovde se postavlja pitanje ne samo matematičke rezerve života kod ugovora o osiguranju života, već, uopšte tehničkih rezervi, ali i pitanje rezervisanih šteta koje predstavlja jedno od osetljivih pitanja ne samo u stečajnom postupku, već i u vršenju delatnosti od strane osiguravača.

Iako jedna odredba nema direktne veze sa isplatnim redovima, moramo je, ipak, pomenuti. Naime, ZSLBO definiše da će se primenjivati odredbe ZO na prenos portfelja osiguranja.²⁹ Ali, u ZO nema nijedne odredbe koja govori o prenosu portfelja u slučaju pokretanja stečajnog postupka nad osiguravačem. ZO sadrži opšte odredbe o ovom institutu u slučaju statusnih promena. Stečaj jeste statusna promena, ali se, po našem mišljenju, ne mogu primenjivati ista rešenja. ZO reguliše prenos portfelja u slučaju da osiguravač ne može da izvršava svoje obaveze po ugovorima o osiguranju, što može da bude u vezi sa insolventnošću, kao i sa pokretanjem stečajnog postupka, ali to ne definiše direktno, što smatramo propustom. Znači, prenos portfelja direktno može uticati i na status poverilaca po isplatnim redovima. O prenosu portfelja, sa jedne strane, odlučuje Agencija, ali sa druge strane, Narodna banka Srbije daje saglasnost na taj postupak, što je dovodi u glavnu poziciju u ovom postupku.³⁰

4. Isplatni redovi u „Solventnosti II“

Kao što smo rekli, „Solventnost II“ reguliše isplatne redove na opšti način, dajući prednost naknadama iz osiguranja. Ove naknade imaju prednost u odnosu na sva ostala potraživanja od osiguravača. „Solventnost II“ nije definisala naknadu iz određene vrste osiguranja, ali očekivano je da se, u ovoj materiji, poštuju opšta pravila vezana za pojedine vrste osiguranja. U svakom slučaju, države članice mogu, uz poštovanje navedenih pravila, odnosno, da regulišu isplatne redove dajući prednost osiguraniku, odnosno, oštećenom ili oštećenom licu, kad je u pitanju naknada iz osiguranja. Sigurno je da će isplata troškova postupka, isplate zarada zaposlenih, isplate poreskih obaveza imati prednost u odnosu na navedena potraživanja. „Solventnost II“ određuje da sve države članice moraju da obezbede, prilikom sprovođenja postupka stečaja, da naknade iz osiguranja imaju prednost u isplati u odnosu na druga potraživanja, i to: s obzirom na sredstva koja predstavljaju tehničke rezerve osiguravajućeg društva, naknade iz osiguranja imaju apsolutnu prednost u odnosu na druga potraživanja od osiguravajućeg društva i obzirom na ukupnu imovinu osiguravajućeg društva, naknade iz osiguranja imaju prednost u odnosu na bilo koje potraživanje, ali uz izuzetke koji se odnose na potraživanja radnika osiguravajućeg društva koja proizlaze iz ugovora o radu, potraživanja poreskih organa, potraživanja vezana za socijalnu brigu i pomoć, potraživanja na osnovu stvarnog prava. Svaka država članica može odrediti da svi ili deo troškova ovog postupka imaju prednost u odnosu na isplatu naknade iz osiguranja. To se utvrđuje nacionalnim pravima tih država.³¹ S obzirom da „Solventnost II“ reuliše isplatne redove na opšti način,

²⁹ Čl. 13 ZSLBO.

³⁰ V. Čolović (2010a), 105.

³¹ Čl. 275 „Solvetnost II“.

postavljaju se dva pitanja. Prvo se odnosi na mogućnost oštećenja osiguranika ili oštećenika koji imaju svoja potraživanja po pojedinim vrstama osiguranja. Samim tim, što ova Direktiva nije jasno odvojila pojedine vrste osiguranja od drugih, postoji mogućnost drugačijeg regulisanja ova materije, pa i drugačijeg statusa potraživanja. To je veoma bitno kod prekograničnih stečajeva i poverilaca stranih državljana koji prijavljuju svoje potraživanje u zemlji pokretanja stečaja. Drugo se odnosi na činjenicu da „Solventnost II“ definiše da država članica može da odredi da pojedini troškovi ovog postupka imaju drugačiji status, kad je u pitanju isplata, govori o tome da se ova materija može drugačije regulisati po državama članicama, što nije sporno, ali je sporna činjenica da se ovde radi o opštim pravilima i o mogućem različitom statusu poverilaca, ako bi postojale razlike u regulisanju ove materije od strane država članica.

Bez obzira što se podrazumeva poštovanje opštih pravila u ovoj oblasti, mislimo da je „Solventnost II“ na jedan detaljniji, koliko to dozvoljava jedan ovakav akt, morala da odredi osnovna polazišta za definisanje potraživanja po vrstama osiguranja. Činjenica je da je „Solventnost II“ dala prednost isplatama naknade iz osiguranja obzirom na sredstva tehničke rezerve koje čine prenosne premije, rezervisane štete, matematičku rezervu, itd, iz čega se može zaključiti da osiguranici i oštećena lica imaju prenos u namirenju u odnosu na druge poverioce, ali mislimo da bi bilo efikasnije i da se napravila razlika po vrstama osiguranja.

U vezi sa isplatom potraživanja, po odredbama „Solventnosti II“, svaki osiguravač je dužan da vodi poseban registar imovine koji se koristi za pokriće tehničkih rezervi, a koja mora biti obračunata u skladu sa pravom odnosne države članice. Ako osiguravač obavlja delatnosti i životnog i neživotnog osiguranja, ono mora da vodi poseban registar za svaku vrstu osiguranja. Ukupna vrednost imovine osiguravajućeg društva ne sme biti manja od vrednosti tehničkih rezervi ni u jednom momentu. Ako postoji neko stvarno pravo na imovini, u vezi isplate potraživanja poveriocu ili trećem licu, ta činjenica mora biti upisana u poseban registar. Tada, taj deo imovine nije dostupan u svrhu pokrivanja obaveza osiguravajućeg društva. Nakon pokretanja stečajnog postupka, struktura imovine koja je upisana u poseban registar se ne sme menjati. Ali, toj imovini, upisanoj u poseban registar, moraju se dodati premije osiguranja koje su naplaćene od momenta pokretanja ovog postupka do momenta isplate naknada iz osiguranja ili do prenosa portfelja osiguranja na drugog osiguravača. Ako se dogodi da je iznos unovčene imovine niži od iznosa koji je zabeležen u posebnom registru, tada se mora izvršiti postupak nadzora od strane nadležnih organa država članica.³²

„Solventnost II“ posebno reguliše i status poverilaca po njihovom boravištu u državama članica, odnosno, u matičnoj državi članici. Naime, poverioci, u koje spadaju i državni i drugi javni organi, koji imaju uobičajeno

³² Čl. 276 „Solvetnost II“.

boravište, poresku rezidentnost, odnosno, sedište u državi članici, koja nije matična država članica, imaju pravo da prijave potraživanje, odnosno, da podnesu pisano obrazloženje potraživanja u postupku stečaja. Sva navedena potraživanja imaju isti tretman, odnosno, isti položaj u isplatnom redu, kao i potraživanja poverilaca koji imaju uobičajeno boravište, poresku rezidentnost, odnosno, sedište u matičnoj državi članici. To znači da su poverioci izjednačeni. „Solventnost II“ posebno reguliše da ne treba u prijavi potraživanja naznačiti da to potraživanje ima prednost u isplati, obzirom da se radi o naknadi iz osiguranja. Ono što predstavlja problem, odnosi se na drugačije regulisanje navedenog u propisima matične države članice. Ako je to slučaj, neće se primenjivati odredbe „Solventnosti II“.³³

*
* *

Iz navedenih odredaba „Solventnosti II“ koje se odnose na isplatne redove možemo zaključiti sledeće. „Solventnost II“ definiše zahtev iz osiguranja kao iznos koji predstavlja obavezu osiguravača prema osiguraniku, ugovaraču osiguranja, odnosno, bilo kom oštećenom licu koji ima neko pravo ili može polagati pravo prema osiguravaču, a koje proizlazi iz ugovora o osiguranju ili iz bilo kog odnosa vezanog za direktno osiguranje. Ova obaveza uključuje i iznos koji je izdvojen za ta lica, u slučaju kada neki elementi obaveze još nisu poznati. Obaveza uključuje i premije koje osiguravači duguju zbog otkazivanja ugovora o osiguranju ili činjenice da osiguravač taj ugovor nije zaključio, a u skladu sa pravom koje se na njih primenjuje pre otvaranja stečaja.³⁴ Države članice mogu u svojim zakonodavstvima odrediti da troškovi postupka imaju prednost, samo ako se time ne ugrožava isplata potraživanja po zahtevima iz osiguranja.³⁵ Zatim, „Solventnost II“ definiše da su države članice dužne da u svojim zakonodavstvima odrede ulogu stečajnog upravnika, zatim dejstva stečajnog postupka na tekuće ugovore o osiguranju, kao i da regulišu status potraživanja i troškova postupka. Isto tako, države članice moraju da odrede i potraživanja od strane državnih organa.³⁶

³³ Čl. 282 „Solventnost II“.

³⁴ J. Vukotić, „Reorganizacija i likvidacija društava za osiguranje shodno odredbama Direktive Solventnost II“, *Evropsko zakonodavstvo* 51/15, Beograd 2015, 165.

³⁵ J. Vukotić, 166.

³⁶ K. Noussia, P. Underwood, S. Frastanlis, „Restructuring, Winding-Up & Portfolio Transfer of Insurance Companies in Distress“, *The Governance of Insurance Undertakings*, 186, tekst dostupan na https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-85817-9_8, datum pristupa 11. 07. 2022.

5. Potreba za posebnim regulisanjem matematičke rezerve života

Prilikom uplata premija kod ugovora o osiguranju života, u prvim godinama osiguravaču ostaje višak koji on unosi u pasivu bilansa. Taj višak se zove matematička rezerva osiguranja života ili premijska rezerva.³⁷ Sve dok ne dođe do realizacije osiguranog slučaja, osiguravajuće društvo sredstva matematičke rezerve plasira u različite vrste finansijske aktive.³⁸ Zakonodavac bi morao da posebno obrati pažnju na ugovore o osiguranju života i na matematičku rezervu, odnosno na posebno postupanje sa tim sredstvima. Činjenica je da ZSLBO posebno pominje ova sredstva, ali smatramo da je ZOSH, u ovom delu, napravio korak napred. Naime, ovaj Zakon sadrži posebne odredbe, koje smo pomenuli, a koje se odnose na životna osiguranja, kao i na druge vrste osiguranja u kojima se primenjuju slične tablice verovatnosti i proračuna kao i za životna osiguranja. Poverioci koji imaju takva potraživanja, imaju pravo odvojenog namirenja iz imovine za pokriće matematičke rezerve, tj. iz sredstava prikupljenih unovčenjem imovine za pokriće matematičke rezerve. Imovina za pokriće matematičke rezerve ne ulazi u stečajnu masu i isključivo je namenjena namirenju navedenih poverilaca. Imovina za pokriće matematičke rezerve je imovina osiguravača koja je odvojena od ostale njegove imovine i koja je oblikovana u skladu sa odredbama ZOSH, koje se odnose na obavezu oblikovanja imovine za pokriće matematičke rezerve.³⁹

Navedeni poverioci imaju pravo na namirenje potraživanja iz imovine za pokriće matematičke rezerve na dan pokretanja stečajnog postupka protiv osiguravajućeg društva. Poverioci potraživanja iz ugovora o životnim osiguranjima i ostalih ugovora o osiguranju, kod kojih postoji obaveza osiguravajućeg društva da primenjuje pravila o životnim osiguranjima, imaju pravo da se iz imovine za pokriće matematičke rezerve, isplate pre ostalih potraživanja, u visini koja odgovara obaveznom pokriću u vezi sa osiguranjem iz kojeg proizlazi to potraživanje. Ako imovina za pokriće matematičke rezerve nije dovoljna za kompletnu isplatu navedenih potraživanja, tada se potraživanja isplaćuju u odnosu sa obaveznim pokrićem u vezi sa osiguranjem iz kojeg proističe potraživanje, kao što je odnos između celokupne vrednosti imovine za pokriće matematičke rezerve i obaveznog pokrića za sva osiguranja koja su zaključena od strane osiguravajućeg društva u vrsti osiguranja, a u vezi kojih je oblikovana imovina za pokriće matematičke rezerve.⁴⁰ Stečajni upravnik je dužan da kod organizacije, koja obavlja poslove platnog prometa, otvori i

³⁷ J. Labudović, „Ugovori o osiguranju života i njihov uticaj na politiku plasmana sredstava“, *Revija za pravo osiguranja* 4/2008, Beograd 2008, 42.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Čl. 290, st. 2 ZOSH.

⁴⁰ Čl. 290, st. 4 ZOSH.

poseban račun za imovinu za pokriće matematičke rezerve. Naravno, on je dužan da otvori i opšti račun za stečajnog dužnika, posle pokretanja stečajnog postupka.⁴¹

7. Zaključak

Regulisanje isplatnih redova u stečajnom postupku protiv osiguravajućih društava potrebno je urediti, pre svega, u skladu sa opštim pravilima koja se primenjuju kod pojedinih vrsta osiguranja. Činjenica je da u okviru jedne odredbe u zakonu ne možemo detaljno da izdvojimo pojedine vrste osiguranja i njihove specifičnosti, kako bi, u potpunosti, regulisali sva pravila vezana za prednost pojedinih potraživanja u odnosu na druga, kad govorimo o isplati. Ipak, moramo izdvojiti sledeće: 1. Matematička rezerva života se posebno reguliše. No, smatramo da bi trebalo posebno regulisati, ali u okviru odredbe koja reguliše isplatne redove, mogućnost isplate smanjenog iznosa, kao i prenosa portfelja koji bi morao biti garantovan od strane Narodne banke Srbije, kad je u pitanju izbor osiguravača na koje se prenosi portfelj; 2. Činjenica je da se posebno reguliše potraživanja po osiguranju od posledica nesrećnog slučaja, ali se postavlja pitanje isplate onog dela potraživanja na koja se primenjuju pravila o osiguranju imovine; 3. Iako postoje pojedine razlike u okviru vrsta osiguranja u sklopu osiguranja imovine, sigurno je da se ne može očekivati izdvajanje posebnih vrsta osiguranja koje imaju svoje specifičnosti, kao što su npr. osiguranja od odgovornosti lica koja obavljaju profesionalnu delatnost, osiguranja od autoodgovornosti, osiguranja ugovora o kreditu, itd.

Osnov problema regulisanja stečaja osiguravajućih društava se nalazi u činjenici načina regulisanja ove materije. ZSLBO reguliše i stečaj banaka, kao i stečaj lizing društava. Osim toga ovaj akt reguliše i likvidaciju sva tri subjekta. Samim tim, stečaj osiguravajućih društava se reguliše dosta površno u ZSLBO, sa dosta praznina, zbog čega se postavlja niz pitanja, ne samo vezana za isplatne redove. Ova oblast zaslužuje da bude regulisana posebnim zakonskim aktom, u okviru kojeg bi bila regulisana većina pitanja koja se tiču osiguravača. Sa deuge strane, ako bi se zakonodavac, ipak, odlučio da se stečaj osiguravača reguliše već postojećim odredbama, onda je adekvatnije da se one nalaze u „statusnom“ zakonu, odnosno u Zakonu o osiguranju (dalje: ZO). U svakom slučaju, po našem mišljenju, stečaj osiguravajućih društava bi morao da se reguliše odvojeno u odnosu na stečaj drugih subjekata koji obavljaju specifične delatnosti. Od načina regulisanja stečaja osiguravajućih društava zavisiće i način regulisanja isplatnih redova, odnosno, statusa potraživanja iz ugovora o osiguranju.

⁴¹ Čl. 292 ZOSH.

* * *

*PAYOUT RANKS IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS AGAINST
INSURANCE COMPANIES*

Summary

The regulation of payout ranks in bankruptcy proceedings against insurance companies requires the application of the general rules of the insurance, which refer, first of all, to distinguishing life insurance from other types of insurance, that is, to the fact of protecting the insured person in life insurance, bearing in mind the legal nature and purpose of this type of insurance. In the majority of legislations, the mentioned general rules that distinguish life insurance from other insurances are applied, but the question arises as to whether a distinction should have been made with other insurances in the priority of payment of claims, taking into account not only the protection of the insured, but also the protection of the insurance market. The paper pays attention to the legislation of the Republic of Serbia in this area, as well as the laws of individual countries in the region. Likewise, the author pays attention to the analysis of the provisions of the Directive “Solvency II” that regulate this matter. Finally, the author defines proposals for the future regulation of the status of creditors’ claims in the mentioned procedure.

Keywords: bankruptcy, insurance companies, payout ranks, life insurance, mathematical life reserve.

Dr Valentina Ranaldi*
Dr Jelena Kostić**

**FINANCIAL STABILITY AND INSURANCE COMPANIES IN
THE CONTEXT OF PROPOSED AMENDMENTS OF THE
DIRECTIVE 2009/138/EC¹**

Summary

Insurance companies contribute to financial stability by stabilizing financial markets. In this context, it's important to ensure the financial stability of the insurance companies themselves. After the pandemic caused by the COVID-19 virus, the consequences in the field of business operations are felt both at the national level and at the level of the European Union. That is why it was necessary to improve the management mechanism in crisis situations when economic problems appear that can represent a risk for the stability of financial operations. This should improve the protection of insurers, as well as the position of consumers who buy insurance products in other member states. Following the pandemic caused by the COVID-19 virus, the European Commission proposed an amendment to Directive 2009/138/EC (Solvency II Directive). In this paper, we will first analyze the opinion from the Annual Report of the National Bank of Serbia on the stability of the financial system in 2021 at the level of the Republic of Serbia, and then at the opinion of the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) in connection with the revision of the Solvency II Directive. In the last part of the paper, we point out the importance of the solutions contained in the proposed amendments to the aforementioned Directive, which after adoption and entry into force, must be implemented not only in the national legislation of the EU member states, but also in the legislation of countries that have the status of candidates for membership in the Union, such as the Republic of Serbia.

Keywords: *financial stability, insurance companies, amendments to Directive 2009/138/EC.*

* Research Fellow in European Union Law, „Niccolo Cusano“ University, Faculty of Law, Rome, Italy, e-mail: valentina.ranaldi@unicusano.it

** Senior Research Fellow, Insitute of Comparative Law, Belgrade, e-mail: j.kostic@iup.rs

¹ Paragraph 1, 2 and 6 are by Dr Jelena Kostić; paragraph 4 and 5 are by Dr Valentina Ranaldi.

1. Introduction

Insurance companies play an important role in stabilizing financial markets. This is realized through the investment activities of insurance companies, which not only increase liquidity and bring profit, but also improve the safety of policyholders and increase shareholder returns on invested capital.²

One of the main business objectives of insurance companies is to provide high profits in order to attract clients. In this way, market participation in the financial system is enabled at the same time. However, it is also necessary that the obligations of the insurance companies towards the policyholders are fulfilled at the time they are due. In order to establish a balance between due obligations from insurance and placement on the financial market, the management structure of insurance companies takes care of establishing harmony between investments and obligations.³

Investment activity, in addition to the basic activity of insurance, is the second most important source of income for insurers. However, research shows that the insurance sectors of the Western Balkans are very weak in investment activity.⁴ This activity is useful in many ways. It increases liquidity and brings profit, but also improves the safety of policyholders and increases shareholder returns on invested capital. Given that the investment of insurance companies is reflected in their profitability and liquidity, it is directly reflected in the interest of potential policyholders in concluding a contract with a certain insurance company.⁵ However, some extraordinary circumstances can increase the losses of insurance companies. It is, for example, was the case in the United States after the great hurricanes and earthquakes of 1992 and 1994. Therefore, each insurer needs to balance capital and insured market risks, regulatory and own solvency risks before accepting the risk that comes with investing in the capital market.⁶

Bearing in mind the concept of a single market for both capital and insurance at the level of the European Union, Directive 2009/138/EC was

² B. Marović, V. Njegomir, Sarajevo 2015, „Osiguravajuća društva u ulozi investicionih investitora“, SORS, 26. *Susret osiguravča i reosiguravača*, Sarajevo, 23; J. Kostić, „Investiranje društava za osiguranje na tržištu kapitala Republike Srbije“, *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje*, Zbornik radova sa XXI međunarodnog naučnog skupa, Beograd-Valjevo (ur. Z. Petrović and V. Čolović), Institut za uporedno pravo, Udruženje za odštetno pravo, 464.

³ M. Jakšić, V. Todorović „Investiciona aktivnost i finansijska stabilnost u zemljama zapadnog Balkana“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2018, 45.

⁴ *Ibid.*, 48.

⁵ B. Marović, V. Njegomir, 23.

⁶ J. De Mey (2007) „Insurance and the Capital markets“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance-Issues and Practice*, 1/2007, 35-41.

adopted.⁷ The goal of its adoption was to establish a higher level of protection for policyholders and enable a more stable insurance sector at the level of EU member states, as well as more complete harmonization of regulations in order to ensure a high level of conformity of the insurance market at the level of the European Union. The directive established the minimum rate of adequacy and solvency for insurance companies.⁸

In the previous two years, the consequences of the pandemic caused by the COVID-19 virus had a negative impact on the financial markets. That is why it was necessary to analyze and take seriously the risks for the stability of financial operations. One of the perceived risks also stemmed from low interest rates, and because of this, at the level of insurance companies, there was a need to improve supervision and measures for managing crisis situations while simultaneously taking into account the effective protection of insurers. Bearing in mind that it was necessary to protect consumers who buy insurance products in other member states, the European Commission realized the need to improve the regulatory framework in the field of insurance. European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) played a major role in providing guidelines before the amendments to the provisions of the Solvency II Directive. They are contained in her opinion from 2020. However, the National Bank of Serbia also identified the same risks that were identified at the level of the European Union. In the first part of the paper, we will point out the level of financial stability of insurance companies in the Republic of Serbia, in the next part we will analyze the opinion of EIOPA on the revision of the Solvency II Directive, and in the third part, the reasons and solutions contained in the proposed amendments to the said Directive, which would, after their adoption and entry into force, should be implemented into the national legislation of both the member states of the European Union and the countries aspiring to join the EU, among which is the Republic of Serbia.

2. Financial stability of insurance companies in the Republic of Serbia according to the Annual Report of the National Bank of Serbia

During 2020, there was great uncertainty regarding the impact of the course of the pandemic and the emergence of new strains of the virus on economic development, so the role of insurance in protecting citizens became

⁷ The Solvency II Directive (Directive 2009/138/EC) amended by Directive 2014/51/EU of the European Union and Parliament and of the Council of 16 April 2014 (Omnibus II Directive).

⁸ B. Kordanuli, *Značaj regulatornog okvira Solventnost II na poslovanje društava za osiguranje u Republici Srbiji*, doktorska disertacija, Beograd 2017, Univerzitet Singidunum, 67, 1.8.2022.

more and more important. During that period, various measures were taken at the national level in order to eliminate and prevent negative consequences in order to protect the rights and obligations of users of insurance services and ensure the smooth performance of the supervisory function of the insurance sector in the Republic of Serbia. In the Annual Report of the National Bank of Serbia on the stability of the financial system, risks to financial stability were identified, measures were proposed for their prevention and reduction, which should have a positive impact on economic growth.⁹ Some of the external risks that can have a negative impact on financial stability are: uncertainty regarding the dynamics of the recovery of the world economy from the crisis caused by the corona virus pandemic and the consequences of the conflict in Ukraine, the availability of energy and primary products, the emergence of inflationary pressures at the global level, as well as growth interest rates and uncertainty on the international financial market. The consequence of this can be increased risk aversion of investors and lower inflow of capital towards developing countries. In addition, climate change and an increase in cyber incidents can represent additional risks.¹⁰

According to data from the Annual Report of the National Bank of Serbia for 2021, despite the identified risks, the insurance sector continued to record positive results and can be considered profitable with the growth of the total premium. In addition, the balance sheet of (re)insurance companies also increased, with an unchanged share of that sector in the balance sheet of the financial sector compared to the previous year. It was noted that non-life insurance still had a dominant share in the total premium. Regardless of the crisis that is noticeable due to the pandemic caused by the COVID-19 virus, according to the assessment of the National Bank of Serbia, the liquidity and solvency of the insurance sector in the Republic of Serbia was preserved during 2021 and its stable development was enabled.¹¹

However, if the level of development of the insurance sector in the surrounding and EU countries is taken into account, it can be concluded that the insurance market in Serbia is at a lower level of development compared to those countries. Therefore, it is necessary to continue working on its development and improvement. However, in the previous period, the insurance sector was adequately capitalized in relation to the risks it was exposed to, and based on

⁹ Annual report on the stability of the financial system for 2021, National Bank of Serbia, https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/publikacije/fs/finansijska_stabilnost_21.pdf accessed 1.8.2022.

¹⁰ See: Annual report on the stability of the financial system for 2021, National Bank of Serbia, https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/publikacije/fs/finansijska_stabilnost_21.pdf accessed 1.8.2022.

¹¹ *Ibid.*, 71.

the available data, it can be estimated that capital adequacy was at a high level in 2021. In order to enable the protection of the interests of the insured and third parties injured, as well as to enable the timely payment of claims, the insurance company is obliged to form an adequate level of technical reserves and to use them in such a way as to ensure the preservation and increase of their real value. In this way, it is possible to settle the assumed obligations from the insurance as a whole and within the stipulated period. In order to be able to realize these obligations, the insurance company must invest taking into account the risks with the application of the investment policy adopted at the internal level.¹²

In May 2021, the National Bank of Serbia adopted amendments to the Strategy for the Implementation of the Solvency II Directive in the Republic of Serbia.¹³ However, as the proposal for its change was made by the European Commission, it will certainly adapt to the new circumstances.¹⁴

3. The state of the European insurance sector according to the EIOPA Financial stability report for the first quarter of 2022

Regardless of the risks to the financial stability of the insurance sector, according to the EIOPA Report for the first quarter of 2022, the European insurance sector operated in good financial conditions and with solid capital reserves. This was preceded by an increase in gross premiums for both life and non-life insurance during the previous year. According to the EIOPA report, the good performance of financial markets and high yields contributed to this, and during the period covered by the report, they returned to the levels before the pandemic caused by the COVID-19 virus. Bearing in mind the closure measures and travel restrictions, premiums for transport lines such as motor vehicle liability have been reduced during 2021. At the beginning of 2022, it was noted that capital reserves were at a solid aggregate level, while a slight decline was recorded for insurance companies whose main activity is non-life insurance.¹⁵

However, despite the solid results achieved in the European insurance sector until the end of the first quarter of 2022, high inflation and geopolitical tensions could potentially worsen the profitability of insurers. Inflation can increase claims that are paid in inter-life business lines, especially those with a relatively longer duration. Geopolitical tensions, as well as a sharp rise in prices, can cause a decline in economic growth, which can have a negative impact on

¹² *Ibid.*, 72.

¹³ Text is available at: https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/osiguranje/strategija_solventnost_II.pdf accessed 1.8.2022.

¹⁴ Annual report on the stability of the financial system for 2021, 75.

¹⁵ Financial Stability Report, June 2022, European Insurance and Occupational Pensions Authority, 5 and 6.

economic growth, and therefore on the insurance sector, through a reduction in paid premiums and new business.¹⁶ According to the conclusions contained in the report, the current crisis is expected to slow down the economy, and large European economies could enter recession. Due to the geopolitical situation, the outlook on the financial market is uncertain, although the investment profitability of insurers during 2021 was satisfactory. In conclusion to the first quarter of 2022, the European insurance sector had solid capital reserves, and an improvement was recorded in life and composite insurers, while a slight pd was recorded in non-life insurance. Taking into account the long maturity of life insurers' liabilities, the value of technical reserves decreased relatively more than the value of assets, which had a positive impact on net capital.¹⁷

In addition, there are expectations that the effects of climate change, increasing cyber risks and the pandemic caused by the COVID-19 virus will continue to remain a key source of risk and uncertainty for the insurance sector. This may have a negative impact on the macro and market environment. The problem is also the fact that the prices of bonds and shares are decreasing due to the current crisis, and there is also the risk of a sudden correction, which can have a negative impact on the investment activity of insurance companies.¹⁸

In order to obtain specific data relevant to the assessment of key risks and vulnerabilities of the insurance sector, EIOPA conducted a survey among national competent authorities in March 2022. The responses showed that market and macro risks are still considered key for the insurance sector. Due to the conflict between Russia and Ukraine, increased financial vulnerability and significantly reduced economic growth have been observed. In the field of macroeconomics, reduced purchasing power of consumers is observed. The capacity of the public sector to support the economy has been reduced due to increased indebtedness after the pandemic. National authorities are also noticing a decrease in the share market. Digitization and cyber risks have been identified as risks, which are increasingly present due to online work at home during the pandemic.¹⁹

It is precisely the increasing number of risks and uncertainty in the sector of the economy to which the insurance sector also belongs, that caused consideration of the amendment of the Solvency II Directive. Its changes were proposed in 2021, and the proposal of the European Commission was preceded by the EIOPA's opinion on the revision of the Solvency II Directive.

¹⁶ *Ibid.*, 38.

¹⁷ Financial Stability Report, 39.

¹⁸ *Ibid.*, 42.

¹⁹ *Ibid.*, 62 and 63.

4. EIOPA Opinion on the review of Directive Solvency II

According to the opinion of the European Insurance and Occupational Pensions Authority, since the adoption of the Solvency II Directive, its implementation in practice has been very successful. This is particularly true of the principle based on risk assessment and mitigation. That is why the dominant view is that thanks to the application of its provisions, the capital industry has better aligned capital with risks, and insurers at the European level have harmonized the way of supervisory reporting. However, new changes in the economy, caused by various factors, contributed to the consideration of the possibility of amending the Solvency II Directive. Therefore, the European Commission requested the opinion of the EIOPA on the revision of the Solvency II Directive. That opinion was published in December 2021.²⁰

In the EIOPA's opinion, recommendations were given in which the Directive should be amended first. The proposals appear to address all three pillars of the Solvency II Directive. When it comes to the pillar related to supervision, according to the opinion of the European Insurance and Occupational Pensions Authority, the Directive should be amended so that insurance and reinsurance companies inform the supervisory authority immediately, and not only within the framework of a quarterly report every time it is observed that does not comply with the minimum capital requirement, even when the exact level of compliance has not yet been determined. However, this type of reporting and supervision requires additional guidelines, which will be developed by the EIOPA after the adoption of the amendments to the Solvency II Directive. Those guidelines should enable the smooth exchange of information at an early stage in order to ensure the possibility of preventive and timely response.²¹ In addition, additional guidelines will define the activities of supervisory authorities in such situations.²²

In its opinion on the need to revise the Solvency II Directive, EIOPA also proposes changes to the treatment of interest rate risk in order to ensure that companies have sufficient capital for that risk. A change to the interest rate curve used by insurers to assess liabilities has been recommended. In this way, obligations will be made more realistic and incentives for risk management will be improved.²³ However, it should be borne in mind that the EIOPA recommendations contained in the opinion from 2021 do not refer exclusively to the current situation, but that their implementation is expected in the next ten years, so it is possible that the conditions for the implementation of some

²⁰ Opinion on the 2020 Review of Solvency II, EIOPA, European Insurance and Occupational Pensions Authority, 3.

²¹ *Ibid.*, 38.

²² *Ibid.*, 39.

²³ *Ibid.*, 4.

recommendations will be realized only in the future period.²⁴

When it comes to investment policy, according to EIOPA, it is necessary to present a more favorable, but also more cautious treatment towards long-term and illiquid obligations of insurers compared to those of shorter duration, while respecting the degree of predictability and stability of such obligations.²⁵ In addition, EIOPA also made suggestions regarding cross-border business. In this regard, it is necessary to ensure efficient exchange of information between supervisors during the process of authorizing insurers, as well as during material changes in cross-border activities. It was therefore recommended that EIOPA's role be enhanced in cooperation platforms that support the supervision of cross-border business when supervisors fail to reach a common position. In this sense, the importance of timely exchange of information was particularly emphasized.²⁶

With regard to the part related to supervision, it is proposed to grant supervisory authorities the capacity to require capital allowance for systemic risk, as well as to impose additional measures to strengthen the financial stability of insurers, such as limiting or suspending the payment of dividends or other payments to shareholders, expanding the assessment of own risk and solvency, as well as the development of prevention plans (recovery and resolution plans, as well as systemic risk and liquidity risk management plans) in order to assign the supervisory body additional activities related to liquidity risk mitigation in case of identified vulnerabilities.²⁷

As can be concluded, the opinion of the European Insurance and Occupational Pensions Authority on the need to revise the Solvency II Directive contains not only recommendations for amending the aforementioned Directive, but also suggestions on how additional acts or guidelines need to be adopted in order for the proposed solutions to be applicable in practice. In accordance with the position of the European Commission, the recommendations do not affect the change of the basic principles contained in the Directive, but only the improvement of existing solutions, with the aim of adapting the insurance sector to existing and potential risks and uncertainties that may negatively affect economic growth. This is precisely why some of the recommendations of the European Insurance and Occupational Pensions Authority are also applicable in the long term.

In order to adequately respond to new financial challenges, insurers should be encouraged to invest more in long-term economic capital. The

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Opinion on the 2020 Review of Solvency II, 5.

²⁶ *Ibid.*, 11.

²⁷ *Ibid.*

release of capital should help insurance companies and reinsurers to increase their contribution as private investors in order to recover the economy from the pandemic caused by the COVID-19 virus. That is why the position is taken that it is cheaper to invest in equity when prices on the stock market are falling.

Based on the recommendations, the European Commission proposed changes to the Solvency II Directive in 2021.

5. Proposal for amending the Directive Solvency II

The European Commission has identified several goals that need to be implemented in order to mitigate the negative consequences for the insurance sector, which were caused by the COVID-19 pandemic. They are reflected in providing incentives for insurers to contribute to the long-term sustainable financing of the economy, alleviating uncertainty regarding the insurer's solvency, improving quality and coordinating supervision at the European Union level, as well as improving the protection of policyholders and users, including situations when the insurer fails.²⁸

The proposed amendments to the Directive should influence the increase of investments, improve the position of the insured, enable more adequate insight into the operations of insurers, as well as better supervision of the operations of insurance companies. Such proposals are contained in the opinion of the European Insurance and Occupational Pensions Authority on the revision of the Solvency II Directive.²⁹

The amendment proposed to change Article 25 of the Existing Directive, so that EIOPA is notified of any refusal of approval, with the reasons, and recorded in the database, which is available to the competent authorities.

In order to better inform interested parties about solvency and financial condition, it is proposed to amend Articles 51 and 256 of the Directive in order to change the structure of the report on solvency and financial condition according to companies and groups, dividing its content into a part intended for insured persons and a part that is intended for other interested parties. The goal of this is to achieve a sufficient level of information for interested parties

²⁸ See: Reviewing EU Insurance Rules: Encouraging Insurers to invest in Europe's future, European Commission, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_4783 access 1.8.2022.

²⁹ *Ibid.* The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2009/138/EC as regards proportionality, quality of supervision, reporting, long-term guarantee measures, macro-prudential tools, sustainability risks, group and cross-border supervision, COM/2021/581 final is available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0581> accessed 1.8.2022.

without confusing them with unnecessary information.

In addition, it was proposed that supervisory bodies at the national level should submit statistics on the use of proportionality and simplification measures at the national level to the European Insurance and Occupational Pensions Authority. An amendment to Article 112 of the Solvency II Directive was also proposed, according to which it is necessary that companies using the internal model regularly report to the supervisor on the assessment of the required solvency capital, calculated according to the standard formula. The proposal for amendments to the Directive also proposed the amendment of Article 77a. According to that proposal, extrapolation is required to be taken into account, if information is available from the financial markets for maturities where the term structure is extrapolated. According to the proposed changes, in case of declaring an extremely unfavorable situation, EIOPA will no longer consult national supervisory authorities, but the European Systemic Risk Board.³⁰ Taking into account the new challenges and risks for the economy, according to the proposed solution, macroeconomic considerations and analysis should be taken into account when assessing the insurer's own risk and solvency. This involves assessing the impact of macroeconomic and financial developments in the market, including adverse economic scenarios on the insurer's specific risk profile, business decisions and solvency needs. In addition, it is necessary to assess the impact of the insurer's activities on the financial market. According to the proposed amendment of Article 132, it is necessary for the insurer to include probable (potential) movements in the macroeconomic and financial markets in its investment strategy, as well as an assessment of the extent to which their investments can increase systemic risk.

The proposed new articles 144a to 144d introduce new conditions for liquidity management and planning in order to ensure the ability to meet financial obligations to policyholders. Therefore, insurers would have to develop liquidity risk indicators to monitor these risks. According to that proposal, supervisory authorities have the possibility to intervene in situations where insurers do not solve liquidity problems adequately. As a last resort, supervisory authorities would have the option to impose a temporary block on the purchase of life insurance policies on individual companies or the entire market. The goal of establishing new powers in the field of supervision is to preserve the solvent position of certain companies in situations of unfavorable economic or market events, which may have a negative impact on a large part or even the entire insurance market. According to the new proposal, and based on risk assessment criteria and special safeguards, distributions to shareholders and other subordinated lenders of a given company may be suspended or limited

³⁰ More information about European Systemic Risk Board is available at: <https://www.esrb.europa.eu/home/html/index.en.html> accessed 1.8.2022.

before the actual violation of solvency requirements. Amendments to Articles 149 and 152 mandate that insurance companies notify supervisory authorities of material changes and risks that arise in connection with ongoing cross-border insurance activities. According to the proposed solution, supervisory authorities should exchange such information. In addition, insurance companies will have obligation to inform supervisory authorities about material changes and risks that arise in connection with ongoing cross-border insurance activities.

Bearing in mind the proposed changes, it can be concluded that they proposed preventive measures and activities in order to ensure the solvency of insurance companies during the crisis period, and therefore the financial stability of the market.

6. Conclusion

In the last two years, the consequences of the pandemic caused by the COVID-19 virus, as well as the current geopolitical situation, caused a crisis and uncertainties in the macroeconomic market. However, despite this, according to the EIOPA report on the financial stability of the insurance market in the previous period, no major disturbances were observed on the said market. It is similar when it comes to the insurance market at the level of the Republic of Serbia, which according to the level of development lags behind the markets at the level of the European Union. However, in the previous period, it was necessary to assess potential risks and uncertainties that may negatively affect the functioning of the insurance market. Bearing in mind the possibility of their unfavorable action, it was necessary to advance measures of preventive action in order to ensure the solvency and liquidity of insurance companies, and through their activity and the stability of the financial market. The investment activity of insurance companies stands out as a very important activity, and the aforementioned role is emphasized both in the reports and in the opinions of the European Insurance and Occupational Pensions Authority.

Bearing in mind the possibility of negative effects of potential risks and uncertainties for the insurance sector, the European Commission first requested the opinion of EIOPA on the need to revise the Solvency II Directive. The opinion of the said body contributed to the definition of the proposed amendment to the said Directive. That proposal did not change the basic principles contained in it, but only improved mechanisms for responding to crisis situations, as well as increased responsibility of insurance companies in terms of their own solvency and adaptation to emerging crisis situations.

After the adoption of the Directive, its implementation will be mandatory both in member states and in states aspiring to EU membership, among which is the Republic of Serbia. The implementation of the Directive will subsequently be facilitated by guidelines to be issued by EIOPA. In the meantime, it is necessary

for insurance companies to approach risk assessment more carefully and to take into account the macroeconomic situation, market conditions, as well as their own influence in the process of financial stabilization of the market and economy during their assessment. National supervisory authorities should continue to use existing mechanisms to influence the effective removal of the consequences of financial instability and violations of regulatory requirements.

* * *

***FINANSIJSKA STABILNOST I DRUŠTVA ZA OSIGURANJE U
KONTEKSTU PREDLOŽENIH IZMENA DIREKTIVE 2009/138/EC***

Apstrakt

Društva za osiguranje doprinose finansijskoj stabilnosti kroz stabilizaciju finansijskih tržišta. U tom kontekstu značajno je obezbediti i finansijsku stabilnost samih društava za osiguranje. Nakon pandemije izazvane virusom kovida 19 posledice u oblasti privrednog poslovanja se osećaju kako na nacionalnom nivou, tako i na nivou Eropske unije. Zbog toga je bilo neophodno unaprediti mehanizam upravljanja u kriznim situacijama kada se pojave ekonomski problemi koji mogu da predstavljaju rizik za stabilnost finansijskog poslovanja. To treba da unapredi i zaštitu osiguravača, kao i položaj potrošača koji kupuju proizvode osiguranja u drugim državama članicama. Nakon pandemije izazvane virusom kovida 19, Evropska komisija predložila je izmenu Direktive 2009/138/EC (Direktiva Solventnost II). U ovom radu osvrnućemo se najpre na Godišnji izveštaj Narodne banke Srbije o stabilnosti finansijskog sistema u 2021. godini na nivou Republike Srbije, a zatim na mišljene Evropske agencije za osiguranje i penzije (EIOPA) u vezi sa revizijom Direktive Solventnost II. U poslednjem delu rada ukazujemo na značaj rešenja sadržanih u predlogu izmena navedene Direktive, a koje je nakon usvajanja i stupanja na snagu neophodno implementirati ne samo u nacionalna zakonodavstva zemalja članica Evropske unije, već i u zakonodavstvo zemalja koje imaju status kandidata za članstvo u Uniji, a među kojima je i Republika Srbija.

Ključne reči: finansijska stabilnost, društva za osiguranje, izmene Direktive 2009/138/EC.

Prof. dr Vladimir Njegomir*

UTICAJ INSTITUCIONALNOG INVESTIRANJA OSIGURAVAČA NA EKONOMSKI RAST U USLOVIMA EKONOMSKIH TURBULENCIJA

Apstrakt

Upravljanje rizikom njegovom atomizacijom i posredna ekonomska zaštita osiguranika ključne su uloga osiguravajućih društava. Međutim, osiguravajuća društva obavljaju i druge funkcije među kojima je, sa aspekta ostvarenja profitabilnosti ali i solventnosti poslovanja, izuzetno značajna funkcija akumulacije i institucionalnog investiranja sredstava na finansijskim tržištima. Cilj rada jeste da prikazemo ulogu osiguravajućih društava u finansijskom sistemu, analiziramo regulaciju institucionalnog investiranja osiguravajućih društava kako bi ukazali na značaj institucionalnog investiranja za ekonomski rast, i uticaj promena kamatnih stopa u post covid 19 periodu na investicije osiguravača. Ključni zaključak jeste da institucionalno investiranje akumuliranih sredstava osiguravajućih društava ima značajan uticaj na ekonomiju putem povećanja obima kapitala i sniženje cene kapitala kao i da će očekivani rast kamatnih stopa imati kratkoročno negativne a dugoročno pozitivne efekte na poslovanje osiguravajućih društava a time i na ekonomski rast.

Ključne reči: investicije, institucionalno investiranje, ekonomski rast, rizik, ekonomske turbulencije.

1. Uvod

Ideja organizovane zaštite od opasnosti koje su ugrožavale čovekov život i imovinu, primenom načela uzajamnosti i solidarnosti, na čemu se zasniva moderno osiguranje, nastaje još u prvobitnoj ljudskoj zajednici. Osnovni cilj savremenog osiguranja je da se udruživanjem rizik minimizira i da se obezbedi zaštita od finansijskih posledica ostvarenja rizika. Iz navedenog cilja proizilazi ključni značaj osiguranja. Takođe, osiguranje potpomaže svetsku razmenu i trgovinu, omogućava razvoj preduzetništva, čineći preduzetničke aktivnosti

* Redovni profesor, Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad, e-mail: vnjegomir@gmail.com

stabilnijim i izvesnijim. Takođe, vršeci osnovnu ulogu zaštite od rizika, osiguranje doprinosi i kreiranju vrednosti u ekonomiji, s obzirom da bi bez osiguranja ili podele rizika izostale aktivnosti kreiranja vrednosti u ekonomiji, imajući u vidu da bez osiguranja privredni subjekti ne bi u potpunosti iskoristili poslovne mogućnosti, zbog činjenice izlaganja sopstvenih finansijskih sredstava riziku.¹

Rastuća institucionalizacija finansijske štednje, sa rastućim značajem uloge penzijskih i investicionih fondova i osiguravajućih društava, predstavlja najvažniju promenu na finansijskim tržištima u novije vreme. Osiguravajuća društva se, posebno od sredine dvedesetog veka, sve više pojavljuju na finansijskom tržištu kao mobilizatori finansijske štednje u ulozi institucionalnih investitora. Osiguravajuća i reosiguravajuća društva predstavljaju bitan element strukture finansijskog sistema svake nacionalne ali i globalne ekonomije današnjice (Njegomir 2010a).² Step en institucionalizacije finansijske štednje i uloge osiguravajućih društava varira od zemlje do zemlje. On je posebno izražen kod razvijenih zemalja kao što su SAD, Velika Britanija, Nemačka i Japan, gde sektor osiguranja mobilise ogromna sredstva i ima značajnu ulogu na finansijskim tržištima.

Zahvaljujući vremenskoj razlici između naplate premije i isplate šteta, osiguravajuća društva imaju značajnu poziciju u finansijskom sistemu kao institucionalni investitori. Funkcija prikupljanja novčanih sredstava u formi rezervi osiguravajućih društava, ili kako se još u literaturi naziva ova funkcija, finansijsko-akumulatorska funkcija (Kočović & Šulejić 2002, p. 36)³ ili kao izvor investicionih fondova (Rejda 2005, p. 30)⁴, predstavlja najvažniju sekundarnu funkciju osiguranja.

Cilj osiguravajućih društava kao institucionalnih investitora, pored funkcija za osiguravače, je da obezbede dodatnu likvidnost na finansijskom tržištu, maksimiziraju profit uz prihvatljiv nivo investicionog rizika i prikupljeni kapital od uplata premija osiguranja stave u funkciju privrednog rasta i razvoja.

2. Osiguravajuća društva u ulozi institucionalnih investitora

Za razumevanje strukture i funkcionisanja finansijskog mehanizma potrebno je razumevanje sektorskog rasporeda novčane akumulacije i finansijske štednje. Novčana akumulacija sa makro stanovišta predstavlja razliku između realizovanih novčanih prihoda i izdataka za potrošnju dok sa mikro stanovišta

¹ ABI, The Economic Value of General Insurance, Association of British Insurers, London, 2005.

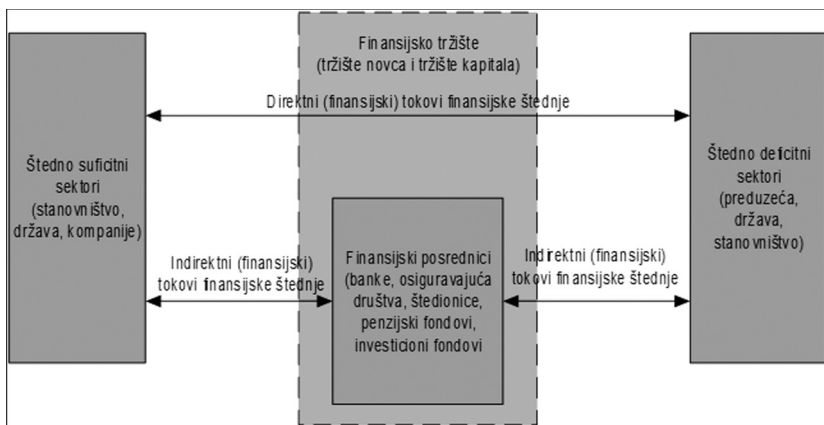
² V. Njegomir, „Osiguravajuća društva kao institucionalni investitori“, *Računovodstvo* 54 (5-6), 2010, 50-68.

³ J. Kočović, P. Šulejić, *Osiguranje*, Ekonomski fakultet, Beograd 2002.

⁴ G.E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*. Pearson Education, Inc., New York 2005.

predstavlja razliku između primitaka za robu i usluge i izdataka za rashode poslovanja, poreze i sl. Finansijska štednja predstavlja razliku između novčane akumulacije i izdataka za investicije u osnovna i obrtna sredstva te u zavisnosti od ovih odnosa može se govoriti o višku odnosno manjku finansijske štednje. Ako se ukupna ekonomija posmatra sa stanovišta podele na finansijski i nefinansijski sektor, treba imati u vidu da su sklonosti ka investiranju različite. Asimetrija koja se javlja između pojedinih sektora sa manjkom, odnosno viškom finansijske štednje prevazilazi se direktnim finansijskim odnosima ili posrednim finansijskim odnosima putem finansijskog tržišta kako je to praksa razvijenih zemalja tržišne privrede. Osiguravači kao institucionalni investitori imaju ulogu posrednika između sektora sa manjom i sektora sa viškom finansijske štednje. Ovaj transfer štednje od štedno pozitivnih ka štedno deficitnim subjektima i pozicija osiguravajućih društava u finansijskom sistemu prikazan je grafikonom 1.

Grafikon 1: Struktura finansijskog sistema i pozicija osiguravajućih društava



Izvor: modifikacija na osnovu B.T. Lloyd, *Money, Banking and Financial Markets*, McGraw-Hill, Boston 1997.

Grafikon jasno ukazuje na poziciju osiguravajućih društava kao finansijskih posrednika između štedno suficitnih i štedno deficitnih sektora. Osiguravajuća društva na finansijskom tržištu predstavljaju finansijske intermedijare koji su značajni u indirektnim finansijskim tokovima. Oni značajno obogaćuju i unapređuju ovu vezu između štedno suficitnih i štedno deficitnih sektora, plasirajući viškove štednje na najefikasniji način, odnosno najboljim projektima, menadžerima i kompanijama. Smatra se da je upravo ovo unapređenje ekonomske efikasnosti plasmana viškova štednje, odnosno

akumuliranih malih iznosa pojedinačnih osiguranika i njihov plasman putem investicionih aktivnosti osiguravajućih društava, i ključni razlog postojanja privatnih osiguravajućih društava.

3. Regulacija osiguravajućih društava kao institucionalnih investitora

Posmatrano sa finansijskog aspekta, osiguranje je značajno zbog formiranja rezervi putem kojih prikupljena novčana sredstva brojnih sitnih premijskih uplata dobijaju vid krupnih novčanih sredstava. Rezerve predstavljaju posebna novčana sredstva osiguravajućih društava koja su ustanovljena zbog posebnosti zadataka i načina rada delatnosti osiguranja (Marović 2001).⁵ U obavljanju poslova osiguranja javlja se specifičnost da se premije plaćaju unapred ali period osiguravajuće zaštite se proteže u budućnost, te iz tog razloga osiguravajuća društva moraju imati određene rezerve kako bi se obezbedilo da premije unapred sakupljene budu na raspolaganju za isplatu budućih šteta.

Rezerve se dele na tehničke rezerve i garantnu rezervu. Prema Zakonu o osiguranju⁶ u Srbiji su društva za osiguranje dužna da, na kraju obračunskog perioda, obrazuju, odnosno obračunaju tehničke rezerve koje će biti dovoljne za pokriće svih obaveza iz ugovora o osiguranju, na način i u rokovima utvrđenim samim zakonom. Tehničke rezerve se iskazuju po vrstama osiguranja, odvojeno za životna i odvojeno za neživotna osiguranja, i to po srodnim rizicima u okviru jedne vrste osiguranja, odnosno po jednoj vrsti osiguranja.

Zakonom o osiguranju godine je uređeno da Narodna banka Srbije kontroliše oblike i visinu plasmana novčanih sredstava tehničkih rezervi. Prema Zakonu o osiguranju i Odluci o investiranju sredstava osiguranja Narodne banke Srbije⁷ godine sredstva tehničkih rezervi mogu se deponovati i ulagati u:

1. hartije od vrednosti i instrumenti tržišta novca koje su izdali Republika, države članice Evropske unije ili Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj, centralne banke država članica Evropske unije ili država članica navedene organizacije, odnosno za koje garantuje neki od navedenih subjekata – bez ograničenja;
2. hartije od vrednosti koje izdaju međunarodne finansijske organizacije čiji je Republika član – bez ograničenja;
3. dužničke hartije od vrednosti koje izdaju autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, kao i dužničke hartije od vrednosti za koje garantuje neki od navedenih subjekata - u visini do 35% sredstava

⁵ B. Marović, *Osiguranje i špedicija*, Stylos, Novi Sad 2001.

⁶ Zakon o osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br. 139/2014 i 44/2021.

⁷ Odluka o investiranju sredstava rezervi osiguranja, *Službeni glasnik RS*, br. 55 od 25. juna 2015, 111 od 11. decembra 2017, 149 od 11. decembra 2020.

- tehničkih rezervi, a u hartije od vrednosti istog emitenta - u visini do 10% sredstava tehničkih rezervi;
4. dužničke hartije od vrednosti kojima se trguje na tržištu hartija od vrednosti u skladu sa zakonom - čiji je izdavalac pravno lice sa sedištem u Republici Srbiji - u visini do 35% sredstava tehničkih rezervi, a u hartije od vrednosti istog emitenta - u visini do 5% sredstava tehničkih rezervi;
 5. dužničke hartije od vrednosti kojima se ne trguje na tržištu hartija od vrednosti ako je njihov izdavalac pravno lice koje ima sedište u Republici - u visini do 3% sredstava tehničkih rezervi, a u hartije od vrednosti istog emitenta - u visini do 0,5% sredstava tehničkih rezervi;
 6. akcije kojima se trguje na tržištu hartija od vrednosti u skladu sa zakonom - u visini do 25% sredstava tehničkih rezervi, a u hartije od vrednosti istog emitenta - u visini do 5% sredstava tehničkih rezervi;
 7. akcije kojima se ne trguje na tržištu hartija od vrednosti ako je njihov izdavalac pravno lice koje ima sedište u Republici - u visini do 5% sredstava tehničkih rezervi, a u hartije od vrednosti istog emitenta - u visini do 1% sredstava tehničkih rezervi;
 8. vlasnički udeli privrednih društava koja imaju sedište u Republici - u visini do 5% sredstava tehničkih rezervi, a u udeo jednog pravnog lica - u visini do 1% sredstava tehničkih rezervi;
 9. investicione jedinice investicionih fondova - do visine tehničkih rezervi obračunatih za vrstu životnih osiguranja vezanih za jedinice investicionih fondova, a u investicione jedinice jednog investicionog fonda - u visini do 50% tih tehničkih rezervi;
 10. nepokretnosti i druga stvarna prava na nepokretnostima - ako su upisane u zemljišne, odnosno druge javne knjige u Republici, ako donose prinos, ako je njihova kupovna cena određena na osnovu procene ovlašćenog procenjivača i ako su bez tereta - u visini do 30% sredstava tehničkih rezervi životnih osiguranja, odnosno do 20% sredstava tehničkih rezervi neživotnih osiguranja, s tim da se u jednu, odnosno više međusobno povezanih nepokretnosti koje čine jednu celinu može investirati u visini do 10% sredstava tehničkih rezervi životnih osiguranja, odnosno 7% sredstava tehničkih rezervi neživotnih osiguranja.

Sredstva tehničkih rezervi mogu se deponovati kod banaka koje imaju sedište u Republici ili držati u gotovini u blagajni i na računu društva za osiguranje.

Društvo za osiguranje je dužno da sredstva tehničkih rezervi investira u skladu s pravilima koja se odnose na vrste osiguranja koje obavlja a koja proizlaze iz prirode rizika koji su tom vrstom osiguranja pokriveni, odnosno

iz strukture pripadajućih obaveza. Investicioni portfolio kreiran sredstvima tehničkih rezervi treba da obezbedi likvidnost, sigurnost i profitabilnost društva za osiguranje, izmirenje njegovih budućih obaveza, kao i disperziju rizika. Društvo za osiguranje je dužno da imovinu pribavljenu sredstvima tehničkih rezervi uskladi s prirodom obaveza po osnovu osiguranja, kako bi se rizik promene kamatnih stopa, deviznih kurseva ili drugih tržišnih parametara sveo na najmanju meru. Imovina društva za osiguranje smara se valutno usklađenom sa obavezama ako je ukupna imovina u svim valutama jednaka ukupnim obavezama u svim valutama a razlika između imovine i obaveza u pojedinačnoj valuti ne prelazi 20% vrednosti te imovine, odnosno tih obaveza. Društvo za osiguranje je dužno da restrukturira investicioni portfelj kreiran sredstvima tehničkih rezervi, radi njegovog kontinuiranog prilagođavanja promenama relevantnih pokazatelja na finansijskim tržištima i omogućavanja bolje kontrole investicionih rizika.

Kada je reč o regulativi u okviru EU, Solventnost II⁸ je regulativa bazirana na principima i riziku, pri čemu se ima u vidu osnovna ideja da se ne determinišu stroga pravila već okvirni regulatorni okvir koji će kapitalne zahteve povezati sa ekonomskom realnošću rizika, odnosno sa rizicima kojima su konkretna osiguravajuća i reosiguravajuća društva izložena. Pored činjenice da će granica solventnosti predstavljati odraz ukupne izloženosti osiguravača i reosiguravača svim rizicima a ne samo rizicima osiguranja kao i potrebi da novi regulatorni okvir obezbedi održavanje finansijske stabilnosti izbegavanjem procikličnih efekata uočenih u primeni Bazel II okvira na kojima se bazira, posebno je značajna činjenica da će Solventnost II biti bazirana na principima a ne strogim pravilima. U slučaju regulativa baziranih na utvrđenim strogim pravilima regulatori određuju pravila kojima subjekti koji su regulisani moraju da se povinuju u potpunosti.

Regulatorni okvir solventnosti u EU pre Solventnosti II, kao i regulacije solventnosti izvan zemalja članica uključujući i regulaciju u Srbiji, nisu imali značajnijeg uticaja na investicije. Naime, investicioni rizik nije uziman u ozbir prilikom određivanja potrebnog kapitala za obezbeđenje solventnosti već je razmatran isključivo u kontekstu regulisanja investiranja sredstava tehničkih rezervi. Solventnost II omogućava otklanjanje uočenih nedostataka postojeće regulative, pre svega u domenu obuhvatnosti rizika prilikom utvrđivanja veličine potrebnog kapitala. Uzimanje u obzir investicionog rizika prilikom utvrđivanja veličine potrebnog kapitala uticaće na osiguravače da obazrivije plasiraju raspoloživa sredstva tehničkih rezervi, što će podrazumevati plasmane u manje rizične finansijske instrumente kao što su obveznice i izbegavanje rizičnijih finansijskih instrumenata kao što su akcije, ili će morati posedovati dodatni

⁸ Solvency II Framework Directive, Texts adopted by the European Parliament, 22 april 2009 - <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0251+0+DOC+XML+V0//EN> , 11. 05. 2022.

kapital kako bi mogli podržati uvećani investicioni rizik. Posebno naglašen uticaj investicionog rizika biće u domenu osiguranja dugoročnijeg karaktera, kao što su životna osiguranja i osiguranja od odgovornosti.

Osiguravajuća i reosiguravajuća društva pored promene strukture investicionih portfelja, u cilju udovoljavanja kapitalnim zahtevima koje nameće Solventnost II i u cilju ostvarenja profitabilnosti, smanjenu izloženost investicionom riziku mogu ostvariti i primenom usaglašavanja imovine i obaveza i kupovinom finansijskih derivata. Osiguravajuća društva u cilju zaštite ili hedžinga od investicionog rizika uobičajeno koriste koordinirano upravljanje imovinom i obavezama, odnosno usaglašavanjem pozicija imovine i obaveza.

Pored smanjenja obima plasmana osiguravača u nekretnine, neusaglašenost između ponude i tražnje za državnim obveznicama potencijalno će stvoriti prostora za visoko rangirane korporativne obveznice. Osiguravajuća društva mogu biti zainteresovana za ulaganja u korporativne obveznice visokog rejtinga s obzirom da ove hartije od vrednosti za neznatno povećan rizik omogućavaju investitorima više stope prinosa i mogućnost dodatne diverzifikacije investicionog portfelja a time i dodatnu redukciju investicionog rizika. Povećana tražnja za korporativnim obveznicama uslovila bi niže troškove kapitala za njihove emitente i posledično povećanje obima investicija što se u krajnjoj instanci može odraziti na ubrzaniji ekonomski razvoj.

4. Značaj institucionalnog investiranja osiguravača za ekonomski rast

Osiguravajuća društva osim što obezbeđuju indirektnu finansijsku zaštitu od rizika, obezbeđuju i radna mesta i investicije. Na primer, u SAD osiguravajuća i reosiguravajuća društva zapošljavaju 2,9 miliona ljudi a prateće delatnosti, kao što su posrednici, zastupnici, procenitelji, zapošljavaju dodatnih preko 27.000 radnika.⁹ U SAD su neživotni osiguravači tokom 2020. godine imali ukupno investirana sredstva u visini 2 biliona dolara, dok su životni osiguravači imali investiranih 4,7 biliona dolara i 3 biliona dolara po osnovu odvojenih računa, odnosno gde rizik investiranja snose osiguranici. Dakle, ukupne investicije u SAD iznosile su 9700 milijardi dolara.

Osiguravajuća društva su godinama u nazad najveći institucionalni investitori u Evropi.¹⁰ Na primer, u 2020. godini ukupan obim investicija osiguravajućih društava dostigao je iznos od preko 10,6 biliona, odnosno

⁹ A Firm Foundation: How Insurance Supports the Economy, Insurance Information Institute, <https://www.iii.org/publications/a-firm-foundation-how-insurance-supports-the-economy/introduction/insurance-industry-at-a-glance>, datum pristupa 10. 05. 2022.

¹⁰ Asset Allocation in Europe: Reality vs. Expectations, European Capital Markets Institute, Task Force Report, April, 2020, https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2020/04/TFAA_Final-Report_ECMI.pdf, datum pristupa 12. 05. 2022.

10600 milijardi evra, što okvirno predstavlja oko 61,1% ukupnog bruto domaćeg proizvoda svih zemalja Evropske unije zajedno.¹¹ Osiguravajuća društva u Evropi poseduju oko % svih državnih obveznica koje izdaju države članice Evropske unije i svih evropskih korporativnih obveznica kao i značajan deo svih kotiranih akcija i imovine kao što je infrastruktura.¹² Oko 69% ukupnih investicija osiguravajućih društava iz Evropske unije pripada osiguravajućim društvima iz Velike Britanije, Francuske, Nemačke i Italije.¹³

Učešće osiguravajućih društava osiguranja u bruto domaćem proizvodu varira od zemlje do zemlje. Na primer¹⁴, u Nemačkoj je udeo investicija osiguravajućih društava u bruto domaćem proizvodu 64%, u Francuskoj 122,9%, u Danskoj 123,8% , u Irskoj 90%, u Japanu 92% a u Luksemburgu čak 362,9%.

Istraživanja uloge osiguravajućih društava kao institucionalnih investitora, odnosno funkcije akumulacije i efikasne alokacije koju osiguranje vrši, sprovode se uobičajeno u širem kontekstu, kao što je istraživanje uticaja osiguranja ne ekonomski rast ali i specifično uskom kontekstu neophodnom za na informacijama bazirano odlučivanje, kao što je istraživanje sa ciljem analize formiranja i upravljanje rezervama osiguranja, upravljanje investicionim portfeljem i dr. Istraživanja neposrednog ili posrednog uticaja institucionalnog investiranja na razvoj preduzetništva do sada nisu vršena. Vršena su samo posredna, preko uticaja institucionalnog investiranja osiguravajućih društava na ekonomski razvoj a potom uticaj ekonomskog razvoja na delatnost osiguranja.

Institucionalno investiranje osiguravajućih društava doprinosi unapređenju privrednih aktivnosti kao i razvoju finansijskih tržišta. Indirektno utiču na razvoj preduzetničkih aktivnosti jer razvojem privrednih aktivnosti u celini jača se mogućnost preduzetničkih radnji, malih i srednjih preduzeća da razvijaju nove proizvode i tehnologije i da iste plasiraju na tržište. Takođe, preko razvoja finansijskih tržišta povećavaju se mogućnosti finansiranja privrednih aktivnosti povećavanjem obima raspoloživog kapitala i snižavanjem cene njegovog korišćenja. Pored povećanja obima kapitala i sniženja cene korišćenja kapitala, posebno je značajan doprinos osiguravača kao institucionalnih

¹¹ Statistics, Insurance Europe, Brussels, 2022, <https://www.insuranceeurope.eu/statistics>, datum pristupa 10. 05. 2022.

¹² European Insurance in Figures, Insurance Europe, Brussels, March, 2022, <https://insuranceeurope.eu/publications/2569/european-insurance-in-figures-2020-data>, datum pristupa 11. 05. 2022.

¹³ European insurance industry database, Investment portfolio, Insurance Europe, Brussels, 2022, <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.insuranceeurope.eu%2Fdownloads%2F%2Feuropean-insurance-industry-database-investment-portfolio-statistics-2020%2FDatabaseMarch2022-Investment.xlsx&wdOrigin=BROWSELINK>, datum pristupa 11. 05. 2022.

¹⁴ OECD Institutional Investors Statistics 2020, OECD Publications, Paris 2020.

investitora u pogledu unapređenja efikasnosti investicija.

Mobilizacijom finansijske štednje osiguravajuća i reosiguravajuća društva unapređuju efikasnost finansijskog sistema na tri načina : 1. Doprinosu smanjenju transakcionih troškova povezivanjem suficitnih i deficitnih sektora finansijske štednje, 2. Kreiraju likvidnost – osiguranici imaju trenutni pristup finansijskim sredstvima po osnovu naknade šteta i štednje u slučaju nastanka osiguranog slučaja a korisnici finansijskih sredstava imaju mogućnost da odloženo vraćaju pozajmljena sredstva čime se eliminiše nelikvidnost karakteristična za direktne odnose finansiranja i 3. Obezbeđuju ekonomiju obima u investiranju jer su mobilisana ogromna sredstva po osnovu akumuliranja sitnih iznosa premija pojedinačnih osiguranika čime se obezbeđuje podrška za velike investicione projekte i podstiče ekonomska efikasnost. U cilju sopstvene efikasnosti osiguravajuće kompanije prikupljaju brojne informacije o rejtingu organizacija kako bi mogli doneti što racionalnije, ekonomski opravdanije odluke, da li i po kojoj ceni da investiraju viškove svojih sredstava u neku organizaciju, odnosno njene akcije. Ona skupljaju ogromne količine informacija o kompanijama, projektima i menadžerima pre nego što za njih obezbede finansijska sredstva a takođe svojim plasmanima daju signal i drugim investitorima čime se unapređuje efikasnost alokacije kapitala a time i snažniji ekonomski rast i razvoj jer je omogućeno usmeravanje kapitala u najprofitabilnije angažmane. Osiguravajuće kompanije će sredstva plasirati samo najboljim kompanijama, samo na najbolje projekte i samo najboljim menadžerskim timovima. Osim toga, osiguravajuće kompanije vrše monitoring poslovanja u kome imaju uloga bilo kao investitori bilo kao osiguravači i na toj osnovi usmeravaju poslovanje kompanija, usmeravaju projekte i menadžerske timove da rade u interesu svojih stejholdera.

Investicione aktivnosti osiguravajućih društava predstavljaju značajan izvor njihovih prihoda, posebno u razvijenim zemljama. Na primer, dugogodišnja praksa na tržištu osiguranja u SAD jeste ostvarenje negativnih rezultata iz delatnosti osiguranja, odnosno ostvarenje nepovoljnih kombinovanih racia. U takvim uslovima osiguravajuća društva ukupan profit ostvaruju zahvaljujući ostvarenoj profitabilnosti u investiranju. Prinosi na investicije osiguravajućih društava uključuju investicione prihode na plasmane (kamate, dividende i dr.) i kapitalnu dobit ili gubitak, koja predstavlja razliku između kupovne i prodajne vrednosti određene investicije, najčešće hartije od vrednosti ili nekretnine. Kao pokazatelji profitabilnosti iz investiranja osiguravača koriste se pokazatelji učešća investicione dobiti u merodavnoj premiji u samopridržaju i u prosečno investiranim sredstvima.

Racio investiranja je pokazatelj koji meri učešće prinosa od ulaganja u zaradenoj premiji i glasi:

$$\text{Racio investiranja} = \frac{\text{Investiciona dobit}}{\text{Merodavna premija u samopridržaju}}$$

Ovaj pokazatelj koriste društva neživotnih osiguranja kako bi odnos investicione dobiti prema merodavnoj premiji u samoprizržaju i on ukazuje na značaj i politiku investiranja koju primenjuje društvo za osiguranje.

Društva za osiguranje koja se bave pružanjem usluga životnih osiguranja u cilju merenja profitabilnosti iz investiranja sredstava koriste sledeći ratio investiranja:

$$\text{Racio investiranja životnih osiguravača} = \frac{\text{Investiciona dobit}}{\text{Prosečno investirana sredstva}}$$

Ovaj pokazatelj meri odnos investicione dobiti prema prosečno investiranim sredstvima i pokazuje koliko su investirana sredstva produkovala investicione dobiti.

5. Struktura portfelja osiguravača

Osnovni cilj plasmana sredstava rezervi osiguravajućih društava jeste zaštita od rizika osiguranika i obezbeđenje maksimizacije dobiti na plasirana sredstva dok specifičnosti ulaganja rezervi osiguravajućih društava proizilaze iz karakteristika njihovog poslovanja, odnosno karakteristika njihovih obaveza. Akumulirana sredstva nisu jednaka po vrednosti kod svih osiguravajućih društava a zavise od širine portfelja poslova osiguranja (na primer sa aspekta dugoročnog investiranja najznačajnija su sredstva matematičke rezerve osiguranja života) i od veličine osiguravajućeg društva. Na primer, osiguravajuća društva životnog osiguranja imaju stabilne dugoročnije izvore sredstava koje saobrazno svojim obavezama koje su dugoročnog karaktera investiraju u dugoročne plasmane čime se postiže podudarnost rokova dospeća aktive i pasive, uz stabilnost prihoda. Rezerve društava za neživotna osiguranja su manje i nestabilne a potencijalne štete velike što opredeljuje drugačije investiciono ponašanje ovih osiguravajućih društava. Zajedničke su karakteristike kod svih osiguravajućih društava u pogledu plasmana sredstava njihovih rezervi da se ta sredstva moraju ulagati u skladu sa propisima, vodeći računa o obezbeđenju sigurnosti poslovanja i pokriću obaveza prema osiguranicima. Osiguravajuća društva kao investitori izložena su dejstvu rizika kamatnih stopa ali i riziku likvidnosti, u pogledu izmirenja svojih obaveza.¹⁵

Plasmani osiguravajućih društava mogu biti raznovrsni ali nikada nisu u samo jedan oblik aktive. Cilj kreiranja portfelja jeste minimizacija rizika kroz diverzifikaciju plasmana. Plasmani mogu biti sa fiksnim ili varijabilnim prinosom, u finansijsku ili realnu aktivu, dugoročnog ili kratkoročnog karaktera,

¹⁵ V. Njegomir, „Upravljanje imovinom i obavezama osiguravajućih društava“, *Računovodstvo* 5-6/2006, 94-103.

dakle više ili manje likvidni.¹⁶ Pri tome, ročna struktura plasmana uslovljena je funkcijom i namenom koju imaju pojedina sredstva osiguranja, postojećom ročnom strukturom plasmana i zahtevom za održanje likvidnosti i solventnosti u narednom periodu. Najveći problem koji se u domenu poslovanja osiguravajućih društava kao institucionalnih investitora nameće jeste kakom, u kom obimu i u koje oblike (finansijske i realne) imovine plasirati akumulirana finansijska sredstva kako bi se ostvarili postavljeni ciljevi investiranja.

Kada je reč o strukturi investicionog portfelja osiguravača postoje razlike između osiguravača životnih i neživotnih osiguranja, najviše u pogledu dugoročnosti vezanosti investiranih sredstava. Kod neživotnih osiguravača značajnu ulogu mogu imati depoziti u bankama, najčešće se javljaju kada nema lukrativnih mogućnosti na finansijskim tržištima. NajsPECIFICNIJA karakteristika životnih osiguranja jeste da su ova osiguranja dugoročne prirode. Po osnovu zaključenih ugovora o osiguranju života (koji se retko zaključuju na periode kraće od 10 godina) formira se matematička rezerva koja predstavlja izvor dugoročnih sredstava za dugoročne investicije, jer vremenskog horizont investicija zavisi od usluga koje osiguravajuće društvo nudi, i upravo to predstavljaju najkvalitetnija sredstva delatnosti osiguranja koja opredeljuju, kao izvori sredstva, strukturu investicionih plasmana, odnosno investicionog portfelja.

Osiguravajuća društva životnih osiguranja imaju stabilne prilive i predvidivo korišćenje gotovine te zbog toga imaju veliku slobodu u pogledu plasmana sredstava (uz naravno regulatorna ograničenja). Oni najveći deo svog portfelja drže u dugoročnim hartijama od vrednosti, u kreditnim vrednosnim papirima s fiksnom kamatnom stopom, a manji deo u vlasničkim vrednosnim papirima kao što su akcije. Najviše plasiraju svoja novčana sredstva u korporativne i državne obveznice i hipotekarne hartije od vrednosti, odnosno investicione nekretnine a manje u obične akcije. Najveći deo imovine u okviru bilansa stanja osiguravajućih društava životnih osiguranja nalazi se u gotovini i investicijama. Uobičajeno su zakonski regulisani, u svim zemljama, limiti izraženi u procentima kao i izloženost riziku, investicija osiguravajućih društava u pojedine oblike finansijske imovine. Nedovoljan stepen transparentnosti tržišta akcija, manje ili više izražene prepreke u prenosu prava iz akcija i nedovoljno iskustvo i znanje u trgovini vlasničkim hartijama od vrednosti uzrok su otporu akcijama. U tabeli 1 prikazana je struktura investicionog portfelja životnih osiguravača u Srbiji u periodu između 2015. i 2021. godine.

¹⁶ V. Njegomir, J. Čirić, »Investment portfolio optimisation by investments in catastrophe bonds«, *Facta universitatis - series: Economics and Organization* 4/2012, 441-455.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

Tabela 1: Struktura investicionog portfelja životnih osiguravača u Srbiji u periodu 2015. do 2021. godine (u %)

	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
Depoziti banaka i gotovina	4,50	3,80	2,40	5,80	3,50	3,40	3,20
Državne hartije od vrednosti	93,20	94,30	96,00	91,90	92,80	91,90	92,10
Akcije	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.
Ostale hartije od vrednosti	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.
Obveznice kojima se trguje na bezri	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.
Nekretnine	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	3,20	3,10
Ostale investicije	2,30	1,90	1,60	2,30	3,70	1,50	1,60

Izvor: NBS, godišnji izveštaji o sektoru osiguranja u Srbiji u periodu od 2016 do 2022. godine. Napomena: n.p. – nema podataka.

Struktura investicionog portfelja osiguravajućih društava u Srbiji karakteristična je po velikom učešću depozita banaka i državnih hartija od vrednosti. Podaci u tabeli 1 ukazuju da u investicijama životnih osiguravača, odnosno investicija na osnovu sredstava životnih osiguranjanja dominaciju ulaganja sredstava matematičke rezerve u državne hartije od vrednosti, čije učešće u strukturi investicionog portfelja tokom čitavog perioda prelazi 90%. Primetno je postojanje ulaganja u nekretnine krajem posmatranom perioda, što se poklapa sa ostvarenjem pandemije kovida 19. Takođe, vidno je odsustvo ulaganja u akcije, obveznice kojima se trguje na berzi i ostalim hartijama od vrednosti, za ralikom od prethodnog perioda, na primer perioda od 2005. do 2013. godine.

Kod neživotnih osiguranja karakteristika je da je nastupanje osiguranog slučaja manje predvidivo u odnosu na životno osiguranje. Za zaključivanje mora postojati imovinski interes odnosno interes osiguranika da se ne ostvari osigurani slučaj kojim bi on pretrpeo neki materijalni gubitak. Iznos naknade ne može biti veći od štete koju je osiguranik pretrpeo a punovažne su odredbe ugovora kojim se iznos naknade iz osiguranja ograničava na manji iznos od iznosa štete. Manja predvidivost nastanka osiguranog slučaja rezultira time da su rezerve osiguranja manje a sledstveno tome i načini investiranja ovih rezervi su drugačiji u odnosu na obrasce investiranja na osnovu rezervi formiranih kod životnih osiguranja. Rizici su veći i sa stanovišta obima štete. Takođe, rizici kod ovih osiguranja najčešće nisu nezavisni, nego su u korelaciji, na primer kod

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

velikih elementarnih nepogoda, što ima za posledicu veliku koncentraciju rizika.

Jedna od osnovnih razlika između neživotnih i životnih osiguranja koja je od izuzetnog značaja za investiciono prisustvo osiguravajućih društava na finansijskom tržištu jeste vremensko trajanje osiguravajućeg pokrića. Većina polisa neživotnog osiguranja se izdaje na period od jedne godine. Ovo rezultira slikom bilansa stanja ovih osiguravajućih društava gde na imovinskoj strani (aktiva) dominiraju gotovina i investicije u državne hartije od vrednosti. Najviše su zastupljene obveznice a one se vrednuju po amortizovanim troškovima. Tabela 2 prikazuje strukturu investicionog portfelja društava neživotnih osiguranja u Srbiji u periodu od 2015. do 2021. godine.

Tabela 2: Struktura investicionog portfelja društava neživotnih osiguranja u Srbiji u periodu od 2015. do 2021. godine (u %)

	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
Depoziti banaka i gotovina	11,30	12,60	12,10	10,90	13,00	10,40	8,10
Potraživanja premija koja nisu dospela na naplatu	4,60	1,6	1,80	1,60	0,80	1,10	1,20
Državne hartije od vrednosti	69,50	72,60	73,50	60,40	66,20	74,10	76,00
Nekretnine	7,50	7,00	6,30	4,50	4,10	3,00	3,80
Tehničke rezerve na teret saosiguravača, reosiguravača I retrocesionara	n.p.	n.p.	n.p.	21,40	14,10	9,80	9,20
Ostale investicije	7,10	-	-	-	-	-	1,70

Izvor: NBS, godišnji izveštaji o sektoru osiguranja u Srbiji u periodu od 2016 do 2022. godine. Napomena: n.p. – nema podataka.

Neživotni osiguravači imaju gotovinu, investicije u akcije i potraživanja premija koja nisu dospela na naplatu što ih razlikuje u odnosu na životne osiguravače. Kao i neživotni i životni osiguravači imaju plasmane u depozite banaka, ali u znatno manjem obimu, državne hartije od vrednosti imaju i neživotni osiguravači ali u plasmanima životnih osiguravača oni dominiraju. Kao što se vidi, dominiraju plasmani kod kojih kretanja kamatnih stopa imaju veoma značajnu ulogu.

6. Uticaj očekivanih promena kamatnih stopa u post kovid 19 periodu

Da bi se razumeo uticaj kretanja na finansijskim tržištima na osiguravajuća i reosiguravajuća društva kao institucionalne investitore, neophodno je imati u vidu značaj institucionalnog investiranja za uspeh osiguravajućih društava. Finansijski posrednici na finansijskom tržištu obavljaju pretvaranje uloga, odnosno aktive investitora u svoju pasivu, odnosno izvor sredstava za investicije. Osiguravajuća društva kao ključan elemenat finansijskog sistema svojim poslovanjem, osnovnom ulogom zaštite rizika ali i posebno finansijskim posredovanjem, utiču na finansijski razvoj a s obzirom da finansijska sfera predstavlja naličje ekonomskih odnosa u realnoj ekonomiji, osiguravajuća društva indirektno utiču na ukupni ekonomski razvoj.

Investiranje je za osiguravajuća društva značajno zato što uravnotežuje finansijske rezultate iz osnovne delatnosti osiguranja, pruža mogućnost dopunskog ostvarenja profita i povećanja konkurentnosti, s obzirom da na osnovu investicionog rezultata je moguće redukovati premije osiguranja. Ovaj značaj može se sagledati preko kombinovanog racija ili sjedinjene stope (razlika između ukupnih premija i zbira ukupnih šteta i troškova sprovođenja osiguranja).

Tabela 3: Kretanje kombinovanog racija (sjedinjene stope) osiguranja u SAD u periodu od 2010. do 2019. godine

Godina	Racio šteta	Racio troškova	Kombinovani racio
2010.	73,6%	28,3%	101,8%
2011.	79,3%	28,4%	107,7%
2012.	74,2%	28,2%	102,5%
2013.	67,4%	28,2%	95,6%
2014.	68,7%	27,8%	96,5%
2015.	69,2%	28,0%	97,3%
2016.	72,3%	27,9%	100,2%
2017.	75,9%	27,3%	103,2%
2018.	71,4%	27,3%	98,7%
2019.	71,1%	27,2%	98,3%

Izvor: 2021 *Insurance Book*, Insurance Information Institute, New York 2021.

Kao što se vidi iz tabele, osiguravajuća društva su po osnovu osnovnog posla, osiguranja rizika i naknade šteta nakon ostvarenja osiguranih slučajeva, ostvarila gubitak u 2013, 2014, 2015, 2018. i 2019. godini. Kada je reč o Srbiji, od društava za osiguranje koja se pretežno bave poslovima neživotnih osiguranja vrednost kombinovanog racija u samopridržaju povećana je sa 79,4% u trećem

kvartalu 2020. godine na 86,6% u trećem kvartalu 2021. godine, prema izveštaju Narodne banke Srbije. Prema NBS, na kretanje ovog racija uticao je slabiji rast merodavne premije u samoprizržaju od rasta merodavnih šteta i troškova sprovođenja osiguranja, u samoprizržaju. Dakle, jasno je da je investiranje način kako osiguravači premošćuju negativne finansijske rezultate ostvarene u delatnosti osiguranja u pojedinim godinama.

Pandemija kovida 19 se pojavila u prvoj polovini 2020. godine što je uticalo na vlade da donesu mere fizičkog udaljavanja. Mere su dovele do pada ekonomske aktivnosti, što je prerاسlo u ekonomsku recesiju, sa pretnjom da preraste u ekonomsku krizu. U cilju ubrzanja ekonomskih aktivnosti, SAD su pokrenule mehanizam kvantitativnog popuštanja sa snižavanjem kamatnih stopa na nivo u rasponu od 0% do 0,25% i povećanjem novčane mase u opticaju kroz otkup aktive (hartija od vrednosti) za 700 milijardi dolara. Banka Engleske takođe je smanjila nivo kamatnih stopa na 0,1%. Evropska centralna banka odlučila je da poveća masu novca u opticaju kroz investiranje u imovinske i dužničke finansijske instrumente u Evrozoni u iznosu od 750 milijardi evra. Narodna banka Srbije je takođe snizila referentnu kamatnu stopu sa 2,25% na 1% u toku 2020. godine. Referentna kamatna stopa Narodne banke Srbije ostala je ista (1%) tokom 2021. godine i u januaru 2022. godine.

Sa znacima jačanja inflacije polovinom 2021. godine, koja je u SAD dostigla 7,5% prvog januara 2022. godine, što je najveći nivo od 1982. godine, dolazi i do porasta kamatnih stopa na pojedine hartije od vrednosti, kao što su kamate na desetogodišnje državne zapise u SAD kao i kamate za stambene, auto i druge kredite, iako kamatna stopa FED-a ostaje ne promenjena. U evro zoni inflacija je takođe porasla i to značajno, sa negativne početkom 2021. godine do 5% iz decembra 2021. godine. U januaru 2022. godine skočila je na 5,1%. Međutim, kamatna stopa Evropske centralne banke ostala je na 0%.

U očekivanju kamatnih stopa u SAD, investitori u svim segmentima tržišta sa fiksnim prihodom su zabeležili porast kamatnih stopa tokom 2021. godine godine. Od 26. januara 2022. godine, prema Bloombergu, prinosi na petogodišnje državne obveznice SAD porasli su sa 0,36% na 1,66%, a stope na petogodišnje opštinske obveznice su porasle sa 0,21%, koliko su iznosile pre godinu dana, na 1,06%. Dužničke hartije od vrednosti sa ostalim rokovima dospeća takođe su zabeležile povećanje kamatnih stopa, ali u manjem stepenu. U narednim mesecima se definitivno očekuju veći prinosi na obveznice.

Rast prinosa na obveznice će uticati indirektno i na prinose na akcije. Prema Blumbergovom indeksu za obveznice u SAD koje dospevaju u roku od 5 do 10 godina, za mesece sa negativnim prinosisima (što značajno korelira sa rastućim kamatnim stopama), ukupan prinos na akcije u SAD iznosio je 0,85%. Međutim, u mesecima kada je indeks za obveznice ostvarivao pozitivne prinose (što uobičajeno krelira sa stabilnim ili opadajućim kamatnim stopama), indeks za akcije je u proseku iznosio 1,29%. To znači da rast kamata može dovesti

indirektno do pada prinosa na akcije, u koje uobičajeno plasiraju svoja sredstva osiguravači neživotnih osiguranja.

Postavlja se pitanje uticaja rasta kamatnih stopa na osiguravajuća društva. Velika investiciona izloženost državnim obveznicama učinila je osiguravače ranjivijim na promene dugoročnih bezrizičnih kamatnih stopa. Međutim, promene bezrizičnih kamatnih stopa utiču i na aktivu i na pasivu bilansa stanja osiguravača.

Za imovinu osiguravača povećanje ili smanjenje prinosa na državne obveznice dovodi do nerealizovanih gubitaka ili dobitaka u kratkom roku, s obzirom da vrednost hartija od vrednosti opada sa povećanjem kamatnih stopa, odnosno povećava se sa smanjenjem kamatnih stopa. Ova nelogičnost se javlja zato što veliki osiguravači na berzama uglavnom klasifikuju svoje obveznice kao „dostupne za prodaju” i na taj način se evidentiraju u bilansu stanja po fer vrednosti, sa svim gubicima ili dobitcima koji se evidentiraju, što dovodi do kretanja u kapitalu. Međutim, sposobnost osiguravača da zadrži investicije do dospeća (kako bi pokrili svoje dugoročne obaveze usklađene sa dugoročnošću investicija) znači da ključni rizici sa kojima se suočavaju osiguravači po osnovu ulaganja u dužničke hartije od vrednosti, nisu privremeni gubici vrednosti – osim ako su osiguravači primorani da prodaju hartije od vrednosti pre dospeća zbog, na primer, nedostatak likvidnosti ili smanjenje rejtinga instrumenata koji se drže u portfelju. Dugoročno posmatrano, više kamate na državne obveznice su pozitivni za ulaganja osiguravača s obzirom da im omogućavaju ostvarenje većih prinosa od investicija.

Što se tiče obaveza osiguravača, povećanje prinosa na državne obveznice utiče pozitivno na vrednost njihovih obaveza, dok smanjenje prinosa na državne obveznice utiče negativno na vrednost njihovih obaveza. Navedeno se javlja s obzirom na činjenicu da uzimanje viših prinosa na obveznice za diskontovanje budućih obaveza smanjuju neto sadašnju vrednost obaveza. Navedeno implicira da se potencijalni negativni kratkoročni uticaj povećanja prinosa na državne obveznice na strani aktive može prevazići pozitivnim uticajem na strani obaveza.

Za razliku od većine sektora delatnosti, osiguravajuća društva koja pružaju usluge životnog osiguranja su pozitivno korelisana sa kretanjima kamatnih stopa. To znači, da sa povećanjem kamatnih stopa dolazi i do rasta prinosa osiguravača životnih osiguranja. Navedeno ilustruje kretanje prinosa osiguravača životnih osiguranja u SAD u poređenju sa kretanjem kamatnih stopa.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

Tabela 4: Performanse osiguravača životnih osiguranja u uslovima rastućih kamatnih stopa na primeru SAD

Period	Rast prinosa na desetogodišnje obveznice	Prosek prinosa osiguravača životnih osiguranja
jun 2003. – avg. 2003.	1,09%	3,54%
apr. 2004. – maj 2004.	0,81%	0,14%
jul 2005. – jun 2006.	1,22%	17,23%
dec. 2006. – jun 2007.	0,57%	13,46%
apr. 2008. – maj 2008.	0,65%	2,53%
jan. 2009. – dec. 2009.	1,63%	23,81%
sep. 2010. – mar. 2011.	1,00%	28,26%
avg. 2012. – dec. 2013.	1,56%	92,91%
feb. 2015. – jun 2015.	0,71%	15,99%
jul 2016. – okt. 2018.	1,62%	35,17%
jul 2020. – apr. 2021.	1,00%	66,88%
Prosek	1,08%	27,27%

Izvor: Global Asset Management, Life insurance: Benefit from Rising Interest Rates, and Morning Direct, December, 2021.

Osim pozitivnog uticaja na ostvarenje prinosa osiguravača, moguć je i negativan uticaj. Naime, kod riziko osiguranja života do promena neće doći u pogledu otkazivanja polisa. Međutim, moguće je da kod onih vrsta osiguranja koja donese prinose po polisi dođe do otkazivanja ugovora o osiguranju, s obzirom da osiguranici mogu tragati za lukrativnijim mogućnostima u uslovima rastućih ili viših kamatnih stopa u odnosu na one koje su bile kada su zaključili ugovor o osiguranju. Na osiguravačima je da zadrže postojeće osiguranike putem finansijskog leveridža, odnosno tako što će povećati kamatu ugrađenu u postojeće ugovore o osiguranju. Pri tome moraju voditi računa o balansu između prevencije otkaza ugovora i opasnosti od dodeljivanja veće kamate nego što mogu ostvariti na tržištu.

Rast kamatnih stopa pruža i mogućnost ostvarenja profitabilnosti. Izazov za osiguravače je da pronađu balans između zadržavanja prinosa od investicija i ostvarenja konkurentnosti na tržištu osiguranja. U svakom slučaju, konkurencija utiče na sposobnost osiguravača da zadrže dodatno ostvarene prinose.

U prethodnoj dekati, okruženje niskih kamatnih stopa uticalo je pozitivno na razvoj reosiguranja kao i aktivnosti spajanja i pripajanja, s obzirom da su osiguravači tražili eksterne mogućnosti za ublažavanje negativnih posledica okruženja niskih kamatnih stopa. Rast kamatnih stopa može dovesti do umanjenja tražnje za reosiguranjem, posebno zbog postojećeg rasta premija

reosiguranja, a može smanjiti i aktivnosti spajanja i pripajanja. Međutim, osiguravači mogu i povećati tražnju za osiguranjem kako bi pokrili izloženosti offshore rizicima ali i katastrofalnim rizicima, koji su u 2021. godini bili izuzetno značajni.

7. Zaključak

Osiguravajuća društva pored zaštite od rizika kao primarne funkcije vrše i značajnu funkciju finansijskog posredovanja, odnosno akumulacije i institucionalnog investiranja. Osiguravajuća društva vršeći i funkciju osiguranja i posebno funkciju institucionalnog investiranja značajno utiču na ekonomski rast, redukujući rizik i podržavajući ekonomske aktivnosti ali i putem povećanja obima kapitala i snižavanja cene kapitala.

Transakcije finansijskog tržišta u Srbiji ostvaruju se u okviru jedinog organizovanog tržišta u ovoj državi – berze u glavnom gradu Beogradu. Na Beogradskoj berzi se trguje akcijama i obveznicama Republike Srbije. Pored toga, predviđeno je trgovanje sledećim finansijskim instrumentima: drugim dužničkim hartijama od vrednosti, varantima za kupovinu akcija ili obveznica i drugih hartija od vrednosti koji daju pravo na kupovinu akcija ili obveznica, derivatima, depozitnim potvrđama i drugim finansijskim instrumentima kojima se može trgovati na Berzi. Investicione aktivnosti osiguravajućih društava regulisane su Zakonom o osiguranju.

Investicioni plasmani osiguravajućih društava značajni su za sama društva za osiguranje jer doprinose ostvarenju dodatnih profita. Takođe, značajni su i za pojedinačne osiguranike koji su zahvaljujući adekvatnoj politici plasmana finansijskih sredstava osiguravača sigurniji a često osiguravajuća društva mogu da ponude niže premije osiguranja u odnosu na one koje bi bile u slučaju da osiguravajuća društva ne investiraju. Takođe, investiranja su značajna i za državu jer podržavaju ekonomski rast preko snižavanja cene kapitala.

Kada je reč o strukturi investicionog portfelja osiguravača postoje razlike između osiguravača životnih i neživotnih osiguranja, najviše u pogledu dugoročnosti vezanosti investiranih sredstava. Kod neživotnih osiguravača značajnu ulogu mogu imati depoziti u bankama, najčešće se javljaju kada nema lukrativnih mogućnosti na finansijskim tržištima, što je u Srbiji, na primer, bilo u periodu svetske ekonomske krize a 2010. godine su depoziti u bankama činili čak 32% ukupnih investicionih plasmana. Takođe, neživotni osiguravači imaju gotovinu, investicije u akcije i potraživanja premija koja nisu dospela na naplatu što ih razlikuje u odnosu na životne osiguravače. Kao i neživotni i životni osiguravači imaju plasmane u depozite banaka, ali u znatno manjem obimu, državne hartije od vrednosti imaju i neživotni osiguravači ali u plasmanima životnih osiguravača oni dominiraju. Nadamo se da će u budućnosti biti više visoko kotiranih korporativnih obveznica kao i obveznica lokalnih organa vlasti

čime bi se omogućilo da osiguravajuća društva mogu da minimiziraju rizik preko disperzije portfelja uz povećanje mogućnosti za ostvarenjem profita. Solventnost II će sigurno imati značajnog uticaja na povećanje obazrivosti investiranja ali i veću slobodu izbora u investiranju.

Rast kamatnih stopa do koga je došlo u toku 2022. godine je generalno pozitivan za osiguravače. Korisno je za sve osiguravače a posebno za životne osiguravače koji nude garancije određenog nivoa prinosa svojim osiguranicima, s obzirom da garancije koje se daju značajno zavise od kretanja kamatnih stopa, imajući u vidu karakteristike strukture investicionih plasmana na koje smo ukazali. Međutim, opasnost predstavlja nagli rast kamatnih stopa koji može negativno uticati na osiguravače, posebno osiguravače životnih osiguranja. Naglo povećanje kamatnih stopa bi moglo pojedine osiguravače dovesti i do bankrotstva. Nagli rast kamatnih stopa može dovesti do problema sa solventnošću i likvidnošću osiguravača, što bi se negativno prelilo na čitav finansijski sistem a potom i na širu ekonomiju. Svakako je dobro što se, prema sadašnjim podacima, može pretpostaviti samo blagi rast kamatnih stopa koje su u toku pisanja rada još uvek na istorijskim minimumima, kako u SAD, EU, tako i u Srbiji.

* * *

IMPACT OF INSURANCE COMPANIES' INSTITUTIONAL INVESTMENT ON ECONOMIC GROWTH IN CONDITIONS OF ECONOMIC TURBULENCE

Summary

Managing risk by its atomization and indirect economic protection of the insured are the critical roles of insurance companies. However, insurance companies also perform other functions, among which, from the aspect of profitability and solvency of operations, the function of accumulation and institutional investment of funds in the financial markets is critical. The aim of the paper is to show the role of insurance companies in the financial system, analyze the regulation of institutional investment by insurance companies to indicate the importance of institutional investment for economic growth, and the impact of interest rate changes in the post-Covid-19 period on institutional investments of insurance companies. The key conclusion is that the institutional investment of the accumulated funds of insurance companies has a significant impact on the economy by increasing the volume of capital and lowering the price of capital, as well as that the expected increase in interest rates will have short-term negative and long-term positive effects on the operations of insurance companies and thus on economic growth.

Keywords: investments, institutional investment, economic growth, risk, economic turbulences.

Nikola Dožić*

**DOBOVOLJNI PENZIONNI FONDOVI U CRNOJ GORI
- da li je u Crnoj Gori osiguranje života jedina alternativa u štednji
za starost -**

Apstrakt

Autor u radu prikazuje razvoj dobrovoljnog penzijskog osigurnaja u Crnoj Gori, kao oblika obezbjeđenja sredstava u starosti, kao alternative osiguranju života za slučaju doživljenja i mješovitog životnog osiguranja. U radu se ispituju razlozi koji su doveli do toga da danas u Crnoj Gori dobrovoljni penzioni fondovi više ne postoje. Autor u radu prikazati i stanje u oblasti osiguranja života u vrijeme uvođenja dobrovoljnih penzionih fondova i danas, i pokušava da pokaže da li je osnivanje ovih fondova negativno uticalo na osiguranje života kao i da li je nestanak ovih fondova imao pozitivanog efekta na tržište osiguranja života u Crnoj Gori.

***Ključne riječi:** penzioni fond; reforma penzionog sistema; dobrovoljni penzioni fondovi.*

1. Uvod

Reforma crnogorskog penzijskog sistema otpočela je krajem 2006. godine usvajanjem Zakona o dobrovoljnim penzionim fondovima.¹ Ovim zakonom, vidljivo iz samog naziva, uvedena je mogućnost ustanovljavanja trećeg stuba penzione reforme u vidu dobrovoljne penzijske štednje. Crna Gora se u saradnji sa Svjetskom bankom opredijelila za uvođenje koncepta penzionog Sistema zasnovanog na tri stuba. Crna Gora se opredijelila na ovaj korak jer ni ona nije ostala imuna na opšti demografski trend starenja stanovništva, povećanje broja penzionera u odnosu na broj zaposlenih, što je imalo negativnog uticaja na deficit penzionog fonda.² Odavno je postalo jasno čak i laicima da penzije iz *pay-as-you-go* sistema više nijesu dovoljne za sigurnu starost.

* Doktor pravnih nauka. Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore; e-mail: nikolad@ucg.ac.me

¹ Zakon o dobrovoljnim penzionim fondovima Crne Gore, *Službeni list RCG* br. 78/06 i 14/07

² U tom smislu vid. M. Đokić, „Penzioni fondovi i osiguravajuće kompanije kao institucionalni investitori”, *Industrija* 1-2/2003, 61-62.

Nakon ove reforme, u crnogorskom penzionom sistemu postoje prvi i treći stub. Prvi stub, koji je zasnovan na kolektivnom principu, podrazumijeva uplate trenutno zaposlenih koje se koriste za isplate penzija odnosno *pay-as-you-go* sistem. Treći stub, kako je već rečeno predstavlja sistem dobrovoljne penzijske štednje. Dakle, u ovoj reformi izostalo je uvođenje drugog stuba, koji je ključ reforme u sistemu Svjetske banke, jer bi se time težište finansiranja penzije prenijelo sa javnog međugeneracijskog sistema na individualni, kapitalizovani i po mogućnosti privatno vođeni sistem osiguranja.³

Iako je pitanje penzionog sistema od posebne važnosti u svakom društvu, ipak, nismo se opredijelili da posmatramo penzionu reformu u Crnoj Gori, tako da ovaj aspekt nećemo posebno obrađivati. Pitanje zašto je izostala dosljedna reforma po trostubnom modelu Svjetske banke je pitanje prije mogućnosti nego želje za sprovođenjem reforme, s obzirom na izuzetne troškove koji prate prelazak na obavezno privatno penzijsko osiguranje.

Ali i bez posebne analize možemo zaključiti da je postupajući na ovaj način Crna Gora pristupila sprovođenju „bezbolne“ reforme, jer je uvela samo treći stub dobrovoljnog penzijskog osiguranja i tako izbjegla pitanje visokih tranzicionih troškova prelaska na višestubni sistem penzijskog osiguranja.

Na samom početku od reforme se očekivalo da će doprinijeti povećanju slobode u raspolaganjima kapitalom i štednjom, da će smanjiti ulogu države u penzionom sistemu, kao i da će doći do smanjenja javne potrošnje.⁴ Osim ovog efekta na ličnom planu članova budućih fondova, veliki benefiti su očekivani i za društvo u cjelini, s obzirom na mogućnost korištenja akumuliranog kapitala koji bi se putem tržišta kapitala mogao prelići u profitabilne investicije.⁵ Dakle, od reforme se očekivalo mnogo, ali da li su ta očekivanja bila opravdana?

Dobrovoljni penzioni fondovi su uređeni kao fondovi posebne vrste, koji predstavljaju samo imovinu i nijesu pravni subjekti. Zakon je predvidio niz mehanizama zaštite interesa članova dobrovoljnog penzionog fonda od samih pravila o članstvu, jednakog tretmana svih članova, prava izbora fonda, prava promjene fonda, mjera finansijske kontrole, uslova istupanja iz fonda i drugih pravila potrebnih za uspješno funkcionisanje dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori. Uveden je sistem kapitalizovane štednje, koji ne garantuje unaprijed visinu prinosa koja će biti ostvarena, što bi po teroijskim konceptima trebalo da donese veće prinose od ulaganja novca u običnu štednju kod banke.

³ P. Bejaković, R. Holzmann i R. Hinz (ur.), “Old-Age Income Support in the 21st Century: An International Perspective on Pension Systems and Reform”, *Revija za socijalnu politiku* 2/2007, 281.

⁴ Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti iz 2006. godine, strana 15. Dostupno na: <https://www.scmn.me/images/files/Izvjestaji-o-radu-Komisije/Godisnji-izvjestaj-o-radu-Komisije-za-2006.pdf>, 15. 04. 2022. godine.

⁵ *Ibid.*

Ovaj oblik štednje za starost je trebao da bude alternativa osiguranju života, koje je u vrijeme sprovođenja reforme penzionog sistema već bilo dostupno na crnogorskom tržištu. Pozitivna očekivanja regulatora u ovoj oblasti su bila više nego evidentna, a osnivanje ovih fondova trebalo je da bude novi zamajac crnogorske ekonomije, koji je trebao da usmjeri štednju na nove investicije kroz ulagačku djelatnost dobrovoljnih penzionih fondova, a građanima da obezbijedi siguran izvor prihoda u starosti, koji ne zavisi od stanja državnog penzionog fonda.

Velika očekivanja često donesu veliko razočarenje. Već na samom početku rada moramo ukazati na činjenicu da danas, u Crnoj Gori nema ni registrovanih društava za upravljanje ni dobrovoljnih penzionih fondova.

U zemljama regiona često se ističe nezadovoljstvo sa stanjem na tržištu dobrovoljnih penzionih fondova, ukazujući da ulaganja fondova ostvaruju veoma male prinose ili negativne trendove u poslednjim godinama.⁶

U daljim izlaganjima biće prikazan razvoj ovog oblika obezbjeđenja sredstava u starosti, kao alternative osiguranju života za slučaju doživljenja i mješovitog životnog osiguranja, kao i razloga koji su doveli do ovakve situacije danas u Crnoj Gori. Nakon toga, u radu će biti analizirano stanje u oblasti osiguranja života u vrijeme uvođenja dobrovoljnih penzionih fondova i danas, u pokušaju ispitivanja mogućeg uticaja osnivanja ovih fondova i potencijalnog negativnog efekta na osiguranje života, a posljedično i da li je nestanak ovih fondova imao pozitivan efekta na tržište osiguranja života u Crnoj Gori.

2. Osiguranje života u vrijeme osnivanja i poslovanja dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori

Zakonski okvir na tržištu osiguranja u crnoj Gori je zaokružen donošenjem tri važna zakonska teksta: Zakona o osiguranju (u decembru 2006. godine),⁷ Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju (u julu 2007. godine)⁸ i Zakona o stečaju i likvidaciji društava za osiguranje (u decembru 2007. godine).⁹ Zakonom o osiguranju nadzor nad tržištem osiguranja u Crnoj Gori povjeren je Agenciji za nadzor osiguranja Crne Gore.

⁶ Vid. Analizu Fiskalnog saveta Srbije, 15 godina privatnih penzijskih fondova u Srbiji, Dosadašnji razvoj i preporuka za reforme, strana 1. Objavljeno 26. januara 2022. godine. Datum pristupa 15. 05. 2022. Dostupno na: <http://www.fiskalnisavet.rs/doc/analize-stavovi-predlozi/2022/FS%202022%20Privatni%20PF%20u%20Srbiji.pdf>, datum pristupa 15. 04. 2022. godine.

⁷ Zakon o osiguranju Crne Gore, *Službeni list RCG*, br 78/06.

⁸ Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Službeni list CG*, br.46/07.

⁹ Zakon o stečaju i likvidaciji društava za osiguranje, *Službeni list CG*, br. 11/07.

U literaturi se ukazuje da osiguranje života služi kao dopuna socijalnog penzijskog osiguranja, te da se kroz osiguranje života i dobrovoljno penziono osiguranje, vrši korekcija *pay-as-you-go* sistema, sistema zasnovanog na međugeneracijskoj solidarnosti koji.¹⁰

Stanje na ovom tržištu moguće je pratiti prema izvještajima o stanju na tržištu osiguranja koje ovaj regulator objavljuje svake godine. Posebno su značajni podaci o učešću premije životnog osiguranja u bruto društvenom proizvodu i visini premije po glavi stanovnika. Oba ova pokazatelja će biti analizirana u daljem tekstu.

U oblasti životnog osiguranja u nama interesantnom periodu, periodu prije osnivanja prvih dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori – prije 2007. godine, zabilježeno je da učešće premije životnih osiguranja u bruto društvenom proizvodu (u daljem tekstu BDP) Crne Gore iznosilo 0,08%. Najmanje zabilježeno učešće bilo je u 2003. godini kada je iznosilo samo 0,01 BDP. Već 2007. godine, zabilježeno je značajno povećanje učešće premije životnih osiguranja u bruto društvenom proizvodu na 0,23% BDP, zatim: stagnacija uz malo smanjenje u 2008. godini na 0,22% BDP; rast u 2009. godini na 0,29% BDP; stagnacija uz malo smanjenje u 2010. godini na 0,27% BDP; stagnaciju u 2011. godini u iznosu od 0,27% BDP; vraćanje na najviše zabilježeni nivo u posmatranom periodu u 2012. godini od 0,29% BDP; povećanje u 2013. godini na iznos od 0,33% BDP, dalji rast u 2014. godini na 0,37% BDP; stagnaciju u 2015. i 2016. godini u kojima iznosi 0,36% BDP; pad u 2017. godini na 0,30% BDP; vraćanje na nivo iz 2013. godine od 0,33% BDP u 2018. godini; dalji rast na 0,35% BDP u 2019. godini.¹¹ Značajniji rast je zabilježen u 2020. godini, na nivo od 0,47% BDP, ipak, ne zbog naglog razvoja tržišta osiguranja života, već zbog velikog pada bruto društvenog proizvoda Crne Gore u ovoj godini. Štaviše, u ovoj godini je zabilježen pad u ukupnom iznosu naplaćenih premija u oblasti životnog osiguranja u odnosu na prethodnu godinu.¹²

Iz navedenih podataka se vidi da je tržište osiguranja života u Crnoj Gori na izuzetno niskom nivou u posmatranom periodu. Ukoliko se podaci o penetraciji životnog osiguranja u odnosu na BDP u Crnoj Gori poredi sa penetracijom neživotnog osiguranja u odnosu na BDP, može se odmah primijetiti

¹⁰ Z. Petrović, M. Počuča, R. Tepavac, „Ugovor o osiguranju života u pravu Crne Gore”, *Strani pravni život* 2/2012,151.

¹¹ Podaci su navedeni prema Izvještajima o tržištu osiguranja koje objavljuje Agencija za nadzor osiguranja Crne Gore. Izvještaji za svaku od navedenih godina su dostupni na linku: https://www.ano.me/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2&Itemid=69, datum pristupa 10. 04. 2022.

¹² Vid. Izvještaj o stanju na tržištu osiguranja u Crnoj Gori za 2020. godinu, dostupno na: https://www.ano.me/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=68&izvjestaji=2020&Itemid=69, datum pristupa 10. 04. 2022.

da su, u svim posmatranim godinama, podaci za neživotna osiguranja i do 8 puta veći. Ovakav rezultat nas ne svrstava u grupu zemalja koje imaju razvijene sisteme osiguranja. Razijene zemlje imaju daleko povoljniji odnos penetracije životnog i neživotnog osiguranja, koji je u nekim od najrazvijenijih zemalja i do 4 puta veći u odnosu na neživotna osiguranja. Tako npr. u Velikoj Britaniji učešće životnih osiguranja u BDP iznosi 12% u odnosu na 3% neživotnih osiguranja.¹³ U drugim razvijenim zemljama ovaj omjer nije toliko drastično suprotstavljen, tako da varira od zemlje do zemlje, ali je uobičajeno da je učešće životnog osiguranja na većem nivou u odnosu na neživotna, kao npr. u Švajcarskoj, Njemačkoj ili Grčkoj.

Ukoliko posmatramo parametar iznosa premije po glavi stanovnika u Crnoj Gori, dakle, parametar gustine osiguranja, on raste svake godine, iako moramo ukazati da je 2002. godine on iznosio 0 eura, dok je na početku refrentnog perioda, u 2007. godini, iznosio 9,53 eura. Radi preglednijeg prikaza, podaci će biti predstavljeni tabelarno.

Gustina osiguranja u Crnoj Gori (podaci u tabeli su iskazani u eurima)			
Godina	Životno	Neživotno	Ukupno
2007	9,53	72,76	82,29
2008	11,68	85,99	97,67
2009	12,87	91,48	104,35
2010	13,38	86,07	99,45
2011	14,48	89,14	103,62
2012	15,28	92,65	107,93
2013	17,54	99,83	117,37
2014	20,19	96,27	116,46
2015	20,8	102,9	123,6
2016	22,0	106,8	128,8
2017	22,8	108,6	131,4
2018	24,5	115,1	139,6
2019	27,5	124,8	152,3
2020	31,8	119,1	150,9

Prikazani podaci jasno ukazuju da se premija po glavi stanovnika u oblasti životnog osiguranja iz godine u godinu povećava, kao i da se u posmatranom period od 2007. do 2020. godine uvećala oko četiri puta. Ako ovaj podatak

¹³ Navedeno prema: Izvještaju o stanju na tržištu osiguranja u Crnoj Gori za 2008. godinu, dostupno na: https://www.ano.me/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=50:izvjestaji-2008&Itemid=69, datum pristupa 10. 04. 2022.

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

posmatramo u odnosu na 2002. godinu, kada je visina premije životnog osiguranja u Crnoj Gori iznosila 0 eura, jasno je da je napravljen veliki pomak u ovoj oblasti.

Ipak, ostaje pitanje učešća pojedinih oblika osiguranja koji nama jesu od značaja za poređenje dobrovoljnih penzionih fondova. Svojevrsno ograničenje predstavlja i način izvještavanja Agencije za nadzor osiguranja, čiji izvještaji iako naočigled imaju istu formu, često ne sadrže iste pokazatelje, prikazane po istim kriterijumima. Tako, sledeća tabela predstavlja agregirane podatke iz izvještaja ove Agencije u periodu od 2007. godine do 2021. godine.

Životna osiguranja u Crnoj Gori (podaci u tabeli su iskazani u eurima)					
Godina	Osig.života	Rentno osig.	Dopun.osig. lica	Ostale vrste	Ukupno životno
2007	-	-	-	-	5.907.138
2008	-	-	-	-	7.245.771
2009	-	-	-	-	8.086.671
2010	7.259.656	72.962	1.034.019	0	8.366.637
2011	7.792.446	73.656	1.175.535	15.220	9.056.856
2012	8.418.892	36.630	1.004.235	14.645	9.474.403
2013	9.499.848	49.230	1.313.963	13.065	10.876.106
2014	11.124.094	40.275	1.380.907	10.626	12.555.901
2015	11.545.502	36.010	1.330.213	13.560	12.925.285
2016	12.258.759	30.265	1.403.178	3.790	13.695.992
2017	12.639.596	42.730	1.482.548	1.330	14.166.204
2018	13.616.919	51.606	1.555.529	3.200	15.227.254
2019	15.370.843	82.916	1.673.970	3.000	17.130.729
2020	17.990.362	39.890	1.691.166	1.600	19.723.018

Jasno je da je ukupna premija u osiguranju života rasla iz godine u godinu. Ovo je zakonomjernost koja je odmah uočljiva. Ipak, to ne znači da su svi oblici životnih osiguranja u posmatranom periodu u Crnoj Gori rasli u istim okvirima. Dopunsko osiguranje lica je ono koje skoro da prati trend rasta osiguranja života i ukupnih iznosa u životnom osiguranju. Ipak, rentno osiguranje ne prati ove trendove, već značajno varira u posmatranom periodu i bilježi trendove pada ukupne premije.

3. Osnivanje dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori

Osnivanje dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori pratila je značajna aktivnost Komisije za hartije od vrijednosti (danas Komisije za tržište

kapitala),¹⁴ koja je odabrana da bude regulator koji će pratiti i kontrolisati rad ovih fondova na crnogorskom tržištu. Kako je već rečeno, nadzor nad tržištem osiguranja u Crnoj Gori povjeren je Agenciji za nadzor osiguranja Crne Gore.

Ipak, nijesu sve zemlje jugoistočne Evrope postupile na isti način. Neke su za regulatore odabrali centralne banke, dok su drugi stvorili posebna tijela koje u nadležnosti imaju kontrolu tržišta osiguranja i kapitala u okviru jedne institucije. Tako je u Srbiji u nadležnosti Narodne banke kontrola nad dobrovoljnim penzionim fondovima, ali interesantno i osiguranja, dok je u Hrvatskoj na primjer kontrola nad djelovanjem dobrovoljnih penzionih fondova, kao i tržišta osiguranja i kapitala u nadležnosti Hrvatske agencije za nadzor finansijskih usluga (HANFA). U ovom smislu postoji jasna razlika u pogledu načina uspostavljanja sistema kontrole nad tržištem dobrovoljnih penzionih fondova i tržišta osiguranja između posmatrane tri zemlje, ali smatramo da ona nije od posebnog ni presudnog značaja u smislu uticaja na status i položaj dobrovoljnih penzionih fondova u posmatranom aspektu u ovom radu.

Komisija za hartije od vrijednosti je na vrijeme donijela dvanaest podzakonskih akta koje je bila u obavezi da donese kako bi se mogao sprovesti Zakon o dobrovoljnim penzionim fondovima, a organizovala je i obuke za investicione menadžere penzionih fondova.¹⁵ Tako je i prva dozvola za rad za obavljanje kastodi poslova, koja obuhvata i dozvolu za obavljanje kastodi poslova za dobrovoljne penzione fondove, data krajem 2007. godine, čime su stvoreni i formalni preduslovi za davanje dozvola za rad društvima za upravljanje dobrovoljnim penzionim fondovima. Do kraja 2008. godine dato je još pet dozvola za rad za obavljanje kastodi poslova, od kojih su četiri obuhvatale i dozvolu za obavljanje kastodi poslova za dobrovoljne penzione fondove. Dakle, dovoljan broj pružalaca kastodi usluga je bio prisutan već u toku 2008. godine na crnogorskom tržištu, tako da ovo ne može biti razlog neuspjeha dobrovoljnih penzionih fondova.

U toku 2007. godine počele su i procedure osnivanja društava za upravljanje dobrovoljnim penzionim fondovima, tako da su u toku te godine dva društva emitovala akcije u iznosu potrebnom za osnivanje ovog akcionarskog društva.¹⁶ Dva društva za upravljanje dobrovoljnim penzionim fondovima su dobila dozvolu za rad 2008. godine, a prvi fond je osnovan iste godine, dok je

¹⁴ Naziv regulatora na tržištu hartija od vrijednosti promijenjen je donošenjem važećeg Zakona o tržištu kapitala, *Službeni list* CG, br. 1/18.

¹⁵ U toku 2007. godine 86 lica je steklo zvanje investicionog menadžera penzionih fondova. Vidi Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti iz 2007. godine, 2. Dostupno na: <https://www.scmn.me/images/files/Izvjestaji-o-radu-Komisije/Godisnji-izvjestaj-o-radu-Komisije-za-2007.pdf>, datum pristupa 10. 04. 2022.

¹⁶ Tako su u toku 2007. godine evidentirane emisije DZU NLB penzija i DZU Atlas penzija.

iste godine najavljeno osnivanje još jednog fonda.¹⁷ Od uvođenja dobrovoljnih penzionih fondova u pravni sistem Crne Gore, tri društva za upravljanje su dobila dozvolu za rad. Ipak, osnovana su samo dva fonda, dok je trećem društvu za upravljanje oduzeta dozvola za rad, koje je, iako brzo nakon osnivanja ponijelo zahtjev za davanje dozvole za osnivanje fonda, isti povuklo. Ovim su se stekli uslovi da Komisija za hartije od vrijednosti ovom društvu za upravljanje oduzme dozvolu za rad, jer nije u roku od 12 mjeseci od osnivanja počelo sa obavljanjem djelatnosti.¹⁸ Ako imamo u vidu veličinu crnogorskog tržišta, ili bolje reći ako imamo u vidu da je ovo tržište izuzetno malo, možemo da zaključimo i da je osnivanje samo dva fonda dovoljan preduslov za njihovo funkcionisanje, jer postoji konkurencija barem dva fonda, čime su se mogla ostvariti prava članova na promjenu fonda. Ipak, zaključak “dovoljan” je samo prelazna ocjena, tako da bi postojanje barem još jednog fonda, iako na malom tržištu kao što je crnogorsko, sigurno donijelo i veće benefite članovima fondova u tom periodu.

Još na samom početku rada fondova postojala je svijest o potrebi preduzimanja mjera za usvajanje posebnih olakšica ili uvođenje stimulativnih mjera, koje bi bile od značaja za poslovanje dobrovoljnih penzionih fondova. Ova potreba je jasno iskazana u izvješčaju o radu Komisije za hartije od vrijednosti za 2008. godinu.

Naravno, ukazivanje na potrebu preduzimanja mjera podrške, dodatno je razrađeno u dokumentu objavljenom pod nazivom “Analiza efekata uvođenja poreskih olakšica i državnih podsticaja za uplate članova u dobrovoljne penzione fondove”, koja je objavljena 2014. godine.¹⁹ U ovom dokumentu posebno se apostrofiralo stanje na tržištu dobrovoljnog penzionog osiguranja u Crnoj Gori, ali predstavljena su i uporedna iskustva zemalja regiona koja imaju neki od oblika podsticaja.

I pored ove detaljne analize koja je ukazivala na neophodnost uvođenja podsticaja, pozitivne i negativne efekte koje bi uvođenje nekog od oblika podsticaja imalo na rad dobrovoljnih penzionih fondova, kao i jasno predstavljanje potencijalnih izmjena zakonskih izvora u oblasti oporezivanja ili javnih finansija, ova analiza je ostala zaboravljena od strane zakonodavaca i nikad nije sprovedena u praksi.

Pitanje odnosa značaja finansijskih podsticaja u smislu poreskog tretmana ulaganja u dobrovoljne penzione fondove i zakonskog okvira posebno je razmatrano u literaturi, opet na primjeru Crne Gore. Igrum slučaja Crna Gora

¹⁷ Vid. Izvješčaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti iz 2008. godine, strana 43. Dostupno na: <https://www.scmn.me/images/files/Izvjestaji-o-radu-Komisije/Godisnji-izvjestaj-o-radu-Komisije-za-2008.pdf>, datum pristupa 10. 04. 2022.

¹⁸ Vid. čl. 19 st. 5 Zakona o dobrovoljnim penzionim fondovima.

¹⁹ Vid. Analiza efekata uvođenja poreskih olakšica i državnih podsticaja za uplate članova u dobrovoljne penzione fondove, objavljeno 2014. godine. Dostupno na: <https://www.gov.me/en/documents/962418f8-d8c1-4156-a6ba-e02d76982164>, datum pristupa 15. 06. 2022.

je jedina zemlja jugoistočne Evrope koja nije imala finansijske podsticaje za ulaganje, a da su pri tome pokazatelji ostalih ključnih faktora koji se smatraju odlučujućim za uspjeh dobrovoljnih penzionih fondova na istom nivou u posmatranim zemljama. Posmatrani socio-ekonomski faktori koji se u literaturi ističu kao značajni za uspjeh fondova nisu u posmatranim zemljama značajnije odstupali, baš kao ni pravci društvenog razvoja i karakteristike zakonodavnih okvira. Posebno je ukazano na konkretnom primjeru da finansijski stimulansi, bilo u obliku poreskih olakšica, bilo u obliku državnih subvencija individualnim ulagačima predstavljaju snažan faktor uticaja na uspjeh dobrovoljnog penzionog osiguranja.²⁰ U vrijeme ove analize tržište dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori je ocijenjeno kao daleko nerazvijenije od tržišta fondova u drugim zemljama jugoistočne Evrope. I pored toga dobrovoljni penzioneri su još uvijek poslovali na crnogorskom tržištu.

U poređeno posmatrano, u drugim državama bivše Jugoslavije, postoje podsticaji za ulaganje u dobrovoljne penzione fondove. U Hrvatskoj su to direktne budžetske subvencije koje se isplaćuju jednom godišnje u iznosu od 15% a maksimalno 750 kuna. U Srbiji su uplate do iznosa od 6.000 dinara mjesečno oslobođene poreza na zarade i doprinosa za socijalno osiguranje. Bile ove mjere dovoljno podsticajne ili ne, ipak one predstavljaju pokušaj države da stimuliše ulaganje i štednju u dobrovoljnim penzionim fondovima.²¹

Ako poredimo ova dva oblika stimulacije, mora se ukazati i na to da se direktne subvencije, koje se isplaćuju iz budžeta, mogu smatrati boljim, stimulativnijim, modelom jer su ovakva davanja sigurno za građane vidljivija od poreskih oslobođenja.

Prema dostupnim podacima u izvještajima Komisije za hartije od vrijednosti Crne Gore, porast vrijednosti obračunskih jedinica fondova kretao se dosta dobro, možda čak i više od očekivanog u prvoj godini poslovanja. Tako su oba fonda zabilježila rast vrijednosti obračunske jedinice veće od 15% u prvoj godini uplate doprinosa članova.²² Ipak, u izvještajima iz narednih godina, nema podataka o rastu vrijednosti obračunske jedinice. Prema dostupnim podacima, nakon 2011. godine nije zabilježen značajniji rast broja članova dobrovoljnih penzionih fondova. Veći fond je imao uvijek manje od 2200 članova, dok je manji fond uvijek bio na donjoj granici poslovanja, odnosno imao je malo

²⁰ Vid. V. Savković, N. Dožić, „Destimulativan zakonski okvir kao uzrok neuspjeha sustava dobrovoljnog mirovinskog osiguranja: studija crnogorskog slučaja kao pokazatelj važnosti finansijskih poticaja”, *Revija za Socijalnu politiku* 3/2018, 265-284.

²¹ Analiza efekata uvođenja poreskih olakšica i državnih podsticaja za uplate članova u dobrovoljne penzione fondove, objavljeno 2014, 10.

²² Vid. Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti iz 2009. godine, strana 39. Dostupno na: <https://www.scmn.me/images/files/Izvjestaji-o-radu-Komisije/Godisnji-izvjestaj-o-radu-Komisije-za-2009.pdf>, datum pristupa 10. 04. 2022.

preko 200 članova, koliko je zakonom predviđeni minimum članova otvorenog penzionog fonda.²³

Crnogorski dobrovoljni penzioni fondovi nijesu imali ograničenje u pogledu ograničenja iznosa ulaganja u inostranstvu (koje se obično u zakonima iskazuje u procentualnom iznosu), osim vrste hartija od vrijednosti u koje mogu ulagati, za razliku od ograničenja koja su nametnuta ovim fondovima u nekim zemljama regiona.

Uvedeni sistem je trebao ulagačima da pruži dodatnu sigurnost i mogućnost sticanja većeg povrata na investiciju u dobrovoljni penzioni fond od one koju bi ostvarili prostom štednjom u banci. Ipak teorijska očekivanja zasnovana na jasno postavljenim konceptima su jedno, dok je realnost pokazala značajno drugačije rezultate. Veći broj zemalja je zabilježio značajne probleme i izazove u poslovanju dobrovoljnih penzionih fondova, što je dovelo do lošijih rezultata u poslovanju privatnih penzionih fondova.²⁴

Značajna su bila i očekivanja da će dobrovoljni penzioni fondovi pozitivno uticati i na razvoj finansijskog tržišta, s obzirom na to da bi akumulirana sredstava ulagača ponovo investirali na tržištu hartija od vrijednosti i drugim finansijskim tržištima u Crnoj Gori. Dakle, očekivani su značajni multiplikativni efekti koji bi doveli do rasta cjelokupne crnogorske ekonomije.²⁵

4. Razlozi nestanka dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori

Prvi problemi u radu dobrovoljnih penzionih fondova u Crnoj Gori mogu se uočiti u 2015. godini. Komisija za hartije od vrijednosti je u septembru te godine uputila upozorenje o opstanku dobrovoljnih penzionih fondova. Upozoreno je na činjenicu da društva za upravljanje penzionim fondovima već godinama ostvaruju gubitke u poslovanju, što zahtijeva dokapitalizaciju društva, kao i da je zbog neuspjelih postupaka dokapitalizacije moguće da jedno društvo za upravljanje neće nastaviti poslovanje. Komisija za hartije od vrijednosti je te godine uputila zahtjev da se razmotri uvođenje podsticajnih uslova za 2016. godinu, ali se po tom pitanju nije našlo rješenje.

U drugim državama se često problematizuje i visina nadoknada koje naplaćuju društva za upravljanje, što svakako ima dodatnog negativnog usticaja

²³ Vid. čl. 30 st.1 Zakona o dobrovoljnim penzionim fondovima.

²⁴ Vid. Analizu Fiskalnog saveta Srbije, 15 godina privatnih penzijskih fondova u Srbiji, Dosadašnji razvoj i preporuka za reforme, 5.

²⁵ U tom smislu vid. B. Ruzgar, A. Akkaya, Examining efficiencies of private pension companies in Turkey with data envelopment analysis, 384, dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/267695450_EXAMINING_EFFICIENCIES_OF_PRIVATE_PENSION_COMPANIES_IN_TURKEY_WITH_DATA_ENVELOPMENT_ANALYSIS, datum pristupa 10. 05. 2022.

na opredjeljenje budućih ulagača. Ovi iznosi su na nivou od 1,25% imovine fondova na godišnjem nivou, a obično opravdavaju kao uobičajeni u poslovanju dobrovoljnih penzionih fondova. Ipak, ukazuje se da je ova visina naknade uobičajena kod stranih dobrovoljnih penzionih fondova koji imaju izuzetno diversifikovane portfelje na međunarodnom tržištu hartija od vrijednosti, što se ne može porediti sa ulaganjem u nacionalna tržišta obveznica i što bi dalo osnova zaključku da je naknada koju fondovi uobičajeno naplaćuju nesrazmjerno visoka. Ilustrativan je podatak da bi tokom ulaganja u trajanju dužem od 30 godina iznos naknade za upravljanje po jednom osiguraniku umanjio njegovu individualnu štednju u iznosu od oko 25%.²⁶ Ovo je cijena koštanja rada društva za upravljanje dobrovoljnih penzionih fondova, koje korisnici nijesu u potpunosti svjesni, odnosno njenih finansijskih efekata, jer se naplaćuje kao procenat akumulirane štednje svake godine, a samim tim jasno je da ima eksponencijalni efekat.²⁷

Fondovi koji su poslovali na teritoriji Crne Gore, uvijek su se nosili sa problemom malog broja članova fonda. Iako je donja granica broja članova postavljena dosta nisko, tj. minimalan broj članova otvorenog penzionog fonda je 200, manji fond je u toku svog poslovanja uvijek imao broj ulagača koji je tek dovoljan za ispunjavanje ovog minimalnog uslova. Posebno pitanje je i koliko je broja članova fonda su aktivni ulagači na godišnjem nivou.

Komisija za hartije od vrijednosti je, u toku 2016. godine, privremeno suspendovala dozvolu za rad jednom od društava za upravljanje, do otklanjanja nepravilnosti koje su uočene u radu ovog društva.

Situacija na tržištu dobrovoljnih penzionih fondova je kulminirala 2019. godine kada je Komisija za tržište kapitala (Komisija za hartije od vrijednosti)²⁸ oduzela dozvole za rad oba društava za upravljanje dobrovoljnim penzionim fondovima koji su poslovali na teritoriji Crne Gore.

Ovo je bio epilog višegodišnje kumulacije gubitaka društava za upravljanje penzionim fondovima i neuspjelih dokapitalizacija društava.

S obzirom da u Crnoj Gori nije bilo drugih fondova, jer su oba fonda bila u istom problemu, a oba društva za upravljanje dobrovoljnim penzionim fondovima su izgubila dozvolu za rad, Komisija za tržište kapitala nije mogla koristiti mogućnosti izbora novog društva za upravljanje fondovima. Prestankom rada tih društava, nije bilo moguće primijeniti odredbu Zakona po kojem Komisija obavještava članove fonda da su sami dužni da pređu u drugi fond,

²⁶ Vid. Analizu Fiskalnog saveta Srbije, 15 godina privatnih penzijskih fondova u Srbiji, Dosadašnji razvoj i preporuka za reforme, 7.

²⁷ *Ibid.*, 8.

²⁸ Donošenjem Zakona o tržištu kapitala, (*Službeni list CG*, broj 1/18) promijenjen je naziv regulatora koji vrši nadzor na tržištu kapitala u Crnoj Gori, tako da je u daljem tekstu rada u upotrebi novi naziv – Komisija za tržište kapitala.

u slučaju kada se ni jedno društvo za upravljanje ne javi na javni poziv, a da će ona sama prerasporedi lica koja nisu na vrijeme postupila po datom uputstvu Komisije.²⁹

Jedina opcija, koja je preostala po Zakonu o dobrovoljnim penzionim fondovima, bila je da se pristupi pokretanju postupka likvidacije fondova. U članu 63 stav 5 Zakona o dobrovoljnim penzionim fondovima propisano je da, ukoliko se članovi fonda ne mogu rasporediti u neki drugi penzionni fond sa sjedištem u Crnoj Gori, Komisija će pokrenuti postupak likvidacije penzionog fonda u skladu sa zakonom kojim se uređuje insolventnost privrednih društava.

U skladu sa odredbama člana 158 Zakona o stečaju,³⁰ u slučajevima kada sud naloži likvidaciju na osnovu drugih propisa, likvidacija će se sprovesti u skladu sa odredbama tog zakona, pa je Komisija morala podnijeti predlog za otvaranje postupka sudske likvidacije.

Postupak likvidacije nije brzo završen. Privredni sud je odbio zahtjev Komisije za tržište kapitala za pokretanje postupka sudske likvidacije u prvom slučaju koji je pokrenut pred ovim sudom. Postupak je pokrenut u ponovljenom postupku, nakon odluke Apelacionog suda. U drugom slučaju, postupak je pokrenut odmah nakon podnošenja predloga za pokretanje postupka od strane Komisije za tržište kapitala. U oba slučaja imenovan je isti likvidacioni upravnik.³¹

Nakon likvidacije ovih fondova nije bilo pokušaja osnivanja društava za upravljanje penzionim fondovima, a time ni mogućnosti osnivanja novih penzionih fondova na tržištu Crne Gore.

Dakle, „bezbolna reforma“ je prošla „slavno“, a licima koja su godinama ulagala doprinose, mogao je ostati samo gorak ukus u ustima. Da li bi danas ta lica nakon ovakvog iskustva ikada pristupila nekom novom penzionom fondu, ostaje pitanje na koje se teško može dati pozitivan odgovor. Čak i u sredini koja nije toliko obrazovana o prilikama na tržištu kapitala i mogućnostima za štednju za starost, licima koja su prepoznala priliku za ovaj vid ulaganja ne može lako pasti odluka da se opet upuste u istu avanturu u slučaju osnivanja novih dobrovoljnih penzionih fondova.

5. Umjesto zaključka

Čime pravdati stanje na tržištu štednje za starost. Opradanje je svakako potrebno, posebno ako imamo u vidu iznesene pokazatelje u oblasti životnog osiguranja, i nepostojanje dobrovoljnih penzionih fondova.

²⁹ Vid. čl. 62, 63 Zakona o dobrovoljnim penzionim fondovima.

³⁰ Zakon o stečaju, *Službeni list CG*, br. 001/11, 053/16, 032/18, 062/18 i 001/22.

³¹ Vidi Izvještaj o radu Komisije za hartije od vrijednosti iz 2020. godine, str. 52-54. Dostupno na: https://www.scmn.me/images/files/Izvjestaji-o-radu-Komisije/KTK_2021.pdf, datum pristupa 10. 04. 2022.

Rast iznosa ukupno naplaćene premije životnog osiguranja i njegovog učešća u ukupno naplaćenju premiji osiguranja je bila neminovnost, ako imamo u vidu da 2002. godine gotovo da i nije bilo naplaćenih premija životnog osiguranja u Crnoj Gori.

Uparedno posmatrano, situacija nije bolja ni u državama bivše Jugoslavije, jer učešće premije životnog osiguranja u ukupno naplaćenju premiji nije na mnogo boljem novou.

U teoriji se obično iznose razlozi koji imaju odlučujući uticaj na razvoj tržišta životnog osiguranja. Prihod po glavi stanovnika, inflacija i razvoj bankarskog sektora su najčešći indikatori koji ukazuju na mogućnost veće potrošnje u oblasti životnog osiguranja. Stabilnost monetarnog tržišta i razvijenost bankarskog sistema su razlozi koji generalno utiču na potencijalnu štednju građana koja se mora ostvariti i na tržištu životnog osiguranja.³²

Kada rast nije poželjan rast – kada je iznuđen rast odnosno kad je “vještački” rast. Rast premija životnog osiguranja u Crnoj Gori, slično kao i u zemljama zapadnog Balkana, možemo najvećim dijelom pripisati i povećanju kreditne zaduženosti građana. Obavezno osiguranje života, kao jedan od oblika obezbjeđenja potraživanja banke po ugovoru o kreditu, predstavlja jedan od glavnih razloga zašto je u posmatranom periodu i došlo do povećane potrošnje građana na tržištu životnog osiguranja.

Nažalost, još uvijek nijesmo dostigli zadovoljavajući nivo ličnih prihoda građana kada bi odluka o ulaganju u osiguranje života bila ekonomski zasnovana odluka o ulaganju kao vidu štednje za starost. Nažalost, “dobrovoljnost” osiguranja života je često talac visine dodatne kamate koju banka predlaže za klijentu u slučaju kada on optira da ne zaključi osiguranje života. Iako je osiguranje života u funkciji obezbjeđenja kredita najčešće zaključivan ugovor u osiguranju života, koji posebno štiti klijenta od rizika, ako postoji jeftinija opcija, plaćanjem dodatne kamate banci, klijent će svjesno preuzeti rizik koji bi pokrio polisom osiguranja života, ukoliko je ta opcija umjesto dodatne kamate i malo jeftinija za njega. U drugim slučajevima, banka često koristi nemogućnost klijenta da dobije osiguranje života kako bi naplatila dodatnu kamatu, usljed nepostojanja traženog sredstva obezbjeđenja, koje bi možda i radije platio nego dodatnu kamatu banci, jer bi ugovaranjem osiguranja života prenio svoj rizik na osiguravajuću kompaniju.

Danas i pored toga što u Crnoj Gori više nije dostupna mogućnost ulaganja u dobrovoljne penzije fondove postoji mogućnost štednje za starost na tržištu životnog osiguranja.

Naravno, ni u ovom obliku ulaganja nema stimulacija od strane crnogorske države. U Srbiji one postoje barem u oblasti dobrovoljnih penzionih

³² T. Beck, I. Webb, I., “Economic, Demographic, and Institutional Determinants of Life Insurance Consumption across Countries”, *The World Bank Economic Review* 1/2003, 51-88.

fondova, iako su izostale u oblasti osiguranja života. U drugim zemljama podsticaji za ulaganje u starost prisutni su u bankarskom sektoru, sektoru osiguranja i/ili sektoru dobrovoljnih penzionih fondova. Ove države su prepoznale potrebu stimulacije stanovništva za štednju za starost i opredijelile se da podsticaje za ulaganje za starost daju u nekoliko sektora koji pružaju mogućnost štednje za starost.

Nepravедno bi bilo reći da država nije prepoznala mogućnosti i potrebu stimulacije štednje građana, ali evidentno je da je ona do sada izostala.

Kao i u oblasti dobrovoljnih penzionih fondova, stimulacija ulaganja je neophodna i u drugim oblicima štednje za starost, kako bi država pokazala stanovništvu da je potrebno obezbjediti dodatne prihode u starosti osim onih koji će doći od državnog penzionog fonda, a sa druge strane ovakve mjere države će ukazati na njenu vjeru u moguće sisteme štednje, što može biti od posebnog značaja, s obzirom na nizak nivo finansijske pismenosti stanovništva i uvriježeno nepovjerenje u finansijski sistem. Jedno istraživanje u Hrvatskoj je pokazalo da je 54% radno aktivnog stanovništva penzijski (finansijski) nepismeno, a ovu grupu odlikuje to da su im lična primanja i prihodi po članu domaćinstva značajno niži, da su manjeg stepena obrazovanja i dr. Ovo istraživanje je pokazalo da ova lica imaju znatno negativnije stavove po pitanju svih oblika štednje.³³ Takođe, u literaturi je jasno ukazano na potrebu sprovođenja kampanja finansijskog obrazovanja stanovništva koje bi trebalo sprovoditi na zabavan način, prilagođen različitim društvenim grupama.³⁴

Nadamo se da bi podsticajne mjere za ulaganje mogle u Crnoj Gori pokrenuti tržište dobrovoljnih penzionih fondova koje je već par godina na „nezasluženom odmoru“, ali i na povećanje ulaganja građana u druge oblike štednje za starost, jer su oni neminovno potrebni svima u godinama koje dolaze.

Naravno, najznačajnije lekcije koje su naučene nakon posljednje dvije ekonomske krize, a koje treba da predstavljaju ideju vodilju u narednom period, jesu da je u oblasti dobrovoljnih penzionih fondova potrebno ojačati pravila u oblasti državne kontrole ovog sektora i ojačati državne restrikcije po pitanju slobode ulaganja dobrovoljnih penzionih fondova. Najveći gubitnici u oblasti dobrovoljnih penzionih fondova, u proteklom periodu, su bili iz država u kojima je omogućeno značajno ulaganje u akcije, dok su najmanji gubitci prijavljeni od strane fondova u državama u kojima su ulaganja u značajnijem iznosu bila ograničena na državne obveznice.³⁵

³³ I. Škreblić Kirbiš, I. Tomić, M. Vehovec, “Mirovinska pismenost i štednja za treću životnu dob”, *Revija za socijalnu politiku* 2/2011, 143.

³⁴ M. Vehovec, „Financijska i mirovinska pismenost: međunarodna iskustva i prijedlozi za Hrvatsku”, *Privredna kretanja i ekonomska politika* 129/2011, 82.

³⁵ B. Ebbinghaus, “The Governance and Regulation of Private Pensions in Europe”, *The Varieties of Pension Governance*, Oxford University press, 2011, 381.

Podsticajne mjere su potrebne i u oblasti osiguranja života, s obzirom na to da su sredstva prikupljena o premija dalji izvor kreditiranja i investiranja. S obzirom na značaj koji životno osiguranje ima za privredu svake države, u najvećem broju zemalja premije životnog osiguranja su oslobođene poreza.³⁶

Glavni problem za oba tržišta, osiguranja života i dobrovoljnog penzionog osiguranja, ostaje i dalje nedovoljno razvijeno tržište hartija od vrijednosti. S obzirom na nedovoljnu razvijenost tržišta hartija od vrijednosti u oba sektora štednje za starost javiče se isti problem sa nedostatkom prilika za ulaganje, koje su dosta ograničene. Ipak, osiguravajuće organizacije u Crnoj Gori su prepoznate kao jedan od institucionalnih investitora na tržištu hartija od vrijednosti, čija ulaganja rastu svake godine, tako da je ta njihova uloga kao institucionalnog investitora koji ulaže u dugoročna sredstva na tržištu sve važnija.³⁷

* * *

VOLUNTARY PENSION FUNDS IN MONTENEGRO
– is the life insurance the only alternative left for
old-age savings in Montenegro-

Summary

The author explains the need for the establishment of the voluntary pensions' funds in Montenegro, and their development, problems in functioning up until their disappearance form Montenegrin market. The author is presenting the legislative framework of the Montenegro and testing if its insufficiencies were the reason for nonexistence of these funds today. The aim is also to reflect on the status of the life insurance as the one of the main competitors to voluntary pension schemes regarding the old-age savings, the effect of the founding of these funds and their disappearance, and to present the status of the life insurance in Montenegro today. The author presents main economic indicators in life insurance industry in order to test is there a significant effect of establishment and disappearance of the voluntary pension funds on this type of insurance.

Key words: pension funds, pension reform, voluntary pension funds.

³⁶ Z. Petrović, M. Počuča, R. Tepavac, 151.

³⁷ J. Tomašević, M. Novović Burić, Lj. Kaščelan, V. Kaščelan, "Impact of premium reserve on Life insurance investments in the Western Balkans", *Serbian Journal of Management* 2/2021, 372.

Mirjana Glintić*

OBAVLJANJE POSLOVA KOJI NISU POSLOVI OSIGURANJA OD STRANE OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA

Apstrakt

Brojna nacionalna zakonodavstva, pod uticajem komunitarnog prava, sadrže pravila o zabrani obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja. Ipak, poslovna realnost i tržišne zakonitosti zahtevaju izmenu navedenih pravila, što bi omogućilo bolje pozicioniranje osiguravajućih društava na tržištu. U pojedinim državama, pre svega Nemačkoj i Švajcarskoj, postepeno se uvode fleksibilnija pravila u ovoj oblasti, jer sve više dolazi do izražaja stav, i pod uticajem Evropskog suda pravde, da obavljanje poslova koji nisu poslovi osiguranja ne znači nužno ugrožavanje interesa osiguranika, koji sa osiguravajućim društvom ima zaključen ugovor o osiguranju. Promene se kreću u pravcu dozvoljavanja obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja pod uslovom da ne ugrožavaju solventnost osiguravajućeg društva.

Srpsko zakonodavstvo u ovom trenutku ima samo okvirne odredbe o mogućnosti osiguravajućih društava da obavljaju poslove koji nisu poslovi osiguranja. Međutim, nije isključno da će usled implementacije Solventnosti II neka od ovih pravila biti uvedena u naše zakonodavstvo, iako su, bar po mišljenju autorke, nepotrebna i necelishodna.

Ključne reči: *Solventnost II, poslovi osiguranja, poslovi koji nisu poslovi osiguranja, osiguravajuće društvo, nadzor.*

1. Uvod

Pozicioniranje na tržištu osiguranja zahteva od osiguravajućih društava posedovanje efikasnog sistema upravljanja rizicima. Navedno pravilo uvedeno je putem Direktive Solventnost II,¹ koja je na snazi od 2016. godine, a koja zahteva da osiguravajuća društva imaju efikasan sistem upravljanja rizicima koji sadrži

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, e-mail: m.glintic@iup.rs

¹ Direktiva 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Veća od 25. 11. 2009. godine o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja, OJ L 335, 17.12.2009 – Solventnost II.

strategije, procese i postupke za redovno otkrivanje, merenje i praćenje rizika, upravljanje rizicima i izveštavanje o onima koji su se ostvarili, kao i o njihovoj međusobnoj zavisnosti.² Nacionalni zakonodavci su ovaj sistem upravljanja osiguravajućim društvima shvatili na taj način da osiguravajućim društvima treba zabraniti da se bave bilo kojim poslovima koji nisu poslovi osiguranja, jer sebe dovode u poziciju da nisu u mogućnosti da upravljaju rizicima, čime se direktno ugrožavaju interesi njihovih osiguranika.

2. Zabrana obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja

Poslovanje osiguravajućih društava podrazumeva brojne druge dodatne aktivnosti, kao što su sprovođenje određenih obračuna, ulaganje i upravljanje imovinom.³ U brojnim nacionalnim zakonodavstvima važi zabrana obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja od strane osiguravajućih društava.⁴ Ta zabrana znači da se osiguravajuća društva ne mogu pojaviti na tržištu kao, recimo, proizvođači auto-delova ili kao pružaoci nekih drugih usluga, uključujući i bankarske i druge finansijske usluge sa kojima ne postoji direktna veza.⁵ Osiguravajuća društva, dakle, mogu da preduzimaju samo poslove koji predstavljaju poslove osiguranja ili eventualno i poslove koji su sa njima povezani.⁶

² M. Sokić, „Unapređenje sistema upravljanja rizicima u osiguravajućoj kompaniji“, *Tokovi osiguranja* 3/2018, 43. Takođe, vid. V. Čolović, „Upravljanje rizikom u privrednim društvima“, *Časopis za ekonomiju i tržišne komunikacije* 2/2015, 238 – 239.

³ Ako osiguravajuće društvo ponudi nekom drugom privrednom društvu svoj know how u oblasti investicija, smatraće se da se radi o poslovima osiguranja samo onda kada se savetovanje odnosi na transakcije osiguranja koje imaju investicioni karakter. Vid. detaljnije H. Brachmann, „Geschäfte eines Versicherers im Kapitalanlagebereich“, *Zeitschrift für Versicherungswesen*, 2001, 612.

⁴ Pored nacionalnih zakona, ova zabrana je našla svoje mesto i u Solventnosti II i Sporazum između Švajcarske konfederacije i Evropske ekonomske zajednice o direktnom osiguranju, sem osiguranja života - Odluka br. 1/2018 Zajedničkog odbora EU – Švajcarska od 3. jula 2018. o izmeni priloga Sporazumu i protokola uz Sporazum između Evropske ekonomske zajednice i Švajcarske Konfederacije o direktnom osiguranju osim životnog osiguranja i o potvrđivanju usklađenosti domaćeg zakonodavstva ugovornih stranaka s tim Sporazumom, OJ C 255, 20. 07. 2018.

⁵ P. Pohlman, „Vorschriften für die Erstversicherung und die Rückversicherung“, *Versicherungsaufsichtsgesetz- Kommentar* (Hrsg. D. Kaulbach, G. Bähr, P. Pohlmann), C. H. Beck, München 2019, 185 - 186.

⁶ Takva odredba je, primera radi, sadržana u §15 nemačkog Zakona o nadzoru osiguranja - *BGBI. I S. 434*. Potom, tako je i švajcarski Savezni ustavni sud stao na stanovište da Švajcarska agencija za nadzor nad finansijskim tržištem (FINMA) ne bi bila u mogućnosti da sprovodi svoju nadzornu funkciju kada bi osiguravajuće društvo obavljalo i poslove koji nisu poslovi osiguranja. BGE 94 I 616.

Srpsko zakonodavstvo propisuje da se osiguravajuća društva bave poslovima osiguranja,⁷ a da za poslove ulaganja u druga pravna lica moraju dobiti prethodnu saglasnost Narodne banke Srbije.⁸ Moglo bi se reći da se srpsko zakonodavstvo i ne bavi pitanjem da li osiguravajuća društva mogu obavljati poslove koji nisu poslovi osiguranja. Međutim, kako je pod uticajem Solventnosti II, iako možda pogrešno interpretirana, opšte rasprostranjena zabrana obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja, nije isključeno da će pomenuti trend eksplicitno biti naveden i u našim propisima.⁹

Osnovno obrazloženje zakonodavaca u pogledu ovih zabrana jeste da oni na taj način nastoje da zaštite interese osiguranika koji su zaključili ugovore o osiguranju sa osiguravajućim društvima, a koji bi mogli da budu finansijski ugroženi obavljanjem drugih privrednih aktivnosti.¹⁰ U suprotnom bi se, po mišljenju zakonodavaca, moglo desiti da dodatni finansijski rizici ugroze solventnost osiguravajućeg društva, pa samim tim i osiguranike.¹¹ Da bi osiguravajuća društva mogla da vrše svoju osnovnu funkciju, neophodno je da u svakom trenutku raspoložu dovoljnim iznosom sredstava za pokriće dospelih obaveza, čime se postiže normalan rad i njihovo funkcionisanje. Osim toga, ograničavanjem osiguravajućih društava samo na jedan privredni sektor, postiže se i lična zaštita osiguravajućeg društva, zaštita sistema njegovog poslovanje, ali i reputacije.¹²

Ipak u poslovnoj praksi se često dešava da u kontakt dođu i da saraduju osiguravajuća društva i privredna društva koja se ne bave poslovima osiguranja. Dešava se često i da osiguravajuća društva osnivaju ćerke firme ili investiraju i osnivaju zajedničke firme sa drugim firmama, koje često nisu iz iste branše. Tako

⁷ Čl. 5 i 20 Zakona o osiguranju – ZO, *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014, 44/2021.

⁸ Čl. 68, st. 1 ZO.

⁹ U ovom trenutku čl. 24 ZO tačno navodi poslove koje osiguravajuće društvo može obavljati, ali reč je o poslovima koji su nedvosmisleno neophodni za obavljanje poslova osiguranja: poslovi procene rizika i šteta, poslovi posredovanja radi prodaje i prodaju osiguranih oštećenih stvari koje pripadaju osiguravaču po osnovu izvršavanja ugovora o osiguranju i preduzimanje mera radi sprečavanja i otklanjanja opasnosti koje ugrožavaju osiguranu imovinu i lica, kao i obavljanje drugih poslova predviđenih zakonom.

¹⁰ Do toga bi moglo da dođe kada bi osiguravajuće društvo zapalo u finansijske probleme obavljanjem drugih delatnosti, pa potom potegne za rezervama osiguravajućeg društvo kako bi pokrio nastali finansijski nedostatak. Upor. M. Dreher, C. Ballmaier, „Der Dienstleistungsvertrag bei Auslagerung nach § 64a Abs. 4 VAG“, *Versicherungsrecht*, 2014, 8, 12.

¹¹ I srpski zakonodavac proklamuje načelo zaštite interesa osiguranika kao jedno od osnovnih u čl. 15 ZO.

¹² <https://caplaw.ch/2021/are-insurers-permitted-to-operate-innovative-business-models/#more-2732>, datum pristupa 12. 06. 2022.

u Nemačkoj postoji saradnja između reosiguravača *Munich Re* i proizvođačem mašina *Trumpf*.¹³ Tu je i primer konsultantske firme *FlexFactory*, koju su zajedno osnovali *MHP*, *Porsche* i reosiguravač *Munich Re*, a koja ima za cilj prenošenje *know-how* za uspostavljanje fleksibilne proizvodnje.¹⁴ Pritom, reosiguravač *Munich Re* treba ne samo da obezbedi finansijske modele i modele osiguranja, već i da preuzme garanciju učinka.

Ovo su samo neki od primera iz realnog tržišnog života, koji sve više signaliziraju da je navedena zabrana obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja neusklađena sa tokom vremena i poslovnom realnošću. Sa jedne strane, razvoj novih tehnologija, novih trendova, porast broja novih konkurenata u vidu *big data* kompanije dovode u pitanje postojeće metode poslovanja osiguravajućih i reosiguravajućih društava. Sa druge strane, osiguravajuća društva nastoje da razviju proizvode koji su u potpunosti usmereni na osiguranike kako bi povećali efikasnost svog poslovnog procesa. Jasno je da se dozvoljavanjem obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja povećava konkurentnost sektora osiguranja i podstrekavaju se inovativni poslovni modeli.¹⁵

3. Posledice zabrane obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja na privrednu delatnost osiguravajućih društava

Iako eksplicitno navedena u brojnim propisima, zabrana osiguravajućim društvima da obavljaju poslova koji nisu poslovi osiguranja vode ka brojnim nedoumicama. Možda najveći izazov predstavlja nedostatak definicije u vezi sa tim šta su tačno poslovi koji nisu poslovi osiguranja, što otežava povlačenje crte između dozvoljenih i nedozvoljenih aktivnosti. Čiste finansijske transakcije koje ne služe za obezbeđenje i ispunjenje ugovora o osiguranju ili koji ne predstavljaju uobičajene aktivnosti na tržištu osiguranja bi se mogle okvirno okarakterisati kao poslovi koji nisu poslovi osiguranja.¹⁶

¹³ <https://newsroom.porsche.com/en/2020/company/porsche-mhp-munich-re-joint-venture-flexfactory-22901.html>, <https://insurtechdigital.com/technology-and-ai/munich-re-enters-joint-venture-porsche>, datum pristupa 20.06.2022.

¹⁴ Kompanije *Flex Factory* ima za cilj da obezbedi proizvodnju male serije različitih proizvoda. Ovaj joint venture nema svoje proizvodna postrojenja, već je sve usmereno na uspostavljanje fleksibilnog lanca proizvodnje davanjem saveta i *know-how-a*, kao i pružanje podrške prilikom aktuelne implementacije specifičnih potrošačkih projekata.

¹⁵ Za stavove eksperata koji su se izrazili za ukidanje ove odredbe, vid. Expertengruppe Finanzmarktaufsicht, *Finanzmarktregulierung und -Aufsicht in der Schweiz (Banken, Versicherungen, Allfinanz und Finanzkonglomerate, andere Finanzdienstleistungen)*, Zürich 2000, 48.

¹⁶ Zanimljivo je pritom da kapitalne investicije predstavljaju jedan od osnovnih finansijskih delatnosti osiguravajućih društava, tako da zakonodavci u tome ne vide povredu zabrane obavljanja aktivnosti koje nisu poslovi osiguranja. Izuzetak predstavljaju

Potom je tu suštinsko pitanje u kojoj meri osiguravajuće društvo sme da ima udele u drugim privrednim društvima, a naročito u onim slučajevima kada se to drugo privredno društvo ne bavi poslovima osiguranja.¹⁷ Kao i da li je zabrana obavljanja poslova osiguranja takvog karaktera da se ima primeniti samo na osiguravajuće društvo, ali ne i na ćerke firme koje osnuje.¹⁸ Ono što predstavlja problem jeste što Solventnost II ne daje odgovor niti kakve smernice za odgovor na navedena pitanja.

U dve svoje odluke o članu 8 stav 1 Direktive 73/239/EEZ¹⁹ Evropski sud pravde je zauzeo stanovište da osiguravajućim društvima nije zabranjeno da učestvuju sa udelima u takvim privrednim društvima, dok god ulozi ne prelaze iznose sopstvenih sredstava osiguravajućih društava.²⁰ Dakle, manjinsko učešće u društvima kapitala ne izlaže osiguravajuća društva nepodnošljivom finansijskom riziku. Navedene odluke Suda dodatno govore u prilog činjenici da se ponovo moraju preispitati ograničenja iz nacionalnih i komunitarnih propisa. To naročito važi dok god finansijski rizici poslova koji nisu poslovi osiguranja idu na teret firme u kojoj osiguravajuće društvo ima svoje udele.²¹ Ono na šta se Sud pak fokusirao jeste da li učešće prevazilazi sopstvena sredstva i da li je odgovornost ograničena spram veličini ulaganja, bez uzimanja u obzir koje su konkretne aktivnosti tog centralnog privrednog društva i koji je tačan uticaj imalo svako od osiguravajućih društava koje je imalo učešće u glavnom privrednom društvu.²²

situacije u kojima je rizik koji prati investicije prevelik. Vid. detaljnije Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, *Hinweise zur Anlage des gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen*, Zürich 2011, 31.

¹⁷ P. Präve, „Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte“, *Ein Leben mit der Versicherungswissenschaft: Festschrift für Helmut Schirmer* (Hrsg. T. Bielefeld, S. Marlow), Karlsruhe 2005, 489, 495.

¹⁸ Upor. M. Wolf, „Die Beteiligung von Versicherungsunternehmen an Gesellschaften anderer Wirtschaftszweige – Eine Untersuchung zur Reichweite des Verbots „versicherungsfremder Geschäfte“ auf der Basis der neueren EuGH-Rechtsprechung am Beispiel von Beteiligungen an Finanzdienstleistungsgesellschaften“, *Wirtschafts- und Bankrecht*, 2003, 1058, 1060.

¹⁹ Prva direktiva Veća o usklađivanju zakona i drugih propisa koji u odnosu na osnivanje i obavljanje poslova direktnog osiguranja osim osiguranja života od 24. 07. 1973, OJ L 228, 16. 08. 1973.

²⁰ EuGH 21.09.2000, Az. Rs C-109/99, VersR 2001, 313, 315, EuGH 20.04.1999, Az. Rs C-241/97, VersR 1999, 1089, 1090. Slični stavovi se mogu naći i u nemačkoj literaturi u pogledu ograničenja iz Zakona o nadzoru osiguranja: P. Präve, 489, 494.

²¹ M. Wolf, 1058, 1060.

²² U literaturi se odlazi i korak dalje u tumačenju ove odluke Suda u smislu dozvoljavanja i većinskog učešća u privrednim društvima koji se ne bave poslovima osiguranja, ako se time ne ugrožava solventnost osiguravajućeg društva. *Ibid.*

Međutim, kršenje zabrane preduzimanja poslova koji nisu poslovi osiguranja može se pretpostaviti kada osiguravajuće društvo postane partner sa neograničenom odgovornošću u komanditnom društvu ili otvorenom akcionarskom društvu.²³ Razlog za to je taj da bi osiguravajuće društvo u ovim formama privrednih društava ne samo snosilo finansijske rizike poslovanja, koji prevazilaze iznose njegovih ulaganja, već bi imalo i određena ovlašćenja u vezi sa upravljanjem privrednim društvom.²⁴ Svi oblici društava kapitala u kojima bi osiguravajuće društvo vodilo drugo privredno društvo, određivalo mu politiku poslovanja, shvataju se kao oblici povrede zabrane obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja, jer se kod njih može shvatiti da navedene aktivnosti obavlja osiguravajuće društvo, iako će ih zapravo obavljati privredno društvo kojim osiguravajuće društvo upravlja.²⁵

Slučajevi u kojima osiguravajuća društva osnivaju ćerke firme koje se ne bave poslovima osiguranja sa privrednim društvima koja nisu u oblasti osiguranja, imaju veliki praktični značaj. Zavisno od toga kako je definisana odgovornost osiguravanih u ovim slučajevima i od toga koja ovlašćenja ima u upravljanju ćerkom firmom, trebalo bi se određivati u pogledu mogućnosti da osiguravači i privredna društva van delatnosti osiguranja rade zajedno u smislu zajedničkih ulaganja. Ovlašćenja koja bi osiguravajuće društvo imalo u vezi sa davanjem uputstava odboru direktora zavisnog društva,²⁶ potom obaveze u pogledu pokrivanja godišnjih finansijskih rashoda ćerke firme ukazuju da finansijski rizici osiguravajućeg društva nisu samo ulaganja njihovih slobodnih sopstvenih sredstava. To dalje ukazuje da zaključenje svakog od ovih ugovora sa zavisnim privrednim društvom znači izloženost osiguravajućeg društva finansijskim rizicima i ugrožavanje njegove solventnosti.²⁷ Reč je o rizicima koji prevazilaze rizike ulaganja tako da zabrana preuzimanje poslova koji nisu poslovi osiguranja može stati na putu ovim aktivnostima osiguravajućeg društva.²⁸ Isto važi i za slučajeve davanja garancija za poslovanje ćerki firmi koje se ne bave poslovima osiguranja. Tada se smatra da postoji prevelika ugroženost

²³ P. Präve, 489, 495.

²⁴ D. Leuring, *Der Erwerb von Beteiligungen durch Versicherungsunternehmen anderer Wirtschaftszweige: Eine Betrachtung nach dem VAG und dem KWG*, Karlsruhe 1997, 103.

²⁵ Primer za to bi mogao da bude koncern sa elementima dominacije nastao na osnovu ugovora o vođenju poslova društva, sa svim posledicama o formi uprave takvog koncerna. Vid. detaljnije V. Krulj, *Pravni režim i oblici koncentracija u privredi*, Savremena administracija, Beograd 1978, 148.

²⁶ D. Leuring, 110.

²⁷ M. Bormann, *Organisatorische Verflechtungen bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen*, Göttingen 1999, 67.

²⁸ D. Leuring, 107.

solventnosti osiguravajućeg društva.²⁹ Drugačije je, odnosno dozvoljeno je kada je reč o ćerkama kompanijama koje se bave poslovima osiguranja.

Ono što je zasigurno isključeno kao mogućnost jeste učešće u privrednim društvima koja se ne bave poslovima osiguranja, a koja su u formi osiguranja lica, gde bi osiguravajuće društvo neograničeno odgovaralo svojom imovinom.³⁰

4. Uticaj Solventnosti II na uvođenje zabrane obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja

U državama članicama u kojima važi zabrana obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja ona zapravo vodi poreklo od člana 18 stav 1 tačka a direktive Solventnost II.³¹ Poslovanje ne samo osiguravajućih društava, već i kreditnih institucija i institucija koja se bave hartijama od vrednosti, nalaze se pod kontrolom državnih nadzornih tela. U tom kontekstu su od posebnog značaja odredbe direktiva Bazela I i Bazela II.³² Principi ustanovljeni u ovim propisima poslužili su kao orijentiri i za Solventnost II, što se vidi na nekoliko aspekata. Kao prvo, tu je koncept Tri stuba, koji se nalazi u osnovi sprovođenja nadzora nad poslovanjem banaka, a koji je svoje mesto našao i u Solventnosti II.³³ Da je evropski zakonodavac uredio sistem nadzora nad poslovanjem društava za osiguranje po uzoru na sistem nadzora nad poslovanjem kreditnih institucija, jasno je po i tome kako je izvršena kategorizacija sopstvenih sredstava. Ona se, i u pravu nadzora nad poslovanjem osiguravajućih društava i nad poslovanjem kreditnih institucija, mogu klasifikovati u različite klase prema kvalitetu.

Evropski zakonodavac nije u potpunosti uspeo da pravila o nadzoru nad poslovanjem banaka prenese u Solventnost II. Razlog za to je različit značaj sopstvenog kapitala za kreditne institucije i privredna društva koja se bave hartijama od vrednosti, sa jedne strane, i za osiguravajuća društva, sa druge strane. Prilikom propisivanja pravila o sopstvenim sredstvima relevantna je riziko situacija te institucije, što je princip predviđen i u Solventnosti II.³⁴

²⁹ D. Kaulbach, „Patronatserklärung in der Versicherungsaufsicht“, *Versicherungsrecht*, 1997, 286.

³⁰ P. Pohlman, 188.

³¹ Direktiva 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Veća od 25. 11. 2009. godine o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja, *Službeni list Evropske unije* L 335 /1.

³² Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, Basel 2004.

³³ O Solventnosti II vid. detaljnije I. Tošić, „Nadzor osiguranja – Direktiva Solventnost II“, *Strani pravni život*, 2/2017, 147 - 162.

³⁴ O uticaju Solventnosti II na funkcionisanje osiguranja u okvirima Evropske unije, vid. I. Tošić, „Uticaj direktive solventnost II na sektor osiguranja u Evropi“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* br. 7/2017, 302 – 304.

Osiguravajućim društvima bi trebalo da bude omogućeno da izgrade sopstveni riziko profil primenom parametara specifičnih za konkretno osiguravajuće društvo.³⁵ U tom smislu je predviđeno da se potrebni solventni kapital kalibrira na takav način da se uzmu u obzir svi merljivi rizici kojima je izloženo društvo za reosiguranje.³⁶ Solventni kapital mora pokrivati minimum preuzetih rizika neživotnog, životnog i zdravstvenog osiguranja, tržišnih rizika, kreditnih i operativnih rizika.³⁷ Pristup zasnovan na proceni rizika predstavlja značajnu novinu u oblasti nadzora nad poslovanjem osiguravajućih društava, naročito u poređenju sa zahtevima u pogledu rizika iz Solventnosti I, gde su uzimani u obzir samo rizici karakteristični za poslove osiguranja, dok su ostali bili u potpunosti zanemareni.³⁸ Prema Solventnosti II, sopstveni kapital osiguravajućeg društva se ima odrediti prema svim rizicima koji su povezani sa svim aktivnostima osiguravajućeg društva. Ključan faktor obračunavanja solventnog kapitala osiguravača više ne predstavljaju rizici koje je preuzeo osiguravnik, već svi oni rizici kojima je osiguravajuće društvo izloženo, a celokupno poslovanje mora biti usmerena ka zaštiti interesa osiguravnika.

Ovom direktivom je predviđeno obaveza matičnih država članica da propišu u nacionalnim propisima da osiguravajuća društva koja podnesu zahtev za odobrenje za rad moraju da ograniče svrhu svog poslovanja isključivo na poslove osiguranja i poslove koji neposredno proizilaze iz osiguranja, čime se faktički isključuju svi drugi poslovi.³⁹

Međutim, ono što se ne sme ispustiti iz vida jeste stav iz literature da su nacionalni propisi postavili zahteve šire nego što je to Solventnost II zahtevala od njih.⁴⁰ Naime, radi se o stavu da odredba Solventnosti II treba da se tumači samo u kontekstu podnošenja dozvole za rad, odnosno da ona predviđa da sama svrha osiguravajućeg društva treba da bude ograničena na poslove osiguranja i aktivnosti povezanim sa tim poslovima. Za razliku od Solventnosti II, nacionalni propisi ne predviđaju zabranu obavljanja poslova osiguranja samo u kontekstu podnošenja zahteva za dobijanje dozvole za

³⁵ V. Čolović, „Kontrola rizika i osiguranje“, *Godišnjak Fakulteta pravnik nauka*, 2/2012, 132 – 133.

³⁶ Čl. 101 stav 3 Solventnosti II.

³⁷ Čl. 101 stav 4 Solventnosti II.

³⁸ D. Fritz, „Die Reformbedürftigkeit des aufsichtsrechtlichen Verbots versicherungsfremder Geschäfte Zugleich Exemplifikation anhand von Gemeinschafts- und Tochterunternehmen“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft* 1/2022, 39.

³⁹ Slično pravilo je predviđao i član 6 (a) Direktive 2005/68/EZ o reosiguranju i o izmjeni direktiva Veća 73/239/EEZ, 92/49/EEZ, kao i direktiva 98/78/EZ i 2002/83/EZ od 16.11.2005. godine, a koja nije više na snazi, *OJ L* 323, 09. 12. 2005.

⁴⁰ F. Rittner, „Irrtümer und Irrlehren zu §7 Abs. 2 VAG – Zugleich ein Beitrag zur VAG Novelle“, *Versicherungsrecht* 1994, 5, 9.

rad, već je proširuju i na dalje obavljanje delatnosti osiguravajućeg društva.⁴¹

Odredba iz direktive Solventnost II ima za cilj postizanje potpune harmonizacije,⁴² tako da nacionalne norme ne bi trebalo ni da prekorače nivo zahtevan ovom normom, ali ni da obezbede manje od propisanog.⁴³ Praktično dejstvo zabrane obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja bi bilo ugroženo ako društvima za osiguranje ne bi bilo dozvoljeno da odrede svrhu svog poslovanja koja nije u vezi s poslovima osiguranja, ali kada bi, sa druge strane, zaista smeli da te poslovi faktički vrše.⁴⁴ Ono što je nesporno jeste da bi, u cilju postizanja i održavanja pravne sigurnosti, evropski zakonodavac trebalo da precizira odredbe svojih propisa, tako da se jasno zna da li se primenjuju i na postupak davanja odobrenja dozvole za rad ili i na dalje obavljanje delatnosti.⁴⁵

5. Tendencija izmene nacionalnih propisa u pogledu zabrane obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja

Iako je evropski zakonodavac izvršio brojne izmene i preduzeo korake ka harmonizaciji propisa o nadzoru poslovanja banaka i osiguravajućih društava u okvirima direktive Solventnost II, od odredbe o zabrani preduzimanja poslova koji nisu poslovi osiguranja se ne odustaje.⁴⁶ Ova zabrana čini deo komunitarnog

⁴¹ G. Winter, *Versicherungsaufsichtsrecht – Kritische Betrachtungen*, Karlsruhe 2007, 305. Takođe, T. Entzian, „Verantwortlichkeit im Wirtschaftsrecht“, *Verantwortlichkeit im Wirtschaftsrecht: Beiträge zum Versicherungs- und Wirtschaftsrecht der Schüler von Ulrich Hübner* (Hrsg. R. Beckmann, A. Matusche-Beckmann), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2002, 65, 67, kao i M. Dreher, „Personelle Verflechtungen zwischen den Leitungsorganen von (Versicherungs-) Unternehmen nach Gesellschafts-, Konzern- und Versicherungsaufsichtsrecht“, *Festschrift für Egon Lorenz*, Karlsruhe 1994, 175.

⁴² Takav stav se može naći i u T. Entzian, 53.

⁴³ M. Dreher, M. Lange, „Die Vollharmonisierung der Versicherungsaufsicht durch Solvency II“, *Versicherungsrecht*, 2011, 825, 826.

⁴⁴ D. Fritz, 36.

⁴⁵ Gotovo svi nacionalni propisi predviđaju obavezu dobijanja dozvole za obavljanje delatnosti osiguranja uopšte: § 4 (1) austrijskog Zakona o nadzoru, *BGBI. I Nr. 34/2015*; čl. 12 (1) lihtenštajnskog Zakona o nadzoru osiguranja, *LGBl, Nr. 2015.231*; čl. L. 321-1 francuskog Zakona o osiguranju, *dernière mise à jour des données de ce code : 01 juin 2022*, a potom su i detaljnije predviđeni uslovi za dobijanje dozvole: §§ 55 nemačkog Zakona o osiguranju; §§ 3 austrijskog Zakona o nadzoru osiguranja; čl. 3 švajcarskog Zakona o osiguranju; čl. 12. lihtenštajnskog Zakona o nadzoru osiguranja; čl. L. 321-1 francuskog Zakona o osiguranju; delovi III, IV Zakona o finansijskim uslugama i tržištima UK, *UK General Public Acts*, 2000, c. 8.

⁴⁶ Zanimljivo je napomenuti da, primera radi, propisi koji se bave nadzorom nad radom kreditnih institucija ne predviđaju nikakva ograničenja u pogledu obavljanja poslova kojimisu strogo bankarske prirode od strane kreditnih institucija. Vid. detaljnije T. Entzian, 74; G. Winter, 302.

prava već čitav niz godina, pa shodno tome ima i status dugogodišnjeg predmeta stručne literature.⁴⁷

Međutim, u poslednjih nekoliko godina se počelo postavljati pitanje u vezi sa smislenošću ove zabrane,⁴⁸ naročito jer su 2020. godine nastupile izvesne promene u švajcarskom pravu osiguranja. Promena se ogleda u tome da osiguravajuće društvo može preduzimati poslove koji nisu poslovi osiguranja uz saglasnost švajcarske Agencije za nadzor nad finansijskim tržištem (FINMA).⁴⁹ Ova mogućnost se naročito odnosi na mogućnost obavljanja poslova preko ćerki firmi. Pritom je bitno napomenuti da direktno vlasništvo od strane osiguravajućeg društva privrednog društva koje se ne bavi poslovima osiguranja nije predmet člana 11(1) švajcarskog Zakona o nadzoru osiguranja, koji se odnosi na zabranu obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja.

Što se pak tiče obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja od strane direktnih i indirektnih poslovnica osiguravajućeg društva, one mogu obavljati poslove koji nisu poslovi osiguranja i to bez dozvole nadzornog tela. Samo u izuzetnim slučajevima može bit sporan ovaj vid obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja, a naročito onda kada osiguravajuće društvo prenese na svoju filijalu obavljanje poslova koji nisu poslovi osiguranja samo privida radi, kako se ne bi znalo da se bavi poslovima koji nisu poslovi osiguranja. Ipak, i u tom slučaju bi bilo neophodno dokazati da je postojala takva namera osiguravajućeg društva.

Izvesne izmene su nastupile i u okviru nemačkog statusnog prava osiguranja. Tako je nemački zakonodavac predvideo da se osiguravajuće društvo može baviti poslovima koji nisu poslovi osiguranja, ali koji su u direktnoj, neposrednoj vezi sa poslovima osiguranja.⁵⁰ Smatraće se da ta veza postoji kada je ispunjen negativan uslov, a koji je da taj posao nije povezan sa kakvim dodatnim finansijskim rizikom.⁵¹ Takvo negativno određenje se ne nalazi u Solventnosti II, dok Evropski sud pravde smatra da je upravo neizlaganje dodatnim finansijskim rizicima ključno prilikom ocene usaglašenosti propisa sa Solventnosti II.⁵²

⁴⁷ T. Entzian, 52; G. Winter, 298, 309.

⁴⁸ I ranije su se mogli čuti pojedini glasovi u literaturi, a u vezi sa članom 8 stav 1 Direktive 73/239/EWG, koji su bili stava da zabrana obavljanja drugih poslova sem poslova osiguranja od strane osiguravajućih društava treba da postoji samo dok su aktuarski rizici odlučujući za ocenu iznosa kapitala neophodnog za solventnost osiguravajućeg društva.

⁴⁹ Međutim, i ovo proširenje mogućnosti obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja se imaju tumačiti prilično restriktivno.

⁵⁰ § 15 (1)(1) nemačkog Zakona o nadzoru osiguranja.

⁵¹ § 15 (1)(4) nemačkog Zakona o nadzoru osiguranja.

Uvođenjem ovog dodatnog kriterijuma 2009. godine nastojalo se obezbediti nadzornoj vlasti dodatni kriterijum na osnovu kog se može odlučiti da li osiguravajuće društvo posluje u svojim granicama ili ne.

⁵² Navedeno prema, P. Pohlman, 183.

Za bliže pojmovno određenje poslova koji su direktno povezani sa poslovima osiguranja u nemačkom pravu relevantna su operativna i funkcionalna shvatanja, koja omogućavaju da se uzme u obzir i zaštitna funkcija norme.⁵³ Funkcionalan način interpretacije polazi od toga da će direktna veza postojati uvek kada je neka poslovna aktivnost kao takva povezana sa poslovima osiguranja, dok operativni način zahteva da određena poslovna aktivnost direktno služi poslovima osiguranja. Prilikom ocene postojanja direktne veze od strane nadležnih vlasti, krucijalan je funkcionalni pristup, u skladu sa kojim je neobavljanje poslova koji nisu poslovi osiguranja u ponekim slučajevima neophodno kako bi se omogućilo nadzornim telima da u dovoljnoj meri sprovedu nadzor nad finansijskom situacijom osiguravajućeg društva.

Postoje brojne primedbe ovakvom zakonskom rešenju iz Nemačke, sa akcentom na tome da se njim nije napravio nikakav značaj napredak. Prvenstveno što je postavljen tako da se njim mogu obuhvatiti sve poslovne transakcije osiguravajućeg društva, iako je osnovna ideja bila da se isključe one koje nisu poslovi osiguranja. Svaka dodatna aktivnost sa sobom donosi i finansijski rizik. Tako da se ispravno dovodi u pitanje smislenost ovog dodatnog uslova, koji ne odgovara na pitanje koji su to poslovi koji se mogu preduzeti bez finansijskog rizika, što jasno signalizira da ovaj kriterijum nije ostvario svoju svrhu.⁵⁴

6. Zaključak

Prilikom razmatranja izmene odredbi Solventnosti II u pogledu zabrana obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja, svakako se ne sme ispustiti iz vida sistemska promena koja je uvedena ovom direktivom, a u skladu sa kojom su pojedinačne riziko situacije pojedinačnog osiguravajućeg društva od ključnog značaja u pogledu zahteva za sopstvena sredstva. Princip proporcijalnosti koji se proteže kroz čitavu Direktivu zahteva postojanje odgovarajuće proporcija između zahteva i ciljeva.⁵⁵ Tako i tačka 18 Preambule Solventnosti II predviđa zahtev srazmernosti između zahteva nadzornih tela i prirode, opsega i složenosti rizika prisutnih u poslovanju osiguravajućih društava.⁵⁶ Jasno je, stoga, da zahtevi usmereni prema osiguravajućim društvima moraju rasti kako rastu rizici kojima je osiguravač izložen. Stoga bi bila smisljena izmena propisa, i na nacionalnom i na evropskom nivou, u smeru dozvoljavanja obavljanja propisa koji nisu poslovi

⁵³ P. Präve, 489, 492.

⁵⁴ P. Pohlman, 184.

⁵⁵ M. Dreher, „Einleitung zum Versicherungsaufsichtsrecht und Kommentierung der §§ 23 bis 34, 294 bis 306, 308 bis 310, 354, 355 VAG“, *Versicherungsaufsichtsgesetz* (Hrsg. M. Dreher, E. Pröls), V. H. Beck, München 2018, 85.

⁵⁶ Vid. detaljnije M. Wandt, *Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen von Solvency II*, Karlsruhe 2012, 19.

osiguranja onda kada osiguravajuće društvo raspolaže dovoljnim finansijskim sredstvima da pokrije sve finansijske rizike.

Poslovi koji nisu poslovi osiguranja sami po sebi ne ugrožavaju interese osiguranika. Zapravo, naprotiv, na taj način se omogućava diverzifikacija rizika, koja vodi jačanju kapitala osiguravajućeg društva. Takođe, može se ispostaviti da su poslovi koji nisu poslovi osiguranja manje rizičan po solventnost osiguravajućeg društva od obavljanje delatnosti osiguranja, jer se i zahtevima proisteklim iz aktivnosti koje nisu poslovi osiguranja može lakše upravljati nego zahtevima iz poslova osiguranja.

To sve jasno ukazuje da obavljanje poslova koji nisu poslovi osiguranja ne moraju nužno imati negativan uticaj i o tome se svakako mora voditi računa prilikom ocene zahteva da se obavljaju dodatni poslovi koji nisu poslovi osiguranja. Ideji razvoja inovativnih poslovnih modela i povećavanja konkurentnosti sektora osiguranja bi svakako išlo u prilog mogućnost obavljanja poslova koji nisu poslovi osiguranja.

Na pitanje da li su neki rizici veliki ili ne se ne može odgovoriti paušalno, već odgovor zavisi od toga kakvi su konkretne okolnosti u jednom osiguravajućem društvu. Jedan od faktora su svakako sopstvena sredstva osiguravajućeg društva. Zapravo, ključni kriterijum treba da bude da li se osiguravač svojim učešćem u drugim privrednim društvima koja se ne bave poslovima osiguranja izlaže malim rizicima koji se mogu pokriti sopstvenim sredstvima i koji ne ugrožavaju solventnost osiguravača.⁵⁷

Potom, umesto na pojmovno određene aktivnosti koje ne bi trebalo da budu dozvoljene osiguravajućim društvima, trebalo bi postaviti određene materijalne pragove u smislu iznosa kapitala koji ne smeju da budu ugroženi aktivnostima osiguravajućih društava i rizicima kojima se izlažu, što bi se moglo regulisati na nacionalnom nivou.⁵⁸ To podrazumeva i osnivanje zajedničkih privrednih društava, koja se neće baviti poslovima osiguranja. Najbitnije je ustanoviti da li osiguravač u konkretnom slučaju stupanjem u poslovne transakcije sa drugim privrednim društvima trpi neizdržive finansijske interese ili ne. Pritom, odgovor može zavisiti i od tog o kojoj vrsti odnosa ovih privrednih društava se radi. Tako, primera radi, ako osiguravajuće društvo ne vrši nikakva ovlašćenja u odnosu na

⁵⁷ Ono o čemu se dodatno voditi računa jeste da u kartelskom pravu EU često dolazi do povrede principa razdvajanja. Prema praksi Evropskog suda pravde majka firma je odgovorna za naknadu štete ako čerka firma povredi pravila kartelskog prava (EuGH 14.03.2019, Az. C-724/17, NJW 2019, 1197). U tom kontekstu, upitno je da li osiguravajuće društvo preuzima značajne rizike kada učestvuje u neosiguravajućim društvima kao matično društvo. Vid. detaljnije D. Poelzig, „Angriff auf das konzernrechtliche Trennungsprinzip und ihre Folgen für die Konzernleitung“, *Gesellschaftsrecht in der Diskussion*, De Gruyter, Berlin 2018, 83.

⁵⁸ Jasan signal da se radi o velikom riziku bi, primera radi, mogla da bude propisana obaveza odgovornosti za pokrivanje finansijskih rashoda čerke firme.

zavisnu kompaniju i ne utiče na postupke poslovanja osiguravajućeg društva, onda ono ne obavlja poslovi koji nisu poslovi osiguranja. Neosporna je svakako nužnost postojanja određenih ograničenja ili tačno definisanog postupka davanja odobrenja, koji bi se mogao odnositi i na pojedinačno i na grupu osiguravajućih društava.

Pravna sigurnost se ne može postići na taj način kao što je to učinio nemački zakonodavac, tako što se neposredna veza sa poslovima osiguranja može pretpostaviti samo ako dodatni finansijski i značajni rizici nisu povezani sa poslom koji nije u vezu sa osiguranjem. Ovakvo rešenje nema svoj osnov u članu 18 stav 1 Solventnosti II. Stoga bi bilo poželjnije jedno jedinstveno rešenje na nivo Evropske unije, što bi značilo u prvom redu izmenu člana 18 stav 1 (a) Solventnosti II, što bi posle imalo implikacije na pojedinačne nacionalne propise. Veći napredak se ne bi mogao postići tako što će svoje propisi promeniti samo po neka država članica, jer na taj način nastaje mogućnost pravne fragmentacije, što dalje vodi ka konkurenciji između država članica.

* * *

CONDUCTING NON-INSURANCE BUSINESS BY INSURANCE COMPANIES

Summary

A number of national legislations, under the influence of EU law, contain rules prohibiting conductinh of activities other than insurance activities. However, business reality and market rules require the amendment of the mentioned rules, which would enable a better positioning of insurance companies. In some countries, primarily Germany and Switzerland, more flexible rules are gradually being introduced in this area, because, under the influence of the European Court of Justice case law, it is being increasingly accepted, that conducting non-insurance business does not necessarily mean endangering the interests of the insured. Certain changes have been made in the direction of allowing insurers to conduct that kind of business, provided that they do not threaten the solvency of the insurance company.

At the moment, the Serbian legislation only has several general provisions on the matter, leaving some of the questions unanswered. However, due to the implementation of Solvency II, there is a great possibility that some of the rules will be introduced into our legislation, although, at least in the author's opinion, some of them are completely unnecessary.

Keywords: Solvency II, non-insurance business, insurance company, supervision.

Iva Tošić*
Olivera Novaković**

ZAŠTITA POTROŠAČA USLUGA OSIGURANJA- ANALIZA ZAKONODAVNOG OKVIRA REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt

Zaštita potrošača finansijskih usluga postala je posebno aktuelna nakon finansijske krize koja nije samo podstakla dodatne napore zakonodavaca na području zaštite potrošača nego je dovela do suštinske i trajne promene u regulatornoj filozofiji na području finansijskih usluga. Ugovarač usluga osiguranja se najčešće smatra slabijom ugovornom stranom, te je u cilju njegove zaštite na nivou EU donet veliki broj Direktiva.

U prvom delu rada autori nastoje da objasne razloge za neophodnu zaštitu potrošača usluga osiguranja, koji se uglavnom svode na četiri osnovna razloga: ugovorna neravnoteža, netransparentnost opštih i posebnih uslova poslovanja, specifičnost i složenost ugovora o osiguranju, potrošača usluga osiguranja je najčešće ekonomski slabija strana. U drugom delu rada autori analiziraju zakone i podzakonske akte Republike Srbije koji direktno ili indirektno regulišu pitanja koja mogu biti od značaja za ostvarenje neophodne zaštite.

***Ključne reči:** potrošačko pravo, pravo osiguranja, potrošač usluga osiguranja, Republika Srbija, ekonomski slabija strana, ugovorna neravnoteža.*

1. Uvod

I pre nego što se pravno uobličila ideja o zaštiti osiguranika kao potrošača usluga osiguranja, ugovor o osiguranju je bio poznat kao potrošački ugovor. Ne postoji jedinstvena definicija ugovora o osiguranju kao potrošačkog ugovora, te se on definiše kao ugovor o osiguranju koji osiguravač zaključuje sa licem koje se u smislu potrošačkih propisa smatra potrošačem.¹

* Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: i.tosic@iup.rs

** Advokat iz Beograda, e-mail: adv.oliveranovakovic@gmail.com

¹ N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 81.

Oduvek je postojala neravnoteža između ugovornih strana u ugovorima o osiguranju, te su traženi načini da se ova neravnoteža ukloni ili barem ublaži, kroz zakonsku regulaciju. Jedan od načina za ostvarenje tog cilja predstavljaju opšta načela ugovornog prava kao što su načelo autonomije volje i načelo savesnosti i poštenja.² Upravo neravnoteža između pregovaračke moći potrošača usluga osiguranja i društava za osiguranje predstavlja razlog zaštite potrošača.³

Razvojem privrede i globalizacijom tržišta u drugoj polovini XX veka postalo je jasno da tradicionalni instituti obligacionog prava nisu dovoljni da pruže adekvatnu zaštitu potrošačima.⁴ U Republici Srbiji, još Zakon o osiguranju iz 2004. godine prepoznaje kao glavni cilj nadzora zaštitu osiguranika i drugih korisnika usluga osiguranja.

2. Razlozi za neophodnu zaštitu korisnika usluga osiguranja

Razlog za povećanom zaštitom korisnika usluga osiguranja proizilazi iz složenosti finansijskih proizvoda tako da prosečan potrošač, ukoliko ne poseduje određena znanja, tačne i potpune informacije o proizvodu, ima poteškoće da ga razume. Sa druge strane, ne može se početi od pretpostavke da uvek postoji „dobra volja” osiguravača u pogledu zaštite interesa lica koje zaključuje ugovor o osiguranju i da bi osiguravač bio spreman da u uslove osiguranja ugradi klauzule kojima bi osiguranik bio adekvatno zaštićen.⁵

Razlozi za zaštitu potrošača obuhvataju:

1. Ugovornu neravnotežu - Ugovorna neravnoteža između prodavca i korisnika njegovih usluga je postala takva da je zahtevala posebnu intervenciju zakonodavca, koja je bila tako sveobuhvatna da je iz nje proistekla nova grana prava: potrošačko pravo. Visok stepen zaštite potrošača u EU postavljen je kao cilj politike unije, bez kojeg nije moguće postići stvaranje unutrašnjeg tržišta, sa slobodnim kretanjem robe, ljudi, usluga i kapitala.⁶ Dodatni razlog za zaštitu korisnika usluga osiguranja je stav da svi osiguranici, bili oni potrošači ili profesionalci, imaju potrebu za zaštitom od nepravičnih ugovornih odredbi, jer ugovor o osiguranju

² O. Antić, *Obligaciono pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 15.

³ O. Uzelac, *Regulatorno-pravni okvir zaštite potrošača iz odnosa osiguranja*, doktorska disertacija, 2016, Novi Sad, 53.

⁴ N. Petrović Tomić, 47.

⁵ J. Labudović, „Klauzule u ugovorima o osiguranju života koje štite osiguranike”, *„Evropski put” prava osiguranja Srbije posebno ugovora o osiguranju*, Beograd 2008, 353–368.

⁶ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, čl. 114 i 169; Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (2010/C 83/02), *Official Journal of the EU* C 83/389 od 30. 3. 2010, čl. 38.

- obeležava neravnoteža inherentna njegovoj prirodi.⁷
2. Potrošač usluga osiguranja je uglavnom ekonomski slabija strana - Imajući u vidu da korisnik usluga osiguranja ugovor zaključuje sa subjektom koji mora imati zavidnu ekonomsku snagu⁸, u najvećem broju slučajeva on se nalazi u podređenom ekonomskom položaju. Međutim, čak i u situaciji kada to nije slučaj, ukoliko se i sam ne bavi poslovima osiguranja, ne poseduje specijalizovana znanja iz ove oblasti, zbog čega je potrebno obezbediti njegovu zaštitu.
 3. Netransparentnost opštih i posebnih uslova - Potrošač usluga osiguranja najčešće uopšte ne poznaje opšte i posebne uslove osiguranja ili ih samo površno prelista prilikom zaključenja polise osiguranja, a da se suštinski nije ni upoznao sa njima ili ih nije razumeo. Iako uslovi osiguranja danas imaju dosta sličnosti, ipak postoji opasnost da se u ugovor o osiguranju unesu odredbe kojima je cilj da se osiguravač zaštititi od većih obaveza na štetu legitimnih interesa osiguranika.⁹
 4. Specifičnost i složenost ugovora o osiguranju - Ovo je poseban problem u situacijama kada je ugovarač osiguranja fizičko lice, uzimajući u obzir da on najčešće neće biti u mogućnosti da sagleda celokupan obim i kvalitet osiguravajuće zaštite za koju se opredelio. Iz tih razloga uvodi se obaveza informisanja ugovarača osiguranja. On zbog svoje neukosti i nedovoljne informisanosti često ne može doneti „informisanu” odluku – koja mu ne ide na štetu te pravni poredak obavezuje osiguravača da mu dostavi sve potrebne informacije.¹⁰

⁷ N. Petrović Tomić, „Nepravične klauzule i Principi evropskog ugovornog prava osiguranja”, *Evropska revija za pravo osiguranja* 2/2014, 46.

⁸ Zakon o osiguranju (*Sl. glasnik RS*, br. 139/2014 i 44/2021, u daljem tekstu ZO) propisuje da društvo za osiguranje mora biti osnovano u formi akcionarskog društva (čl. 23), kao i da osnovni kapital ne može iznositi manje od 3.200.000 evra za životna osiguranja, reosiguranje, sve vrste neživotnih osiguranja, i pojedine vrste neživotnih osiguranja u koja spadaju: osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe motornih vozila, osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe vazduhoplova, osiguranje od odgovornosti zbog upotrebe plovniha objekata, osiguranje od opšte odgovornosti za štetu, osiguranje kredita i osiguranje jemstva, odnosno 2.200.000 evra za pojedine vrste neživotnih osiguranja, osim pojedinih vrsta neživotnih osiguranja navedenih gore za koje se traži veći osnovni kapital, kao i da pri osnivanju novčani deo osnovnog kapitala mora iznositi 100% navedenih iznosa (čl. 27)

⁹ Za više vid. O. Uzelac, 55.

¹⁰ N. Petrović Tomić, „Zaštita potrošača usluga osiguranja i informaciona paradigma – odluka narodne banke Srbije o zaštiti prava i interesa korisnika usluga osiguranja”, *Pravo i privreda* 7-9/2016, 558.

Da bi se jednom licu uskratila primena normi zaštitnog karaktera neophodno je da se radi o licu koje je iste ili veće ekonomske snage od osiguravača, kao i da poseduje pravna i stručna znanja neophodna za potpuno i pravilno razumevanje osiguranja koje pribavlja.¹¹

Međutim, pojavljuju se i stavovi koji se protive prekomernom regulisanju ove oblasti i mišljenje da „preterana regulacija oblasti zaštite potrošača može na kraju da ide čak i na štetu potrošača, pošto se na taj način koči pozitivna konkurencija u oblasti cena i ponude, kao i što preplavljenost i prezasićenost informacijama može u jednakoj meri da parališe potrošače, distributere i društva za osiguranje, što samo poskupljuje proizvode”.¹²

3. Zaštita potrošača usluga osiguranja u zakonodavstvu Republike Srbije

Važeći Zakon o zaštiti potrošača u Republici Srbiji donet je 2014. godine. Ovim zakonom su uređena prava i obaveze potrošača, instrumenti i načini njihove zaštite, informisanje i unapređenje znanja o njihovim pravima i načinima zaštite prava, prava i obaveze udruženja i saveza čija je oblast delovanja ostvarivanje ciljeva zaštite potrošača, vansudsko rešavanje potrošačkih sporova, prava i obaveze državnih organa u oblasti zaštite potrošača i druga pitanja od značaja za položaj i zaštitu potrošača.

Najveći broj propisa koji reguliše oblast osiguranja u Republici Srbiji je imperativnog karaktera, što otkriva nekoliko obeležja ove delatnosti. Najpre cilj je očuvanja ravnopravnosti ugovornih strana¹³ jer kao što smo prethodno pomenuli jedna strana poseduje specifična znanja i iskustva, te zakonodavac donoseći imperativne zakonske norme štiti slabiju ugovornu stranu.¹⁴ Zatim drugo obeležje je da se opšti uslovi poslovanja donose najčešće bez ikakve prethodne kontrole¹⁵, te se često dešava da se opšti uslovi dva ili više osiguravača znatno razlikuju. U cilju rešavanja ovog problema najbolje bi bilo odrediti sadržinu opštih uslova poslovanja koja bi bila obavezujuća za sve osiguravače.¹⁶

¹¹ N. Petrović Tomić (2015), 82.

¹² N. Saserat-Alberti, „Nove tendencije u zaštiti potrošača u Evropi i Nemačkoj”, *Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja*, Beograd: Udruženje za pravo osiguranja Srbije, 2013, 128.

¹³ J. Basedow “Insurance contract law as a part of optional European contract act”, *ERA Forum*, 2003, 1-2.

¹⁴ N. Petrović Tomić (2015), 233.

¹⁵ Neku vrstu kontrole sprovodi NBS imajući u vidu da predlog opštih uslova poslovanja usvaja upravni odbor i dostavlja NBS na saglasnost. P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Beograd, 2005, 50.

¹⁶ Za više vid. P. Šulejić, „Ugovor o osiguranju u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije od 2010. godine“, *Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije*, zbornik radova, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, 2010, 170-171.

Na kraju, imperativnim propisima štiti se i osiguravač od špekulativnih postupaka osiguranika, kao i fundamentum ustanove osiguranja.¹⁷ Iako je većina normi imperativnog karaktera, u oblasti osiguranja pojavljuju se i polu-imperativne norme od kojih je odstupanje moguće ali ako je to u nesumnjivom interesu osiguranika.¹⁸

3.1. Zakon o obligacionim odnosima

Zakon o obligacionim odnosima pored ostalog reguliše i ugovor o osiguranju i brojne njegove odredbe usmerene su upravo na zaštitu potrošača (korisnika) usluga osiguranja. Zakon u Opštem delu sadrži nekoliko osnovnih načela obligacionih odnosa koji se ne mogu menjati voljom ugovornih strana i ona su ustanovljena radi zaštite interesa ugovornih strana. Ta načela se primenjuju i na odnos osiguranja, a dva najznačajnija su svakako načelo savесnosti i poštenja¹⁹ i ponašanje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava.²⁰

Prema načelu savесnosti i poštenja pretpostavlja se da se ugovorne strane nalaze u određenom pravnom odnosu zasnovanom na međusobnom poverenju, što svakako ima poseban značaj u osiguranju. U odnosu osiguranja ovo načelo se odnosi pre svega na informisanost ugovornih strana. Na strani ugovarača osiguranja radi se o nedovoljnoj informisanosti usled koje on donosi pogrešnu odluku u pogledu zaključenja ugovora o osiguranju, a na strani osiguravača o odluci da zaključi ugovor o osiguranju na bazi netačnih informacija ili sakrivenih okolnosti, zbog čega mu je rizik koji se osigurava prikazan u boljem svetlu od njegovog stvarnog stanja.

Ponašanje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava ustanovljava pažnju dobrog stručnjaka kojom je propisana obaveza strana koja stupaju u obligacioni odnos „...da u izvršavanju obaveze iz svoje profesionalne delatnosti postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima.” Definisanje standarda profesionalne pažnje je takođe predmet preciziranja novih propisa koji se donose u oblasti zaštite potrošača, koje uglavnom potvrđuju načela sadržana u ZOO. Zakon o zaštiti potrošača pod profesionalnom pažnjom podrazumeva povećanu pažnju i veštine koje se u pravnom prometu osnovano očekuju od trgovca u poslovanju sa potrošačima, u skladu s dobrim običajima i načelom savесnosti i poštenja.²¹

¹⁷ N. Petrović Tomić (2015), 234.

¹⁸ Zakon 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, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 - *Ustavna povelja i Sl. glasnik RS*, br. 18/2020) čl. 900, st. 2.

¹⁹ ZOO, čl. 12.

²⁰ ZOO, čl. 18.

²¹ Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, br. 88/2021, čl. 5, st. 1, tač. 15.

ZOO predviđa primenu imperativnih, ali i određenog broja poluprinudnih pravila, te se ugovorom može odstupiti samo od onih odredbi u kojima je to odstupanje izričito dopušteno, kao i od onih koje pružaju ugovaračima mogućnost da postupe kako žele. Takođe, odstupanje od ostalih odredbi, ukoliko nije zabranjeno ZOO ili kojim drugim zakonom, dopušteno je samo ako je u nesumnjivom interesu osiguranika.²² Na ovaj način dodatno unapređuje zaštitu korisnika usluga osiguranja.

Kada se radi o određenim rizicima gde je obaveza osiguravača isključena, na osnovu ZOO ostavlja se mogućnost da se osiguravač ugovorom obaveže na pokriće konkretnog rizika,²³ što je nesumnjivo u interesu osiguranika. Tako se npr. može ugovoriti osiguravajuće pokriće za štete koja potiče od nedostataka same stvari,²⁴ za štete usled ratnih operacija ili pobuna²⁵ za nesrećni slučaj ili smrt osiguranika usled ratnih operacija²⁶ ili drugačije ugovoriti kod prenosa ugovora o osiguranju na pribavioca osigurane stvari.²⁷ Takođe, interes ugovarača svake vrste osiguranja se štiti i propisivanjem obaveznih elemenata ugovora o osiguranju²⁸ kao forme *ad solemnitatem*, dok su kod osiguranja života ti elementi šire postavljeni.²⁹

Treba imati u vidu da osiguravači sami donose uslove osiguranja te bi se, bez ikakve spoljne kontrole, osiguranicima nametali uslovi koji im ne odgovaraju. ZOO prepoznaje navedeni problem, pa obavezuje osiguravača da upozori ugovarača osiguranja da su opšti i posebni uslovi osiguranja sastavni deo ugovora i preda mu njihov tekst, ako ti uslovi nisu štampani na samoj polisi. Na ovaj način se takođe vrši zaštita potrošača usluga osiguranja.³⁰

ZOO produbljuje zaštitu osiguranika na taj način što predviđa da su ništave odredbe ugovora koje predviđaju gubitak prava na naknadu ili svotu osiguranja, ako osiguranik posle nastupanja osiguranog slučaja ne izvrši neku od propisanih ili ugovorenih obaveza.³¹ Navedena odredba sprečava mogućnost

²² ZOO, čl.900.

²³ *Ibid.*

²⁴ ZOO, čl. 930

²⁵ ZOO, čl. 931.

²⁶ ZOO, čl. 937.

²⁷ ZOO, čl. 936.

²⁸ U polisi moraju biti navedeni: ugovorne strane, osigurana stvar, odnosno osigurano lice, rizik obuhvaćen osiguranjem, trajanje osiguranja i period pokrića, svota osiguranja ili da je osiguranje neograničeno; premija ili doprinos, datum izdanja polise i potpisi ugovorenih strana., ZOO, čl 902, st. 1

²⁹ ZOO, čl 943, st. 1.

³⁰ ZOO, čl 902, st. 3.

³¹ ZOO, čl 918.

zloupotrebe od strane osiguravača jer ukoliko bi mogao da u ugovoru predvidi takvu vrstu sankcije, osiguranik bi bio lišen osnovnog prava iz ugovora o osiguranju, a da pri tome u celini ostaju njegove obaveze prema osiguravaču.³²

Posebnu zaštitu zakon pruža ugovaračima osiguranja u osiguranju života. U osiguranju života ukoliko ugovarač osiguranja ne plati neku premiju o dospelosti, osiguravač nema pravo da njenu isplatu traži sudskim putem.³³ Fakultativnošću plaćanja premije izlazi se u susret ugovaračima slabijih materijalnih mogućnosti i uvažava cilj koji ta vrsta osiguranja ima³⁴ Takođe, propuštanje da se uplati premija u osiguranju života nije razlog za raskid ugovora, pod uslovom da su uplaćene najmanje tri godišnje premije osiguranja.

Sa druge strane ZOO predviđa i određenu zaštitu osiguravača, predviđajući da je osiguranik dužan da prijavi sve okolnosti koje su mu poznate ili mu nisu mogle ostati nepoznate.³⁵ Pravne posledice neispunjenja ove obaveze razlikuju se prema principu savesnosti s obzirom da ne mogu iste posledice pogađati osiguranika koji je želeo da prevari osiguravača radi postizanja koristi (na primer, radi plaćanja niže premije ili neosnovane naplate štete itd.) i onoga koji je postupao bez takve namere.³⁶

Iako ZOO sadrži veliki broj normi koje su usklađene sa standardima zaštite potrošača usluga osiguranja, ipak sadrži i neke koje su preterano opterećujuće za osiguranika - potrošača usluga osiguranja. Iz navedenih razloga, unete su određene izmene u Prednacr građanskog zakonika Srbije. Međutim, brojna pitanja su ostala nerešena ili su zadržana rešenja iz ZOO, što predstavlja barijeru efikasnoj zaštiti potrošača usluga osiguranja u budućnosti.³⁷

3.2. Zakon o osiguranju

Ovaj zakon u osnovnim odredbama sadrži jednu uopštenu normu, koja se tiče zaštite prava i interesa potrošača usluga osiguranja, po kojoj su društva za osiguranje, društva za posredovanje u osiguranju, društva za zastupanje u osiguranju, zastupnici u osiguranju i pravna lica koja obavljaju poslove zastupanja u osiguranju na osnovu prethodne saglasnosti Narodne banke Srbije dužna da obezbede zaštitu prava i interesa osiguranika, ugovarača osiguranja, korisnika

³² O. Uzelac (2016), 69.

³³ ZOO, čl. 945, st. 1.

³⁴ P. Šulejić, „Komentar uz član 945”, u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd: Savremena administracija, 1995, 1546.

³⁵ ZOO, čl. 907.

³⁶ S. Jovanović, „Građansko-pravni aspekti prevara u pravu osiguranja Republike Srbije i evropskom pravu”, *Evropsko zakonodavstvo*, 2013, 71.

³⁷ N. Petrović Tomić (2015), 236.

osiguranja i trećih oštećenih lica, u skladu s propisima, pravilima struke i dobrim poslovnim običajima.³⁸

Nadalje zakon propisuje usmeravajući princip, kao osnovna i opšta pravila kojih se osiguravači moraju pridržavati u svom poslovanju, a to su: načelo zakonitosti, načelo poslovanja u skladu sa dobrim poslovnim običajima i poslovnom etikom i načelo opreznog i savesnog postupanja.³⁹ Ona se primenjuju radi ograničenja ugovorne autonomije opšte prihvaćenim pravnim standardima, ali isto tako i u cilju zaštite potrošača usluga osiguranja. To znači da je lice koje je predmet nadzora po Zakonu o osiguranju dužno postupati na pravičan i fer način prema osiguranicima. Odstupanje od navedenih načela ili njihovo kršenje od strane subjekata prilikom obavljanja delatnosti osiguranja, ima odgovarajuće pravne posledice prilikom ocene njihovog ponašanja u postupku zaključenja i izvršenja ugovora.⁴⁰ Korisnik usluge osiguranja se u sudskom ili drugom odgovarajućem postupku može pozivati na povredu ovih principa poslovanja od strane subjekata koji su vršili usluge osiguranja u konkretnom ugovornom odnosu, pri čemu je obaveza dokazivanja izvršene povrede na korisniku usluge osiguranja.

Zakonom o osiguranju iz 2014. godine predviđa se i obaveza informisanja ugovarača osiguranja. Važan segment informisanja predstavljaju predugovorne informacije, koje su definisane članom 82 Zakona o osiguranju.⁴¹ Ukoliko ugovarač osiguranja i osiguranik nisu isto lice, a reč je o kolektivnom osiguranju ili osiguranju koje predstavlja povezani ugovor, osiguravač je dužan da osiguraniku pruži određeni set predugovornih informacija, kao i da obezbedi osiguraniku uslove osiguranja koji se primenjuju na ugovor o osiguranju.⁴²

3.3. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti

U 2019. godini počeo je sa primenom Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. Svi učesnici na tržištu moraju biti usklađeni sa ovim propisom te se u te svrhe koriste različiti softveri, pružaju se obavezna obaveštenja o obradi podataka o ličnosti, omogućava se podnošenje prigovora, prikupljaju se saglasnosti za kontaktiranje u marketinške svrhe. Lični podaci koji se obrađuju od strane

³⁸ ZO, čl. 15.

³⁹ ZO, čl. 19.

⁴⁰ O. Uzelac (2016), 84-85.

⁴¹ U predugovornoj informaciji osiguravač/osiguravajuća kompanija navodi transparentno sve relevantne informacije pre zaključivanja ugovora o osiguranju, a između ostalog o načinu zaštite prava ugovarača osiguranja i zaštitu interesa kod osiguravača, načinu i roku podnošenja odštetnog zahteva, informacije o nadzornom organu za društva za osiguranje, kao i način i zaštita prava ugovarača osiguranja kod tog organa. Predugovorne informacije moraju biti potpisane od strane ugovarača osiguranja, i moraju biti deo svakog predmeta.

⁴² Bela knjiga, „Zaštita potrošača i zaštita korisnika finansijskih usluga“, *Foreign investors council*, 95.

učesnika na finansijskom tržištu su brojni: ime, prezime, broj identifikacionog dokumenta, adresa, telefon, e-mail, ali i podaci poput zdravstvenog stanja. Ovaj zakon ima veliki značaj i za osiguravajuća društva, tj. značajno utiče na njihov rad⁴³ ali i poboljšava zaštitu korisnika usluga osiguranja.

Ovim zakonom se uređuje pravo na zaštitu fizičkih lica u vezi sa obradom podataka o ličnosti i slobodnim protokom 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.⁴⁴ Postoje i određene obaveze rukovoca podataka u vezi sa pravima lica regulisanim ovim zakonom, čiji se podaci obrađuju. To su pravo na transparentnost informacija, pravo na pristup podacima, pravo na ispravku, dopunu i brisanje podataka, pravo na ograničenje obrade.⁴⁵ Sva ova prava odnose se i na korisnika usluge osiguranja i usmereni su ka njihovoj zaštiti, a pre svega imajući u vidu da osiguravajuća društva u okviru redovne delatnosti stalno obrađuju podatke korisnika svojih usluga.

2.4. Odluka o postupku po prigovoru korisnika usluge osiguranja

Način zaštite prava i interesa osiguranika, ugovarača osiguranja, korisnika osiguranja i trećih oštećenih lica, kao i način posredovanja u rešavanju odštetnih zahteva, podnošenja prigovora korisnika usluge osiguranja i postupanja po tom prigovoru bilo je regulisano Odlukom o načinu zaštite prava i interesa korisnika usluga osiguranja koja je bila u primeni od novembra 2015. godine, a zamenjena je Odlukom o postupku po prigovoru korisnika usluge osiguranja.

Ovom odlukom bliže se propisuju način podnošenja prigovora korisnika usluge osiguranja davaocu usluga osiguranja i Narodnoj banci Srbije, način postupanja davaoca usluga osiguranja i Narodne banke Srbije po tom prigovoru, posredovanje Narodne banke Srbije, kao i druga pitanja koja se odnose na postupak zaštite prava i interesa korisnika. Bliže se uređuju način zaštite prava i interesa osiguranika, ugovarača osiguranja, korisnika osiguranja i trećih oštećenih lica, kao i način posredovanja u rešavanju odštetnih zahteva, podnošenja prigovora korisnika usluge osiguranja i postupanja po tom prigovoru.

⁴³ Za više vid. I. Tošić, O. Novaković, „Uticaj nove regulacije u oblasti zaštite podataka o ličnosti na rad osiguravajućih društava“, *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 93-104.

⁴⁴ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018, (u daljem tekstu: ZZPL) čl. 1.

⁴⁵ Za više o uticaju ovog zakona na rad osiguravajućih društava vid. I. Tošić, O. Novaković, 2020, 93-105.

Prigovor društvu za osiguranje korisnik usluge osiguranja može podneti ako je nezadovoljan pružanjem usluga tog društva, a naročito u vezi sa ugovorom o osiguranju. Korisnik usluge osiguranja može na rad društva za osiguranje podneti i prigovor NBS.⁴⁶

Narodna banka Srbije, kontrolom tržišnog ponašanja davaoca usluge osiguranja u skladu sa Zakonom o osiguranju, vrši nadzor i nad postupanjem tih lica u vezi sa zaštitom prava i interesa korisnika usluge osiguranja u skladu sa ovom odlukom.⁴⁷ Ona posreduje u rešavanju odštetnog zahteva radi sprečavanja nastanka spora iz osnova osiguranja i postupa po prigovoru korisnika u vezi s postupanjem društva za osiguranje, društva za posredovanje u osiguranju, društva za zastupanje u osiguranju, fizičkog lica – preduzetnika koji je zastupnik u osiguranju, kao i banke, davaoca finansijskog lizinga ili javnog poštanskog operatora koji obavljaju poslove zastupanja u osiguranju na osnovu prethodne saglasnosti Narodne banke Srbije u skladu sa zakonom.⁴⁸

Ako u postupku zaštite prava i interesa korisnika prilikom postupanja po prigovoru korisnika utvrdi da je davalac usluga učinio propisane povrede zakona Narodna banka Srbije nalaz po prigovoru dostavlja ovom davaocu usluga radi izjašnjenja. Ako proverom navoda iznetih u izjašnjenju utvrdi da oni bitno ne menjaju činjenično stanje utvrđeno u nalazu, Narodna banka Srbije donosi rešenje kojim davaocu usluga, odnosno odgovornom licu u ovom davaocu, izriče novčanu kaznu u skladu sa zakonom.⁴⁹

2.5. Prednact Građanskog zakonika Republike Srbije

Kao što smo već prethodno pomenuli Prednact Građanskog zakonika, iako ne rešava određena pitanja vezno za zaštitu potrošača usluga osiguranja, ipak u velikoj meri unapređuje njihovu zaštitu a pre svega unapređujući odredbe ZOO. Samim tim, pored toga što je potrebno i dalje raditi na unapređenju ovog pitanja i zaštiti osiguranika kao slabije ugovorne strane pomenutog ugovora, može se reći da se već nalazimo na dobrom putu. Nesporno je da se u ovom Prednactu još uvek nalazi veliki broj rešenja kojima se može uputiti jaka kritika, kao što je npr. odstupanje od pismene forme ugovora, ali još uvek postoji prostor da se ova rešenja unaprede. Već smo utvrdili da se ugovarač osiguranja najčešće smatra slabijom ugovornom stranom, kao, što je prepoznato na nivou EU, te je donet toliki broj Direktiva sa ciljem zaštite ugovarača osiguranja. Prednact

⁴⁶ Odluka o postupku po prigovoru korisnika usluge osiguranja, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2021, tač. 29.

⁴⁷ *Ibid.*, tač. 36.

⁴⁸ *Ibid.*, tač. 20.

⁴⁹ *Ibid.*, tač. 37.

Građanskog zakonika ne predstavlja suštinski napredak u regulisanju ugovora u osiguranju, s obzirom na to da je Zakon o obligacionim odnosima – po broju članova posvećenih ugovoru o osiguranju i po kvalitetu rešenja – primer prilično dobrog propisa socijalističke države.

ZOO kao što smo prethodno videli polazi od principa zaštite slabije strane tj. osiguranika, ugovarača osiguranja i korisnika prava putem imperativnih normi, a osiguravaču omogućava odstupanje samo kada je to u interesu osiguranika.

Generalna primedba odeljku koji reguliše ugovor o osiguranju u okviru Prednacrtu građanskog zakonika je nedovoljno implementiranje standarda zaštite potrošača, duboko utemeljenih u prava država članica i praksu Evropskog suda pravde.⁵⁰ Danas je manje više nesporno da sva lica koja zaključuju ugovor o osiguranju, osim onih koja pribavljaju pokriće za tzv. velike rizike, uživaju veći stepen zaštite.⁵¹ Oni se, naime, tretiraju kao potrošači usluga osiguranja i na njih se pored zakona o osiguranju, primenjuju i potrošački propisi. Ovakva praksa je izraz nastojanja da se lica koja pribavljaju usluge osiguranja zaštite od nesrazmerno jačih i stručnijih osiguravača.

Zakonodavac je učinio ozbiljan propust time što nije utvrdio liniju razgraničenja tzv. potrošačkih od ostalih (uglavnom komercijalnih) osiguranja, iz kog razloga može dolaziti do sporova oko toga ko se smatra potrošačem usluga osiguranja (što već samo po sebi devalvira zaštitu slabije strane), te će potencijalno neka lica koja se nalaze u tipičnoj potrošačkoj poziciji vrlo verovatno ostajati bez zaštite. Stvar ne može biti popravljena time što važeći Zakon o osiguranju usvaja uporednopravno vrlo značajan pojam velikih rizika. Međutim, ovaj pojam je pomenut u kontekstu saosiguranja, predviđajući da je saosiguranje moguće za velike rizike; ugovorna pitanja su po prirodi stvari ostala izvan zakonske optike statusnog propisa. Samim tim, sva odstupanja od imperativnog pravnog režima potrošačkih osiguranja u slučaju zaključenja ugovora kojim se pokriva veliki rizik u srpskom pravu nisu poznata.

3. Zaključak

Zaštita potrošača usluga osiguranja predstavlja temu koja je godinama unazad izuzetno aktuelna i donosi se veliki broj propisa sa ciljem ostvarivanja te zaštite. Smatramo da se na tom polju dosta radi i u Srbiji, iako trenutna regulativa ima niz slabosti. Iz tih razloga, zakonodavac u Republici Srbiji bi trebalo da se

⁵⁰ N. Petrović Tomić, „Zaštita osiguranika pojedinca i prednacrt građanskog zakonika Srbije – Koliko smo daleko od evropskog nivoa zaštite potrošača usluga osiguranja?“, *Pravo i privreda* 4-6/2015, 610.

⁵¹ Detaljnije o pojmu potrošača usluga osiguranja: A. Keglević, „Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2013, 212.

ugleda na evropska rešenja kao i rešenja nekih razvijenih zemalja kako bi ta zaštita bila na zadovoljavajućem nivou. U radu utvrdili smo da postoji veliki broj zakona i podzakonskih akta koji unapređuju zaštitu potrošača usluga osiguranja. Pored „osnovnih zakona i podzakonskih akata“ u ovoj oblasti, razvoj tehnologija i sve veća primena interneta stvaraju nove rizike za potrošače te je u tom segmentu značajno i donošenje Zakona o zaštiti podataka o ličnosti koji takođe sadrži odredbe koje unapređuju zaštitu potrošača usluga osiguranja.

Analizom zakonske regulative u ovoj oblasti, možemo zaključiti da su napravljeni koraci ka unapređenju zaštite potrošača usluga osiguranja, ali nas na putu usklađivanja sa odredbama EU očekuje još napora i prilagođavanja zakonskih normi ostvarenju potrebne zaštite.

* * *

***INURANCE CONSUMER PROTECTION - ANALYSIS OF THE
LEGISLATIVE FRAMEWORK OF THE REPUBLIC OF SERBIA***

Summary

The protection of financial services consumers became especially important after the financial crisis, which not only encouraged additional efforts by legislators in the area of consumer protection, but also led to a fundamental and permanent change in the regulatory philosophy in the area of financial services. In order to protect the insured, as weaker contracting party, a large number of Directives have been adopted at the EU level.

In the first part of the paper, the authors try to explain the reasons for the necessary protection of insurance consumers, which mainly boil down to four basic reasons: contractual imbalance, non-transparency of general and special business conditions, specificity and complexity of insurance contracts, consumers of insurance services are usually the economically weaker party. In the second part of the paper, the authors analyze the laws and by-laws of the Republic of Serbia that directly or indirectly regulate issues that may be important for achieving the necessary protection.

Keywords: consumer law, insurance law, insurance consumer, Republic of Serbia, economically weaker party, contractual imbalance.

IV

OSTALO

Ana Lalević Filipović*
Milijana Novović Burić**
Daliborka Jovičić***

REGULATORNI OKVIR NEFINANSIJSKOG IZVJEŠTAVANJA U FUNKCIJI PODSTICANJA ODRŽIVIH FINANSIJA

Apstrakt

Aktuelni i intenzivno ekscentrični globalni uslovi privređivanja daju eksplicitnu argumentaciju da tradicionalne paradigme poslovanja nijesu više održive, te da ih je nužno radikalno transformisati. Ujedno je primjetno da raste korporativna samosvjesnost koja sve više teži podsticanju i izgradnji "ekocentričnog" modela menadžment upravljanja i koja kao takva stremi ka većoj promociji društveno odgovorne, ekološke etičnosti. S tim u vezi, institucionalno i regulatorno, kako na međunarodnom nivou tako i na nivou Evropske unije, decidno se zagovara koncept održivog razvoja, pa s tim u vezi i ideja održivih finansija. Zelena tranzicija i podsticanje klimatske neutralnosti, pretvaranja sve većih klimatskih, ekoloških i socioekonomskih problema u izazove održivosti, postaje prioritetni zadatak većine zemalja Evropske unije. To se potvrđuje kroz vrlo imperativne normativne akte koje EU donosi, a koji su usmjerni u pravcu afirmisanja ideje koja je inkorporirana unutar koncepta održivih finansija. Koja su to ključna normativna akta, kakve implikacije nose sa sobom, odnosno šta u dijelu regulatornih akata možemo u narednom periodu još očekivati, jesu pitanja na koja će se dati odgovori kroz ovaj rad.

Ključne riječi: ESG kriterijumi, Direktiva EU 2014/95/EU, Uredba, EU Taksonomija.

* Redovni profesor, Ekonomski fakultet Univerziteta Crne Gore;
e-mail: analf@ucg.ac.me

** Vanredni profesor, Ekonomski fakultet Univerziteta Crne Gore;
e-mail: mnovovic@ucg.ac.me

*** Doktor ekonomskih nauka, Kordinator poslova statističkog izveštavanja, Sektor za aktuarstvo, rezerve i izveštavanje, Dunav Osiguranje, AD Beograd,
e-mail: daliborka.jovicic@dunav.com

1. Uvod

Razna intenzivna dešavanja, posebno s početka novog milenijuma, nesporno ukazuju da se tranzicija dešava na svim nivoima poslovanja i da je sasvim izvjesno da ista zahtijeva fundamentalnu reformu ustaljenih korporativnih dogmi. Navedena reforma između ostalog, dovodi do promjena poslovne svjesnosti, koja ima znatno širi uvid u krajnja korporativna ostvarenja.

Pomenuti novi korporativno-poslovni pogled je kako na međunarodnom, tako i na nivou Evropske unije postakao kreiranje određenih normativnih akata koji su usmjereni u pravcu osnaživanja i istinskoj promociji holističkog pristupa uravnoteženom razvoju. Normativno-regulatorne reforme u ovom dijelu su posebno intenzivirane početkom novog milenijuma i započete su usvajanjem tzv. milenijumskih razvojnih ciljeva.¹ Kako isti nijesu u potpunosti ispunili svoja očekivanja, to je 2015. godine uslijedilo usvajanje Agende održivog razvoja UN kojom je globalno definisano 17 ciljeva održivog razvoja. Ovom Agendom je pod ciljem 12.6 preporučeno da se proces računovodstvenog izvještavanja obogati uključivanjem nefinansijskih informacija koje upravo podržavaju koncept održivosti. S tim u vezi, jedan od ključnih momenata u ovom dijelu je bilo donošenje Direktive EU-Nefinansijsko izvještavanje 2014/95/Eu koja u fokusu stavlja izvještavanje o ekološkim (Environmental), socijalnim (Social) i upravljačkim (Governance) aspektima poslovanja preduzeća, odnosno izvještavanje o ESG kriterijumima. Upravo s navedenim je na neki način formalno započet proces korjenite reforme konvencionalnog sistema računovodstveno-kvantitativnog izvještavanja. Generalno, krajnji ishod ove direktive je usmjeren u pravcu podsticanja zelene korporativne senzitivnosti, odnosno ka transformaciji sve većih socio-ekoloških i ekonomskih izazova u mogućnosti izradnje klimatski neutralne, cirkularne ekonomije, koja će u potpunosti podržati zelene investicije i time pragmatično inkorporirati ciljeve Agende. S namjerom postizanja navedenog, Evropska unija čini radikalne reformske iskorake, što potvrđuje kroz aktivnosti koje sprovode njene institucije, kao i vrlo eksplicitna normativna akta koja su usmjerna u pravcu afirmisanja ideje koja je inkorporirana unutar koncepta održivih finansija. Da je zaista tako, potvrđuje donijeta Uredba o izvještavanju o održivom finansiranju² (The Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR)), Uredba o taksonomiji³ (EU

¹ Milenijumska deklaracija UN: https://www.rodnaravnopravnost.rs/attachments/013_Milenijumska%20deklaracija%20UN.pdf, datum pristupa 23. 06 2022.

² V.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R2088&from=EN>, 23. 06 2022, kao i <https://www.pwc.be/en/challenges/sustainability/sustainability-assurance-and-reporting/sustainable-finance-disclosure-regulation-sfdr.html>, datum pristupa 23. 06 2022.

³ V.: <https://eu-taxonomy.info/>, datum pristupa 23. 06 2022.

Taxonomy, Regulation EU 2020/852), Evropski zeleni dogovor⁴ (A European Green Deal), kao i prijedlog Direktive o izvještavanju o korporativnoj održivosti⁵ (*Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)*). Premda su pobrojana samo neka od normativnih akta koja postavljaju zaista velike izazove pred finansijskim sektorom, to ipak u osnovi streme ka jednom ključnom cilju: kreiranje korporativne zelene učinkovitosti i etičnosti, te time i portfolija investicija koji podržava ciljeve održivog razvoja.

U kontekstu navedenog, cilj rada je da ukaže na neophodnost promjene fokusa postojećeg sistema računovodstvenog informisanja zainteresovanih strana, pa s tim u vezi i da pruži uvid u regulatorna akta koja su donijeta od strane Evropske unije, a koja su u funkciji stimulisanja koncepta održivih finansija. Zapaža se da je dosadašnja pravna tekovina u ovom dijelu kao prioritet postavila veću transparentnost, uporedivost ali i namjeru da se tokovi kapitala kanališu ka onim investicijama koje na pravi način podstiču i promovišu ključne ciljeve održivog razvoja. Razlog preduzimanja vrlo eksplicitnih normativnih aktivnosti EU u ovom segmentu, proizilazi iz činjenice detektovanja finansijskog sektora kao krucijalnog s aspekta ispunjenja jasnih i argumentovanih principa i ciljeva održive, klimatski neutralne i cirkularne ekonomije, odnosno kao važne determinante dugoročnog očuvanja socio-ekonomskih i ekoloških prioriteta.

Koncepcijski, tematika koja je u fokusu rada je pored uvoda, zaključka i popisa literature, elaborirana kroz dva dijela. U prvom dijelu se daje hronološki osvrt na regulatorna akta koja, posebno na nivou Evropske unije, podržavaju koncept nefinansijskog izvještavanja. U drugom segmentu rada, akcenat se stavlja na regulatorna akta koja su u funkciji promocije i podsticanja održivih finansija, koja sve više imperativno dobijaju na značaju, a naročito kod „ekoloških“ osiguravajućih kompanija. Na kraju drugog dijela rada, dat je kratak osvrt na regulative koja problematizuje pitanje izvještavanja o ESG kriterijume u finansijskom sektoru Crne Gore.

Činjenica da do sada slična ili ista istraživanja, posebno kada je u pitanju Crna Gora nijesu rađena, govori o autentičnosti rada ali i njegovoj značajnosti, budući da pitanje održivosti ekonomije, pa time i kreiranja održivih finansija kao prepoznate ključne poluge održivom razvoju jeste pitanje koje sve više plijeni stručnu i naučnu javnost.

⁴ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en, datum pristupa 23. 06 2022.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189>, datum pristupa 23. 06 2022.

2. Nefinansijsko izvještavanje kroz prizmu regulatornog Evropskog okvira

Tradicionalno, misija Računovodstvenog informacionog sistema (RIS-a) je bila usmjerena u pravcu pružanja kvantitativnog seta finansijskih informacija, na bazi kojih su investitori/stejkholderi bili u mogućnosti da procijene imovinski, finansijski i prinosni položaj, te na bazi toga da donesu odgovarajuće poslovne odluke. Ujedno, korporativna vizija kroz RIS je stremila podsticanju principa tranog poslovanja (going-concern principle), koji je u fokusu imao težnju ostvarenja što većeg output-profitu. Pitanje raspoloživosti i obnovljivosti inputa koji su korišćeni za dostizanje profita se eksplicitno nije problematizovalo, sve do 80-tih godina prošlog vijeka kada je usljed javnog objavljivanja brojnih ekoloških katastrofa došlo do modifikacije korporativne percepcije o negativnim efektima koje, posebno degradacija životne sredine produkuje na sve sfere života. Na javnu scenu, kroz institucionalno- regulatorna međunarodna i evropska akta, sve se više potenciraju teme koje u fokus stavljaju pitanje održivosti ekonomije odnosno održivi razvoj.⁶ Posebno je to pitanje problematizovano na korporativnom nivou, budući da je ocijenjeno da je korporativni doktrinarni introvertni pristup upravo doveo do narušavanja balansa između ekoloških ciljeva i ekonomskih i ekoloških performansi. S tim u vezi, samosvjesne korporacije sve više idu u pravcu kreiranja “ekocentričnog” modela upravljanja, kao i inkorporiranja socio-ekonomskih i ekoloških dimenzija u korporativne strateške performanse. Da su navedena korporativna stremljenja podržana od strane formalnih i neformalnih institucija, svjedoči činjenica da je početkom novog milenijuma, organizacija vođenja idejom koncepta “triple bottom line reporting”⁷ formirala Globalnu računovodstvenu inicijativu (Global Reporting Initiative) (u daljem tekstu: GRI)⁸, a jednu deceniju kasnije i Međunarodni okvir za integrisano izvještavanje

⁶ Pojam “održivi razvoj” predstavlja integralni ekonomski, tehnološki, socijalni i kulturni razvoj, usklađen sa potrebama zaštite i unapređenja životne sredine, koji omogućava sadašnjim i budućim generacijama zadovoljavanje njihovih potreba i poboljšanje kvaliteta života. To znači da bi jedno društvo trebalo da se razvija u skladu sa ekološkim mogućnostima i sposobnostima samoobnavljanja resursa koje čovek iz prirode koristi. Više o tome videti: <https://www.energetskiportal.rs/>, datum pristupa 10. 07. 2022.,).

⁷ Rodonačelnik i zagovornik ideje „triple bottom line“ je John Elkington. Detaljnije: <https://www.lgt.com/en/magnet/sustainability/john-elkington-on-the-future-of-sustainable-business-or-the-exponential-twenties/#button2>, datum pristupa 24. 06. 2022.

⁸ GRI (Global Reporting Initiative) je nezavisna, međunarodna organizacija koja pomaže preduzećima i drugim organizacijama da preuzmu odgovornost za svoje uticaje, pružajući im globalni zajednički jezik za prenošenje tih uticaja. Riječ je o najviše zastupljenih standardima za izvještavanje o održivosti – GRI standard koji se koriste od strane kompanija na dobrovoljnoj osnovi. Detaljnije: <https://www.globalreporting.org/about-gri/>, datum pristupa 24. 06. 2022.

(International Integrated Reporting Framework) (u daljem tekstu: IIRF).⁹ Pored ova dva dobrovoljna, najprisutnija i najcjelishodnija standarda i okvira, s aspekta holističkog pristupa održivom razvoju, postoji i drugi veliki broj smjernica i standarda, koji separatno problematizuju određena pitanja. Svakako, ono što je novina jeste konstituisanje Odbora za međunarodne standarde održivosti (International Sustainability Standards Board (ISSB))¹⁰ koji će imati zadatak da razvije globalne standarde objelodanjivanja u vezi sa održivošću poslovanja.

Inicijalno, inicijativa za inkorporiranje elemenata održivog poslovanja u sistem izvještavanja datira od 2010. godine. Međutim, formalno inkorporiranje navedenih elemenata podrazumijevalo je sprovođenje regulatornih izmjena, osobito u 2013. godini, kojima su do tada postojeća IV (Direktiva 78/660/EC) i VII (Direktiva 83/349/EEC) Direktiva EU zamijenjene Direktivom 2013/34/EU. (Vidjeti sliku 1), Kako ni unutar novodonijete Direktive nije značajno problematizovano pitanje koje se odnosi na izvještavanje koje nudi holistički pogled na ekonomske, ekološke i socijalne učinke poslovnih aktivnosti, to je pokrenuta inicijativa za izmjenom, koja je krajem 2014. godine rezultirala donošenjem Direktive 2014/95/EU.¹¹ Upravo ovaj momenat donošenja Direktive o nefinansijskom izvještavanju ocjenjujemo kao ključni reformski iskorak repozicioniranja računovodstvenog izvještavanja i stremljenja ka podržavanju koncepta održivosti. Poređenja radi, u odnosu na postojeću, nova Direktiva posebno problematizuje tematiku nefinansijskog izvještavanja¹² (član 19. a, koji je umetnut u Direktivu 2013/34/EU), kao i konsolidovanog nefinansijskog izveštaja (član 29. a, umetnut u Direktivu 2013/34/EU). S tim u vezi, novodonijeta Direktiva ističe, u okviru člana 19.a, da obaveznik sastavljanja nefinansijskog izvještaja nijesu sva pravna lica, nego samo „*Velika pravna lica koja su subjekti od javnog interesa i koja na datum bilansa premašuju kriterij prosječnog broja od 500 zaposlenih tokom poslovne godine*”. Takođe, ističe da nefinansijski izvještaj može biti inkorporiran unutar godišnjeg izvještaja menadžmenta, ili može biti sastavljen

⁹ International Integrated Reporting Framework-IIRF. Detaljnije: <https://www.integratedreporting.org/resource/international-ir-framework/>, 06. 06 2022, kao i u tekstu autora: G.Knežević, V.Pavlović, „Integrirano izvještavanje u funkciji smanjenja informacione asimetrije“; dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/357323675_INTEGRISANO_IZVESTAVANJE_U_FUNKCIJI_SMANJENJA_INFORMATIONE_ASIMETRIJE, datum pristupa 06. 06 2022.

¹⁰ Vid. <https://www.ifrs.org/groups/international-sustainability-standards-board/>, datum pristupa 24. 06. 2022.

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095>, datum pristupa 06. 06. 2022.

¹² Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32014L0095>, datum pristupa 06. 06. 2022.

kao poseban izvještaj,¹³ ali da svakako, bez obzira na formu izvještavanja, unutar sebe obavežno bi trebao da pruži “informacije u mjeri neophodnoj za razumijevanje razvoja, poslovnih rezultata i položaja privrednog društva, kao i učinaka njegovih aktivnosti koje se odnose na zaštitu životne sredine, socijalna i kadrovska pitanja, poštovanje ljudskih prava, borbu protiv korupcije i pitanja u vezi s podmićivanjem..” Direktiva nudi mogućnost obavezniku izvještavanja da ne objavljuje sve informacije koje se zahtijevaju, ukoliko bi njihovo objelodanjivanje imalo negativne reperkusije na budući razvoj, ali pod uslovom da “takvo izostavljanje ne sprječava fer i objektivno razumijevanje razvoja, poslovnih rezultata i položaja poduzeća te učinka njegovih aktivnosti”.¹⁴

Slika 1: Hronološki prikaz razvoja ESG kriterijuma računovodstvenog izvještavanja



Izvor: Analiza autora na bazi dosadašnjih zapažanja

Kako Direktiva 2014/95/EU taksativno i veoma šturo pojašnjava problematiku nefinansijskog izvještavanja, donosioci iste svjesni su da su se u okviru člana 2. Direktive obavezali da donesu Smjernice za izvještavanje o nefinansijskim informacijama (2017. godine) s namjerom da se pomogne

¹³ Primjera radi, u Zakonu o računovodstvu Crne Gore (*Službeni list Crne Gore*, br. 145/21 od 31.12.2021) (član 14) je dosljedno transponovan ovaj segment, dok u Zakonu o računovodstvu u Srbiji (*Sl. glasnik RS*, br. 73/2019 i 44/2021 - dr. zakon (Član 37 i Član 38)) nije navedeno kako treba sastaviti nefinansijski izvještaj, pri čemu uobičajeno kompanije integrišu elemente nefinansijskog izvještaja u okviru godišnjeg Izvještaja menadžmenta/poslovanja.

¹⁴ A. Lalević Filipović, „Nefinansijsko izvještavanje kroz prizmu regulatornog okvira - Šta nas još očekuje?“ *„Računovodstvo i revizija“*, 15-27.

kompanijama da objelodane relevantne nefinansijske informacije na dosljedniji i uporediviji način.¹⁵ U navedenim Smjernicama (tačka 3) veoma su detaljno elaborirani (teorijski i aplikativno) sljedeći principi nefinansijskog izvještavanja, a koji se odnose na pružanje:

- materijalno značajnih informacija;
- tačnih, objektivnih i razumljivih informacija;
- sveobuhvatnih i sažetih informacija;
- informacija usmjerenih na zainteresovane strane;
- informacija usmjerenih na budućnost;
- usklađenih i dosljednih informacija.

U ovom dijelu, posebno želimo da ukažemo na dva principa za koja ocjenjujemo da su bitna s aspekta drugačijeg karaktera i cilja koji je inkorporiran unutar nefinansijskog izvještaja. Naime, uopšteno, princip materijalnosti u kontekstu nefinansijskog izvještaja podrazumijeva onaj prag na kome određena tema ili oblast (socijalna, ekonomska ili ekološka) posaju dovoljno značajne da se o njoj izvještava. To zapravo znači da iste teme neće biti predmet razmatranja kod kompanija koje dolaze iz različitih privrednih djelatnosti, pa je u ovom dijelu veoma bitno voditi otvoreni dijalog sa zainteresovanim stranama, kako bi se kroz izradu matrice materijalnosti jasno identifikovale teme koje će detaljnije biti elaborirane u okviru izvještaja. Ono što je posebna novina nefinansijskog izvještavanja, a što proizilazi uopšte iz koncepta održivog poslovanja, jeste uvođenje tzv „aspekta dvostruke materijalnosti” koji podrazumijeva obavezu da društva izvještavaju o tome kako pitanja održivosti utiču na njihove poslovne rezultate, položaj i razvoj (aspekt „od spolja prema unutra”), kao i o njihovom uticaju na ljude i životnu sredinu (aspekt „iznutra prema spolja”). (vidjeti sliku 2)

Slika 2: Aspekt dvostruke materijalnosti



Izvor: Analiza autora na bazi dosadašnjih razmatranja

¹⁵ Više o tome videti: https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en, 06. 06. 2022.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:215:FULL&from=HR>

U kontekstu navedenog, nefinasijski izvještaj zagovara princip usmjerenosti ka zainteresovanim stanama, koje nijesu više samo investitori/stejkholderi, nego šira grupa korisnika (kupci, zaposleni, dobavljači, civilni i javni sektor) na koje kompanija ima uticaj, ali i koji utiču na poslovanje kompanije i koji su takođe bitni u procesu formulisanja korporativne strategije, kao i cjelokupnog procesa nefinasijskog izvještavanja.¹⁶

Nadalje, u članu 3 Direktive 2014/95/Eu navedeno je da je potrebno preispitati dosljednost njene primjene, što je i u skladu sa ciljevima Akcionog plana za finansiranje održivog razvoja, koji su usmjereni u pravcu podsticanja transparentnijeg i dugoročnijeg poslovanja.¹⁷ Nakon sprovedene javne rasprave, u kojoj su uzeli učešće predstavnici različitih zainteresiranih strana, došlo se generalno do zaključka da kvalitet dobijenih izvještaja nije na zadovoljavajućem nivou, posebno u dijelu ostavereanja principa uporedivosti, pouzdanosti, relevantnosti i sl.¹⁸ Kao rezultat analize dobijenih rezultata, Evropska komisija je pokrenula inicijativu za promjenom Direktive EU 2014/95/Eu što je i formalizovala kroz dokumenta - Prijedlog Direktive o izvještavanju o korporativnoj održivosti¹⁹ i koji se očekuje da u formi finalnog dokumenta bude usvojen od strane Evropskog parlamenta i članica EU, što se i očekuje u 2024. godini, čime će odredbe biti implementirane na izvještaje prethodne, 2023. godine, a nakon transponovanja istih u nacionalno zakonodavstvo.²⁰

U narednom tabelarnom prikazu daje se kratak uporedni pregled najbitnih izmjena koje su integrisane unutar Prijedloga u odnosu na Direktivu NFI:

¹⁶ A. Lalević Filipović, 15-27.

¹⁷ Navedeni Akcioni plan usvojen je od strane Evropske komisije 2018. godine i unutar sebe inkorporira tri segmenta za održivo finansiranje: 1) Taksonomija EU koja je donijeta u julu 2020. godine i koja navodi koje se sve djelatnosti smatraju održivim; 2) Objelodanjivanje svih onih podataka koji su neophodni da bi korisnici informacija bili u mogućnosti da steknu uvid i da donesu odluke o održivim ulaganjima; 3) razvoj odgovarajućih alata koji je u funkciji podsticanaj održivog poslovanja bilansnih adresata i koji im omogućavaju da izbjeđnu ulaganja u greenwashing (manipulativni zeleni marketing). Detaljnije videti: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0390&from=DE>, datum pristupa 07. 06. 2022.

¹⁸ Detaljnije o rezultatima samog istraživanja videti na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189>, datum pristupa 25. 06 2022.

¹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0189&from=HR>, datum pristupa 04. 06 2022.

²⁰ <https://smartkolektiv.org/aktuelnosti/prirucnik-za-kompanije-korak-po-korak-do-nefinasijskog-izvjestaja/>, datum pristupa 07. 06. 2022.

Tabela 1: Postojeća vs prijedlog Direktive o izvještavanju o korporativnoj održivosti

Kriterijum	Direktiva NFI	Prijedlog Direktive KO
Obaveznik izvješavanja	<ul style="list-style-type: none"> • Velika pravna lica i subjekti od javnog interesa koja imaju više od 500 zaposlenih • Velike banke i osiguravajuća društva 	<ul style="list-style-type: none"> • Pravna lica koja imaju više od 250 zaposlenih i/ili 20 mil. ukupne imovine i/ili 40 mil. Prometa; • Sve kompanije koje se nalaze izlistane na EU tržišta, osim mikrokompnije; • Kompanije koje nisu osnovane u EU, ali koje su izlistane na regulisnaom Eu tržištu, kao i povezana lica u EU od ne-Eu kompanija
Smjernice i standardi	<ul style="list-style-type: none"> • Ne postoje standardi/smjernice • Predlog da postoji usklađenost sa međunarodnim i Eu referentnim okvirima i standardima 	<ul style="list-style-type: none"> • Obavezni standardi izvještavanja o održivosti uz preporuku za MMSP primjenjuju pojednostavljenu verziju • Usklađenost sa EU taksonomijom²¹
Revizija	<ul style="list-style-type: none"> • Revizor samo provjerava da li je urađen nefinasijski izvještaj 	<ul style="list-style-type: none"> • Proširen je djelokrug rada ovlašćenih revizora i na provjeru izvještaja o održivosti koji treba da bude iskazan u istom revizorskom izvještaju; • Ravizorskom odboru bi trebalo dodijeliti određene poslove u pogledu provjere izvještaja o održivosti.

Izvor: (<https://balkangreenenergynews.com/rs/odrzivi-razvoj-kroz-prizmu-novih-trendova-i-sve-vecih-zakonskih-obaveza/>, 08. 06 2022.

Dakle, evidentno je da se krug obaveznika izvještavanja značajno širi, ali da svakako u navedenu skupinu obavezno potpadaju subjekti od javnog interesa,²² što je značajno konstatovati s aspekta obrade ove tematike. Ujedno, prijedlogom Direktive data je inicijativa za formiranjem Odbora za međunarodne standarde održivosti (ISSB) što je i učinjeno u novembru 2021. godine²³ i koji ima zadatak da formuliše i da donese međunarodne standarde održivosti. Prijedlog za normativnu uređenost u vezi Standarda izvještavanja o održivosti su iskorporirani u okviru prijedloga Direktive o izvještavanju o korporativnoj održivosti (novi član 19.b) i shodno navedenom, predložena je dinamika po

²¹ Posebno u dijelu sagledavanja procentualnog učešća prometa, kapitalnih ulaganja i operativnih troškova koji se odnose na imovinu ili postupke povezane sa aktivnostima koje se smatraju održivim.

²² Ko su subjekti od javnog interesa, jasno navodi Zakon o računovodstvu Crne Gore, član 9, (*Službeni list Crne Gore*, br. 145/21 od 31.12.2021).

²³ <https://mvpep.gov.hr/vijesti-225662/frankfurt-m-u-glasgowu-proglasen-sjedistem-issb-a/245511>, 24. 06 2022.

pitanju donošenja delgiranih akata od strane Komisije.^{24,25} Do sada su razvijena dva standarda u formi draft verzije: MSFI S 1- Opšti zahtjevi za objelodanjivanje finansijskih informacija u vezi sa održivošću²⁶; MSFI S 2- Objelodanjivanje u vezi sa klimom²⁷ (vidjeti sliku 1).

3. Održive finansije kroz prizmu regulatornog okvira

Podsticanje „zelenih”, otvorenih i inovacionih standarda se na globalnim nivoima smatra jednim od ključnih pokretača visokokvalitetnog ekonomskog razvoja. Kako koncept održivih finansija u osnovi integriše navedene standarde, naročito u dijelu donošenja investicionih odluka, gdje se eksplicitno vodi računa o balansu između socio-ekonomskih i klimatskih elemenata i rizika od donijetih odluka, to su na globalnom nivu i prepoznate kao jedan od značajnih promotera održivog rasta. U tom kontekstu, cilj održivih finansija je prepoznat kroz doprinos uravnoteženog rasta ekonomije na način što bi se stvorili uslovi za sveobuhvatni prelaz na „nisko ugljično” poslovanje uz značajno efikasniju upotrebu potrebnih resursa s ciljem jačanja otpornosti i oporavka ekonomije s obzirom na negativne uticaje klimatskih promjena.²⁸ U kontekstu toga, održive finansije se mogu definisati kao svako ono ulaganje koje unutar sebe inkorporira veći broj aktivnosti, kao što su ulaganja novca u projekte zelene energije, do ulaganja u kompanije koje pokazuju društvene vrijednosti.²⁹ Svakako je nesporno da gore pomenuti standardi održivosti zahtijevaju korjenite systemske i strukturne reforme samog finansijskog sistema, naročito banaka i osiguravajućih kompanija, u dijelu redizajniranja postojećeg portfolija koji će tranzitirati ka

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189>, datum pristupa 07. 06 2022.

²⁵ Sve naprijed navedeno je podstaknuto usvajanjem prijedloga Direktive o izvještavanja o korporativnoj održivosti, gdje je istaknuto da se u novoustanovljenom članu (član 19. b) ranije Direktive 2013/34/EU (V. : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189> (str. 13)) Komisija daju ovlaštenja da donese EU standarde izvještavanja o održivosti.

²⁶ Više o tome videti: <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/general-sustainability-related-disclosures/exposure-draft-ifrs-s1-general-requirements-for-disclosure-of-sustainability-related-financial-information.pdf>, datum pristupa 06. 06. 2022.

²⁷ Više o tome videti: <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/climate-related-disclosures/issb-exposure-draft-2022-2-climate-related-disclosures.pdf>, datum pristupa 06. 06. 2022.

²⁸ Više o tome videti: <https://idop.hr/odrzive-financije-financije-kao-kljucni-element-razvoja-odrzivog-razvoja/>, datum pristupa 31.3 2022.

²⁹ <https://www.weforum.org/agenda/2022/01/what-is-sustainable-finance/>, datum pristupa 23. 06 2022.

asimilaciji ponude zelenih, investiciono-inovativnih rješenja i rizika povezanih sa istim. Osiguravajuće kompanije mogu biti ključne u razvoju i tranziciji održive globalne ekonomije. Kao investitori, osiguravajuće kompanije mogu da svoje investicione aktivnosti usmere u infrastrukturne održive projekte, posebno u oblasti obnovljive energije. Emisija zelenih obveznica će na tržištu neminovno rasti, a osiguravajuće kompanije mogle bi postati vodeći emitenti na tržištu zelenih obveznica. Zbog velikog investicionog potencijala osiguravajuće kompanije zahtevaju veću ECG transparentnost od kompanija u koje se investira i samim tim ih podržava da usvajaju strategije ekološki čiste proizvodnje definisane u Pariskom sporazumu.

Kao dobar primer rasta korporativne svesti održivog osiguranja je formiranje saveza od 20 vodećih osiguravača tzv. Net-Zero Insurance Alliance (NZIA), čiji je prioritet i namjera da njihovi portfelji osiguranja i reosiguranja budu bez emisije gasova sa efektom staklene bašte i svedeni na nulu do 2050. godine.

S namjerom podsticanja ekološki rezistentnije, ali i ekonomski efikasnije ekonomije, Evopska komisija kroz svoju strategiju posebno daje prioritete održivom finansiranju, čiji je cilj da podstakne kompanije iz oblasti finansijskog sektora da investiraju u ekološke projekte, kako bi se implikativno ispunili ciljevi definisani unutar Evropskog zelenog dogovora.³⁰ Riječ je o veoma značajnom dokumentu, prepoznatom kao strategija održivog razvoja EU u 21. vijeku,³¹ koji kao primarni cilj ističe težnju da Evropa postane prvi klimatski neutralni kontinent do 2050. godine, na način što je EU postavila da postigne svoje klimatske ciljeve do 2030. godine na pravedan, troškovno efikasan i konkurentan način.³² Pored Evropskog zelenog dogovora, jedan od ključnih dokumenta s aspekta podsticanja reforme finansijskog sistema ka konceptu održivosti, jeste Akcioni plan za finansiranje održivog rasta,³³ gdje posebno skrećemo pažnju na tačku 6. koja apostrofira uvođenje „zelenog faktora podrške“ u prudencijalna pravila EU za banke i osiguravajuća društva.

Kako je već istaknuto, finansijski sektor na tlu Evrope je ocijenjen kao presudan s aspekta zelenog investicionog osvješćivanja na putu postizanja održivosti ekonomije, pa je s tim u vezi, u 2021. godini donijet veliki broj

³⁰ M. Raičević *et al.*, "Green concept in Montenegro with the focus on Enviromental insurance", *Development of Modern Insurance Market – Constraints and Possibilitie*", Monograph, Chapter 9, Faculty of Economics Belgrade, 2022, 159-177.

³¹ Više o tome videti: <https://rs.boell.org/sr/evropski-zeleni-dogovor>, datum pristupa 21. 06. 2022.

³² Više o tome videti: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en, datum pristupa 21. 06. 2022.

³³ Više o tome videti: https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-renewed-strategy_en#action-plan, datum pristupa 23. 06. 2022.

pravila EU s namjerom podsticanja održivog poslovanja. U ovom dijelu, a što je povezano sa gore istaknutim normativnim rješenjima, je posebno značajan dokument Uredba o održivom finansijskom obelodanjivanju (Sustainable Finance Disclosure Regulation - SFDR), koja ima za cilj da pomogne da se bilion eura uvede u zelene investicije u narednoj deceniji, da se ujednače informacije o klimi koje trenutno pružaju učesnici na finansijskom tržištu, i da se da prednost firmama sa istinski održivim proizvodima.³⁴ Da bi ispunila generalno svoje postavljene ciljeve, Uredba kroz svoje članove posebno akcenat stavlja na poštovanje principa transparentnosti, pa se tim u vezi u članu 1,³⁵ ističe da se „*Uredbom utvrđuju usklađena pravila o transparentnosti za učesnika na finansijskim tržištima i finansijske savjetnike u pogledu uključivanja rizika održivosti i uzimanja u obzir štetnih učinaka na održivost u njihovim procesima i pružanja informacija povezanih s održivosti u vezi s finansijskim proizvodima.*“

Transparentnost politika u području rizika održivosti, štetnih učinaka na održivost na nivou privrednog subjekta, zatim politika o isplaćivanju primitaka u vezi s uključivanjem rizika održivosti, štetnih učinaka na održivost na nivou finansijskih proizvoda itd., su samo neke od stavki koje se razrađuju detaljno u okviru Uredbe, a sve sa ciljem promocije i podsticanja zaista zdravih, zelenih održivih proizvoda i sprječavanja tzv. „ekomanipulacije“ (greenwashing-a) Ujedno, kako je dosadašnje računovodstveno izvještavanje o održivosti poslovanja bilo dobrovoljno i kao takvo značajnim dijelom fragmentirano, neuporedivo i nepouzđano, to se kroz gore navedeni Prijedlog Direktive krenulo u inicijativu konstituisanja Odbora za međunarodne standarde održivosti (ISSB), kao i razvijanje Međunarodnih standarda održivosti, tako da se očekuje (od 2024. godine) da će Izvještaj o nefinansijskim održivim performansama biti standardizovan i harmonizovan, te kao takav da će poslužiti kao dobra podloga za donošenje investicionih odluka. Kao i Prijedlog Direktive i sama Uredba zagovara „aspekt dvostruke materijalnosti“, ali za razliku od Direktive, navedena Uredba, kao i Uredba o taksonomiji Eu o kojoj će biti više riječi u nastavku rada, dio su pravne regulative EU. Drugim riječima, samim usvajanjem Uredba stupa na snagu, bez prethodnog transponovanja u nacionalno zakonodavstvo. Ono što je takođe u ovom dijelu bitno istaći jeste da su razvijeni regulatorni tehnički

³⁴ Više o tome videti: “Klima i biznis: zašto se isplati poslovati održivo”, *Udruženje Naše Pravo*, Beograd, mart 2022., 34 dostupno na: <https://sveonovcu.rs/klima-i-biznis-zasto-se-isplati-poslovati-odrzivo/>, datum pristupa 31. 3. 2022.

³⁵ Više o tome videti: Uredba (EU) 2019/2088 Evropskog parlamenta i Vijeća od 27. studenoga 2019. o objavama povezanim s održivosti u sektoru finansijskih usluga, kao i <https://www.pwc.be/en/challenges/sustainability/sustainability-assurance-and-reporting/sustainable-finance-disclosure-regulation-sfdr.html> 8, datum pristupa 24. 06. 2022.

standardi čija se primjena očekuje od 2023. godine,³⁶ a u kojima će se jasno navesti koje su to teme i kvantitativni pokazatelji o kojima treba izvještavati, a koji će vremenom biti usklađeni sa zahtjevima Uredbe o taksonomiji EU.³⁷

Uredba o taksonomiji EU se u potpunosti nadovezuje na sva naprijed navedena akta, posebno na navedenu Uredbu i Direktivu o NFI. Ona podržavajuće djeluje na koncept održivosti na način što opisuje okvir za klasifikaciju „zelenih“ ili „održivih“ ekonomskih aktivnosti koje se sprovode u EU.³⁸ Dakle, Uredba o taksonomiji EU eksplicitno propisuje okvir za koncept održivosti, tačno definišući kada kompanija ili preduzeće posluje održivo ili ekološki prihvatljivo i kada se određena ekonomska aktivnost može smatrati održivom³⁹ u skladu sa postavljenim cjevima zaštite životne sredine.⁴⁰ S tim u vezi, taksonomija EU je složen sistem koji klasifikuje one delove privrede koji se mogu plasirati na tržište kao održive investicije.⁴¹ S ciljem posticanja efikasnosti izvještavanja o ESG kriterijumima, posebno za subjekte od javnog interesa, Uredba o taksonomiji EU uvodi novine koje su počele da važe počev za poslovnu 2022. a odnose se na obaveznike izvještavanja po Direktivi o NFI, dok ne stupi na snagu Prijedlog Direktive o izvještavanju o korporativnoj održivosti. S tim u vezi, navedeni obaveznici imaju obavezu inkorporiranja u nefinansijski izvještaj i informacije o: a) udjelu prometa koji proizilazi iz proizvoda ili usluga povezanih sa ekonomskim aktivnostima koje se smatraju održivim; b) udjelu svojih kapitalnih ulaganja koji se odnose na imovinu ili postupke povezane sa ekonomskim aktivnostima koje se smatraju održivim; c) udjelu svojih operativnih troškova koji se odnose na imovinu ili postupke povezane sa ekonomskim aktivnostima koje se smatraju održivim.⁴² Kako je riječ

³⁶ Više o tome videti: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/sustainability-related-disclosure-financial-services-sector_en, datum pristupa 14. 06. 2022.

³⁷ Više o tome videti: <https://smartkolektiv.org/aktuelnosti/prirucnik-za-kompanije-korak-po-korak-do-nefinansijskog-izvestaja/>, datum pristupa 21. 06. 2022.

³⁸ Više o tome videti: <https://eu-taxonomy.info/info/eu-taxonomy-overview>, datum pristupa 22. 06. 2022.

³⁹ Više o tome videti: <https://energijabalkana.net/sta-je-taksonomija-odrzivih-finansija-eu/>, datum pristupa 22. 06. 2022.

⁴⁰ Ublažavanje klimatskih promjena, adaptacija na klimatske promjene, održiva upotreba i zaštita vodnih resursa, tranzicija ka cirkularnoj ekonomiji, prevencija i kontrola zagađenja, zaštita i obnova biodiverziteta i ekosistema. Više o tome videti: <https://eu-taxonomy.info/info/eu-taxonomy-overview>, datum pristupa 22. 06. 2022.

⁴¹ Videti: <https://energijabalkana.net/sta-je-taksonomija-odrzivih-finansija-eu/>, datum pristupa 22. 06. 2022.

⁴² Više o tome videti: <https://smartkolektiv.org/aktuelnosti/prirucnik-za-kompanije-korak-po-korak-do-nefinansijskog-izvestaja/>, datum pristupa 29. 07. 06. 2022.

o novini za koju se posebno u početnim fazama ocjenjuje da je kompleksna, to je Evropska komisija izradila akt pod nazivom “*Kako finansijska i nefinansijska preduzeća treba da izvještavaju o ekonomskim uslovima koji ispunjavaju uslove za taksonomiju aktivnosti i sredstva u skladu sa Uredbom o taksonomiji član 8*”⁴³ čija je svrha da pruži uputstvo implementiranja zahtjeva koji se osobito zahtjevaju kroz član 8 Uredbe o taksonomiji EU.

Na kraju, evidentno je da su postoje velike stimulacije, ali i zahtjevi koji se postavljaju pred finansijske institucije, koji imaju jedan cilj: posticanje održivih finansija za istinski održive finansijske investicije. Da je nefinansijsko izvještavanje značajno s aspekta poslovnosti osiguravajućih kompanija, svjedoči istraživanje,⁴⁴ kojim je pokazano da postoji pozitivna korelacija između izvještavanja o DOP-u i efektivnosti organizacije, odnosno finansijskog učinka.⁴⁵ Dakle, očigledno da se na svim nivoima promovišu i ugrađuju zeleni standardi koji postaju kao takvi integralni dio poslovne politike preduzeća.

Praksa pokazuje da su multinacionalne osiguravajuće kompanije posvećene ovoj problematici, o čemu svjedoči činjenica da bez obzira na potencijalne gubitke koji mogu da nastanu po osnovu pokrivanja najvećih učesnika u globalnom zagrijavanju (npr. ulaganje u industriju fosilnih goriva), one ne žele da odustanu od borbe protiv klimatskih promjena.⁴⁶ S tim u vezi je i njihova jasno iskazana težnja da redizajniraju postojeći portfolio ponudom proizvoda koji će doprinijeti ublažavanju, odnosno zaštiti postojećih i potencijalnih rizika, posebno od klimatskih promjena.⁴⁷

4. Održive finansije kroz prizmu regulatornog okvira u Crnoj Gori

Kako je Crna Gora iskazala želju da bude dio zajednice evropskih zemalja, to je u skladu sa navedenim svoj računovodstveni normativni okvir uskladila sa Direktivama Eu, kao i važećim aktima u tom dijelu. S tim u vezi, nakon donošenja Direktiva Eu 2013/34/Eu i 2014/95/Eu, Crna Gora je svoj Zakon o

⁴³ Više o tome videti : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/sustainable-finance-taxonomy-article-8-report-eligible-activities-assets-faq_en.pdf, datum pristupa 25. 06. 2022.

⁴⁴ F. Olowokudejo, S. A. Aduloju, S. A. Oke, S. A., “Corporate social responsibility and organizational effectiveness of insurance companies in Nigeria” *The Journal of Risk Finance*3/2011, 156-167. <https://doi.org/10.1108/15265941111136914>.

⁴⁵ K. Manokaran, S. Ramakrishnan, S. Hishan, & K. Soehod ” The impact of corporate social responsibility on financial performance: Evidence from insurance firms. *Management Science Letters*”, 8(9), 2018, 913-932. <http://dx.doi.org/10.5267/j.msl.2018.6.016>.

⁴⁶ Detaljnije: <https://energijabalkana.net/osiguravajuće-kuće-ne-napustaju-industriju-naft-e-gasa/>, 01.4. 2022.

⁴⁷ M. Raičević, *et al.*, 159-177.

računovodstvu transponovala zahtjeve Direktiva, a osobito segment koji je u fokusu našeg razmatranja. S ti u vezi, član 14, Zakona o računovodstvu navodi da velika pravna lica i matična pravna lica velike grupe koja u poslovnoj godini, na dan bilansa stanja imaju više od 500 zaposlenih u obavezi da sastavljaju nefinansijski izvještaj. Kroz navedeni Zakon, rukovodeći se odredbama Direktive, odnosno Smjernica, pravnim licima je data mogućnost da sastave nezavistan nefinansijski izvještaj, odnosno da navedeni izvještaj bude integralni dio godišnjeg izvještaja menadžmenta. Ujedno, navedeni izvještaj bi unutar sebe trebao da obuhvati sljedeće informacije:⁴⁸

- 1) kratak opis poslovnog modela pravnog lica;
- 2) opis politika pravnog lica u vezi sa socijalnim i kadrovskim pitanjima, pitanjima zaštite životne sredine, poštovanja ljudskih prava, borbu protiv korupcije, uključujući postupke osnovnih analiza koje se sprovede;
- 3) rezultate preduzetih mjera;
- 4) osnovne rizike povezane sa pitanjima iz tačke 2 ovog stava, koji se odnose na poslovanje pravnog lica, uključujući, kad je potrebno poslovne odnose, proizvode ili usluge koji mogu prouzrokovati negativne učinke u tim oblastima, kao i način upravlja tim rizicima;
- 5) nefinansijske ključne pokazatelje uspješnosti od značaja za određeno poslovanje.

Shodno zakonskim odredbama,⁴⁹ istaknuto je da “ako organi upravljanja i nadzorni odbor ocijene da objavljivanje-uključivanje informacija o predstojećim poslovnim događajima ili pitanjima tokom pregovora mogu nanijeti ozbiljnu štetu poslovnom položaju pravnog lica, uz obrazloženje razloga, mogu iz izvještaja menadžmenata ili nefinansijskog izvještaja te informacije isključiti”. Na kraju, u ovom dijelu, smatramo bitnim da istaknemo i nadležnosti nezavisnog revizora ili revizorskog društva, koje su date samo u domenu “provjere da li je dostavljen izvještaj menadžmenta ili poseban nefinansijski izvještaj”⁵⁰

Na bazi dosadašnje analize dostupnih finansijskih iskaza osiguravajućih kompanija,⁵¹ kao i sprovedenog pilot anketnog istraživanja,⁵² zaključka smo da problematika nefinansijskog izvještavanja još nije ušla u poslovnu filozofiju osiguravajućih kompanija. Da je zaista tako, potvrdili su i rezultati sprovedenog pilot anketnog istraživanja,⁵³ gdje su kompanije iz oblasti neživotnog osiguranja

⁴⁸ Zakon o računovodstvu, *Službeni list Crne Gore*, br. 145/21, čl. 14.

⁴⁹ Isto, čl. 14, st. 4.

⁵⁰ Ovaj segment značajnim dijelom proizilazi iz rada A. Lalević Filipović, 15-27.

⁵¹ Više o tome videti: <https://www.ano.me/>, datum pristupa 06. 07. 2022.

⁵² M. Raičević, 159-177.

⁵³ *Ibid.*

pokazali veoma nisku spoznaju, kada je u pitanju zeleno osiguranje, dok se u njihovoj postojećoj ponudi još uvijek ne mogu naći osiguranja od rizika zelenih proizvoda. Svakako, ono što je pozitivna okolnost jeste činjenica da Crna Gora kroz Poglavlje 27-Zaštitat životne sredine i klimatske promjene sve više propagira princip „zelene osviještenosti“ što i pokazuje kroz ponudu proizvoda koja podržavaju koncept održivosti.⁵⁴ Evidentno je da potencijal za podsticaj održivih finansija kroz prizmu regulativnih akata u Crnoj Gori postoji, samo je pitanja prepoznavanja od strane nadležnih u tom dijelu, kao i promovisanje u punom potencijalu ove nove i neminovne razvojne šanse.

5. Zaključak

U savremenim uslovima poslovanja, neupitno je govoriti o konceptu održivosti. U prilog navedenom svjedoči veliki broj aktivnosti, institucionalnih i pravnih tekovina koje se donose i koje idu u pravcu uspostavljanja i izgradnje čvrstih temelja holističkog pristupa uravnoteženog razvoja. Refome u ovom dijelu se dešavaju na svim nivoima i posebno su usmjerene u pravcu korjenite promjene korporativne percepcije o ciljevima koje pred sobom postavljaju. S tim u vezi, pored velikog broja akata koja su donijeta na međunarodnom nivou, EU je u tom dijelu posebno iskazala zainteresovanost što je i javno glorifikovala kroz veliki broj dokumenta i kroz jasno stremljenje da postane klimatski neutralna do 2050. godine. Posebno su institucionalni investitori na finansijskom tržištu prepoznati kao generatori realizacije ciljeva održivog razvoja, kako na nacionalnom tako i na globalnom nivou. S tim u vezi, održivo finansiranje i održive investicije postaju glavi podstrekač budućeg održivog ekonomskog razvoja. S namjerom da na pravi, institucionalno-normativni način održive tokove kapitala usmjeri u istinski održive proizvode, koji podržavaju “green” koncept, Evropska unija je kroz svoje institucije unazad više od jedne decenije donijela veliki broj Direktiva, Uredbi i drugih normativnih rješenja koja su kao primat postavili koncept “ozelenjavanja”, kako bi se realizovale aktivnosti zelene tranzicije i klimatske neutralnosti. Premda elaborirana regulatorna rješenja predstavljaju zaista veliku računovodstveno-izvještajnu reformu, to su u osnovi imali namjeru da se socio-ekonomski i klimatski izazovi i problemi pretvore u šanse kroz sveobuhvatniji izvještavanje o ESG kriterijumima.

Na kraju, smatramo da donijeta regulatorna rješenja predstavljaju polaznu tačku u promjeni korporativne svijesti. Tačnije, u narednom periodu bez sumnje se može očekivati vrlo dinamična dešavanja po pitanju njihove implementacije.

* * *

⁵⁴ Više o tome videti: <https://www.eko-fond.me/> (06. 07 2022).

*REGULATORY FRAMEWORK OF NON-FINANCIAL REPORTING AS A
MEANS OF STIMULATING SUSTAINABLE FINANCE*

Summary

It can be rightly said that climate change is currently the greatest global challenge facing humanity, the effects of which can be seen everywhere as a result of dramatic and extreme weather events.

In the last decade, numerous legal acts, directives and guidelines have been adopted in order to implement and affirm countries for implementation of the UN Sustainable Development Agenda, which globally defined 17 sustainable development goals. Adoption of the Taxonomy Regulation, which is a complete follow-up to all the aforementioned acts, especially the Regulation and the Non-Financial Reporting Directive (NFRD), explicitly prescribed the framework for the concept of sustainability, precisely defining when a company or enterprise operates sustainably or environmentally friendly and when certain economic activity can be considered sustainable. In this regard, the EU Taxonomy is a complex system classifying those parts of the economy that can be marketed as sustainable investments. With the aim of achieving efficiency of reporting on environmental, social and governance criteria (ESG), especially for entities of public interest, the EU Taxonomy Regulation introduces novelties that became effective starting from the business year 2022, and refer to reporting obligations under the NFI Directive, until the Proposal of the Directive on corporate sustainability reporting enters into force.

Keywords: ESG criteria, EU Directive 2014/95/EU, Regulation, EU Taxonomy.

Andreja Katančević*

ODGOVORNOST OSTAVOPRIMCA ZA ŠTETU U RIMSKOM PRAVU¹

Apstrakt

Ugovor o ostavi je jedan u nizu mnogobrojnih rimskih instituta recipiranih u moderna zakonodavstva. Iako je njegov praktični značaj mali, on je dobar primer razvoja pravnih normi u Rimu i njihovog kasnijeg preuzimanja. Rad istražuje nastanak i sadržinu osnovnih pravila odgovornosti ostavoprimca za štetu. Izvori sugerišu da su te norme nastale krajem republike, uvođenjem pretorske i civilne tužbe, a da su razvijane u kazuistici klasičnih jurisprudencata.

Kako nije imao korist od ugovora, depozitar je po opštim pravilima odgovarao samo za štetu koja je prouzrokovana dolozno. Ugovorom se takva odgovornost nije mogla isključiti, ali se mogla proširiti i na drugu štetu, sa izuzetkom one koja je nastala slučajem. Prema najstarijem sačuvanom mišljenju, koje potiče od Celza, ostavoprimac je odgovarao i za laku nepažnju. Moguće je da je reč o starom pravilu, koje je napušteno posle nekoliko decenija. Posebnosti rimskog depozita, koje nisu recipirane u moderne pravne sisteme, su infamija koja prati osuđenog depozitara, i kazna u visine dvostruke štete, kod ostave u nevolji.

Primenjeni metodi su jezičko, sistemsko i istorijsko tumačenje delova Gajevih Institucija, Justinijanovih Digesta i Institucija i Pavlovih Sentencija.

Ključne reči: *Depositum, depozitar, odgovornost za štetu, depositum miserabile, culpa.*

1. Uvod

Ugovor o ostavi je jedan u nizu imenovanih ugovora čija su pravila izgrađena u rimskom pravu i velikim delom recipirana u moderna zakonodavstva. Nema sumnje da su postojala pravila o besplatnom čuvanju stvari i pre rimskog prava, kao i u kasnijim normativnim sistemima koji se nisu razvijali pod

* Doktor pravnih nauka; vanredni profesor Univerziteta u Beogradu - Pravnog fakulteta, e-mail: katancevic@ius.bg.ac.rs

¹ Rad je nastao u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“.

uticajem rimskog. Ipak, ostava kao zaokružen pravni institut je delo Rimljana. Njegov privredni značaj je bio i ostao zanemarljiv. Stoga je i broj normi koje se odnose na njega nevelik i nesrazmerno manji u odnosu, na primer, na mnogo značajniju kupoprodaju. Sa druge strane, ostava je lep primer nastanka ugovorne odgovornosti za štetu i njenog dvomilenijumskog kontinuiteta.

Ostava je spadala u realne ugovore, odnosno one koji se nisu zaključivali samim sporazumom, već predajom stvari. Umesto današnje koncepcije prema kojoj je reč o konsenzualnom ugovoru u kome obaveze stranaka ne nastaju istovremeno, kod Rimljana je bilo reči o ugovoru kod koga ostavoprimac ima obaveze tek posle predaje stvari, a obligacija ostavodavca bi nastajala tek ukoliko ima troškova i štete koje on treba da nadoknadi.

Najvažnija karakteristika tužbe iz depozita je posebno istaknuta u delu Ulpijanovog² Komentara pretorskog edikta u kome se on bavi ostavom:

D.16.3.1.23. *Ulpianus libro 30 ad edictum. Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet.*³

(Ne treba sumnjati da je to tužba *bonae fidei*.)

Dakle, *actio depositi* spada u tužbe *bonae fidei*. Jedna u nizu specifičnosti te vrste tužbi se ogleda u tome da se kod njih neko osuđuje na *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, odnosno na sve što je dužan da dà ili učini prema principu dobre vere. Po svoj prilici reč je o jednom od najznačajnijih pravnih standarda u istoriji prava. Kroz tumačenja sintagme *ex fide bona*, rimski jurisprudenti su izgradili institut naknade štete, bezmalo onakav kakav postoji i danas.⁴ Rad je posvećen izgradnji njegovih pravila u okviru ugovora o ostavi.⁵

2. Standard odgovornosti

2.1. Dispozitivne norme

Odgovornost ostavoprimca je određena, na prvom mestu, dobroćinim karakterom depozita. Depozitar čini deponentu uslugu čuvanja stvari bez ikakve

² O Ulpianu T. Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford 2012.

³ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16.04.2022.

⁴ Pravila naknade štete su nastala u okviru kontraktne i kvazikontraktne odgovornosti, da bi se putem *actio doli* 66. godine pre Hrista proširila i na deliktnu odgovornost.

⁵ Zbog obima članka, u njemu neće biti reči o posebnim temama krađe upotrebe i nepravde ostave. O vizantijskom razvoju instituta i njegovoj recepciji u srednjovekovno srpsko pravo vid. С. Шаркић, „Депозит у римском, византијском и српском средњовековном праву“, Међународни научни скуп Хармонизација грађанског права у региону, Источно Сарајево 2012, 59–69.

protivčinidbe. Za ostavodavca mogu da nastanu obaveze naknade troškova čuvanja ili štete koju je pretrpeo depozitar, ali ne i prestacija da kompenzuje rad svog saugovarača, koji je potreban kod čuvanja stvari. Stoga depozitar odgovara blaže u poređenju sa deponentom.⁶

Stepeni krivice kakvi postoje u današnjem pravu, nastali su u kazuistici klasičnih rimskih jurisprudencata, a konačno zaokruženi u Justinijanovom pravu. Nardjenih milenijum i po pravna teorija i praksa su imale malo toga da im dodaju ili oduzmu. U drugoj polovini drugog veka posle Hrista Gaj, najpoznatiji profesor prava svih vremena,⁷ piše u svom udžbeniku:

G.3.207. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit ...*⁸

(Međutim, lice kome je stvar data u ostavu (*depositum*) ne odgovara za čuvanje (*custodia*) i odgovaraće samo ako je sam nešto zlonamerno učinio (uz *dolus malus*) ...)⁹

Kako se vidi, odgovornost depozitara za štetu je i tada bila ograničena samo na umišljaj. Gaj izričito isključuje mogućnost da ostavoprimalac odgovara objektivno za čuvanje stvari, što jeste podrazumevala odgovornost za kustodiju. Gaj to čini jer u prethodnom paragrafu objašnjava zašto posluguoprimalac odgovara na taj način, te želi da napravi razliku između odgovornosti kod dva ugovora. Verovatno je želeo da svojim studentima objasni kako to da onaj kome je stvar poverena na besplatno čuvanje ne odgovara objektivno za štetu (*custodia*), što jeste slučaj kod onoga kome je stvar data na besplatnu upotrebu.

Gajev mlađi savremenik Ulpijan, u svom već pomenutom delu, daje bliže objašnjenje tog pravila:

D.16.3.1.10. *Ulpianus libro 30 ad edictum. In conducto et locato et in negotio, ex quo diximus praescriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam praestabunt qui servum receperunt: at si cibaria tantum, dolum dumtaxat. Sequemur tamen, ut Pomponius ait, et quid habuerunt proscriptum aut quid convenerit, dummodo sciamus et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestatueros qui receperunt, qui solus in depositum venit.*¹⁰

⁶ R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Capetown Wetton Johannesburg 1992, 205.

⁷ O Gaju vid. O. Stanojević, *Gaius noster*, Beograd 2010.

⁸ <https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>, datum pristupa 16. 04. 2022.

⁹ Prevod O. Stanojević, Gaj. Institucije, Beograd 2009, 275.

¹⁰ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

(Kod ugovora o zakupu i delu, kao i kod neimenovanog ugovora, oni koji prime roba odgovaraju i za zlu nameru i za nehat. Ako ga samo hrane, onda samo za zlu nameru. Poštovaćemo ono, kako kaže Pomponije, što su napisali ili dogovorili, pod uslovom da (to) znamo i ukoliko bi bilo napisano, oni koji su primili odgovaraju za zlu nameru, koja je kod ostave jedino bitna.)

Pre svega treba naglasiti da su navedene reči nastale u kontekstu ostave, iako se ona izričito navodi tek na kraju. Ulpijan se bavi poređenjem odgovornosti za štetu onih koji su dobili tuđeg roba po različitim osnovima. Na prvom mestu se navodi slučaj „*in conducto et locato*“, što ukazuje na ugovor *locatio conductio*, koji obuhvata tri današnja ugovora (zakup, ugovor o delu i ugovor o najmu radne snage). Kako se kod poslednjeg radi o radnoj snazi slobodnog čoveka, to nije verovatno da se o njemu govori u tekstu. Kod zakupa, prema rimskoj terminologiji, zakupodavac je lokator. S druge strane, kod ugovora o delu, izvođač radova je konduktor. U rimskom pravu je bilo moguće dati roba u zakup, ali i ugovoriti da neko roba nauči nečemu ili obuči za neki posao, ili da ga čuva uz naknadu, kada je bilo reči o ugovoru o delu. Stoga bi se navedene Ulpijanove reči mogle interpretirati na način da se u njima radi o dva različita savremena ugovora, kod kojih je onaj ko prima roba na prvom mestu lokator, a zatim konduktor. Stoga nije potpun Votsonov prevod, koji to mesto prevodi jednostavno sa „*in hire*“.¹¹ Slično bi se moglo prigovoriti i Skotovom prevodu, koji glasi „*in leasing and hiring*“.¹² Da je Ulpijan mislio na današnja dva, a ne na jedan ugovor (zakup), govori i to što on dalje nabroja neimenovane ugovore po osnovu kojih se rob predaje nevlasniku. Čini se da je time želeo da obuhvati sve slučajeve u kojima se to čini onerozno. Tada onaj ko prima tuđeg roba i od toga ima koristi, odgovara za štetu koja je nastala i dolozno i nepažnjom. Primanje roba samo na hranu (*cibaria tantum*), se po svoj prilici odnosi na dobročino čuvanje roba. Onaj ko ga daje u depozit plaća hranu koju rob pojede, odnosno trošak, ali ne i uslugu čuvanja. Na kraju, kada Ulpijan kaže da se priklanja Pomponijevom mišljenju da se sledi ono što je među strankama ugovoreno i napisano, izgleda da pre misli na tip ugovora, odnosno na to da li je on teretni ili dobročini, o čemu raspravlja u nekoliko rečenica koje prethode, nego što referira na ugovaranje stepena i oblika odgovornosti za štetu. Ukoliko se ispostavi da neko čuva tuđeg roba bez naknade za takvu uslugu, radi se o depozitu i on posledično odgovara samo za štetu koju je prouzrokovao umišljajem.

Navedeno pravilo je razrađeno nekoliko vekova kasnije u Justinijanovim Institucijama, gde se o tome kaže:

¹¹ W. Alan, *The Digest of Justinian II*, Philadelphia 1998, 12.

¹² <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

I.3.14.3. ... *sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpa autem nomine, id est desidiae atque neglegentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet.*¹³

(... On, međutim, po ovoj tužbi odgovara samo za ono što je zlonamerno (doložno) učinio, dok za nepažnju, to jest za nerad (lenjost) i nebrigu nije odgovoran. Stoga može biti siguran onaj ko je, zbog nedovoljne pažnje u čuvanju, dotičnu stvar izgubio usled krađe, jer, konačno, kada neko preda stvar na čuvanje nepažljivom prijatelju, treba to (štetu, gubitak) pripisati vlastitoj lakomislenosti.)¹⁴

Još jednom se ponavlja da depozitar odgovara za štetu nastalu usled sopstvenog umišljaja.¹⁵ Na ovom mestu se izričito isključuje njegova odgovornost za nepažnju, verovatno zbog toga što je u međuvremenu stepenovanje krivice zaokruženo. Justinijan daje i obrazloženje pravila zašto ostavoprimalac ne odgovara za nepažnju. Naime, ostavodavac je trebalo da vodi računa o tome koliko je pažljiva osoba kojoj poverava svoju stvar na čuvanje bez naknade. Ukoliko je on imao poverenja u nemarnu osobu, sam treba da snosi posledice svoje pogrešne predstave.

Ulpijana je zanimalo i pitanje u kom trenutku postoji *dolus*. U pomenutom delu on piše:

¹³ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

¹⁴ Prevod prema A. Romac, *Justinijan. Institucije*, Zagreb 1994, 343.

¹⁵ Srbijanski građanski zakonik je odgovornost bitno pooštrio u odnosu na rimska pravila. U njemu se u članu 575. kaže: „Čuvar odgovara za svaki kvar ili štetu amanetu pričinjenu. No za slučaj, koji on odvratiti nije mogao, on ne odgovara.“ https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf, datum pristupa 16. april 2022. Iz toga sledi da depozitar odgovara i za najmanju nepažnju. Tu se srbijanski zakon u stilizaciji delimično razlikuje od austrijskog, u kome se u članu 964. kaže: „*Der Verwahrer haftet dem Hinterleger für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, aber nicht für den Zufall.*“ Dok austrijski pominje „propuštanje dužne pažnje“, dotle srbijanski ne pominje nepažnju. 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, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020) u članu 714. staje na isto stanovište kao rimsko pravo: „Ostavoprimalac je dužan čuvati stvar kao svoju sopstvenu, a ako je ostava uz naknadu, kao dobar privrednik, odnosno dobar domaćin.“ Tekst je zakon preuzeo iz Konstantinovićeve Skice. М. Константиновић, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 1996, 256 (član 746). Slično propisuje i Nacrt građanskog zakonika u članu 1108; „Ostavoprimalac je dužan čuvati stvar kao svoju sopstvenu, a ako je ostava uz naknadu, kao razuman i pažljiv stručnjak.“ <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, datum pristupa 16. 04. 2022.

D.16.3.1.20. *Ulpianus libro 30 ad edictum. Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam.*¹⁶ (Kod tužbe iz ostave se ne vodi računa samo o prethodnoj zloj nameri, već i o budućoj, onoj posle litiskontestacije.)

Litiskontestacija je procesni sporazum stranaka o predmetu spora i ličnosti sudije, odnosno o onome oko čega se sude i onome ko sudi. Ona je ujedno i trenutak kojim se završava prva faza rimskog redovnog postupka, koja se odvija pred pravosudnim magistratom. Za nju se vezuje pravilo *ne bis in idem*, koje se u rimskom procesu shvatalo mnogo doslednije nego danas. S tim u vezi, Ulpijanove reči treba tumačiti na slobodniji i jedino mogući način. On ne govori samo o vremenu u kom postoji umišljaj, već i o trenutku u kome nastaje njime prouzrokovana šteta. Dakle, ukoliko depozitar učini štetu posle litiskontestacije, on treba da bude osuđen da je nadoknadi u tom, a ne u nekom kasnijem sporu. Jednostavnije rečeno, presudom treba da bude obuhvaćena sva šteta koja nastane do njenog izricanja.

Osim od Gaja i Ulpijana, o navedenim pitanjima ostalo je i svedočanstvo Juvencija Celza.¹⁷ Reč je o kratkom isečku iz jedanaeste knjige njegovih Digesta. Iako je nastalo pre prethodno citiranih tekstova, ono se zbog potreba analize navodi posle njih. U njemu se kaže:

D.16.3.32. *Celsus libro 11 digestorum. Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.*¹⁸ (Ono što je Nerva rekao da se teška nepažnja izjednačava sa zlom namerom, sa čime se Prokul nije složio, meni deluje istina. Naime, i onaj ko nije pažljiv onoliko koliko zahteva ljudska priroda, ukoliko kod ostave nije posvetio pažnju kao prema svojim stvarima, nije oslobođen odgovornosti. Jer je protivno dobroj veri da duguje manju pažnju nego prema svojim stvarima.)

Tekst je interesantan i otvara brojna pitanja. Prvo što pada u oči jeste da je po sredi kontroverza i to između pripadnika iste prokuleanske škole.¹⁹

¹⁶ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

¹⁷ W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Köln Weimar Wien 2001, 137-138.

¹⁸ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

¹⁹ R. Zimmermann, 210.

Reč je o dedi istoimenog cara, pravniku Nervi,²⁰ koji je izvršio samoubistvo 33. godine nove ere i njegovom savremeniku Prokulu,²¹ eponimu škole. Dok je prvi smatrao da se teška nepažnja po pravnim posledicama izjednačava sa zlom namerom, drugi nije bio tog mišljenja. Međutim, kod tumačenja prve rečenice fragmenta treba biti obazriv. Nedvosmisleno je postojanje nesuglasice, ali ne i kontekst njenog nastanka, jer se on na tom mestu ne pominje. Nije jasno da li se to odnosilo na opšte pravilo, na ugovor o ostavi ili neki njegov poseban slučaj. Osim toga, zbog pojmovne i terminološke neizgrađenosti, nije izvesno da su pomenuta dvojica koristila navedene reči, niti da su ih upotrebljavali u datom značenju, jer je verovatno i da je u pitanju slobodnija, vek mlađa, interpretacija njihovog kolege, koji se slaže sa Nervom.

Celz dalje kaže kako od ostavoprimca treba zahtevati pažnju koju on posvećuje svojim stvarima,²² tvrdeći kako bi suprotno bilo protivno načelu dobre vere. Dakle, prema njegovom mišljenju, depozitar bi trebalo da odgovara i za nepažnju. To je mišljenje koje se razlikuje od Gajevog, Ulpijanovog, ali i od stava Justinijanovog udžbenika. Kako je najstarije, možda je reč o pravilu koje se primenjivalo pre Gaja. Po svoj prilici nije bilo preovlađujuće od druge polovine drugog veka.²³

Iako bi na prvi pogled moglo da izgleda da Celz odsustvo pažnje prema svojim stvarima kategorizuje u teški nehat, ipak nije tako. Ključ se krije u odnosu dve rečenice povezane veznikom „*nam*“. Celz ne želi da drugom precizira pojam iz prve (*culpa latior*), već da kaže da se štaviše odgovara ne samo za teški, već i za laki nehat.

Treba reći i da je prema Lenelovoj Palingeneziji jedanaesta knjiga Digesta, iz koje potiče analizirani tekst, posvećena tutorstvu.²⁴ To bi moglo da znači da se u fragmentu obrađuje odgovornost tutora, možda kroz njegovo poređenje sa ostavoprimcem.

2.2. Granice slobode ugovaranja

Rimsko pravo je poznavalo široku slobodu ugovaranja i u pogledu ograničenja i proširenja odgovornosti za štetu. Ono je istovremeno postavilo i ograničenja u tom pogledu.²⁵ Ulpijan se bavio i tim pitanjima u kontekstu ostave. U Komentaru edikta gradskog pretora on piše:

²⁰ *Ibid.*, 120.

²¹ *Ibid.*, 123-129.

²² O razvoju takve odgovornosti R. Zimmermann, 211-212.

²³ Međutim, kako se iz fusnote 15 vidi, ono jeste dominantno u našem zakonodavstvu.

²⁴ O. Lenel, *Palingenesia juris civilis* 1, Leipzig 1889, 142.

²⁵ R. Zimmermann, 208-209. Na tom mestu Cimerman postavlja logično pitanje, zašto bi se onaj ko besplatno čuva tuđu stvar dodatno obavezivao na strožu odgovornost.

D.16.3.1.7. *Ulpianus libro 30 ad edictum. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*²⁶

(Neće proizvoditi dejstvo, ukoliko se ugovori da se ne odgovara za zlu nameru. Naime, takav dogovor je protivan dobroj veri i dobrim običajima i stoga ne treba da se poštuje.)

Iako se depozit ne pominje na citiranom mestu, nesumnjivo je o njemu reč. Obe stranke kod tog ugovora moraju da odgovaraju za štetu koju su prouzrokovale zlonamerno. Reč je o imperativnoj normi, koja se ne može derogirati sporazumom. Dvadesetak paragrafa kasnije isti pravnik piše:

D.16.3.1.35. *Ulpianus libro 30 ad edictum. Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. Sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.*²⁷

(Često se događa da je rizik stvari ili novca koji su dati u depozit na depozitaru, kao kada je to izričito ugovoreno. Ali i ukoliko se depozitar obavezao da snosi rizik, Julijan piše, on odgovara ne samo za dolus, već i za nepažnju i kustodiju, ali ne i za višu silu.)

Na tom mestu Ulpijan citira mišljenje starijeg kolege Salvija Julijana,²⁸ sa kojim se izgleda implicitno slaže. Ostavoprimalac može ugovorom preuzeti na sebe rizik i obavezu naknade štete za koju prema opštim pravilima ne bi bio odgovoran. Međutim, nije moguće da depozitar preuzme obavezu da snosi rizik, odnosno da nadoknadi štetu koja na predmetu ostave nastane usled više sile.

3. Penalni karakter

Za razliku od današnjeg prava, u rimskom je tužba iz ostave u pojedinim slučajevima mogla imati penalni karakter.²⁹ On se ogledao u bar dva aspekta. Prvo, osuda po tužbi je nosila infamiju za ostavoprimalca, koji je tako gubio određena prava. Drugo, on je mogao u nekim slučajevima da bude osuđen na dvostruku vrednost učinjene štete. Oba pravila su napuštena u današnjem privatnom pravu, zbog striktnog pridržavanja pravila realne egzekucije i reipersekutornosti, odnosno naknade štete.

²⁶ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

²⁷ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

²⁸ W. Kunkel, 157-166.

²⁹ O penalnom karakteru tužbe detaljno je pisao R. Evans-Jones, „The Penal Characteristics of the ‘actio depositi in factum’”, *Studia et documenta historiae et iuris* 52/1986, 103-160.

3.1. Ostava u nevolji

Poseban slučaj depozita je ostava u nevolji, odnosno *depositum miserabile*. Reč je ostavi koja se zaključuje pod okolnostima koje su vrlo nepovoljne za ostavodavca. Postoji rizik da on pretrpi veliku štetu ili čak izgubi svoje stvari, ukoliko ih ne preda na čuvanje. Tako je njegova mogućnost da pregovara i da bira depozitara prilično ograničena, te je on donekle prisiljen na zaključenje ugovora.³⁰ Ukoliko ostavoprimac nanese štetu ostavodavcu, koji se inače nalazi u nepovoljnom položaju, odgovornost je stroža i ima penalni karakter. O tome govori i Ulpijan u više puta citiranom fragmentu:

D.16.3.1.1. *Ulpianus libro 30 ad edictum. Praetor ait: „Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo.”*³¹ (Pretor kaže: „Ukoliko ostava nije usled nemira, požara, rušenja niti brodoloma daću tužbu na jednostruku vrednost. Međutim, ukoliko je usled napred navedenih okolnosti, protiv samog (saugovarača) na dvostruku vrednost, a protiv njegovog naslednika na jednostruku, ako je rečeno da je dekusus to učinio zlom namerom, ukoliko je (tako učinio) sam (naslednik), na dvostruku vrednost.”)

Kako se vidi, jurisprudent u svom maniru citira tekst pretorskog edikta, koji kasnije komentariše. Ako je reč o redovnoj ostavi, pretor obećava tužbu *in simplum*, odnosno onu kojom se zahteva jednostruka vrednost štete. Ukoliko se radi o ostavi u nevolji, onda se daje kaznena tužba na dvostruku vrednost. Navedene su i posebne okolnosti koje položaj ostavodavca čine težim. To su nemiri, požari, rušenje zgrada i brodolom.³² Edikt je nastao verovatno krajem

³⁰ R. Zimmermann, 207.

³¹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

³² Srbijski građanski zakonik u članu 579. pominje ostavu u nevolji, navodeći istim redom nepovoljne okolnosti: „Stvari iz požara, rušenja kakvog zdanja, pohare, ili utopljenja lađe, ili drugog podobnog nesrećnog slučaja spasene, i kome predane, smatraju se kao i drugi amanet, koji je svaki primalac dužan čuvati i natrag vratiti onome, čije su stvari.” https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Srpski_građanski_zakonik_1844.pdf, 16.04.2022. Kako se vidi, tu se ne pojavljuje nikakva stroža odgovornost, već se samo naglašava da se spasene stvari smatraju za date na ostavu. Dakle, ne stoji teza Jelene Danilović da je “u našem zakonu ... preuzeta ova rimska ustanova. J. Даниловић, „Српски грађански закон и римско право“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика* (ур. М. Јовичић), САНУ, Београд 1996, 53. Она dalje navodi da se srbijski kodeks razlikuje od rimskih tekstova

republike, na šta ukazuje navođenje nemira na prvom mestu među rizičnim događajima.³³ Penalni karakter tužbe se ogleda još u dva detalja. Prvo, odgovara se samo za zlu nameru, kako inače odgovara ostavoprimec, ali i kako se po pravilu odgovara za delikte. Drugo, deliktna odgovornost je vezana za ličnost učinioca. Njegovi nedolozni naslednici odgovaraju samo jednostruko, odnosno za naknadu štete. Naravno, ista norma se primenjuje i na njih, ukoliko postupaju umišljajno.

Najstarije sačuvano svedočanstvo o tom obliku ugovora dolazi od Neracija Priska, jurisprudenta koji je živio na prelazu prvog u drugi vek posle Hrista.³⁴ Ono je nižeg stepena opštosti u odnosu na Ulpijanovo, te se u ovom radu analizira na drugom mestu. U drugoj knjizi svojih Membrana Neracije piše:

D.16.3.18. *Neratius libro secundo membranarum. De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur.*³⁵

(Protiv naslednika onoga kome je dato u depozit usled nemira, požara, rušenja ili brodoloma, ukoliko je ostavilac bio zlonameran, daje se tužba srazmerno delu zaostavštine, na jednostruki iznos i u roku od godinu dana. [Ukoliko je naslednik zlonameran] protiv njega se daje u celini za dvostruko vrednost i bez ograničenja roka.)

Kako se vidi, u tekstu se parafrazira pretorov edikt, te se rizične situacije navode istim redosledom. S druge strane, za razliku od Ulpijana, kod Neracija nema pomena odgovornosti ostavioca za redovnu ostavu. Ponavlja se pravilo da tužba protiv naslednika ostavoprimeca nije deliktna i penalna, osim ukoliko

po tome što u njemu „nedostaje samo pobuna robova“. J. Даниловић, 53. Međutim, kako se iz citiranih tekstova vidi, oni pominju *tumultus*, dakle društvene nemire, a ne pobune robova. Po svemu sudeći, ovaj član srbijanskog je nastao pod uticajem člana 1949 francuskog kodeksa, a ne kako Danilović tvrdi, pod direktnim uticajem rimskog prava. J. Даниловић, 54. 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, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020) u članu 723. propisuje: „Kome je stvar poverena u slučaju kakve nevolje, na primer u slučaju požara, zemljotresa, poplave, dužan je čuvati je sa povećanom pažnjom.“ Kako zakon inače određuje da ostavoprimec treba da posveti pažnju kao prema svojim stvarima, to znači da se njegova odgovornost proširuje i na druge slučajeve lake nepažnje. U tome Zakon prati Konstantinovićeve Skicu. М. Константиновић, 254 (član 736). Identičnu normu sadrži i Nacrt građanskog zakonika u članu 1119. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, datum pristupa 16. 04. 2022.

³³ O nasilju u poznoj republici A. W. Lintott, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968, 175–203.

³⁴ W. Kunkel, 144–145.

³⁵ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

on sam nije zlonamerno prouzrokovao štetu. Ono po čemu se izveštaj razlikuje od prethodnog je u tome što se u njemu govori o dvostrukom ograničenju odgovornosti naslednika. On odgovara srazmerno delu ostavine koji je nasledio. Osim toga, protiv njega se može podići tužba u roku od godinu dana.

Posebno pitanje u vezi sa penalnim karakterom tužbe iz ostave proizlazi iz jednog spornog izveštaja koji uvođenje takve tužbe pripisuje Zakonu dvanaest tablica. Reč je o Pavlovim Sentencijama, delu koje je spadalo u elementarnu pravnu literaturu, a koje je nastalo u četvrtom veku na osnovu drugih Pavlovih³⁶ radova. Tu se kaže:

2.12.11. *ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.*³⁷

(Iz ostave, prema Zakonu dvanaest tablica, daje se tužba na dvostruko, prema pretorskom ediktu na jednostruko.)

Tekst je preuzet i u florilegiji pod nazivom *Collatio legum Romanarum et Mosaicarum* („Poređenje rimskih i Mojsijevih zakona”), koja je nastala na samom kraju četvrtog veka posle Hrista³⁸ (10.7.11.³⁹).

Prema Brunsovoj, Rikobonovoj i Žirarovoj rekonstrukciji Zakona dvanaest tablica, propis se smešta na devetnaesto mesto u okviru osme tablice.⁴⁰ Za Kraforda je takva rekonstrukcija upitna.⁴¹

Citirani tekst, kao i penalni karakter tužbe iz ostave u nevolji, poslužili su kao argumenti za tezu da ostava vodi poreklo od delikta.⁴²

Svedočanstvo o tome kako je glasio Zakon dvanaest tablica je sporno iz mnogo razloga. Prvo, između njih stoji skoro osam vekova. Drugo, reč je o jedinom izvoru koji dovodi u vezu prvu rimsku kodifikaciju i depozit. Treće, ne postoji citat decemvira koji pominje bilo koji imenovani ugovor, već svega nekoliko parafraza, što je i ovde slučaj. Na kraju, svedočanstvo je očigledno

³⁶ W. Kunkel, 244-245.

³⁷ <http://www.ancientrome.ru/ius/library/paul/>, datum pristupa 16. 04. 2022.

³⁸ R. M. Frakes, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford 2013, 35-65.

³⁹ R. M. Frakes, 182.

⁴⁰ <https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>, datum pristupa 16. 04. 2022.

⁴¹ <https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>, datum pristupa 16. 04. 2022.

⁴² R. Zimmermann, 206-207. Evans-Džons smatra da je tužba *in duplum* postojala u Zakonu dvanaest tablica, ali da je bila ograničena na određene vrste ostave, te da se nije primenjivala na prijateljski depozit. On veruje da pretorska tužba nije nastala direktno iz decemvirske. R. Evans-Jones, 104 fn. 2. Osim toga, on smatra da se tužba iz prve rimske kodifikacije nije odnosila na ostavu u nevolji. R. Evans-Jones, „The Action of the XII Tables ‘ex causa depositi’“, *Labeo* 34/1988, 199-208.

netačno ili barem prilično šturo kada je reč o pretorskom ediktu. Prema citatu kod Ulpijana, jasno je da se ediktom davala tužba i na jednostruku i na dvostruku vrednost. Međutim, moguće je da je Pavle želeo da objasni razvoj procesne zaštite depozita, te da kaže da se u slučajevima ostave prvobitno davala tužba na dvostruku, a da je tek pretor uveo onu na jednostruku vrednost. Ostaje pitanje zašto bi sumarni i lapidarni Zakon dvanaest tablica regulisao ostavu. Moguće je da se radilo o neispunjavanju ugovorne obaveze ostavoprimca da vrati stvar koja mu je poverena na čuvanje. On bi tada vršio krađu upotrebe (*furtum usus*), koja bi prema decemvirima mogla da spada u nemanifestnu krađu, za koju je kazna bila takođe dvostruka vrednost ukradene stvari.⁴³ Tako bi se Pavlov izveštaj mogao rekonstruisati u smislu da je ostavodavac protiv ostavoprimca prvobitno mogao da podigne samo tužbu iz krađe, a od pretorovog edikta i kontraktnu tužbu kojom zahteva jednostruku vrednost stvari. Ne treba zaboraviti da se za krađu odgovaralo samo ukoliko je postojala namera krađe, a ne i namera da se drugi ošteti. Tako je uvođenje honorarne tužbe bilo potrebno zbog proširivanja odgovornosti na slučajeve u kojima se nije mogla podići *actio furti*. Kod pretorske penalne odgovornosti za ostavu i nevolji se ne može reći da predstavlja kontinuitet odgovornosti za krađu, jer je reč o različitom deliktu. Ipak, iznos kazne, odnosno osuda na dvostruku vrednost, je mogla biti određena po analogiji sa starijim deliktom, odnosno krađom.

3.2. Infamija

U rimskom pravu je posledica osude po privatnopravnoj tužbi mogla biti i infamija. To nije bio slučaj samo kod delikata, već i kod kontrakata i kvazikontrakata kod kojih se u jednu stranu polagalo posebno poverenje, koje bi ona izigrala. O tome je pisao Gaj u svom udžbeniku:

G.4.182. *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi ...*⁴⁴

(Oni koji su osuđeni po nekim tužbama postaju nečasni, kao po tužbi za krađu, razbojništvo, injuriju, a isto tako iz ortakluka, fiducije, tutorstva, mandata, ostave...)⁴⁵

Kako se vidi, gubitak časti je bio posledica osude po tužbi iz ugovora o ortakluku, nalogu i ostavi. Infamija je nosila gubitak ne samo građanskopravnih,

⁴³ O nastanku i prihvaćenosti hipoteze R. Evans-Jones 1988, 192-193.

⁴⁴ <https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>, datum pristupa 16. 04. 2022.

⁴⁵ Prevod O. Stanojević 2009, 275.

već i političkih prava.⁴⁶ Ona nije recipirana u francusko i holandsko pravo, ali je postojala u nemačkom do stupanja na snagu Nemačkog građanskog zakonika.⁴⁷ U modernom civilnom pravu ona je napuštena.

4. Zaključak

Ugovor o ostavi je većim delom rimske republike bio pravno neregulisan. Zakon dvanaest tablica je predviđao mogućnost da depozitar odgovara za nemanifestnu krađu stvari koju je dobio na čuvanje, te da se tako kazni njenom dvostrukom vrednošću. Uvođenjem honorarne i civilne tužbe *bonae fidei*, ostava postaje pravni institut. Pretor, uz redovnu, uvodi i penalnu tužbu iz ostave, kada se ona zaključuje pod okolnostima koje su posebno nepovoljne po deponenta. Kao takve okolnosti se navode nemiri, požar, rušenje zgrada ili brodolom. Tada ostavoprimalac odgovara za dvostruku vrednost.

Pravila o odgovornosti depozitara su razvijena u kazuistici klasičnih jurisprudenata. On odgovara samo za štetu prouzrokovanu usled njegove zle namere. Razlog tog pravila je u tome što on nema koristi od ugovora, te besplatno čini uslugu ostavodavcu. Takva odgovornost se ne može isključiti ugovorom. Ona se na taj način može proširiti i na štetu koja nastane nepažnjom, ali ne i na onu prouzrokovanu slučajem ili višom silom. Postoji i u izvorima usamljeno mišljenje Juvencija Celza, prema kome ostavoprimalac odgovara i za štetu koja je nastala onda kada se nije ponašao prema predmetu ostave kao prema svojim stvarima, što je i stanovište savremenog srpskog prava. Kako je Celzov stav najstariji sačuvani, moguće je da je reč o starom pravilu, koje je kasnije promenjeno pod Gajevim uticajem.

Presudom se obuhvata i šteta koja je učinjena dolozno i posle litiskontestacije, odnosno sva ona koja je nastala do trenutka donošenja presude.

Rimsko pravo je sadržavalo i pravila koja nisu recipirana u moderna zakonodavstva, koja su se odnosila na penalni karakter tužbe iz depozita. Osuda po njoj je imala za posledicu infamiju, te gubitak određenih prava. Osim toga, ukoliko bi ostava bila zaključena pod nepovoljnim okolnostima za deponenta (u slučajevima nemira, požara, rušenja zgrade ili brodoloma), ostavoprimalac bi bio osuđen *in duplum*. Takva odgovornost je bila vezana za ličnost učinioca i nenaslediva.

⁴⁶ O infamiji u rimskom pravu M. Kaser, „Infamie und ignominia in den romischen Rechtsquellen“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 73/1956, 220-278.

⁴⁷ R. Zimmermann, 207-208.

* * *

THE DEPOSITARY'S LIABILITY FOR DAMAGES IN ROMAN LAW

Summary

The deposit is one of the Roman legal institutes received by modern legislators. Although of the minor importance, it is nevertheless a representative example of the Roman evolution of legal rules, as well as their subsequent transplantation. The paper examines the appearance and content of the basic rules in respect of the depositary's damage liability. The sources indicate their emergence in the late republic, being a result of the introduction of praetorian and civil lawsuits. The further development of the norms was a result of the classical jurisprudence.

Depositary, undertaking the contract gratuitously, was responsible only for the intentionally caused damages. The responsibility could not have been excluded, but it could have been expanding to the all damages with the exception of those appeared accidentally. According to the oldest preserved source, coming from Celsus, the depositary was responsible although for the culpa levis. It is however possible that the rule was ancient one, superseded after decades by the new one. The specific characteristics of Roman deposit were the infamy, as a result of the condemnation, and liability in duplum in the cases of depositum miserabile. These two have not been accepted in modern legal systems.

The applied methods are the linguistic, systemic and historical interpretation of passages of Gai's Institutes, Justinian's Institutes and Digest and Paul's Sentences.

Keywords: Depositum, depositary, liability for damage, depositum miserabile, culpa.

Dušan Ilić*

PROMENA USTAVA SRBIJE U KONTEKSTU REFORME PRAVOSUĐA SA OSVRTOM NA KOMPARATIVNU PRAKSU**

Apstrakt

Republika Srbija je početkom 2022. godine po prvi put nakon obnove samostalnosti 2006. godine, izvršila ustavnu reviziju. U tom pogledu nije učinjena kompletna promena važećeg Mitrovdanskog ustava, nego je došlo do izmene najvišeg pravnog akta samo u delu koji se tiče sudske grane vlasti. Korenita reforma pravosuđa obavljena je u smeru smanjenja uticaja zakonodavne grane vlasti, pre svega, na izbor nosilaca sudijskih funkcija. Ova ustavna revizija, učinjena u kontekstu evropskih integracija Republike Srbije, izazvala je ozbiljne reakcije srpske javnosti. Stoga je, kroz uporednopravnu praksu, neophodno prikazati modele izbora nosilaca najviših sudijskih funkcija u drugim evropskim zemljama kako bi se procenile posledice nedavnih ustavnih promena u Republici Srbiji.

Ključne reči: Ustav, revizija, Srbija, sudije, Evropske integracije.

1. Uvod

Republika Srbija obnovila je svoje državnopravne tradicije 2006. godine, povrativši svoje ime i definitivno napustivši jugoslovensko ustavno nasleđe. Iste godine usvojen i prvi ustav obnovljene srpske nezavisne države, tzv. Mitrovdanski ustav. No, kritike važećeg Ustava iz 2006. mogle su se čuti još od kada je isti stupio na snagu, između ostalog, i zbog predviđenog položaja predstavnika sudske grane vlasti. Priču o izmenama tek donetog Ustava dodatno je podgrejalo izrazito nepovoljno mišljenje Venecijanske komisije, pre svega, zbog postojanja instituta tzv. probnog mandata na koji se sudije u Srbiji prvi put biraju. Dodatne glavobolje nosiocima sudske grane vlasti napravila je neuspela reforma pravosuđa iz 2009. godine, koja je na neustavan način pokušala da sprovede opšti reizbor sudija. No, najvažniji dokument koji je predstavljao uvod u predstojeće ustavne promene jeste Nacionalna strategija za reformu pravosuđa, usvojena 2013. godine.

* Istraživač saradnik u Institutu za evropske studije; e-mail: dusan.ilic@ies.rs

** Članak je deo projekta 179014 koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Na osnovu nje formirana je Radna grupa za analizu ustavnog okvira za promenu Ustava, koja je svoj posao završila 2014, a čije su stavove podržali i nosioci pravosudnih funkcija. Kasnije su u spomenuti proces uključena i strukovna udruženja, ali i predstavnici civilnog sektora. Međutim, bez obzira na prigovore struke, prvi Nacrt ustavnih amandmana objavljen je 22. januara 2018, da bi isti potom nekoliko puta bio menjan. Čak je i Venecijanska komisija dala zeleno svetlo na navedene amandmane, iako je u Društvo sudija Srbije bilo izričito protiv.¹ Na kraju je ovaj proces zaustavljen, da bi tek polovinom 2021. godine bila formirana nova Radna grupa koja je izradila predlog izmena o kojima su građani odlučivali na referendumu održanom 16. januara 2022. godine. U ovom članku ćemo se potruditi da navedene pravosudne reforme prikazemo u kontekstu komparativnopravnih rešenja tri značajne evropskokontinentalne države, koje predstavljaju germanske, romanske i istočnoevropske pravne tradicije.

2. Nemačka

Kada je reč o položaju sudske grane vlasti u najvećoj državi Evropske unije, Saveznoj Republici Nemačkoj, situacija je veoma komplikovana. Naime, ova federalno uređena država, ima specifično uređenje sudova. Osnovni zakon SR Nemačke iz 1949. godine predvideo je da sudska vlast pripada sudijama, a kao najvažnije sudske organe u zemlji definisao je Savezni ustavni sud, nekoliko saveznih (specijalizovanih) sudova i pokrajinske sudove.² Za razliku od drugih evropskih zemalja, najveća članica EU ni dan danas nema jedinstveni centralni pravosudni organ, što donekle, može biti posledica jakih federalističkih tradicija posleratne Nemačke. I dok u uporednoj praksi srećemo primere izbora sudija od strane institucija legislative ili od strane specijalizovanih pravosudnih saveta, u SR Nemačkoj izbor sudija je dosta komplikovaniji, i zavisi pre svega, od nivoa na kom se sudije biraju. Kada se sudije biraju na nivou federacije, o tome odlučuju nadležni ministar,³ koji saziva Komisiju za izbor sudija. Komisija je sastavljena od nadležnih pokrajinskih ministara, kao i od poslanika iz redova parlamentarnih stranaka delegiranih proporcionalno njihovom udelu u najvišem predstavničkom telu federacije.⁴

¹ O celokupnom procesu pravosudnih reformi u periodu 2006-2018. godine vid. više, Društvo sudija Srbije, *Svedočanstvo pripreme za promenu Ustava od 2006. godine i struka*, Beograd 2018.

² Čl. 92, Osnovnog zakona Savezne republike Nemačke, tekst dostupan na http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.pdf, datum pristupa 10. 06. 2022.

³ K. Pasierbek, „Analiza porównawcza instytucji odpowiedzialnych za wybór sędziów we Francji, Niemczech i Polsce“, *Krytyka Prawa* 3/2019, 140.

⁴ J. Riedel, „Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Germany“, *Federico, GDi. Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and*

Moglo bi se, stoga, konstatovati da na izbor federalnih sudija, naročito kada je reč o izboru sudija nekoliko saveznih sudova, odlučuju predstavnici kako egzekutive, tako i legislative. Konkretno od 32 člana, u sastav Komisije ulazi 16 pokrajinskih ministara i 16 delegata federalnog parlamenta.⁵ Stoga, u ovakvom sistemu, sudije ni na koji način ne utiču na izbor svojih kolega.

Situacija je nešto drugačija kada je reč o pokrajinskom nivou. Naime, ne postoji jednoobrazno rešenje koje bi se primenjivalo u svim saveznim pokrajinama. U pojedinim pokrajinama o izboru sudija odlučuju ministarstva uz veće ili manje uključivanje sudijskih tela u proces odlučivanja, dok u drugim, po uzoru na izbor federalnih sudija, o imenovanju sudija odlučuju komisije sastavljene od poslanika pokrajinskih skupština delegiranih proporcionalno njihovom udelu u najvišem predstavničkom telu konkretne federalne jedinice. No, za razliku od saveznih komisija, u ovim pokrajinskim komisijama, pored političara, mesto dobijaju i profesionalne sudije.⁶ U osam saveznih pokrajina u postupku imenovanja ulogu imaju i izborna tela. Ova tela bira pokrajinska skupština. Organom rukovodi pokrajinski ministar nadležan za pitanja pravosuđa, a članstvo u njemu rezervisano je, kako za političare, tako i za sudije i istaknute pravnike.⁷ Broj članova varira od 11 do 15 lica. Pa tako, primera radi, u saveznoj pokrajini Baden-Virtemberg u ovom telu prevagu odnose predstavnici struke, dok u Brandeburgu apsolutno dominiraju politički predstavnici pokrajinske legislative.⁸ Zbog ovakvog načina izbora sudija, na koga presudno utiču druge dve grane vlasti, bilo je mnogo predloga reformi, ali i podosta kritika.⁹ Tako su pojedini autori, okarakterisali Nemačku kao zemlju „koja je izostala iz tokova evropske pravosudne reforme, te i dalje čuva zastarelu organizacionu strukturu koja sudove i dalje vezuje uz izvršnu vlast“.¹⁰

Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, the Netherlands and Spain, Editrice Lo Scarabeo, Bologna 2005, 69-126.

⁵ J. Gesley, *How Judges Are Selected in Germany?*, tekst dostupan na <https://blogs.loc.gov/law/2016/05/how-judges-are-selected-in-germany/>, datum pristupa 24. 05. 2022.

⁶ A. Bado, „Izbor sudija, nepristrasnost i politika. Komparativna analiza“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014, 290.

⁷ J. Riedel, 71-78.

⁸ Konkretno, u prvom slučaju, u Baden-Virtembergu, od 15 članova izbornog tela, njih devet jesu predstavnici pravničke struke (6 sudija, 2 mesno nadležne sudije i 1 advokat), dok je svega 6 članova imenovano od strane pokrajinskog parlamenta. Sa druge strane, u Brandenburgju je od 8 članova ovog tela, čak 8 delegirano od strane pokrajinskog predstavničkog tela, dok je svega 4 imenovano iz reda sudija i advokata.

⁹ M. Heidebach, „The election of the German Federal Constitutional Court’s judges – A lack of democracy?“, *Ritsumeikan Law Review* 31/2014, 159.

¹⁰ T. Schulte-Kellinghaus, „Die begrenzte Macht der Dritten Gewalt- Zur Notwendigkeit der Selbstverwaltung der Gerichte“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2008, 205.

3. Francuska

Druga najznačajnija članica Evropske unije, takođe ima specifičan način izbora sudija.¹¹ Ustav Pete republike centralnu ulogu u francuskom političkom sistemu podario je šefu države. U tom kontekstu, predsednik Republike je definisan kao ustavni garant nezavisnosti sudske vlasti. U pogledu ovlašćenja koja šef države ima prema sudskoj grani vlasti, njemu pomaže Visoki savet pravosuđa.¹² Francuska je u proteklih nekoliko decenija, čini se, permanentno prolazila kroz proces reformi u ovoj oblasti. Naime, ova država je veoma rano za evropske okvire, uspostavila svoj centralni pravosudni organ, sa veoma širokim ovlašćenjima. Radilo se o Visokom savetu pravosuđa, koji je imao gotovo presudnu ulogu u izboru sudija na različitim nivoima. Nakon brojnih kontroverznih odluka francuskih sudova, nezadovoljstvo tamošnjim pravosuđem praktično je dostiglo vrhunac početkom XXI veka, te je izvršena temeljna reforma francuskog pravosudnog sistema. Naime, iako su Visokom savetu pravosuđa sedeli i šef države i ministar zadužen za poslove pravosuđa, najveći broj članova ovog tela dolazilo je iz redova struke.

Reforma koja je započela 2005. godine potrajala je nekoliko godina i ponajviše je ličila na sličnu reformu kroz koju je prošla Španija. Ona je donela više promena, među kojima je jedna od najznačajnijih bilo to što se pokušalo stvoriti kakva-takva ravnoteža između imperativa obezbeđivanja nezavisnosti sudstva i straha od korporativizma. „Već i raniji slučajevi korupcije među sudijama su upozoravali na pravosudne defekte koji su prema kritičarima delom posledice sudijskog samoupravljanja koji je kao sistem zakazao.“¹³ Naznačenom reformom sastav Visokog saveta pravosuđa je izmenjen, tako što je povećan broj tzv. spoljnih članova koji ne pripadaju ni zakonodavnoj, ni izvršnoj, ni sudskoj vlasti,¹⁴ ali koje kandiduju važni ustavni i politički činioци, poput predsednika Republike, predsednika Senata ili predsednika Nacionalne skupštine. Ovakvi procesi izazvani su velikim aferama koje su potresale francusko pravosuđe, a u kontekstu nepostojanja efikasnih mehanizama kontrole sudske grane vlasti. Iako je na prvi pogled oslabljena pozicija najvišeg stručnog organa zaduženog za izbor sudija,

¹¹ Ovo je naročito važno istaći u kontekstu postojanja specifičnog sudske sistema u kome odvojeno figurira upravno sudstvo kao potpuno samostalna grana sudske vlasti. Vid. više: LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1), tekst dostupan na <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033418805/>, datum pristupa 10. 06. 2022.

¹² Art. 64, Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur, tekst dostupan na <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>, datum pristupa 01. 06. 2022.

¹³ A. Bado, 309.

¹⁴ Poput istaknutih profesora prava.

sa druge strane iz procesa odlučivanja odstranjeni su predstavnici egzekutive. No, da bi se sprečile dalje zloupotrebe sudijske struke, iz već pomenutog straha od korporativizacije pravosuđa, povećan je broj onih članova koje predlažu najznačajniji predstavnici najvažnijih organa zakonodavne i izvršne vlasti. Time je na neki način, pokušano pomirenje ova dva dijametralno suprotna zahteva. Da se obezbedi ustavom garantovana nezavisnost sudstva, ali i da se ostvari efikasna kontrola ove grane vlasti. U tom kontekstu, današnje najviše pravosudno telo u zemlji - Visoki savet pravosuđa, ima pravo da predlaže sudije, ali o njihovom izboru odlučuje predsednik Republike. Nešto veća ovlašćenja ima u pogledu vođenja disciplinskog postupka protiv sudija i tužilaca, u kom slučaju u njegovom radu ne učestvuju šef države i ministar zadužen za pravosuđe.¹⁵

4. Poljska

Republika Poljska je jedna od zemalja bivšeg Istočnog bloka, koja se, nakon poluvekovne komunističke prakse, vratila tekovinama demokratske političke kulture, pre svega načelima podele vlasti i nezavisnosti sudstva. U tom pogledu je i najviši pravni akt ove države predvideo postojanje pravosudnog tela koje će biti zaduženo za zaštitu nezavisnog položaja sudija i nezavisnosti sudstva uopšte, za zastupanje interesa pravosuđa, kao i za saradnju sa izvršnom i zakonodavnom vlašću u pogledu najvažnijih odluka kojima se reguliše položaj sudstva. Radi se o Nacionalnom savetu sudstva. Ustav Republike Poljske definiše ovaj organ kao telo koje čuva nezavisnost sudija i sudova. Takođe, nešto ranije, najviši pravni akt precizira da sudije u Poljskoj imenuje predsednik Republike, na predlog Nacionalnog saveta sudstva.¹⁶ Zato se na prvi pogled, može zaključiti, kako Poljska primenjuje francuski model. No, ipak postoje razlike. Naime, dok francuski Ustav ulogu garanta prepušta šefu države kao nosiocu egzekutive, dotle u Poljskoj ovu ulogu Ustav dodeljuje Nacionalnom savetu sudstva, dok u oba slučaja predsednik Republike imenuje sudije na predlog odgovarajućeg pravosudnog tela.¹⁷

Ustav precizno definiše sastav Nacionalnog saveta sudstva. U njegov sastav ulaze predsednik Vrhovnog suda (imenuje ga predsednik Republike Poljske na mandat od 6 godina), predsednik Vrhovnog upravnog suda, ministar pravde, jedno lice koje imenuje predsednik Republike, zatim četiri člana koje bira Sejm iz reda poslanika, dva člana koje bira Senat iz reda senatora i 15 članova biranih

¹⁵ The French legal system, Ministère de la Justice, tekst dostupan na https://www.justice.gouv.fr/art_pix/french_legal_system.pdf, datum pristupa 03. 06. 2022, 9.

¹⁶ Art. 179 & 186, The Constitution of the Republic of Poland, tekst dostupan na <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, datum pristupa 18. 06. 2022.

¹⁷ L. Garlicki, *Polskie Prawo Konstytucyjne*, Warszawa 2017, 396.

iz reda sudija Vrhovnog suda, opštih sudova, upravnih sudova i vojnih sudova.¹⁸ Dakle, Nacionalni savet sudstva ima 25 članova, od kojih su većina profesionalne sudije. Izbor članova ovog tela detaljnije je propisao Zakon o Nacionalnom savetu sudstva, koji je nakon poslednjih izmena predvideo da članove bira Sejm trojetinskom većinom. Interesantno je da ovakav način izbora članova vrhovnog pravosudnog tela kritikovan, kako od strane domaćih, tako i od stranih autora.¹⁹ Uticaj koji, na izbor sudija imaju, direktno izabrani predstavnici naroda, nije ništa veći nego u slučaju drugih navedenih evropskih zemalja.

5. Srbija

Od usvajanja Mitrovdanskog ustava 2006. godine pa sve do ustavne revizije 2022, Republika Srbija je praktikovala rešenja slična gorenavedenoj praksi u drugim evropskim državama. Naime, prvobitno rešenje po Ustavu iz 2006. godine, predviđalo je da prvi izbor sudija obavlja Narodna skupština na predlog Visokog saveta sudstva na period od tri godine. Nakon ovog probnog perioda, sudije je birao Visoki savet sudstva na trajno obavljanje sudijske funkcije. Ovakvo rešenje je dosta kritikovano kako od strane predstavnika pravne struke, tako i od strane Venecijanske komisije. S tim u vezi, u domaćoj pravnoj nauci preovladalo je mišljenje da ovakvo rešenje nije kompatibilno sa jednim od osnovnih načela demokratskog političkog sistema, načelom podele vlasti, koje kao jedno osnovnih postulata, ima načelo nezavisnosti sudstva.²⁰ Takođe, dosta kritika izneto je i na račun dva najviša pravosudna tela u zemlji, Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca. Ustav iz 2006. godine predvideo je da Visoki savet sudstva predstavlja nezavisan i samostalan organ, sastavljen od 11 članova, koji obezbeđuje i garantuje nezavisnost i samostalnost sudija i sudova. U njegov sastav ulazili su predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, kao članovi po položaju i osam izbornih članova koje bira Narodna skupština, u skladu sa zakonom. Kada je reč o izbornim članovima, radilo se o šest sudija sa stalnom sudijskom funkcijom, od kojih je jedan sa teritorije autonomnih pokrajina, i dva ugledna i istaknuta pravnika sa najmanje 15 godina iskustva u struci, od kojih je jedan advokat, a drugi profesor pravnog fakulteta.²¹

Inače, s obzirom na činjenicu da je sve članove VSS birala Narodna skupština, Venecijanska komisija je u svom mišljenju navela da je „ovo recept za

¹⁸ Art. 187, The Constitution of the Republic of Poland, tekst dostupan na <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, datum pristupa 18. 05. 2022.

¹⁹ K. Pasierbek, 145-146.

²⁰ G. Ilić, „Zapažanja o uređenju sudijske funkcije“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 3-4/2017, 206.

²¹ Čl. 153, st. 1-4 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

politizaciju sudstva i stoga ovu odredbu treba suštinski izmeniti²². Venecijanska komisija je iznela je mišljenje da je prisutan ukupan utisak o preteranom uticaju Narodne skupštine na pravosuđe. Nadalje, obrazlaže da su „izbori koje vrši parlament diskrecioni postupci, gde će politički razlozi uvek imati ulogu“.²³ Ovakav izbor članova kritikovan je i od strane domaće pravne nauke, ali i od strane predstavnička sudske vlasti. Glavni prigovor koji je istican, jeste da Ustav navedenim rešenjem nije obezbedio potrebne garancije nezavisnosti koje bi telo poput VSS moralo da ima.²⁴

Navedeni prigovori, kao i ozbiljna kampanja koja je vođena gotovo deceniju i po, doveli su konačno do izmena Ustava u delu koji se tiče pravosuđa. Pored određenih simboličkih izmena, poput promena naziva pojedinih najviših pravosudnih institucija, kao i drugih značajnih promena vezanih za status tužilaštva, velike polemike izazvale su reforme sudstva. Narodna skupština više ne bira sudije. To čini VSS, a probni mandat je ukinut. Visoki savet sudstva čini 11 članova, od kojih je šest sudija koje biraju sudije, četiri istaknuta pravnika koje bira Narodna skupština i predsednik Vrhovnog suda.²⁵ Na ovaj način je, ne samo izbor sudija, nego i izbor članova najvišeg pravosudnog organa prešao iz ruku legislative u ruke sudijske struke. Naime, za razliku od pojedinih, ovde analiziranih evropskih primera, Srbija je praktično krenula putem korporativizacije sudstva. Pre svega, iz razloga što u potpunosti isključila druge dve grane vlasti iz izbora sudija. Sa druge strane, uticaj Narodne skupštine na izbor članova VSS, nakon revizije Ustava neuporedivo je manji. Sada, najviše predstavničko telo bira samo 4 od 11 članova VSS, dok u ovom telu više nema nijednog predstavnika egzekutive.

6. Zaključak

Komparativnom analizom izbora sudija i najviših pravosudnih tela u nekoliko evropskih zemalja, reprezentivna različitih pravnih tradicija, može se zaključiti sledeće. I dalje, najozbiljnije evropske države, uključujući među njima Nemačku, Francusku i Poljsku, praktikuju izbor sudija od strane izabраниh narodnih predstavnika koji čine okosnicu druge dve grane vlasti - legislative i egzekutive. Drugim rečima, ova tri sistema, kao u ostalom, i jedan nemali broj

²² Evropska komisija za demokratiju putem prava – mišljenje o Ustavu RS usvojeno na 70. Plenarnoj sednici u Veneciji održanoj 17–18. marta 2007. godine – prevod kancelarije SE u Beogradu, tekst dostupan na [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)004-srb](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)004-srb), datum pristupa 12. 05. 2022.

²³ *Ibid.*

²⁴ V. Petrović Škero, „Visoki savet sudstva - status, izbor, razrešenje, mandat, članstvo, nadležnost“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 3-4/2017, 221.

²⁵ Čl.151, st. 1 Ustava Republike Srbije.

evropskih zemalja, smatra neophodnim postojanje institucionalnih mehanizama za izbor i kontrolu sudstva od strane parlamenta ili egzekutive. Srbija je nakon ustavnih reformi, krenula putem svojevrstne korporativizacije sudstva, uklonivši iz procesa izbora sudija i poslednje ingerencije Narodne skupštine u toj sferi. Takođe, drastično suzbijaći uticaj Skupštine u izboru članova Visokog saveta sudstva. Na taj način, Srbija se okrenula modelu koji je, u Francuskoj, Španiji i nizu drugih zemalja, omogućavajući korporativizaciju pravosuđa, proizveo brojne zloupotrebe i afere, zbog čega je ozbiljno kritikovan i na kraju napušten. U slučaju Srbije, ovakav model, u kome sudije praktično biraju sami sebe, ne obezbeđuje samo nezavisnot sudstva od druge dve grane vlasti, nego i u neku ruku, kida veze nosilaca sudske vlasti i nosioca suvereniteta, odnosno građana, koji više ne mogu presudno da utiču na izbor sudija, pa makar i posredno. U sadašnjim geopolitičkim okvirima, ovakav model može dovesti i do svojevrstne instrumentalizacije pravosuđa od strane inostranih političkih centara, te prouzrokovati da narod „u sudijama umesto zaštitnika svojih prava i imovine gleda otuđene centre moći koji služe interesima stranih sila“.²⁶

* * *

CHANGE OF CONSTITUTION OF SERBIA IN THE CONTEXT OF JUDICIAL REFORM WITH REFERENCE TO COMPARATIVE PRACTICE

Summary

At the beginning of 2022, for the first time since the restoration of independence in 2006, the Republic of Serbia carried out a constitutional revision. In that regard, a complete change of the current Mitrovčan's Constitution has not been made, but the highest legal act has been changed only in the part concerning the judicial branch. The radical reform of the judiciary has been carried out in the direction of reducing the influence of the legislative branch of government, primarily on the selection of judicial office holders. This constitutional revision, made in the context of the European integration of the Republic of Serbia, provoked serious reactions from the Serbian public. Therefore, through comparative practice, it is necessary to present models for the election of holders of the highest judicial positions in other European countries in order to assess the consequences of recent constitutional changes in the Republic of Serbia.

Keywords: Constitution, revision, Serbia, judges, European integration.

²⁶ M. Đurković, „Sudska diktatura kao instrument obnovljene Monroove doktrine“, *Mračni koridori moći*, Catena mundi (ur. M. Đurković), Institut za evropske studije, Beograd 2021, 180.

Vesna Bilbija*

ZAKON O RODNOJ RAVNOPRAVNOSTI OSNOVNE NAPOMENE

Apstrakt

U maju 2021. godine, u Republici Srbiji je usvojen Zakon o rodnoj ravnopravnosti, kojim je uspostavljen novi normativni i institucionalni okvir politike rodne ravnopravnosti. Nema sumnje da je materija koju uređuje veoma kompleksna, naročito u društvu koje ne može da se pohvali zadovoljavajućim standardima u oblasti rodne ravnopravnosti. Ova materija je od 2009. godine regulisana Zakonom o ravnopravnosti polova, ali tim zakonskim rešenjima nije odgovoreno na izazove izražene rodne neravnopravnosti i diskriminacije u našoj zemlji. Novi zakon treba da pruži adekvatan zakonski okvir za delotvorno ostvarivanje i unapređivanje stanja rodne ravnopravnosti u praksi i sprovođenje politike jednakih mogućnosti za žene i muškarce. Konkretno, zakonom se uređuje pojam, značenje i mere politike za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti, vrste planskih akata u oblasti rodne ravnopravnosti i način izveštavanja o njihovoj realizaciji, institucionalni okvir za ostvarivanje rodne ravnopravnosti, nadzor nad primenom zakona i druga pitanja od značaja za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti. U ovom radu izneti su razlozi za donošenje zakona i njegove ključne odrednice.

***Ključne reči:** ravnopravnost, rodna ravnopravnost, diskriminacija, pol.*

1. Osnovni razlozi za donošenje Zakona o rodnoj ravnopravnosti

Zakon o rodnoj ravnopravnosti je objavljen u Službenom glasniku RS broj 52 od 22.05.2021. godine, a stupio je na snagu 01.06.2021. godine.

Osnovni razlog za donošenje Zakona o rodnoj ravnopravnosti, prema rečima predlagača (ovlašćeni predlagač propisa je Vlada Republike Srbije, a obrađivač-Ministarstvo za ljudska i manjinska prava i društveni dijalog)¹ je to

* Doktor pravnih nauka, viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije,
e-mail: vesna_bilbija@yahoo.com

¹ Kompletan tekst predloga Zakona o rodnoj ravnopravnosti kao i obrazloženje istog, dostupan je na internet stranici Narodne Skupštine Republike Srbije: <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2021/741-21.pdf>, datum pristupa 01. 06. 2022.

što je tokom **vođenja** pregovora o članstvu Republike Srbije u Evropskoj uniji uočeno da se postojećim rešenjima Zakona o ravnopravnosti polova,² kojim je bliže uređen način ostvarivanja ravnopravnosti žena i muškaraca i promovisanje politike jednakih mogućnosti u oblastima javnog i privatnog sektora od posebnog značaja za ravnopravnost polova, ne dostižu zajedničke tekovine ravnopravnosti žena i muškaraca i da nije u punoj meri usaglašen sa relevantnim zakonodavstvom EU i to u odnosu na primenu principa ravnopravnog tretmana muškaraca i žena u pristupu i nabavci roba i usluga; u implementaciji načela jednakih mogućnosti i jednakog tretmana žena i muškaraca u vezi sa pitanjima zapošljavanja, samozapošljavanja i obavljanja zanimanja. Pored toga, taj zakon nije u dovoljnoj meri usaglašen sa potvrđenim međunarodnim ugovorima, opšteprihvaćenim standardima i odredbama relevantnih direktiva Evropske unije, a nedostaje i odgovarajući celovit i koherentan institucionalni okvir za ostvarivanje i unapređenje rodne ravnopravnosti radi obezbeđenja njegove delotvorne primene u praksi. Na potrebu jačanja nacionalnih mehanizama za rodnu ravnopravnost, eliminisanje rodno zasnovane diskriminacije i sprečavanja nasilja u porodici ukazali su u svojim zapažanjima upućenim Republici Srbiji i Komitet Ujedinjenih nacija za ekonomska, socijalna i kulturna prava, kao i Komitet Ujedinjenih nacija za ljudska prava.

Predlagač je istakao i ulogu zaštitnika građana, navodeći da je ovaj organ podržavao usvajanje Predloga zakona o rodnoj ravnopravnosti, tako što je godinama isticao da Zakon o ravnopravnosti polova nije na odgovarajući način uredio oblast rodne ravnopravnosti i nije usklađen sa preuzetim međunarodnim obavezama i supsidijarnim zakonodavstvom, tj. da su iskustva u primeni pokazala njegove slabosti, između ostalog, nedostatak instrumenata za implementaciju; nepotpuna regulativa (npr. način na koji su uređeni i način na koji se osnivaju i primenjuju lokalni mehanizmi za rodnu ravnopravnost); garancije prava čiji sadržaj je uži od sadržaja koji garantuje Ustav Republike Srbije.

1.1. Analiza stanja u momentu donošenja zakona

Analizirajući stanje u pogledu primene Zakona o ravnopravnosti polova, a posebno u pogledu ostvarivanja prava na ravnopravnost žena i muškaraca u Republici Srbiji, predlagač je istakao određene pokazatelje. Kako su manjkavosti postojećih zakonskih rešenja jedan od razloga za donošenje Zakona o rodnoj ravnopravnosti, u obrazloženju predloga ovom segmentu je posvećena posebna pažnja.

Najpre se ističe da se za desetogodišnji period, od 2010. do 2020. godine, može utvrditi da su žene u Republici Srbiji neravnopravnije i diskriminisane u svim oblastima javnog i privatnog života i da su u posebno lošem položaju žene

² Zakon o ravnopravnosti polova, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009.

iz višestruko marginalizovanih, ranjivih grupa. Žene su nedovoljno zastupljene na mestima na kojima se odlučuje, u političkim partijama i u izvršnoj vlasti na svim nivoima odlučivanja, iako postoje izvesni pomaci u učešću žena na pozicijama odlučivanja u republičkim organima javne vlasti. Radi ilustracije rodnih stereotipa i predrasuda predlagač je naveo istraživanje koje je 2013. godine sproveo Centar za slobodne izbore i demokratiju, prema kome je čak 24% građana saglasno sa stavom da „rukovodeća mesta u poslovnom svetu treba da budu u rukama muškaraca, te da je „najvažnija vrlina svake žene da bude dobra domaćica“. Dalje je predlagač izneo da je veoma mali broj preduzetnica, kao i žena na upravljačkim položajima u kompanijama, da je loš položaj žena na selu, da je mali broj vlasnica poljoprivrednih gazdinstava, da im je otežan pristup zdravstvenoj zaštiti i drugim javnim uslugama, a naročito da su žene izložene raznim oblicima nasilja, pri čemu zaštita od nasilja nije adekvatna, a žene često izložene sekundarnoj viktimizaciji nakon prijavljivanja istog. Istaknuto je i to da se u medijima žene i muškarci prikazuju seksistički i stereotipno, a o rodno zasnovanom nasilju i nasilju nad ženama piše se na senzacionalistički način. Iz Skraćenog godišnjeg izveštaja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2019. godinu, tačnije dela u kojem se govori o diskriminacija na osnovu pola, predlagač iznosi da je „u desetogodišnjem periodu od osnivanja institucije Poverenika najviše pritužbi podneto u oblasti rada i zapošljavanja i to na osnovu skoro svih ličnih svojstava, a najviše pritužbi podneto je zbog diskriminacije po osnovu pola i to u pretežnom broju slučajeva zbog diskriminacije žena na tržištu rada, nakon čega u približno sličnom broju slučajeva sledi bračni i porodični status kao lično svojstvo.“

U predlogu je izneta i ocena stanja data u Nacionalnoj strategiji za rodnu ravnopravnost 2016-2020³ i to: stopa zaposlenosti muškaraca (50%) značajno je viša od stope zaposlenosti žena (35%); u okviru radno sposobne populacije 11,20% žena i 9,50% muškaraca ima završen fakultet, master ili doktorske studije, a kombinovani podaci u pogledu stope nezaposlenosti i stepena obrazovanja žena i muškaraca ukazuju na to da iako žene u proseku imaju viši stepen obrazovanja, njihova stopa zaposlenosti znatno je niža. Posmatrajući samo zaposlene žene, 19,20% zaposlenih žena ima univerzitetsku diplomu ili titulu mastera ili doktora nauka, dok je to slučaj kod 13,2% muškaraca; stopa aktivnosti muškaraca radnog uzrasta (15-64) takođe je viša (69,9%) od stope aktivnosti žena (53,8%); a stopa zaposlenosti žena starosti od 25 do 54 godine je manja u odnosu na stopu zaposlenosti muškaraca iste starosti (56% prema 70%). Zaposlene žene pretežno rade u sektoru usluga (76%), dok je muška radna snaga pretežno koncentrisana u oblasti građevinarstva, saobraćaja, poljoprivrede, rudarstva i prerađivačke industrije; žene čine većinu zaposlenih u oblasti obrazovanja, zdravstvene i socijalne zaštite. Zbog svega navedenog, razlika u visini plata

³ Nacionalna strategija za rodnu ravnopravnost 2016-2020, *Službeni glasnik RS*, br. 4/16.

između muškaraca i žena iznosi 16%, a žene teže napreduju na poslovima i ređe dolaze u priliku da svoje znanje usavrše.

Prema podacima Ministarstva državne uprave i lokalne samouprave iz 2021. godine, na administrativnim mestima u Republici Srbiji je zaposleno 61% žena i 39% muškaraca, u AP Vojvodini 55,9% žena i 44,1% muškaraca, a u Jedinicama lokalne samouprave (JLS) u administraciji je zaposleno 58% žena i 32% muškaraca. Takođe, nakon političkih izbora u 2020. godini, oko 40% žena je zastupljeno među narodnim poslanicama u Narodnoj skupštini Republike Srbij, ali samo 20 žena je na čelu gradova i opština od 150 JLS, a od tog boja 15 žena je po prvi put u karijeri na toj funkcij (29 žena je pozicijama predsednica skupština opština i skupština gradova, a 70 žena na mestima načelnica uprava gradova i opština).

1.2. Proces donošenja zakona

Kako je napred navedeno, u obrazloženju predloga Zakona, predlagač je istakao da je u donošenju Zakona o rodnoj ravnopravnosti Zaštitnik građana imao značajnu ulogu. Naime, u svojim redovnim godišnjim izveštajima taj organ je ponavljao preporuku da Vlada treba da predloži, a Narodna skupština usvoji Zakon o rodnoj ravnopravnosti. Treba reći da su na njegovu inicijativu razrađena dva modela Nacrta istoimenog zakona (2014/2015), da su potom obrazovane i tri radne grupe za izradu Nacrta istoimenog zakona, da je u Ministarstvu za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja tokom 2014/2015. godine izrađena jedna verzija, tokom 2015/2017 druga i to od strane Koordinacionog tela za rodnu ravnopravnost Vlade, te još jedna od strane Ministarstva za rad, zapošljavanje, bračka i socijalna pitanja (tokom 2017/2019). Nijedan Nacrt zakona nije dobio podršku stručne javnosti i nadležnih organa u periodu od 2014. do 2019. godine. Nakon parlamentarnih izbora 2020. godine, formiranja nove Vlade u okviru koje je obrazovano Ministarstvo za ljudska i manjinska prava i društveni dijalog, to ministarstvo je pristupilo izradi Nacrta Zakona o rodnoj ravnopravnosti, u širokom participativnom procesu, saglasno Zakonu o planskom sistemu⁴, kroz dalje usaglašavanje sa preporukama EU, kroz četiri tematska društvena dijaloga. Pošto su u prva tri meseca 2021. godine održana četiri društvena dijaloga (18. januara, 09. februara, 10. februara i 19. februara), formirana je posebna posebna radna grupa za izradu teksta Nacrta zakona o rodnoj ravnopravnosti, koja je u cilju izrade navedenog Nacrta i razmatranja i ugradnje primedaba, komentara, mišljenja i sugestija iz javnih konsultacija (koje su sprovedene od 3. do 20. februara 2021. godine) i sa javne rasprave o Nacrtu zakona o rodnoj ravnopravnosti (koja je sprovedena u periodu od 26. februara do 17. marta 2021. godine), održala dva sastanka i to: 17 i 18. marta

⁴ Zakon o planskom sistemu, *Službeni glasnik RS*, br. 30/18.

2021. godine. Konačno, predlagač je istakao da se u Izveštaju o sprovedenoj javnoj raspravi o Nacrtu zakona o rodnoj ravnopravnosti Ministarstvo za ljudska i manjinska prava i društveni dijalog detaljno izjasnilo koje primedbe su prihvaćene, delimično prihvaćene ili odbijene, odnosno predlozi, komentari i sugestije i iz kojih razloga, te da je u skladu s tim, izvršena i dorada teksta predmetnog Nacrta. Navedeni materijal je javno objavljen na internet stranici ministarstva i portalu e-uprava, te dostavljen službenim putem nadležnim organima na stav i mišljenje.

Od početka pripreme akta i tokom celokupnog procesa donošenja, prisutna je pojačana pažnja javnosti i mogle su se čuti različite reakcije. U vezi sa tim, treba pohvaliti evidentnu transparentnost procesa i uključivanje civilnog sektora. Pod lupom šire i stručne javnosti, u narednom periodu uverićemo se da li je zakon uspeo da omogući ono zbog čega je donet, tj. da li je došlo do unapređenja u oblasti rodne ravnopravnosti.

2. Sistematizacija Zakona

Zakonom o rodnoj ravnopravnosti uređuju se pojam, značenje i mere politike za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti, vrste planskih akata u oblasti rodne ravnopravnosti i način izveštavanja o njihovoj realizaciji, institucionalni okvir za ostvarivanje rodne ravnopravnosti, nadzor nad primenom zakona i druga pitanja od značaja za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti.

Saglasno ovako određenom predmetu, Zakon je sistematizovan u celine, tačnije konkretno sastoji se od XI Glava i to: Glava I-Uvodne odredbe, Glava II-Politika jednakih mogućnosti i mere za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti, Glava III-Planski akti u oblasti rodne ravnopravnosti i izveštavanje o realizaciji planskih akata, Glava IV-Organi javne vlasti i posebne mere, Glava V-Oblasti u kojima se određuju i sprovode opšte i posebne mere, Glava VI-Sprečavanje i suzbijanje rodno zasnovanog nasilja, Glava VII-Institucionalni okvir za ostvarivanje rodne ravnopravnosti, Glava VIII-Evidentiranje i izveštavanje o ostvarivanju rodne ravnopravnosti, Glava IX-Kaznene odredbe, Glava X- Nadzor nad primenom zakona, Glava XI-Prelazne i završne odredbe.

2.1. Značenje pojedinih termina

Uvodne odredbe čine Glavu I Zakona. Rodna ravnopravnost podrazumeva, prema odredbi čl. 3. Zakona, jednaka prava, odgovornosti i mogućnosti, ravnomerno učešće i uravnoteženu zastupljenost žena i muškaraca u svim oblastima društvenog života, jednake mogućnosti za ostvarivanje prava i sloboda, korišćenje ličnih znanja i sposobnosti za lični razvoj i razvoj društva, jednake

mogućnosti i prava u pristupu robama i uslugama, kao i ostvarivanje jednake koristi od rezultata rada, uz uvažavanje bioloških, društvenih i kulturološki formiranih razlika između muškaraca i žena i različitih interesa, potreba i prioriteta žena i muškaraca prilikom donošenja javnih i drugih politika i odlučivanja o pravima, obavezama i na zakonu zasnovanim odredbama, kao i ustavnim odredbama, dok je u odredbama čl. 4. Zakona propisano šta je diskriminacija na osnovu pola, polnih karakteristika, odnosno roda, kada ta diskriminacija postoji, kao šta se smatra, a šta se ne smatra diskriminacijom na osnovu pola, polnih karakteristika, odnosno roda.

U uvodnim odredbama treba izdvojiti i odredbe člana 6. zakona kojima je definisano značenje pojedinih termina. Tako, rod označava društveno određene uloge, mogućnosti, ponašanja, aktivnosti i atribute, koje određeno društvo smatra prikladnim za žene i muškarce uključujući i međusobne odnose muškaraca i žena i uloge u tim odnosima koje su društveno određene u zavisnosti od pola;⁵ osetljive društvene grupe su žene sa sela, žrtve nasilja, kao i grupe lica koje se zbog društvenog porekla, nacionalne pripadnosti, imovnog stanja, pola, rodnog identiteta, seksualne orijentacije, starosti, psihičkog i/ili fizičkog invaliditeta, života u nerazvijenom području ili iz drugog razloga ili svojstva nalaze u nejednakom položaju;⁶ pol predstavlja biološku karakteristiku na osnovu koje se ljudi određuju kao žene ili muškarci.⁷

Osim ovih osnovnih pojmova, treba izdvojiti pojmove koji su karakteristični za politiku sprovođenja rodne ravnopravnosti, kao što su: jednake mogućnosti podrazumevaju jednako ostvarivanje prava i sloboda žena i muškaraca, njihov ravnopravni tretman i ravnopravno učešće u političkoj, ekonomskoj, kulturnoj i drugim oblastima društvenog života i u svim fazama planiranja, pripreme, donošenja i sprovođenja odluka i ravnopravno korišćenje njihovih rezultata, bez postojanja rodni ograničenja i rodne diskriminacije;⁸ rodna perspektiva odnosi se na uzimanje u obzir rodni razlika, razlika po polu i različitih interesa, potreba i prioriteta žena i muškaraca i njihovo uključivanje u sve faze planiranja, pripreme, donošenje i sprovođenje javnih politika, propisa, mera i aktivnosti;⁹ rodna analiza predstavlja procenjivanje uticaja posledica svake planirane aktivnosti, uključujući zakonodavstvo, mere i aktivnosti, javne politike i programe, po žene i muškarce i rodnu ravnopravnost u svim oblastima i na svim nivoima;¹⁰ urođnjavanje predstavlja sredstvo za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti kroz uključivanje rodne perspektive u sve javne politike,

⁵ Čl. 6, st. 1, tač. 1) Zakona.

⁶ Čl. 6, st. 1, tač. 2) Zakona.

⁷ Čl. 6, st. 1, tač. 3) Zakona.

⁸ Čl. 6, st. 1, tač. 4) Zakona.

⁹ Čl. 6, st. 1, tač. 6) Zakona.

¹⁰ Čl. 6, st. 1, tač. 7) Zakona.

planove i prakse;¹¹ uravnotežena zastupljenost polova postoji kada je zastupljenost jednog od polova između 40-50% u odnosu na drugi pol, a osetno neuravnotežena zastupljenost polova postoji kada je zastupljenost jednog pola niža od 40% u odnosu na drugi pol, osim ako iz posebnog zakona ne proizlazi drugačije.¹²

2.2. Politika jednakih mogućnosti, planski akti, mere

Glava II Zakona¹³ nosi naziv Politika jednakih mogućnosti i mere za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti, pri čemu politika jednakih mogućnosti podrazumeva ravnopravno učešće žena i muškaraca u svim fazama planiranja, pripreme, donošenja i sprovođenja odluka koje utiču na položaj žena; uzimanje u obzir različitih interesa, potreba i prioriteta žena i muškaraca prilikom donošenja javnih i drugih politika i odlučivanja o pravima, obavezama i na zakonu zasnovanim interesima, kao i preduzimanje mera kojima se obezbeđuje jednaka polazna tačka za ostvarivanje principa jednakih mogućnosti za lica, odnosno grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju po osnovu pola, polnih karakteristika, odnosno roda, posebno pripadnika osetljivih društvenih grupa, dok mere za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti mogu biti opšte i posebne. Opšte su zakonom propisane mere kojima se u određenoj oblasti zabranjuje diskriminacija na osnovu pola, odnosno roda, ili nalaže odgovarajuće postupanje radi ostvarivanja rodne ravnopravnosti, a obuhvataju i mere utvrđene drugim aktima (deklaracije, rezolucije, strategije i sl.), čiji je cilj ostvarivanje rodne ravnopravnosti. Posebne mere određuje i sprovodi organ javne vlasti i poslodavac, a to su aktivnosti, mere, kriterijumi i prakse u skladu sa načelom jednakih mogućnosti kojima se obezbeđuje ravnopravno učešće i zastupljenost žena i muškaraca, posebno pripadnika osetljivih društvenih grupa, u svim sferama društvenog života i jednake mogućnosti za ostvarivanje prava i sloboda. One mogu biti: mere koje se određuju i sprovode u slučajevima osetno neuravnotežene zastupljenosti polova, zatim podsticajne mere (kojima se daju posebne pogodnosti ili uvode posebni podsticaji u cilju unapređenja položaja i obezbeđivanja jednakih mogućnosti za žene i muškarce u svim oblastima društvenog života), te programske mere (kojima se operacionalizuju programi za ostvarivanje i unapređenje rodne ravnopravnosti).

Planski akti u oblasti rodne ravnopravnosti i izveštavanje o realizaciji planskih akata predmet su Glave III Zakona. Naime, u cilju razvoja, unapređivanja i ostvarivanja rodne ravnopravnosti donose se sledeći planski akti: 1) Nacionalna strategija za rodnu ravnopravnost; 2) Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije za rodnu ravnopravnost; 3) akcioni plan

¹¹ Čl. 6, st. 1, tač. 8) Zakona.

¹² Čl. 6, st. 1, tač. 9) Zakona.

¹³ Čl. 7-12 Zakona.

jedinice teritorijalne autonomije i jedinice lokalne samouprave; 4) planovi ili programi rada, odnosno poslovanja organa javne vlasti i poslodavaca koji obavezno sadrže i deo o rodnoj ravnopravnosti u organu javne vlasti i kod poslodavca i plan upravljanja rizicima od povrede principa rodne ravnopravnosti. Za svaki od navedenih akata predviđena je obaveza naknadnih aktivnosti, odnosno izveštavanja resornog ministarstva. Na primer, organ javne vlasti, odnosno poslodavac odgovoran za realizaciju aktivnosti utvrđenih Akcionim planom dužan je da do 31. januara tekuće godine za prethodnu godinu dostavi Ministarstvu izveštaj o realizovanim aktivnostima (godišnji izveštaj o realizaciji akcionog plana, nakon usvajanja objavljuje se na internet stranici Vlade i Ministarstva).

Organi javne vlasti i posebne mere je naziv Glave IV Zakona.¹⁴ Za organe javne vlasti, a to su u smislu ovog Zakona, državni organi, organi autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, kao i javna preduzeća, ustanove, javne agencije i druge organizacije i lica kojima su zakonom poverena pojedina javna ovlašćenja, te pravno lice koje osniva ili finansira u celini, odnosno u pretežnom delu Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave¹⁵ propisana je dužnost praćenja, planiranja, sprovođenja rezultata politika jednakih mogućnosti u u oblasti društvenog života za koju su nadležni i objavljivanja rezultata politika jednakih mogućnosti. Takođe, kada je u pitanju struktura organa upravljanja i organa nadzora u organima javne vlasti, propisana je obaveza da se u upravnim i nadzornim organima, kao i na položajima u tim organima obezbedi uravnotežena zastupljenost žena i muškaraca.

3. Oblasti u kojima se određuju i sprovode opšte i posebne mere

U glavi V Zakona, predviđeno je i bliže uređeno petnaest (15) oblasti u kojima se ostvaruju ovim Zakonom definisane opšte i posebne i mere. To su: oblast zapošljavanja i rada; oblast socijalne i zdravstvene zaštite, oblast obrazovanja, vaspitanja, nauke i tehnološkog razvoja, oblast informaciono-komunikacionih tehnologija i informacionog društva, oblast odbrane i bezbednosti, oblast saobraćaja, oblast energetike, oblast zaštite životne sredine, oblast kulture, oblast javnog informisanja, oblast sporta, oblast angažmana u organima upravljanja i nadzora, oblast političkog delovanja i javnih poslova, oblast reproduktivnih i seksualnih prava i oblast pristupa robi i uslugama.

Ukoliko bismo uporedili ranije i nova zakonska rešenja, možemo uočiti da su, pored oblasti koje su bile obuhvaćene Zakonom o ravnopravnosti polova poput oblasti rada i zapošljavanja, socijalne i zdravstvene zaštite, obrazovanja,

¹⁴ Čl. 25 i 26 Zakona.

¹⁵ Čl. 6, st. 1, tač. 18) Zakona.

kulture, sporta, političkog i javnog života, istaknute i sasvim nove, kao npr. informacione tehnologije, odbrana i bezbednost, saobraćaj, eneregtika, zaštita životne sredine, te oblast reproduktivnih i seksualnih prava i oblast slobodanog pristupa robama i uslugama.

3.1. Oblast zapošljavanja i rada

Rodna ravnopravnost u oblasti zapošljavanja i rada je značajna sama po sebi, a može se reći da predstavlja preduslov za ostvarivanje rodne ravnopravnosti u drugim oblastima. Zakonom se, dakle, garantuju jednake mogućnosti i obezbeđuje primena opštih i posebnih mera radi ostvarivanja prava na rad za žene i muškarce kako prilikom traženja poslova i zapošljavanja, tako i prava koja proizlaze iz radnog odnosa. Konkretno, radi ostvarivanja prava na rad, Zakon proklamuje rodnu ravnopravnost u pogledu dostupnosti izvršilačkih radnih mesta i položaja; uslova za pristup zapošljavanju, samozapošljavanju ili zanimanju, uključujući kriterijume selekcije i uslove regrutovanja bez obzira o kojoj se grani aktivnosti radi i na svim nivoima profesionalne hijerarhije uključujući napredovanje u karijeri, svim oblicima plaćenog radnog angažovanja; raspoređivanja i napredovanja; radnog vremena; fleksibilnog radnog vremena zbog usklađivanja porodičnih i radnih obaveza muškaraca i žena, odsustvovanja sa posla; plaćanja; uslova rada; stručnog usavršavanja i dodatnog obrazovanja, uključujući praktično radno iskustvo, dnevnog, nedeljnog i godišnjeg odmora; prestanka radnog odnosa i radnog angažovanja; kolektivnog pregovaranja; informisanja; socijalnog osiguranja; odsustva zbog trudnoće, porodijskog odsustva, trajanja porodijskog odsustva i naknada za vreme porodijskog odsustva; odsustvo radi nege deteta i posebne nege deteta sa invaliditetom; zaštite prava na rad i u vezi s radom.

Važno je istaći da je uz jednake mogućnosti u oblasti zapošljavanja i rada, posebno regulisano i vrednovanje ukupne vrednosti neplaćenog kućnog rada. Pored vođenja statistike i obrađivanja podataka o vrednovanju ove vrste rada u bruto domaćem proizvodu, Zakon propisuje i mogućnost zdravstvenog osiguranja za lice koje obavlja ovaj rad, tačnije propisano je da lice koje nije zdravstveno osigurano po bilo kom drugom osnovu, stiče pravo na zdravstveno osiguranje po osnovu neplaćenog rada u kući (vođenje domaćinstva, staranje o podizanju dece, staranje o ostalim članovima porodice), neplaćenog rada na poljoprivrednom imanju i dr.¹⁶

Osetljivo pitanje rodne (ne)ravnopravnosti za vreme odsustva sa rada zbog trudnoće, porodijskog odsustva, odsustva radi nege deteta i odsustva radi posebne nege deteta regulisano je u posebnom članu.¹⁷ Naime, poslodavac

¹⁶ Čl. 28, st. 4. Zakona.

¹⁷ Čl. 33 Zakona

je dužan da zaposlenog po povratku sa odsustva sa rada zbog trudnoće, porodijskog odsustva, odsustva radi nege deteta, odsustva radi posebne nege deteta, usvojenja, hraniteljstva, starateljstva, vrati na iste ili druge ekvivalentne poslove, niti oni mogu biti premešteni ili upućeni na rad kod drugog poslodavca, ukoliko je to nepovoljnije, osim ako je to učinjeno u skladu sa nalazom nadležnog zdravstvenog organa, odnosno drugog nadležnog organa ili zbog organizacionih promena kod poslodavca, odnosno promene unutrašnjeg uređenja državnog organa, organa autonomne pokrajine i organa jedinice lokalne samouprave, koji su izvršeni u skladu sa zakonom. Takođe, navedena odsustva ne mogu biti razlog za uskraćivanje prava na stručno usavršavanje i dodatno obrazovanje, napredovanje i korišćenje svih poboljšanja radnih uslova. Vreme tokom kojeg je zaposleni odsustvovao sa rada zbog trudnoće, porodijskog odsustva, odsustva radi nege deteta i odsustva radi posebne nege deteta neće se računati kod procene uspešnosti rada u ukupnom vremenskom periodu u kome se uspešnost rada računa.

Još jedno pitanje je posebno je osetljivo u oblasti zapošljavanja i rada, a to je jednaka zarada za isti rad. Zakonom je jasno propisana zabrana nejednake zarade za isti rad ili rad jednake vrednosti,¹⁸ tačnije, zaposlenima se garantuje jednaka plata za isti rad ili rad iste vrednosti, bilo da se isplaćuje u celosti u novcu ili delom u novcu, a delom u naturi, u skladu sa zakonom koji uređuje radne odnose. Pritom, pod radom jednake vrednosti podrazumeva se rad za koji se zahteva isti stepen stručne spreme, odnosno obrazovanja, znanja i sposobnosti, u kome je ostvaren jednak radni doprinos uz jednaku odgovornost, a prilikom određivanja visine primanja sistematizacija poslova, odnosno radnih mesta, mora biti zasnovana na istim kriterijumima za žene i muškarce i uređena tako da isključuje diskriminaciju na osnovu pola, odnosno roda.

3.2. Oblast socijalne i zdravstvene zaštite i oblast obrazovanja, vaspitanja, nauke i tehnološkog razvoja

U oblasti socijalne i zdravstvene zaštite načelno se garantuju jednake mogućnosti u pružanju socijalne i zdravstvene zaštite za sve korisnike usluga i prava bez obzira na pol, odnosno rod, što uključuje jednak pristup uslugama i pravima iz oblasti socijalne i zdravstvene zaštite, odnosno u penzijskom sistemu je zabranjena posredna i neposredna diskriminacija na osnovu pola, odnosno roda, u pogledu obuhvata i uslova za pristup sistemu, obaveza obračuna i uplaćivanja doprinosa, uključujući i dopunska davanja.

U kontekstu evropskih integracija, učinjen je pomak u definisanju rodne ravnopravnosti u oblasti obrazovanja, vaspitanja, nauke i tehnološkog razvoja. Relevantni činioци u ovim oblastima dužni su da na različite načine promovišu

¹⁸ Čl. 34 Zakona.

i uključuje rodnu ravnopravnost, između ostalog prilikom donošenja planova i programa nastave i učenja, odnosno studijskih programa, prilikom utvrđivanja standarda udžbenika, istraživanja i tsl. Istaknuta je obaveza da se u nastavne programe i materijale, na svim nivoima obrazovanja i vaspitanja isključe rodno stereotipni, seksistički sadržaji, a uključuje sadržaji vezane za rodnu ravnopravnost u cilju prevazilaženja rodnih stereotipa i predrasuda. Svi činioци su obavezi da preduzimaju opšte i posebne mere u skladu sa Zakonom, između ostalog, da izmene sadržaj planova i programa nastave i učenja, odnosno studijskih programa i udžbenika i drugog nastavnog materijala, tako da afirmišu ravnopravnost i povećavaju vidljivost doprinosa žena nauci, tehnološkom razvoju, kulturi i umetnosti.

Zatim, propisana je mera korišćenja rodno osetljivog jezika, odnosno jezika koji je u skladu sa gramatičkim rodом, u udžbenicima i nastavnom materijalu, kao i u svedočanstvima, diplomama, klasifikacijama, zvanjima, zanimanjima i licencama i dr. Rodno osetljiv jezik jeste jezik kojim se promovise ravnopravnost žena i muškaraca i sredstvo kojim se utiče na svest onih koji se tim jezikom služe u pravcu ostvarivanja ravnopravnosti, uključujući promene mišljenja, stavova i ponašanja u okviru jezika kojim se služe u ličnom i profesionalnom životu.¹⁹ Jednaka prava, odgovornosti i mogućnosti, te ravnomerno učešće i uravnoteženu zastupljenost žena i muškaraca u svim oblastima života, podrazumeva, prema zakonodavcu i ravnopravnost u jeziku, iz kog razloga je propisana mera korišćenja rodno osetljivog jezika.

Upotreba rodno osetljivog jezika izazvala je mnoga oprečna mišljenja. Na jednoj strani se ističe da ravnopravnost polova predstavlja koncept mnogo širi od jednakosti pred zakonom. Rodno senzitivna jezička politika, to jest upotreba rodno osetljivog jezika, doprinosi podizanju svesti o značaju jednakosti žena i muškaraca. Rodno osetljiv jezik obezbeđuje veću vidljivost žena u javnom životu, a posledično, i veće učešće žena u svim sferama društvenog života. Ipak, rodno osetljiv jezik nije samo jasno imenovanje žena koje obavljaju određena zanimanja i nalaze se na različitim funkcijama, iako je ovaj aspekt upotrebe rodno osetljivog jezika naročito važan. Rodno osetljiv jezik podrazumeva samu upotrebu jezika, to jest sve načine na koje jezik koristimo tako da stvari nazivamo pravim imenom, a diskriminaciju činimo neprihvatljivom.²⁰ Na drugoj strani, postoje mišljenja da se upotrebom rodno osetljivog jezika, dovodi struktura srpskog jezika u pitanje. Gramatički muški rod je semantički neutralan, on ne označava muški pol. Gramatički muški rod ima značenje neutralnog roda, on označava i nosioce muškog i ženskog pola.²¹

¹⁹ Čl. 6, st. 1, tač. 17) Zakona.

²⁰ H. Cvetičanin Knežević, J. Lalatović, *Priručnik za upotrebu rodno osetljivog jezika*, Centar za ženske studije, Beograd 2019, 9.

²¹ <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/4386616/zakon-rodna-ravnopravnost-jednakost-jezik-gramatika-upitnik.html>, 25.05.2021.

Iako naš jezički izražaj ne može dosledno i u svakom slučaju da podrži upotrebu rodno osetljivog jezika, svest o tome da jezik reflektuje diskriminaciju slama otpor, a privrženost usvojenim navikama u govoru se dovodi u pitanje i kod najupornijih.

3.3. Oblast informaciono-komunikacionih tehnologija i informacionog društva, odbrane i bezbednosti, saobraćaja, energetike, zaštite životne sredine, kulture, sporta, javnog informisanja i dr.

Zakonom o rodnoj ravnopravnosti, kako je napred rečeno, obuhvaćene su i posebno izdvojene oblasti koje nisu bile istaknute ranijim propisom. Na ovaj način promoviše se ravnopravnost polova u svim oblastima života, bez izuzetka.

Tako, rodna ravnopravnost u oblasti informaciono-komunikacionih tehnologija i informacionog društva obuhvata promovisanje informatičke pismenosti i prednosti upotrebe savremenih tehnologija među ženama, devojkama i devojčicama. Poseban akcenat je, dakle, dat uključivanju mladih i najmlađih. Predlagač je insistirao na propisivnju mera radi obezbeđivanja uravnotežene zastupljenosti polova u oblasti informaciono-komunikacionih tehnologija u cilju prevazilaženja digitalnog rodnog jaza i unapređenja socijalno-ekonomskog položaja žena i promociju uključivanja mladih, naročito devojčica i devojaka u Science, Technology, Engineering and Mathematics (STEM) nauke i sektor za Informaciono-komunikacione tehnologije (IKT).

Zatim, organi javne vlasti i poslodavci koji obavljaju poslove u oblasti odbrane i bezbednosti obezbeđuju primenu politika jednakih mogućnosti i unapređenja rodne ravnopravnosti i doprinose ukklanjanju rodni stereotipa prilikom ostvarivanja prava i obaveza lica oba pola u oblasti odbrane i bezbednosti.

Načela jednakih mogućnosti i unapređenja rodne ravnopravnosti istaknuta su sada i u oblasti saobraćaja, energetike, zaštite životne sredine, pristupa robi i uslugama, a uključene su i „stare“ oblasti, odnosno oblasti koje su bile obuhvaćene Zakonom o ravnopravnosti polova poput kulture, sporta, političkog i javnog života.

Na ovom mestu istaknimo još oblast javnog informisanja. Naime, sadržaji u sredstvima javnog informisanja, uključujući i oglašavanje, ne smeju da sadrže podatke kojima se stvara ili podstiče diskriminacija na osnovu pola, odnosno roda. Zabranjeno je izražavanje mržnje i omalovažavanje žena i muškaraca, kao i javno zagovaranje, podržavanje i postupanje zasnovano na predrasudama, običajima i drugim društvenim obrascima ponašanja koji su zasnovani na ideji podređenosti ili nadređenosti žena i muškaraca, odnosno na rodni stereotipima. Sredstva javnog informisanja dužna su da prilikom izveštavanja koriste rodno osetljiv jezik i da razvijanjem svesti o značaju rodne ravnopravnosti doprinose suzbijanju rodni stereotipa, društvenih i kulturnih obrazaca, običaja i prakse

zasnovane na rodnim stereotipima, diskriminacije na osnovu pola, odnosno roda i drugih ličnih svojstava, kao i rodno zasnovanog nasilja, nasilja u porodici i nasilja prema ženama.²²

4. Sprečavanje i suzbijanje rodno zasnovanog nasilja

Evidentno je da su u proteklom periodu postignuti određeni rezultati na polju prijavljivanja, suzbijanja i sprečavanja rodno zasnovanog nasilja, ali ono je i dalje prisutno, kako u ruralnim, tako i urbanim sredinama, kako u privatnoj, tako i u javnoj sferi života. Posebno je pitanje da li je rodno zasnovano nasilje u Republici Srbiji (kao i nasilje u porodici) u porastu, ili se sada o njemu više govori i zna, pa deluje da ga ima više, a da ga je ranije bilo znatno manje. U takvom ambijentu, obaveza je države da obezbedi ravnopravnost žena i muškaraca i Ustavom zagarantovana prava. Prilikom regulisanja rodne ravnopravnosti, pitanju sprečavanja i suzbijanja rodno zasnovanog nasilja posvećena je Glava VI Zakona.

Zabranjen je svaki oblik nasilja zasnovan na polu, polnim karakteristikama, odnosno rodu i nasilja prema ženama u privatnoj i javnoj sferi. Dalje je propisana obaveza za svako lice, organ javne vlasti, poslodavac, udruženje i ustanova da prijave svaki vid nasilja zasnovan na polu, odnosno rodu i nasilja prema ženama u privatnoj i javnoj sferi. Organi javne vlasti su dužni su da bez odlaganja nadležnoj policijskoj upravi ili javnom tužilaštvu prijave nasilje ovakvo nasile za koje saznaju u vršenju poslova iz svoje nadležnosti, odnosno u obavljanju svoje delatnosti, a policijska uprava i javno tužilaštvo dužni su da obaveste centar za socijalni rad o prijavljenom nasilju.

Za žrtve nasilja predviđene su opšte usluge podrške i specijalizovane. U prve spada psihosocijalna pomoć, besplatna socijalna i zdravstvena zaštita, kao i besplatna pravna pomoć, s tim da su organi javne vlasti dužni da ove usluge obezbede tako da budu lako dostupne svim žrtvama nasilja, da se pružaju u adekvatno opremljenom prostoru od strane posebno obučениh zaposlenih, a specijalizovane usluge za žrtve nasilja su: usluga poverljivog razgovora putem besplatnog nacionalnog SOS telefona koji se neće snimati, siguran i besplatan smeštaj za žrtve nasilja i njihovu decu bez obzira na mesto njihovog prebivališta, obavljanje specijalističkih pregleda, pružanje psihološke podrške, pružanje kontraceptivne zaštite i zaštite od polno prenosivih bolesti.

Zakon propisuje i programe za rad sa licima koja su izvršila nasilje sa ciljem da ta lica usvoje nenasilni model ponašanja u međuljudskim odnosima i da se spreči ponavljanje krivičnog dela nasilja. Organi, organizacije i ustanove koje sprovode programe za lica koja su izvršila nasilje dužni su da osiguraju da bezbednost, prava i podrška za žrtve nasilja budu od primarnog značaja, kao i

²² Čl. 44 Zakona.

da se sprovođenje ovih programa ostvaruje u bliskoj saradnji sa specijalizovanim službama za podršku licima koja trpe nasilje. Profesionalna lica i lica koja su prijavila nasilje, a koja učestvuju u zaštiti žrtava nasilja i njihove dece ne mogu istovremeno učestvovati i u sprovođenju programa za rad sa licima koja su izvršila nasilje niti se ove usluge mogu organizovati u istom prostoru, odnosno u istom organu, organizaciji i ustanovi.

5. Institucionalni okvir za ostvarivanje rodne ravnopravnosti, evidentiranje i izveštavanje, kaznene odredbe

Kreiranje, sprovođenje, praćenje i unapređivanje politika za ostvarivanje rodne ravnopravnosti obavljaju:

1. Vlada;
2. ministarstva, drugi organi državne uprave u čijem su delokrugu oblasti u kojima se određuju i sprovode opšte i posebne mere za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti;
3. Koordinaciono telo za rodnu ravnopravnost;
4. organi autonomne pokrajine;
5. organi jedinice lokalne samouprave;
6. drugi organi javne vlasti, organizacije i ustanove koji u skladu sa svojim ovlašćenjima učestvuju u sprečavanju diskriminacije na osnovu pola, odnosno roda i sprečavanju rodno zasnovanog nasilja.²³

Propisana je obaveza organa javne vlasti koji imaju više od 50 zaposlenih i radno angažovanih lica da odrede lice zaduženo za rodnu ravnopravnost u skladu sa svojim aktom o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta. Lice zaduženo za rodnu ravnopravnost prati sprovođenje politika i mera za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti iz delokruga organa u kojem su zaposleni; prati stanje o polnoj strukturi zaposlenih i radno angažovanih lica u organu u kome su određeni i sastavlja izveštaje o utvrđenom stanju u pogledu dostignutog nivoa ostvarivanja rodne ravnopravnosti u oblasti iz delokruga organa; dostavlja izveštaje u skladu sa ovim zakonom i druge poslove propisane Zakonom.

Radi praćenja i ostvarivanja rodne ravnopravnosti i izveštavanja o tome,²⁴ organi javne vlasti i poslodavci, kao i tela za rodnu ravnopravnost, dužni su da evidentiraju podatke razvrstane po polu,²⁵ a osim obaveze evidentiranja, propisana je i obaveza izveštavanja, tačnije, organi javne vlasti i poslodavci dužni su da sačinjavaju godišnje izveštaje o ostvarivanju rodne ravnopravnosti i dostave ga ministarstvu nadležnom za oblast ljudskih prava, koja se odnose na ravnopravnost

²³ Čl. 59 Zakona.

²⁴ Glava VIII Zakona -Evidentiranje i izveštavanje o ostvarivanju rodne ravnopravnosti

²⁵ Čl. 65 Zakona.

polova i pitanja u vezi sa rodnom ravnopravnošću najkasnije do 15. januara tekuće godine za prethodnu godinu (ovu obavezu imaju i političke partije i sindikalne organizacije). Ministarstvo, na osnovu primljenih izveštaja, u saradnji sa telima za rodnu ravnopravnost i licima zaduženim za rodnu ravnopravnost priprema zbirni izveštaj o stanju u oblasti ostvarivanja rodne ravnopravnosti i dostavlja ga Vladi, najkasnije do 1. marta tekuće godine za prethodnu godinu, radi usvajanja. Zbirni izveštaj o stanju u oblasti rodne ravnopravnosti nakon donošenja, objavljuje se na internet stranici Vlade i Ministarstva. Predmetni izveštaji se dostavljaju republičkom organu nadležnom za poslove statistike i deo su redovnog godišnjeg statističkog praćenja stanja rodne ravnopravnosti.²⁶

Kaznene odredbe (Glava IX Zakona) obuhvataju kažnjavanje za prekršaje poslodavaca, osiguravajućih društava i sredstava informisanja,²⁷ odgovornih lica u organima javne vlasti,²⁸ političkih stranaka²⁹ i sindikalnih organizacija,³⁰ odnosno podeljene su prema subjektima prekršaja.

Kazne za poslodavce propisane su u rasponu od 50.000 do 2.000.000 dinara i izriču se za različite oblike kršenja zabrane diskriminacije (kao što je zabrana diskriminacije na osnovu pola, odnosno roda u odnosu na uslove za zapošljavanje i izbor kandidata za obavljanje određenog posla; uslove rada i sva prava iz radnog odnosa; stručno usavršavanje i dodatno obrazovanje; napredovanje na poslu; otkaz ugovora o radu) ili za neevidentiranje podataka i nedostavljanje izveštaja. Kazna za odgovorno lice u pravnom licu propisana je u rasponu od 5.000 do 150.000 dinara, a za iste prekršaje za preduzetnika je propisana novčana kazna od 10.000 do 500.00 dinara.

Kada je reč o organima javne vlasti, novčanom kaznom od 5.000 do 150.000 dinara kazniče se odgovorno lice u organu Republike Srbije, organu teritorijalne autonomije i organu jedinice lokalne samouprave za taksativno navedene prekršaje, među kojima se pored kršenja zabrane diskriminacije i neevidentiranja podataka i nedostavljanja izveštaja, mogu izdvojiti i neobjavljivanje evidencije o podacima, neprijavljivanje rodno zasnovanog nasilja prijavi policijskoj upravi ili javnom tužilaštvu, neodređivanje lica zaduženog za rodnu ravnopravnost i dr.

Novčanom kaznom od 50.000 do 2.000.000 dinara kazniče se političke stranke, kao pravna lica, ukoliko ne obezbede uravnoteženu zastupljenost polova prilikom predlaganja kandidata za poslanike i odbornike, ukoliko ne donesu četvorogodišnji plan delovanja sa posebnim merama za unapređenje rodne ravnopravnosti i ukoliko ne pripreme i dostave Ministarstvu izveštaj sa

²⁶ Čl. 66 Zakona.

²⁷ Čl. 67 Zakona.

²⁸ Čl. 68 Zakona.

²⁹ Čl. 69 Zakona.

³⁰ Čl. 70 Zakona.

podacima o broju žena i muškaraca u organima upravljanja i nadzora, dok se u tom slučaju odgovorno lice u pravnom licu kažnjava novčanom kaznom od 5.000 do 150.000 dinara. Isto je propisano za sindikalne organizacije i njihova odgovorna lica, izuzev prekršaja koji se odnosi na izborni proces.

6. Zaključak

Nadzor nad primenom Zakona vrši Ministarstvo za ljudska i manjinska prava i društveni dijalog, dok nadzor u oblastima u kojima se određuju i sprovode posebne mere za ostvarivanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti vrše nadležna ministarstva za te oblasti, kao i nadležni inspeksijski organi.³¹ Važno je propisati nadzor nad primenom zakonom propisanih obaveza, ali primenu Zakona će obezbediti i olakšati stvaranje ambijenta koji odlikuje saglasnost da razvoj jednog društva nije moguć bez stvaranja jednakih mogućnosti u pristupu pravima i svim drugima kapacitetima države, kako za muškarce, tako i za žene, što je zadatak svih nas.

* * *

LAW ON GENDER EQUALITY – BASIC NOTES

Summary

In May 2021, the Law on Gender Equality was passed in the Republic of Serbia, by which it established a new normative and institutional framework for gender equality policy. There is no doubt that the matter it regulates is very complex and complicated, especially in a society that cannot praise of satisfying standards in the field of gender equality. Earlier legal solutions did not respond to the challenges of gender inequality and discrimination. The new law should provide an adequate legal framework for the effective implementation and promotion of gender equality in practice and the implementation of equal opportunities policies for women and men. In particular, the law regulates the concept, meaning and policy measures for achieving and improving gender equality, types of planning acts in the field of gender equality and the manner of reporting on their implementation, institutional framework for achieving gender equality, monitoring the law and other issues relevant to achieving and promoting gender equality.

Creating an environment characterized by agreement that the development of a society is not possible without creating equal opportunities in access to rights and all other capacities of the state, for both men and women, is the task of all of us.

Keywords: equality, gender equality, discrimination, gender.

³¹ Nadzor nad primenom zakona je naziv Glave X Zakona, čl. 71-72.

Vukašin Stanojlović

ODGOVORNOST POSLUGOPRIMCA ZA ŠTETU U KLASIČNOM RIMSKOM PRAVU

Apstrakt

Rad analizira odgovornost poslugoprimca u klasičnom rimskom pravu. Iz ugovora o posluži, korist uvek ima poslugoprimac, a samo izuzetno, korist iz ugovora mogu imati obe strane ili samo poslugodavac. Dominantna karakteristika ovog ugovora je njegov lukrativni karakter, kao i osobina predmeta koji se daje na poslugu, s obzirom na to da je najčešće reč o individualno određenoj, nepotrošnoj stvari. Shodno opšteprihvaćenom načelu utiliteta, rimski pravници su propisali strogu, objektivnu odgovornost poslugoprimca koji odgovara za kustodiju, a u pojedinim slučajevima, na koje autor stavlja poseban akcenat – za vis maior i casus fortuitus.

Rezultati istraživanja ukazuju na sledeće. Ugovor o posluži najčešće stvara obaveze isključivo za jednu stranu – poslugoprimca, da stvar koristi kao veoma pažljiv paterfamilias, tj. diligentissimus paterfamilias i da po isteku roka ili ispunjenju svrhe, stvar vrati poslugodavcu. Pored toga, on je obično jedini koji izvlači koristi iz stvari, te zbog toga odgovara objektivno i za casus. Takođe, u slučajevima postojanja furtum usus, mora debitoris i fatum, njegova odgovornost se pooštrava, tj. odgovaraće i za štetu koja je posledica casus maior. Kada je stvar data na poslugu u zajedničkom interesu, njegova odgovornost se svodi na culpa levis (in concreto), a kada je stvar data u isključivom interesu poslugodavca, za dolus, tj. culpa lata.

Rad koristi jezičko, istorijsko i sistemsko tumačenje tekstova Gai Institutiones III 206, D.13.6.1.1, D.13.6.5.3, D.13.6.5.5, D.13.6.5.7, D.13.6.5.10, D.13.6.18.pr, D.47.2.77.pr.

Cljučne reči: Kontraktna odgovornost, Ugovor o posluži, Commodatum, Furtum usus, Vis maior.

* Saradnik na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu;
e-mail: vukasinstanojlovic@gmail.com

1. Uvod

Ugovor o posluzi (lat. *commodatum*) definiše se kao realan, dvostrano nejednako obavezujući ugovor *bonae fidei*, kod koga poslugodavac (komodant) daje u detenciju¹ poslugoprimcu (komodataru) individualno određenu (*species*), nepotrošnu stvar na besplatno korišćenje. Komodatar se obavezuje da stvar upotrebljava u skladu s ugovorom ili njenom uobičajenom namenom, uzimajući u obzir svrhu ugovora.

Iz Ulpijanovog kometara pretorovog edikta (D.13.6.1.1) saznajemo bitne činjenice koje se odnose na genuzu pravne ustanove. Treba istaći da je ugovor o posluzi² postao utuživ najverovatnije pred kraj republike,³ imajući

¹ D.13.6.8. *Pomponius libro quinto ad Sabinum: Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus*. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 23. 4. 2022.

² Ugovor o posluzi nije regulisan pozitivnim srpskim pravom, iako je uređen u okviru Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine (SGZ) i predviđen u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima prof. Konstatinovića. Glava XX SGZ-a naslova „O naruči ili posluzi“ sadrži jedanaest članova i prvim (§ 582) predviđa da „naruči ili posluga biva ugovorom takvim, kojim ko nepotrošnu stvar na poslugu uzme, tako, da na opredeljeno vreme bez svake plate ili nagrade natrag vrati.“ Konstatinović u čl. 560. piše da se „ugovorom o posudi obavezuje davalac na posudu da preda određenu stvar uzimaocu na posudu da je besplatno upotrebljava neko vreme, a ovaj se obavezuje da po isteku tog vremena vrati istu stvar neoštećenu.“ Činjenica da ugovor o posluzi nije uređen Zakonom o obligacionim odnosima i da sudovi kada rešavaju o konkretnom pitanju, posredstvom Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacijem *Službeni list FNRJ*, br. 86 od 25. oktobra 1946, 105 od 27. decembra 1946, 96 od 12. novembra 1947 – obavezno tumačenje, primenjuju odredbe SGZ-a, ukazuje na potrebu bavljenja ovom temom i opravdava nastojanja da se u rimskom pravu iznađu celishodna i svrsishodna rešenja koja bi popunila nedostajeće pravne praznine pozitivnog srpskog prava. Pohvalno je napomenuti da je ugovor o posluzi predviđen u Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije iz 2015. godine, koji ovoj materiji posvećuje trinaest članova; ostaje da se vidi da li će predloženi tekst postati pozitivnopravna kodifikacija građanskog prava Republike Srbije. M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1996, 204; S. Aličić, „Ugovor o posluzi u Srpskom građanskom zakoniku u svetlu rimskog prava“, *Srpski građanski zakonik – 170 godina* (ur. M. Polojac, Z. S. Mirković, M. Đurđević), Beograd 2014, 219–230; M. Polojac, *Praktikum za rimsko pravo – tekstovi i slučajevi rimskih pravnika iz obligacionog prava* (peto izmenjeno i dopunjeno izdanje), Beograd 2018, 87–91; I. Babić, „Posluga – novi sjaj starog ugovora“, *Pravna riječ: časopis za pravnu teoriju i praksu* 5/2005, Banja Luka 2005, 167–186; R. Kovačević-Kuštrimović, „Realni pravni poslovi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 28/1988, Niš 1988, 79–80. Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, datum pristupa 19.4.2022; Srpski građanski zakonik, <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevina-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>, datum pristupa 19. 4. 2022.

³ R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*,

u vidu da ga nije poznavalo staro *ius civile*, već da je oblikovan u okviru *ius honorarium*,⁴ kao pravni posao koji se sklappao uglavnom među prijateljima. S obzirom na to da daje pravo na upotrebu stvari, postoje sličnosti sa drugim pravnim ustanovama: za razliku od *fiducia cum amico contracta* ne prenosi pravo svojine na *res mancipi*, od *precarium* se razlikuje po tome što poslugoprincu ne osigurava interdiktnu zaštitu i što *precario dans* može u svakom trenutku zatražiti stvar natrag (D.43.26.1.pr-3), a od *locatio conductio rei* odvaja ga njegov lukrativni karakter.⁵

Druga značajna Ulpijanova opaska tiče se naziva instituta. Stariji, koji koristi Pakonije, bio je *utendum datum*⁶ – „dati na upotrebu“, dok je izraz *commodatum*⁷ mlađi. Navedena distinkcija nema isključivo lingvistički značaj, već svedoči o razvoju ustanove. U periodu kada su pisali Pakonije i Labeon (umro između 10. i 21. godine),⁸ predmet *utendum datum* mogle su biti isključivo pokretne stvari; s tim u vezi Labeon piše da nepokretna stvar – zemljište, nije moglo biti predmet usluge, ali Ulpijan (170 – 223/224. godine)⁹ dodaje da je to „kasnije“ bilo moguće i zaključuje da se reč *commodatum* odnosi i na *solis*, što potvrđuje Kasije (D.13.6.1.1; 19.5.17.pr). Posebno je intrigantan Vivijanov stav po kome se ugovorom o posluži može ustupiti nepokretnost na besplatno stanovanje: D.13.6.1.1. *Ulpianus libro 28 ad edictum: Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait* – pitanje koje i danas izaziva brojne kontroverze u praksi i teoriji.¹⁰

Predmet usluge je (uglavnom) nepotrošna stvar, za razliku od *mutuuma* kod koga zajmoprimac stiže pravo svojine samo na *res quae pondere, numero, mensurave consistunt* – npr. novac koji su Rimljani smatrali za potrošnu stvar čija se suština upotrebom ne menja, ali onaj ko ga troši može to samo jednom uraditi. Međutim, predmet ugovora o posluži mogla je biti i potrošna stvar,

Pretoria 1990, 189; A. Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb 1981, 300; F. Schulz, *Principles of Roman Law* (translated by M. Wolff), Oxford 1936, 225.

⁴ G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlin – Heidelberg 2012, 209.

⁵ R. Zimmermann, 190; P. J. du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Oxford 2020, 303.

⁶ D.13.6.1.1; W.W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, 467.

⁷ O etimologiji reči vid. P. Birks, *The Roman Law of Obligations. The Collected Papers of Piter Birks* (ed. E. Descheemaeker), Oxford 2014, 135; C. H. Lewis, C. Short, *A Latin Dictionary*, Oxford 1958, 381–382.

⁸ W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Köln Weimar Wien 2001, 114.

⁹ T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights* (second edition), Oxford 2002, 14, 35–36.

¹⁰ Vid. R. Zimmermann, 191.

novac ili vino koji se daju *ad pompam et ostentationem* (D.13.6.3.6) ili *dicis gratia* (D.13.6.4), tj. „radi pokazivanja“.¹¹

Ugovor o posluži, kao dvostrano nejednako obavezujući kontrakt, najčešće stvara obavezu jednoj ugovornoj strani – poslugoprincu, da po isteku ugovorenog roka ili ispunjenju svrhe (D.13.6.5.pr), stvar vrati poslugodavcu sa svim prirastajima i plodovima. U klasičnom pravu, poslugoprinc odgovara za *custodia*, a u nekim slučajevima za *vis maior* i *casus fortuitus*, o čemu će biti reči u nastavku rada, dok u Justinijanovom¹² pravu samo za *dolus* i *culpa levis (in abstracto)*; ako je pravni posao ustanovljen u zajedničkom interesu odgovara za *culpa levis (in concreto)*, tj. tražila se *diligentia quam in suis rebus*. Ukoliko ne koristi stvar shodno ugovoru ili uobičajenoj nameni, činio bi *furtum usus*. Za ispunjenje svojih zahteva, poslugodavac protiv poslugoprinca ima na raspolaganju *actio commodati (directa)* u dve verzije,¹³ kao *in ius* i kao *in factum concepta*.¹⁴ Gaj beleži da su tužbe iz posluže i ostave slične, te navodimo primere tužbi po osnovu ugovora o ostavi na osnovu Lenelove rekonstrukcije *Edictum perpetuum*:

*Iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam [deposuit], qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvito.*¹⁵

¹¹ P. Ourliac, J. De Malafosse, *Histoire du Droit privé*, Paris 1961, 41.

¹² I.3.14.2. 2. *Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 23. 4. 2022.

¹³ Kazer smatra da je pretorska *formula in factum concepta* starija i da se njome mogla zahtevati samo vrednost stvari date na poslugu. Sa druge strane, iznosi stav po kome je *formula in ius concepta* nastala u kasnom klasičnom periodu kao *formula incerta*, da je verovatno sadržala klauzulu *ex fide bona* i da se njome mogla zahtevati celokupna šteta. M. Kaser, *Roman private law* (translated by R. Dannenbring), Pretoria 1984, 204. Takođe, vid. P. Birks, 136–138.

¹⁴ Gai, *Institutiones*, prevod O. Stanojević, Beograd 2009, Comm. IV § 47, 306–307.

¹⁵ O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (2. Auflage), Leipzig 1907, Tit. XIX § 106, 230.

*Iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam [deposuisse] eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absolvito.*¹⁶

Eventualne vanredne troškove ili štetu koje je poslugoprimac imao mogao je utužiti sa *actio commodati (contraria)*, ali ih je mogao ostvariti i kompenzacijom ili retencijom.¹⁷ Po načelu utiliteta (*utilitas / Utilitätsgedanke*), poslugodavac odgovara za *dolus*, tj. *culpa lata*, a stvar nije mogao tražiti natrag u nevreme (D.13.6.17.3). Ukoliko je stvar koja se nalazi kod poslugoprimca ukradena, on, a ne vlasnik, ima pravo na *actio furti* protiv lopova, jer kako kaže Gaj *furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit*.¹⁸ Ako poslugoprimcu stvar bude ukradena, platiće poslugodavcu¹⁹ vrednost stvari, a od lopova može dobiti njenu dvostruku vrednost.²⁰

2. Odgovornost za čuvanje stvari (*custodia*)

Korist od ugovora o posluži najčešće ima samo poslugoprimac. Zbog toga je Kvint Mucije stao na stanovište, koje su prihvatili kasniji pravници, da poslugoprimac odgovara za *culpa*, a da u obligacionom odnosu mora ispoljiti poseban stepen pažnje; takođe, on dodaje da ako je *res* zamenjiva, odgovara za *omne periculum*. Sa druge strane, poslugoprimac neće odgovarati ako je stvar propala usled starosti, ako su je oteli razbojnici (*latrocinium*) ili ako je postojala druga slična okolnost koja isključuje krivicu poslugoprimca; neće odgovarati ako je stvar uništena u požaru (*incendium*), usled rušenja zgrade ili drugog sličnog događaja koji je akt samog Boga. Međutim, biće odgovoran ako je spasio svoju stvar, a ne stvar dobijenu na poslugu (D.13.6.5.4):

D.13.6.5.3. *Ulpianus libro 28 ad edictum: Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1980, 265.

¹⁸ Gai, *Comm. III* § 203, 273.

¹⁹ Ako je poslugoprimac bio insolventan, pa samim tim i u nemogućnosti da obešteti poslugodavca, poslugodavac je mogao da pokrene *actio furti*. Justinijan je dao poslugodavcu pravo izbora (bez obzira na solventnost poslugoprimca) da tuži ili poslugoprimca ili lopova. Kada bi poslugodavac tužio lopova, poslugoprimac bi gubio pravo na tužbu, ali više ne bi morao da nadoknađuje štetu poslugodavcu. P. J. du Plessis (2020), 303; W.W. Buckland (1921), 469.

²⁰ M. Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2016, 361.

receptit.²¹ [Posudba najčešće donosi korist onome kome je stvar posuđena, pa je stoga ispravno mišljenje Kvinta Mucija koji smatra da posudboprimac treba da odgovara i za nehat i *diligentia*, a u slučaju kada je stvar, dana u posudbu, procijenjena (misli se na stvar koja može biti zamijenjena), onda onaj tko je primio procijenjenu stvar odgovara za svaki rizik.]²²

Gaj nastoji da subjektivizira odgovornost poslugoprimca i piše da stepen pažnje koji se zahteva odgovara pažnji koju ispoljava *diligentissimus paterfamilias* (D.16.3.18.pr); dakle više nego *bonus paterfamilias*. Teško je reći kakvo se ponašanje očekuje od lica koje treba da bude pažljivije i od najpažljivijeg čoveka. Termin potiče od srednjovekovnih pravnika koji su nastojali da definišu stepene pažnje, pa su tako kao pandan *exactissima diligentia*, razvili pojam *culpa levissima*, dok su rasprave o odgovornosti u *commodatum* zaokupljale pažnju pravnika sve do 19. veka.²³ Iz navedenog se da zaključiti da su još klasični pravници išli ka pooštavanju odgovornosti poslugoprimca, te da su nastojali da većinu radnji koje su dovele do nestanka, oštećenja ili uništenja stvari, a koje isključuju *vis maior*, pripišu njegovoj odgovornosti.²⁴ Vođeni tom logikom, pravnici su stali na stanovište da poslugoprimac odgovara i za pojedine događaje koji se ne mogu pripisati njegovoj krivici, a koji imaju karakter vanrednog događaja ili nesrećnog slučaja – na primer, krađa. Na taj način, poslugoprimac postaje odgovoran i za *custodia*:

Gai Institutiones III 206: *Quae de fullone aut sarcinatores diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.* [Ono što je rečeno za suknara i krojača primenjuje se i na lice kome smo stvar dali na poslug. Kao što i oni odgovaraju za čuvanje stvari (*custodia*) tako i onaj koji je uzeo stvar na poslug treba da odgovara za čuvanje stvari.]²⁵

D.13.6.5.5. *Ulpianus libro 28 ad edictum: Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.* [(Poslugoprimac) odgovara za kustodiju, a duguje i pažnju.]

Okolnost da poslugoprimac stvar dobija na korišćenje besplatno,²⁶ kao i to da je dužan da je vrati u stanju u kakvom ju je dobio, sa svim plodovima,²⁷ nameće

²¹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 20. 4. 2022.

²² A. Romac, *Izvori rimskog prava*, Zagreb 1973, 397.

²³ R. Zimmermann, 192.

²⁴ P. J. du Plessis (2020), 303.

²⁵ Gai, *Comm.* III § 206, 273.

²⁶ W. W. Buckland, A. D. McNair, *Roman Law and Common Law – A Comparison in Outline*, Cambridge 1974, 277.

²⁷ D.13.6.3.1. *Ulpianus libro 28 ad edictum: Si reddita quidem sit res commodata, sed*

poseban stepen odgovornosti. *Custodia* se uobičajeno definiše kao objektivna odgovornost za čuvanje stvari – *culpa in custodiendo*, koja isključuje dejstva *vis maior*.²⁸ Među romanistima je sporno da li je reč o stepenu odgovornosti za čuvanje stvari koji obuhvata slučajeve *casus minores*²⁹ ili se pojam odnosi na dugovanu radnju strane u obligacionom odnosu, tj. dugovano ponašanje koje se traži od lica koje ima obavezu da predmet sačuva – *custodiam praestare debuit*.³⁰ Bilo da je reč o dugovnoj radnji ili stepenu odgovornosti, *custodia* podrazumeva da će dužnik biti obavezan da poveriocu nadoknadi štetu ako stvar bude oštećena, propadne ili nestane bez krivice dužnika; u prvom redu ako stvar bude ukradena, uništena ili oštećena od strane trećih lica. Posledica toga biće, da iako se poslugoprimac ponašao kao veoma pažljiv *paterfamilias*, poslugodavac ima pravo da putem *actio commodati (directa)* zahteva naknadu štete. Slično Kvintu Muciju, Gaj decidno navodi u kojim slučajevima neće postojati odgovornost poslugoprimca za nestanak, uništenje ili oštećenje stvari:

D.13.6.18.pr. *Gaius libro nono ad edictum provinciale: In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursum, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: ...*³¹ [Pri čuvanju stvari koje se daju na poslugu zahteva se takva pažnja kakvu ulaže veoma pažljiv *paterfamilias* pri čuvanju vlastitih stvari, tako da poslugoprimac ne odgovara samo za one slučajeve koji se nisu mogli sprečiti – na primer, smrt robova nastala bez zle namere – *dolus*, ili nemarnosti – *culpa* poslugoprimca, napad razbojnika ili neprijatelja, iznenadni napad pirata, brodolom, požar ili beg robova. Ono što smo rekli za razbojnike, pirate i brodolom, treba shvatiti na taj način da se pravilo primenjuje samo ako je stvar data nekome na poslugu s tim da je on može poneti na daleko putovanje. ...]³²

deterior reddita, non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 23.4.2022; R. Fiori, „Contracts, Commerce and Roman Society“, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* (ed. P. J. du Plessis, C. Ando, K. Tuori), Oxford 2016, 587.

²⁸ B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford 2008, 170.

²⁹ A. Romac (1981), 270–271; M. Horvat, 220.

³⁰ R. Zimmermann 194; M. Milošević, 315; O odnosu pojmova *custodia* i *periculum* u rimskom pravu vid. M. Polojac, „Periculum i teorija rizika“, *Zbornik radova Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Beograd 2010, 93–104.

³¹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 20. 4. 2022.

³² M. Polojac (2018), 93.

Postoji izuzetak kada poslugoprimalac odgovara isključivo za *dolus*, tj. *culpa lata* – kada je tako ugovoreno ili kada je poslugodavac dao stvar na poslugu iz ličnog interesa. Reč je o atipičnim slučajevima koji oslikavaju lepotu rimske kazuistike. Sa druge strane, Paul piše da je sporazum kojim se isključuje odgovornost poslugoprimalca za *dolus / culpa lata* ništav (D.16.3.17.pr).

D.13.6.5.10. *Ulpianus libro 28 ad edictum: Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit.*³³ [U nekim će slučajevima onaj tko je stvar dobio na posudbu odgovarati samo za *dolus*, na primjer, u slučaju kada je tako ugovoreno ili kada je netko dao stvar u posudbu zbog vlastitog interesa, na primjer, svojoj zaručnici ili supruzi da bi ona bila dovedena (misli se na *deductio in domum mariti*) k njemu što uglednije ukrašena, ili ako je pretor, određujući da se održe igre, nešto posudio glumcima, ili je to čak i netko drugi posudio samom pretoru.]³⁴

3. *Furtum usus* i odgovornost poslugoprimalca za *vis maior*

Rekli smo da u klasičnom rimskom pravu poslugoprimalac odgovara za *custodia*, koja obuhvata i odgovornost za *dolus* i *culpa*, uz isključenje slučajeva koji su posledica delovanja više sile. Tako na primer, ako lopov ukrade stvar datu na poslugu, poslugoprimalac je odgovoran bez obzira na krivicu i na to da li je na bilo koji način mogao da utiče na to da stvar bude sačuvana. Sa druge strane, ako stvar otmu pirati ili razbojnici, nećemo odgovarati za štetu, jer se takvi događaji pripisuju okolnostima na koje ne možemo da utičemo svojom voljom. Dobijanjem stvari na poslugu, poslugoprimalac se obavezuje da stvar koristi shodno njenoj uobičajenoj nameni ili kako su ugovorne strane sporazumele;³⁵ u suprotnom, poslugoprimalac čini „krađu upotrebe“ ili *furtum usus*:

D.47.2.77.pr. *Pomponius libro 38 ad Quintum Mucium: Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. ... commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, ...*³⁶ [Onaj ko stvar koju je primio na posluge ili u ostavu koristi na drugi način od onoga kako ih je primio, ako veruje da ne postupa protivno volji vlasnika, neće odgovarati za krađu. ... ako je drži po osnovu posluge, treba proceniti njegovu krivicu ...]

³³ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 20. 4. 2022.

³⁴ A. Romac (1973), 397.

³⁵ P. J. du Plessis (2020), 303.

³⁶ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 20. 4. 2022.

Ukoliko stvar dobijenu na poslugu poslugoprimac koristi suprotno njenoj nameni ili dogovoru sa poslugodavcem, on čini *furtum usus*, osim ako iskreno veruje da bi takvo ponašanje poslugodavac odobrio, tj. ne bi se protivio takvom ponašanju. Bilo da veruje da stvar koriti shodno nameni / dogovoru ili da je svestan da čini krađu upotrebe, odgovaraće za svu štetu koja nastane, pa čak i onu koja je posledica delovanja više sile. Pored toga što će odgovarati za svu potencijalnu štetu, biće u obavezi da plati kaznu za počinjenu krađu.³⁷ Takođe, odgovaraće za slučajeve *vis maior* kada se nalazi u dužničkoj docnji – *mora debitoris* i kada čini „*fatum*“, tj. kada u slučaju nužde odluči da spašava svoje stvari umesto poslugodavčevih.³⁸ U slučaju kršenja ugovorne obaveze, poslugodavac je mogao odmah zatražiti stvar natrag.³⁹ O odgovornosti poslugoprimca za *vis maior* u okolnostima postojanja krađe upotrebe, jurisprudenti su zabeležili sledeće:

D.13.6.5.7. *Ulpianus libro 28 ad edictum: Sed interdum et mortis damnium ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.*⁴⁰ [Štaviše, postoje slučajevi kada gubitak nastao smrću pada na teret poslugoprimca. Ako ti dam konja na poslugu da ga odvedeš na selo, a ti ga odvedeš u rat, odgovaraćeš po osnovu posluge. Isto važi i za roba. Jasno, ako ti ga dam na poslugu da ide u rat, odgovornost je moja. Naime, ako ti dam na poslugu roba graditelja i on padne sa skele, Namusa smatra da je to moja odgovornost. Ali mislim da je to ispravno samo ako sam ti ga dao na poslugu da bi radio na skelama. Ali ako sam ti ga dao na poslugu da radi na zemlji, a ti si ga poslao na skelu, ili ako se nesreća dogodila zato što je skela bila neispravna, jer nije bila vezana, bez njegove krivice, zbog nepravilno postavljene (skele) ili (loše) osigurane (skele) starim užadima ili motkama, onda smatram da je odgovornost na poslugoprimcu i da on mora nadoknaditi štetu. Naime, Mela takođe piše da ako dat na poslugu rob kamenorezac pogine u urušavanju skele, graditelj je odgovoran po tužbi iz posluge zbog nemarno postavljene skele.]

³⁷ P. Fr. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1918, 540.

³⁸ W. W. Buckland (1921), 469.

³⁹ G. Mousourakis, 210, fn. 122; P. J. du Plessis (2020), 304.

⁴⁰ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, datum pristupa 20. 4. 2022.

D.13.6.18.pr. *Gaius libro nono ad edictum provinciale: ... alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. ...*⁴¹ [... Drugačije je ako bih dao na poslugu nekome srebro ko kaže da će pozvati na večeru prijatelje, pa ponese srebro na daleko putovanje; on bez ikakve sumnje odgovara u slučaju propasti stvari usled napada pirata, razbojnika ili zbog brodoloma. Ova pravila važe u slučaju da je posluga zaključena isključivo u interesu poslugoprimca. ...]⁴²

4. Zaključak

Za razumevanje stepena odgovornosti poslugoprimca i poslugodavca u klasičnom rimskom pravu, ključno je uzeti u obzir načelo utiliteta. Kao dobročin, realan, dvostrano nejednako obavezujući kontrakt *bonae fidei*, ugovor o posluži najčešće stvara obaveze isključivo za jednu stranu – poslugoprimca, da stvar koristi kao veoma pažljiv *paterfamilias*, tj. *diligentissimus paterfamilias* i da po isteku roka ili ispunjenju svrhe, stvar vrati poslugodavcu. Shodno tome, on je jedini koji izvlači korist iz stvari date na besplatno korišćenje. Ova okolnost presudno je uticala na rimske jurisprudente da zauzmu načelan, široko rasprostranjen stav, po kome poslugoprimac odgovara za kustodiju. „Odgovornost za čuvanje stvari“ podrazumeva da će poslugoprimac dugovati naknadu štete iako stvar propadne bez njegove krivice, tj. kada postoji *casus*, uz isključenje posledica čiji je uzrok *vis maior*.

Od takvog pravila postoje izuzeci. U slučajevima postojanja *furtum usus*, *mora debitoris* i *fatum*, njegova odgovornost se pooštrava, tj. odgovaraće i za štetu koja je posledica *casus maior*. Kada je stvar data na poslugu u zajedničkom interesu, njegova odgovornost se svodi na *culpa levis (in concreto)*, a kada je stvar data u isključivom interesu poslugodavca, za *dolus*, tj. *culpa lata*. Pored toga što duguje naknadu štete u slučaju nestanka, oštećenja ili propasti stvari, poslugoprimac je obavezan da snosi redovne troškove upotrebe stvari, a sva traženja prema njemu poslugodavac utužuje sa *actio commodati (directa)*.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² M. Polojac (2018), 93.

* * *

**THE LIABILITY OF THE BORROWER FOR DAMAGE IN CLASSICAL
ROMAN LAW**

Summary

The paper analyzes the liability of the borrower in classical Roman law. From loan for use, permanently the borrower has benefit, and only exceptionally, both parties or only the lender can benefit from the contract. The dominant characteristic of this contract is its lucrative character, as well as the characteristic of the object that is given for use, considering that it is most often an individually determined, non-consumable thing. In accordance with the generally accepted principle of utility, Roman jurists prescribed strict, objective responsibility of the borrower who was responsible for custodia, and in some cases, on which the author specially emphasizes, for vis maior and casus fortuitus. The paper consists of an introduction, two chapters that analyze the liability of the borrower and the lender, and a conclusion that sublimates the research results obtained by the author.

The results indicate the following. The loan for use usually creates obligations exclusively for one party – the borrower, to use the thing as a very careful paterfamilias, i.e. diligentissimus paterfamilias and that upon expiration of the term or fulfillment of the purpose, return it to the lender. In addition, he is generally the only one who derives benefits from thing, and is therefore accountable objectively for the casus. Furthermore, in cases of existence of furtum usus, mora debitoris and fatum, his responsibility is tightened, i.e. he will also be liable for damage resulting from casus maior. When the thing is given for use in the common interest, his responsibility is reduced to culpa levis (in concreto), and when the thing is given in the exclusive interest of the lender, for dolus, i.e. culpa lata.

The paper uses linguistic, historical and systematic interpretation of passages Gai Institutiones III 206, D.13.6.1.1, D.13.6.5.3, D.13.6.5.5, D.13.6.5.7, D.13.6.5.10, D.13.6.18.pr, D.47.2.77.pr.

Keywords: Contractual liability, Loan for use, Commodatum, Furtum usus, Vis maior.

CIP - Каталогизacija y publikaciji
Народна библиотека Србије, Београд

347.426(082)

368(082)

347.51(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција Проузроковање штете, накнада штете и осигурање (25 ; 2022 ; Београд, Ваљево)
Zbornik radova / XXV Međunarodna naučna konferencija Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje, Beograd, Valjevo, 2022. = Proceedings / XXV International scientific conference Causation of damage, damage compensation and insurance ; [u organizaciji] Instituta za uporedno pravo, Udruženja za odštetno pravo i Pravosudne akademije ; [urednici, editors Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović]. - Beograd : Institut za uporedno pravo, 2022 (Arandelovac : Tri O). - 589 str. ; 21 cm

Radovi na srp., nem. i engl. jeziku. - Tiraž 200. - Reč urednika: str. 15-17. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Summaries.

ISBN 978-86-80186-83-2 (broš.)

а) Накнада штете -- Зборници б) Одговорност за штету -- Зборници в) Осигурање -- Зборници

COBISS.SR-ID 72722697

Generalni pokrovitelj
Grad Valjevo

