

NAČELO ZABRANE PROUZROČENJA ŠTETE KAO (MOGUĆE) JAMSTVO STVARNE (REALNE) NAKNADE ŠTETE

Dr. sc. Aldo Radolović, redoviti profesor
Pravni fakultet u Sveučilišta u Rijeci
Sudac Ustavnog suda RH

UDK: 347.426
347.513
Ur.: 12. veljače 2013.
Pr.: 11. ožujka 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Ovaj rad razmatra načelo zabrane prouzročenja štete (čl. 8. ZOO iz 05.) u svjetlu cilja da svaki oštećenik koji je bez svoje krivnje pretrpio određenu štetu i stvarno (realno, efektivno) dobije pripadajuću naknadu. Rezultat analize je takav da taj cilj nije ni uvijek ni lako ostvariv i da su brojni razlozi koji djeluju protiv toga. Izlaz iz situacije vidi se u daljnjoj modernizaciji (europizaciji), djelomično i u stvaranju tzv. jamstvenih fondova koji bi značajno pomogli oštećenicima. Odštetno pravo u RH ne zaostaje bitno za europskim, ali u mnogim aspektima mora biti doručeno.

Ključne riječi: *Naknada štete, odštetno pravo, razvoj odštetnog prava RH, jamstveni fondovi naknade štete, europizacija i modernizacija odštetnog prava u RH.*

I. UVOD

Zakon o obveznim odnosima (ZOO) iz 05. (čl. 8.) sadrži važno pravilo: „Svatko je dužan uzdržati se od postupka kojima se može drugome prouzročiti šteta.“¹

1 Veliki građanski zakonici 19. stoljeća (Code civil, ABGB, Codice civile, BGB) nemaju izravno takvo pravilo ali ga odnosi pravni sustavi poznaju kao ustavno načelo „niemandem schaden“ kao „Grundrechtprinzip“ ili „allgemeiner Grundsatz“; u talijanskom pravu rabi se sintagma „non recare i danni ad altri“. Pravilo je preuzeto iz rimskog prava: „Honeste vivere, neminem laedere, sum quique tribuere“ (D. Ulpian); u njemačkom prijevodu ovo pravilo glasi: „Ehrlich leben, niemandem schaden, jedem das Seine zukommen lassen“. S tim u svezi upućujemo na jedan recentan, iznimno kvalitetan znanstveni rad u njemačkoj literaturi građanskog prava: Greiner/Gross/Nehm/ Spickhoff-Neminem laedere, Aspekte des Haftungsrechts, Festschrift fuer Dr. Gerda Mueller, Berlin 2009. (povodom 65. godišnjice života potpredsjednice njemačkog Saveznog vrhovnog suda).

Ova je odredba jedno od načela obveznog prava - načelo zabrane prouzročjenja štete. Činjenica da je riječ o „načelu“ znači da njime mora biti prožeto čitavo obvezno pravo, pa u izvjesnom smislu i čitavo građansko pravo.²

Analogno pravilu kaznenog postupka (str .1. čl. 1. ZKP) da nitko nedužan ne smije biti osuđen, a da svatko kriv treba biti kažnjen, valjalo bi i u odštetnom pravu (u mnogim elementima sličnom kaznenom pravu i kaznenom postupku) uspostaviti slično pravilo: da svaki oštećenik bude oštećen odnosno da svaki štetnik bude osuđen na popravljavanje (naknadu) štete.³

Takvog (pisanog) pravila u ZOO-u nema, ali uvodno navedenu odredbu iz čl. 8. tog Zakona valja tumačiti upravo u tom pravcu.

S ustavne razine gledano možemo se pozivati na načelo vladavine prava (čl. 3. Ustava RH) s obzirom na to da prouzročenje štete (umanjenje imovine ili povreda osobnosti) predstavlja protupravno zadiranje u tuđa prava i predstavlja poremećaj (disbalans) određene gospodarsko-socijalne ravnoteže.

Za područje neimovinske štete ustavni temelj možemo dodatno naći u čl. 35. („Svakome se jamči štovanje i pravna zaštita njegovog osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti“).⁴

Sociološki gledano nije moguće izbjeći sve štete (čak ni uz najbolje mjere posebno povećane pažnje), ali je zato vrlo važno da izazvane štete budu popravljene (nadoknađene). Nema egzaktnih pokazatelja o „sivim zonama“ nepodmirenih naknada štete. Ta je zona objektivno (i srećom) manja nego drugdje,⁵ ali samo zahvaljujući činjenici što u dosta visokom postotku naknadu štete jamče osobe koje odgovaraju za štetnike i koje su dosta solventne (osiguravajuća društva).

Odštetno pravo⁶ imalo je dug povijesni put vlastite evolucije; od sustava

2 Kako je poznato, Hrvatska nema Građanski zakonik, a nema ni izgleda da će ga skoro imati. No, u mogućoj perspektivi donošenja GZ-a zasigurno će upravo u njegov sadržaj ući ovakvo načelo kao doista važno načelo građanskog prava. Dok se pak to ne dogodi, ZOO će objektivno funkcionirati kao „mali Građanski zakonik“, a čl. 8. tog Zakona bit će pravilo za sveukupno građansko pravo.

3 Dakako između kaznenog i građansko-odštetnog postupka postoji bitna razlika: prvi je pretežito oficijozan, a drugi dispozitivan. Neke nove tendencije u kaznenom pravu (npr. nagodba o kazni) djelomično, ali ne bitno, smanjuju ove razlike.

4 Slično, ali uže pravilo sadrži i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 8./1: Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnoga i obiteljskog života, doma i dopisivanja“).

5 Npr. na području nepodmirenih alimentacija za djecu, prema medijskim napisima, siva zona neplaćenog iznosi čak 80%. Pokušali smo provjeriti ove tvrdnje, ali nadležno Ministarstvo i Državni zavod za statistiku ne vode evidencije o tome (!?). U širem smislu i alimentacijsko pravo (pravo na zakonsko uzdržavanje) spada u odštetno pravo i ima za cilj zaštitu istih vrijednosti.

6 Izraz „odštetno pravo“ koristi se pretežito u pravno-tehničkom (kolokvijalnom) smislu. Rabi ga, međutim, sve više i literatura (vidi npr. V. Vodinelić, *Građansko pravo - Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012., str. 490). Nama se čini da je još uvijek najprimjereniji izraz „pravni odnos odgovornosti za štetu“ jer se ne radi samo o „odšteti“ nego i o mnogim drugim pitanjima (taj standard rabe P. Klarić i M. Vedriš- *Građansko pravo*, Zagreb, 2006., str. 583.). Izraz „odštetno pravo“ (Schadenersatzrecht) koriste i Koziol-Welser (*Buergerliches Recht*, Band I, Wien, 2006, str. 299).

osvete, kazne pa do suvremenog stanja imovinske odgovornosti (proširene i na odgovornost osobe koje po posebnim pravilima odgovaraju za štetnike). Štetna radnja može u određenim slučajevima predstavljati kazneno djelo na što se onda nadovezuje i kaznena odgovornost. No kaznena odgovornost nije uvjet (barem u pravilu nije)⁷ za građansku odgovornost koja je – kako se to u praksi kolokvijalno kaže – „šira odgovornost“. Rezultat povijesne evolucije prava odgovornosti za štetu je i taj da građanskopravna sankcija za počinjenu štetu može biti samo imovinska, ne i osobna.⁸

Načelo imovinske sankcije kao načelo koje važi za čitavo građansko (privatno) pravo⁹ predstavlja, s jedne strane, izraz humanizacije građanskopravnih odnosa, ali s druge strane, ponekad izaziva nemogućnost podmirenja oštećenika.

Odštetno pravo pred ovim drugim razmišljanjem ne smije ostati indiferentno. Izlazna rješenja, naravno, ne treba tražiti u vraćanju sustava osobne odgovornosti, ali ima razloga tražiti ih u jače obogaćenim sustavima imovinske odgovornosti.

7 Po važećem hrvatskom pravu odgovornosti za štetu utvrđenje (postojanje) kaznenog djela kao pretpostavke odgovornosti predviđeno je samo u jednom slučaju (st. 4. čl. 1089. - kada je stvar uništena ili oštećeno kaznenim djelom učinjenim namjerno, sud može odrediti visinu naknade prema vrijednostima koju je stvar imalo za oštećenika). Radi se o tzv. afekcijskoj vrijednosti (*praetium affectionis*); to je posebna subjektivna vrijednost stvari koja nije procjenjiva objektivnim mjerilima (Klarić-Vedriš, op. cit., str. 89.). U praksi odštetnog prava „vječno“ je sporno pitanje može li se u građanskoj parnici pitanje postojanja kaznenog djela rješavati kao prethodno pitanje (posebno, npr. kada je pri izazivanju kaznenog djela njegov počinitelj umro); nama se čini da to ne bi smjelo biti sporno jer je u naravi opće kompetencije redovnog suda da sam rješava prethodna (prejudicijelna) pitanja (arg. iz čl. 12. ZPP, tako i Triva- Dika: *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 96.-102.). Pravilo rezultira iz potrebe „uzajamnog povjerenja u pravilnost odluke nadležnog tijela“. Postoje i sustavi gdje propisi predviđaju odštetnu odgovornost samo pod točno određenim pretpostavkama, a ne općim, apstraktno postavljenim uvjetima (tako npr. Italija odgovornost za naknadu neimovinske štete predviđa samo za slučaj kaznenog djela – čl. 2059. *Codice civile*); sudska praksa je od toga „pobjegla“ konstrukcijom novih pojmova – „moralna šteta“, „biološka šteta“, „egzistencijalna šteta“. Vodinić (op. cit., str. 491.) posebno ukazuje na razlike (ali i sličnosti) u europskim sustavima ugovorne i izvanugovorne odgovornosti za štetu.

8 Tako V. Vodinić, op. cit., str. 41., 494.-495. Povijesna evolucija dosta tvrdokorno zadržava načelo krivnje kao bitnu pretpostavku odgovornosti, ali razlozi humanizacije prava išli su u pravcu pretežitog otklanjanja osobnih sankcija; iznimno takvih (osobnih) sankcija i danas ima u građanskom pravu (neimovinsko popravlanje neimovinske štete ili iseljenje zbog protupravnog useljenja u tuđi stan).

9 V. Vodinić, op. cit., str. 46.-47. govori o „porodici“ građanskog prava“. Taj bi proces - po našoj ocjeni - trebao dovesti (ponovno) do pojma „privatno pravo“ u koje će osim općeg građanskog prava ući i trgovačko (poslovno i pravo društava), obiteljsko, radno, pomorsko i općeprometno, međunarodno privatno i moguće još neko pravo. Proces će napose ubrzati dvije činjenice: integrativne tendencije u europskom pravu i sve veće približavanje pravne regulacije za fizičke i pravne osobe kao glavnih subjekata građanskopravnog odnosa (pravne osobe su nositelj prava osobnosti, kazneno odgovaraju, imaju relevantnu volju kod sklapanja pravnih poslova). Čini se da je npr. razloga za razlikovanje građanskog od trgovačkog prava sve manje i to bi trebalo dovesti do novih promjena u organizaciji pravne nastave, ali i u organizaciji sudskog sustava. Vodeća literatura građanskog prava u RH ipak zadržava postojeće razlike između građanskog i trgovačkog prava (Klarić-Vedriš, op. cit., str. 12.).

Živimo u vremenu, u kome se rizici šteta povećavaju, napose zbog silnog razvoja tehnike i tehnologije; u vremenu u kome su štete po svojoj količini i obujmu sve veće, toliko velike da ponekad (i sve češće) prelaze imovinske mogućnostima štetnika ili osobe koje za njega odgovara; u vremenu u kome na nastanak štete istovremeno djeluje sve više prirodnih i ljudskih čimbenika koji klasičnu teoriju uzročnosti (kauzaliteta) čine sve manje dostatnom za pravilno razrješavanje konkretnih slučajeva pravnog odnosa odgovornosti za štetu.

Jedan štetni događaj može doslovno uništiti život i egzistenciju čovjeka i njegove obitelji, pa čak i pravne osobe. Ljudsko društvo (hrvatsko također) sastoji se pretežito od srednjeg ili čak niže-srednjeg sloja (koji živi uglavnom od plaće ili relativno prosječnih drugih prihoda). Doživljeni štetni događaj može na pripadnike tih socijalnih skupina djelovati upravo razorno. Oštećenici u pravnom odnosu naknade štete ne traže ni milost ni socijalnu pomoć. Oni imaju pravo dobiti naknadu onog što su izgubili. Njihov pritisak na državu da im ostvarenje tog prava efektivno osigura, stoga je pravno potpuno legitiman i država je takvo stanje dužna osigurati.¹⁰

10 Načela građanskog prava u sve većoj mjeri postaju ustavna načela (vidjeti o Zbornik radova „Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani“ (Građansko pravo; ustavna europska i talijanska načela), Perugia, 25-26. ožujka 2011.). Novo je načelo „massimo espansione della tutela“ (maksimalno moguće proširenje pravne zaštite). To je svakako u izvjesnom smislu i snažna revitalizacija prirodno-pravnog shvaćanja prava; uvodničar na tom savjetovanju (Cesare Salvi) i pored hvale upućene Ustavnom sudu Italije za veliku odluku u tom pravcu (odluka br. 317/2009) ne propušta zamijetiti da preostaje ovo novo načelo staviti u odnos ravnoteže s nekim drugim interesima koji također zaslužuju pravnu zaštitu. Isti je sud u jednoj prethodnoj odluci (poznati slučaj Schmidberger iz 2003.) rekao da je ograničenje korištenja svakog prava njegova socijalna funkcija („funzione sociale“) pa se čini da navedenu odluku iz 2009. valja također isčitati u tom svjetlu. Na pravno-filozofskom planu država i pravo moraju biti institucije koje osiguravaju napredak čovjeka kao osobe (G. Radbruch, *Filozofija prava*, Nolit-Beograd, 1980., str. 75.). „Gemeinsames europäisches Deliktrecht“ (Jedinstveno europsko deliktno pravo) novi je pojam (vidjeti: Chr. von Bar, B1.I-II, 1996-1999) i sve je više imenovan. Sve više jedinstvena i jednoobrazna postaju i pravna sredstva zaštite (tako Y.Ader i P. Sirena: *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, Rivista di diritto civile, Padova, siječanj 2012. (The Concept of Remedies in the European Private Law; Koncept pravnih sredstava u europskom privatnom pravu).

II. PRIKAZ (I KRITIKA) ODŠTETNOG ZAKONODAVSTVA U RH

1. OGZ

Od 1852.¹¹ do 1946., odnosno 1978. godine¹² materija odgovornosti za štetu bila je regulirana pravilima austrijskog OGZ-a (ABGB-a).

Ovo razdoblje (126 godina) je na općecivilizacijskom planu predstavljalo značajan povijesni napredak za građane s hrvatskoga pravnog prostora i ne bi se smjeli prema tom dijelu naše povijesti odnositi s omalovažavanjem ili čak prijezirom.¹³

Na području odgovornosti za štetu austrijsko je pravo (OGZ pravo), dosljedno svojoj privatnopravnoj inspiraciji¹⁴ donijelo slijedeće bitne novosti:

- da štetnik (počinitelj štete) odgovara za štetu (samo) ako je kriv,
- da visina naknade štete koju štetnik mora platiti oštećeniku jako zavisi od stupnja njegove krivnje (veća krivnja = veća naknada i obratno),
- novi, prethodno temeljno izelaboriran pojam štete¹⁵ koji je izdržao povijesnu promjenu u ovih 200 godina postojanja OGZ-a te i danas vrijedi kao primjerično definiran pojam,
- pravila o nekim posebnim oblicima odštetne odgovornosti (odgovornost vještaka – par. 1299., šteta od nenadanog slučaja - par. 1311., šteta po „djelanju tuđem“ - par. 1313. i sl.).

Neke početne prednosti OGZ-a s vremenom su se pretvorile u njegove nedostatke, primjerice:

- odgovornost samo po krivnji odnosno pretežito po krivnji ostavilo je čitave zone šteta nesankcioniranim; oštećenici su s pravom „grmjeli“ da ih krivnja štetnika ne zanima, zanima ih primarno samo to da im šteta bude nadoknađena,

11 OGZ (ABGB) iz 1811. godine uveden je kao važeći propis za hrvatsko pravno područje 1852. godine. Od 1946. godine imao je samo uvjetnu važnost (čl. 4. Zakona o nevažnosti), ali dosta značajnu s obzirom na to da mnoge zone građanskog prava nisu bile pokrivene pozitivnim zakonodavstvom FNRJ odnosno SFRJ.

12 Ni ZOO iz 1978. nije pokrio baš sve (npr. ne regulira darovanje, ortakluk), ali su se i ti prostori mogli prosuđivati po općim pravilima ZOO-a iz 78. Zato se može uzeti da je „vladavina“ OGZ-a na našem pravnom prostoru prestala 1978. godine. Za pravni odnos odgovornosti za štetu posebno treba biti neprijeporno da ZOO regulira sve relevantne odnose i da u toj zoni više neposredna primjena OGZ-a nije potrebna.

13 Nažalost propustili smo priliku decentnije označiti 200-godišnjicu OGZ-a (1811.-2011.). Posebno što se ponekad OGZ navodi u kontekstu nečeg konzervativnog i zastarjelog. Radi se, naprotiv, o vrhunskom pravnom tekstu kao izrazu također vrhunske pravne škole prema kojoj se moramo odnositi s priznanjem i poštovanjem.

14 Poznato je da je glavni redaktor OGZ-a bio veliki austrijski pravnik Franz von Zeiller, sudac i profesor prirodnog prava na bečkom Sveučilištu. Zakonik je bio objavljen 1. lipnja 1811. u Beču pod naslovom „Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch fuer die deutschen Erblaender“ (Opći građanski zakonik za njemačke nasljedne teritorije), poznat po skraćenici ABGB (u našem prijevodu OGZ - Opći Građanski zakonik).

15 Po par. 1293. OGZ-a - „šteta se zove svaki kvar (nazadak), učinjen komugod u imovini, u pravima ili njegovoj osobi. Od štete se razlikuje izmakla dobit, kojemu se tko po običnom hodu stvari može nadati“.

- isto vrijedi i za pravilo da stupanj krivnje štetnika određuje i visinu naknade štete,

- neki dijelovi danas zvuče kao pravni mehanizam,¹⁶ premda pritom valja priznati da su neki drugi dijelovi OGZ-a ipak primjereno osuvremenjeni¹⁷,

- postoje i dijelovi koji su preskromno pa, sa suvremenog znanstvenog stajališta, i pogrešno regulirani (npr. pravo osobnosti)¹⁸

Ukupno gledano povijesni učinak OGZ-a (ABGB-a) je i na području čitavog građanskog prava i na području njegovog dijela koji regulira odgovornost za štetu, više nego pozitivan.

2. Na OGZ se nadovezuje jugoslavensko odštetno pravo

Godine 1978. tadašnja federalna država (SFRJ) donijela je Zakon o obveznim odnosima (Sl. l. SFRJ 29/78). Zakon (ZOO) bio je „mali Građanski zakonik“; ne po svom nazivu ni ustavnoj pretenziji (jer Federacija u tom trenutku, po Ustavu iz 1974., već nije imala ovlasti donositi „pravi“ Građanski zakonik) ali je po širini svoje regulacije i obimu zahvata u društvene odnose.¹⁹ Zakon samo manjim dijelom nastavlja pravnu tradiciju austrijskog prava, a do izražaja više dolazi francuska civilnopravna škola.²⁰

Odgovornost za štetu je u ZOO-u iz 1978. regulirana u čl. 154.-209., pod nazivom „Uzrokovanje štete“.²¹

16 Npr. par. 1320. – odgovornost za štetu od životinja. Tu se propisuje presumirana krivnja, vlasnika životinja (presumirana krivnja je po OGZ-u iznimka), što je po ZOO-u iz 1978. (st. čl. 154.) postalo pravilo za sva područja subjektivne odgovornosti za štetu.

17 ABGB je i danas na snazi kao Građanski zakonik Republike Austrije (važi još i u Lichtensteinu). Odštetno pravo (Schadenersatzrecht) ostalo je uglavnom neizmijenjeno. Novosti su: odgovornost za proizvod (Produkthaftungsgesetz-PHG od 1988.), odgovornost države (Organhaftpflichtgesetz iz 1969.), zaštita potrošača i sl. U praksi su neki pomaci u suđenju neimovinske štete, pa se tako npr. kao relevantna šteta priznaje (od 1990.) i izgubljeni godišnji odmor (Koziol-Welser, Buergerliches Recht, Wien, 2007., str. 299.-391.). Teorija pledira i na nužnost veće europeizacije odštetnog prava.

18 OGZ sadrži pravilo (par. 16.) da svi ljudi imaju pravnu sposobnost. To je dosljedan izraz škole prirodnog prava koja, međutim, nije mogla zahvatiti i „pravnu osobnost“ kao temelj suvremenog učenja o pravu osobnosti koja zahvaća čovjeka u njegovoj različitosti. Vodinelić (op. cit.) ipak hvali OGZ kao propis koji je prvi nešto više rekao o pravu osobnosti.

19 ZOO iz 78. nije bio ni „Građanski zakonik“ ni „zakonik“ u nomotehničkom smislu te riječi. To je stvaralo ne male probleme u primjeni, posebno u konkurenciji drugih propisa koji ponekad zalaze u odštetno područje. Najveća konkurencija ZOO-u ipak je bio Zakon o udruženom radu iz 1976. (ZUR), jedan propis čisto ideologijskog karaktera, koji je kao propis kojeg je politička vlast favorizirala stavio u sjenu ZOO.

20 Poznato je da je glavni redaktor ZOO-a iz 1978. bio beogradski profesor Mihajlo Konstantinović (1897.-1982.) koji je bio francuski đak i doktorant. Podloga ZOO-a bila je njegova knjiga „Obligacije i ugovori, skica za zakonik o obligacijama i ugovorima“ iz 1969.; politička rasprava je tada ponešto „unakazila“ ovu Skicu, ali su i Skice i ZOO u cjelini pravni tekstovi najviše vrijednosti.

21 U Službenom listu br. 29/78 od 26. svibnja 1978. se, očitom, tiskarskom pogreškom, navodi „Uzrokovane štete“, umjesto „Uzrokovanje štete“.

Zakon (čl. 155.) donosi novi pojam štete,²² kojem valja prebaciti da su to zapravo oblici štete a ne sam pojam štete. Problem koji odatle proizlazi nije bezazlen jer otvara nove zone šteta bez sankcija (u odnosu na definiciju pojma štete iz OGZ-a to je bio korak unazad).

Krivnja ostaje prvi i najvažniji element odštetne odgovornosti (čl. 158.-163.), ali uz gotovo ravnopravnu konkurenciju odgovornosti za drugog (čl. 164.-165. i 170.-172.), objektivne odgovornosti od opasne stvari ili opasne djelatnosti (čl. 173.-183.) i odgovornost po pravičnosti (čl. 169.).

Oblici naknade dijelom su stari i dijelom modernizirani (naturalna restitucija, naknada u novcu, renta, popravljjanje neimovinske štete, imovinskim i neimovinskim sredstvima).

Po prvi put je u okviru tadašnjeg jugoslavenskog prava regulirana odgovornost za štetu od proizvoda kao odgovornost proizvođača (čl. 179.).²³

Također je po prvi put u kompleksu odgovornosti za štetu (iako dosta skromno) regulirano pravo osobnosti.²⁴

Mali „Građanski zakonik“, tj. ZOO ipak nije pokrio baš sve prostore odgovornosti za štetu pa jedan broj pravila o tomu nalazimo u drugim propisima (ZKP, javni mediji, zaštita na radu, propisi o radu itd.).

Premda s očitom željom da pokrije, ako ne baš sve, a ono barem pretežne pravne odnose odgovornosti za štetu, ZOO (ipak) nije dao niti temeljne konture nekih važnih pretpostavki odgovornosti: nužnost uzročne veze između štete i štetne radnje i opis te veze, ne donosi ni „popis“ štetnih radnji niti daje definiciju tog pojma, regulira objektivnu odgovornost za štetu, ali ne naznačuje što su to opasne stvari ili opasne djelatnosti,²⁵ nema ni opisa sadržaja i oblika države i državnih

22 Po čl. 155. ZOO-a iz 1978. šteta je „umanjenje društvenih sredstava odnosno nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njihova povećanja (izmakla dobit), a i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta)“. To je nazadovanje u odnosu na OGZ, a ima za posljedicu sužavanja pojma štete.

23 To nije odgovornost prodavatelja proizvoda koji se napose u uvjetima subjektivne odštetne odgovornosti uvijek lako može osloboditi dokazom da nije kriv (prodavao je stvar kakvu je dobio od proizvođača). Po čl. 179. ZOO odgovara baš proizvođač, po mješovitom objektivno (st. 1.) - subjektivnom kriteriju (st. 2.). U st. 1. značajna je odredba (odgovornost i za nedostatak „... za koji on nije znao“, što pokriva tzv. konstrukcijske pogreške, tj. pogreške koje se nisu mogle izbjeći prema postojećoj znanosti i tehnologiji (izričaj je pomalo nespretan jer bi ispalo da se ne odgovara za nedostatke za koje se znalo; jasno je da se odgovara i za njih (čak prije svega za njih!), ali je važno da se odgovara i za one za koje se prema postojećem stanju tehnologije nije znalo.

24 Pravo osobnosti regulira se kao „pravo ličnosti“ (čl. 157., 199., ZOO). Sve bez definicije i navođenja pojedinih oblika prava. Odredbe su tada izazvale pravi šok u općoj i stručnoj javnosti, jer je to bilo prvo njihovo spominjanje u jednom zakonu. Premda skromne po obimu i stručno-znanstvenoj elaboraciji ove su odredbe dale dobar poticaj razvoju odgovornosti za neimovinsku (nematerijalnu) štetu.

25 Obično se kaže da se to „prepušta sudskoj praksi“. Sintagma ipak nije dobra jer bi praksa morala prethodno od zakonodavca dobiti barem temeljne parametre tih pojmova. Bitno je jedno: objektivnu odštetnu odgovornost treba vezati (najviše) uz razvoj tehnike i tehnologije. Svakako, pogotovo nekritičko, širenje pojma izvan ovih granica nije pravno prihvatljivo.

tijela.²⁶

U cjelini gledano ZOO iz 1978. predstavljao je daljnji korak naprijed u ovom dijelu građanskog prava, pa je RH po svom državnompravnom osamostaljenju 1991. godine taj Zakon preuzela u svoje zakonodavstvo (ZOO iz 78. bio je i zakon SR Hrvatske kao države u sastavu SFRJ, NN 53/91).

Valja dodati da su ovaj pozitivan zakonodavni trend pratile iznimno kreativna sudska praksa i znanost prava. Odštetno zakonodavstvo SFRJ bilo je na stupnju kojeg se, i s današnje točke gledišta, može okvalificirati kao zadovoljavajuće u visokom značenju te riječi.²⁷

3. Daljnji razvoj odštetnog prava

Republika Hrvatska je 2005. godine donijela svoj novi Zakon o obveznim odnosima (NN 35/05. i 41/08.). Arhitektonika Zakona bitno je izmijenjena (odštetna odgovornost je sada u drugom dijelu, čl. 1045.-1110.), ali sadržajno je jače izmijenjen samo dio koji se odnosi na neimovinsku štetu i pravo osobnosti.²⁸

U imovinskom dijelu jedino su jače i proširenije regulirane odgovornosti za proizvod (čl. 1073.-1080.)²⁹ i odgovornost za štete izazvane motornim vozilom u pokretu (čl. 1068.-1072.). „Sestrinski propisi“ na planu odgovornosti za štetu (ZKP, Zakon o zaštiti na radu,³⁰ Zakon o medijima i dr.) u bitnome ostaju „pratitelji“

26 Odredbe ZOO-a teško pokrivaju odštetnu odgovornost države i tadašnjih društveno-političkih zajednica. Stvar je bila prepuštena Zakonu o osnovama sustava državne uprave, što je s više aspekata bilo neprimjereno rješenje (materija se izučava u upravnom pravu, pa se dosljedno tomu i cjelokupna stvar promatra kao upravnompravni, a ne kao civilnompravni problem). Što je još gore od toga, ovakvu dihotomiju zadržava i pravni sustav državnompravno osamostaljene RH (?!).

27 Najveći problem odštetnog prava u bivšoj SFRJ bila je inflacija, stalni i prevelik pad vrijednosti novca koji je sve obezvrijeđivao, pa tako i visinu dosuđenih naknada štete. I pored načela nominalizma (čl. 394.) redaktori ZOO-a smogli su snage u odštetno područje ubaciti načelo monetarnog valorizma (st. 2. čl. 189.), t.j. da se naknada štete odmjerava prema vrijednosti stvari u vrijeme donošenja sudske presude. No, inflacija je uvijek bila „brža“, a vrijeme od donošenja sudske presude do njene ovrhe nije pokrila realna zatezna kamata (te su kamate tek 1989., za vrijeme savezne vlade Ante Markovića, bile podignute na stupanj koji se može ocijeniti realnim).

28 Bitna je novina stavljanje znaka jednakosti (sinonimije) između neimovinske štete i pravo osobnosti (čl. 1046.): povreda prava osobnosti je neimovinska šteta. Ovakav koncept nije bez prijepora jer se vodi računa o značajnoj činjenici da postoje povrede prava osobnosti uz nanošenje fizičkog ili psihičkog bola ili straha, ali i bez toga. Nama se čini, bez ulaženja u dublje nijanse ovih prijepora, da su bol i strah samo dodatni kvalifikatorni elementi kod dosude naknade štete (u pravilu trebaju dovesti do više naknade), ali da pravo na naknadu (popravljanje) neimovinske štete postoji i bez toga. Neke odluke iz njemačke sudske prakse govore čak o mogućnostima kumulacije ovih zahtjeva.

29 Odgovornost za proizvod proširen je i kvantitativno (čl. 1073.-1080.), a i kvalitativno. Jedini je (ali značajan!) korak naprijed da proizvođač više ne odgovara za konstrukcijske pogreške (vidi bilješku br. 23). Ovaj korak natrag nije slučajna i izraz je sličnih kretanja u Europi.

30 Po Zakonu o zaštiti na radu (čl. 6.) poslodavac radnicima odgovara za štetu po objektivnom kriteriju. U takvom slučaju odgovaraju i poslodavci koji su poduzeli sve potrebne mjere

ZOO-a i pokazatelj da ni ZOO iz 05. nema pretenziju pokrivati sva područja pravnog odnosa odgovornosti za štetu.

Novi, posve novi element u odštetnom pravu RH predstavljaju odluke i prakse Europskog suda za ljudska prava. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ušla je u pravni sustav RH kao ratificirani međunarodni ugovor (NN 18/97 i ostalo) koji je po svojoj pravnoj snazi ispod Ustava ali iznad zakona RH (arg. iz čl. 141. Ustava RH). Na užem odštetnom planu značajne su odredbe o pravu na slobodu i sigurnost (čl. 5.), pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8.), zabrana diskriminacije (čl. 14.), zabrana zloupotreba prava (čl. 17.) i dr., što i s praktičnog i s teoretskog stajališta pomaže gradnji i širenju pojma „štetne radnje“. Valja ipak reći da europsko konvencijsko pravo u najvećoj mjeri počiva na odlukama Europskog suda za ljudska prava i to je nova realnost s kojom se moramo suočiti.³¹

U ukupnosti gledano odštetno pravo u RH razvija se u dobrom smjeru. Izvjesni nedostaci postoje u odgovornosti države vezano za ratno i tranzicijsko razdoblje³²,

zaštite na radu. Njihova „pobuna“ je zbog toga ipak neopravdana jer jače zaštitne mjere smanjuju rizik štete, a uvijek im je na raspolaganju i osiguranje od odgovornosti koje je i nastalo uz objektivnu odštetnu odgovornost. U trenutku pisanja ovog rada u tijeku su bili jaki (po nama neopravdani) napor da se umanjí odgovornost poslodavaca.

31 Navest ćemo ovdje samo dva primjera iz konvencijskog odštetnog prava. U predmetu Olujić protiv RH (čl. 8., povreda prava na privatni život i dom zbog trpljenja pretjerane buke kroz dugi vremenski period) Europski sud proširuje područje štetne radnje kod prava na dom i područje oko doma. Domaći propisi (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, čl. 110.) daju zaštitu samo zbog „prekomjernih imisija“. Sukob propisa (Konvencija, ZV) ovdje je više nego izgleđan. Drugi predmet (Lelas protiv RH, povreda čl. 1. Protokola 1 - pravo vlasništva) ne prihvaća zastaru prava na naknadu štete koju su zaključili redovni sudovi i Ustavni sud RH. Radilo se zapravo o isplati naknade za razminiranje terena (što i nije naknada štete u užem smislu ove riječi); djelatnosti koja je nedvojbeno opasna po život. „Zarađeni prihod“ Europski sud za ljudska prava kvalificira kao „pravo vlasništva“ i daje zaštitu tom pravu. Očito prekoručene zastarne rokove ESLJP uopće nije razmatrao. Nažalost zaštitu nije dao iz jednog drugog razloga: dug tužitelja (tužiteljima) priznao je (i priznao) neposredno nadležni časnik koji nije osoba koja zastupa po Zakonu državu (vojsku) i može jedino dati relevantnu izjavu o prekidi zastare. Objektivno tužitelj do nadležne osobe (Predsjednika Republike?, Vlade?, Ministra obrane?, Načelnika glavnog stožera?) nije mogao doći pa je, po našem shvaćanju, priznanje nižeg i neposrednog nadležnog časnika trebalo uzeti kao pravno relevantnu izjavu „punomoćnika po zaposlenju“. Ova dva primjera (a nisu, naravno, jedini) otvaraju mnoga važna pitanja: može li se „aršinima“ mnogo razvijenih zemalja Europske unije (a i Vijeća Europe) „mjeriti“ odštetnu odgovornost i u manje razvijenim zemljama, u koje objektivno spada i RH? U nekim dijelovima će nam ti stroži kriteriji pomoći (npr. da otklonimo sintagmu da je štetne imisije nemoguće zabraniti ako postoji dozvola za rad, dopuštena osnova - čl. 110/3 ZV). Doprinos poimanja odgovornosti za štetu je i standard o razumnom (poštenom) suđenju (čl. 6. Konvencija). Bez toga standardi bi i dalje „vukli“ sudske sporove stare po 20 ili 30 godina. Međutim, već s prethodno spomenutim primjerom buke, stvari postaju dvojbene. Naš turizam se bez buke jednostavno ne može razvijati. Buka je turizmu imanentno svojstvo. Zato je odnos domaćeg i europskog (konvencijskog i uskoro i komunitarnog) odštetnog prava vrlo kompleksan i treba ga mnogo sustavnije pratiti i istraživati.

32 Zakon o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom (NN 73/1995.) omogućio je državnu upravu nad imovinom koju su njihovi vlasnici prethodno napustili. Ustavni

ali za vjerovati je da je taj ne baš sjajan dio ipak pri kraju.

Nastavljanje stanja ZOO-a iz 1978. znači i nastavljanje njegovih nedostataka. Hoće li „europeizacija“ odštetnog prava s ovih povijesnih prostora³³ donijeti i neke bitne pomake, uskoro ćemo vidjeti i na ovom mjestu moramo ukazati i na (novi) Zakon o suzbijanju diskriminacije³⁴ (NN 85/08).

Moramo podvući i činjenicu (važnu za specifično područje popravljavanja neimovinske štete) da su postupovni propisi (ZPP prije svega) izrazito karentni (nedostatni). U regulaciji specifičnih pretpostavki suđenja takvih šteta i ta činjenica objektivno umanjuje napredak u ZOO-u na planu materijalnopravnog uređenja odgovornosti za neimovinsku štetu.³⁵

III. GUBITAK PRAVA NA (STVARNU, EFEKTIVNU) NAKNADU ŠTETE PO VAŽEĆIM PROPISIMA ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

Rizik gubitka parnice opći je rizik svakog tužitelja koji pokrene sudski spor.

Na području odgovornosti za štetu postoje specifični rizici koji su rezultat primjene zakonskih pravila o materijalnopravnoj odgovornosti za štetu. Ti su specifični rizici posebno određeni propisima, kriterijima odštetne odgovornosti, a i dokazom ostalih pretpostavki odgovornosti za štetu.

sud RH odbio je prigovor neustavnosti tog Zakona (Izbor odluka Ustavnog suda RH 1996.-2009., st. 6-7), ali je u postupku po ustavnim tužbama usvajao pojedinačne ustavne tužbe kojima su vlasnici nekretnina tražili određenu isplatu temeljem toga što su bez njihove volje njihove nekretnine koristile druge osobe (uvedene u posjed po odluci ovlaštenih tijela RH). Vrlo je zanimljiv i slučaj odgovornosti Države za terorizam. Čl. 180. ZOO-a iz 1978. bio je najprije suspendiran, a onda zamijenjen s novim Zakonom (Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, NN 117/03.) koji bitno umanjuje odštetnu odgovornost države: materijalne štete se rješava kroz Zakon o obnovi (bez subjektivnog prava na obnovu), a nematerijalna samo za neke slučajeve i samo do određene visine. Neposredna posljedica ove izmjene Zakona bila je ta da su tužitelji spor kojeg bi po čl. 180. ZOO iz 1978. (izvjesno) bili dobili u konačnici izgubili i bili posebno obvezani platiti visoki sudski trošak. ZPP u odnosu na pitanja parničnog troška u takvom slučaju nema rješenja.

- 33 Pojam „europeizacija odštetnog prava“ izričito navode Koziol-Welser, op. cit., str. 12.-13. Autori ističu da se ovo posebno odnosi na odštetno pravo.
- 34 Propisi o suzbijanju diskriminacije važni su upravo u kontekstu europeizacije prava u cjelini i odštetnog prava kao dijela građanskog prava. Hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije, međutim, pati od značajnih nedostataka: u mnogim je dijelovima previše neodređen, „rastezljiv“ i ako bi diskriminaciju htjeli podići na razinu relevantne odštetne radnje, naišli bi na velik broj poteškoća.
- 35 ZPP je, gotovo do prije nekoliko desetljeća, u čl. 1. navodio da se odnosi na „imovinskopravne odnose“. Danas formulacija ističe „građanskopravne odnose“, što jasno implicira da se odnosi i na neimovinski dio građanskog prava - pravo osobnosti. Promjena je logičan rezultat pojave i razvoja prava prava osobnosti kao sastavnog dijela građanskog prava, baš od 80-ih godina 20. stoljeća. Hrvatskoj znanosti i praksi građanskog i građanskog postupovnog prava predstoji odgovorna zadaća iznalaženja specifičnih postupovnih pravila vezanih uz odlučivanje o pravima osobnosti.

Subjektivna odgovornost (odgovornost po krivnji) je i po ZOO-u iz 05. prvi, opći i najvažniji kriterij odgovornosti za štetu (arg. iz čl. 1045/1 ZOO). Odgovornost štetnika (tuženika) se presumira (samo za običnu nepažnju) i to konkretno znači da tužitelj inicijalno (na početku spora) ima vrlo povoljnu postupovnu poziciju, pravu prednost i tuženik je taj koji se mora „boriti“ ne bi li dokazao svoju nekrivnju.

Dokaz nekrivnje nije lagan, ali je moguć pa griješi svaki tužitelj koji pasivno vodi spor pouzdavajući se isključivo na navedenu inicijalnu prednost koju mu daje zakonska presumpcija.

Kod objektivne odgovornosti početna situacija za tužitelja je još povoljnija. Štetnik (tuženik) ne obara tužbeni zahtjev dokazom nekrivnje nego samo dokazom nekog od triju zakonom predviđenih eskulpacijskih razloga (više sile, radnje trećeg, radnje samog oštećenika- arg. iz čl. 1067. ZOO iz 05.). I tu je dokaz postojanja nekog od ovih eskulpacijskih razloga vrlo težak, ali je moguć i nije isključen.

U opisnim situacijama pod 1.1. i 1.2. u igri su posebna postupovna pravila o teretu dokazivanja.³⁶

Premda je područje građanskog postupovnog prava, učenje o teretu dokazivanja ipak je dominantno materijalnopravne prirode. Tek pravila o pravnim posljedicama neuspjeha dokazivanja predstavljaju domenu postupovnog prava.

Rečeno jednostavnim, praktičnim rječnikom primjena pravila o teretu dokazivanja ne jamči automatski uspjeh u sporu onoga koji se pouzda u određenu zakonsku presumpciju, nego će on uspjeti samo ako nakon rigorozne činjenične ocjene sudac zaključi da protudokaz nije uspio.

Ostale pretpostavke pravnog odnosa odgovornosti za štetu (šteta, štetna radnja, štetnik odnosno odgovorna osoba, uzročna veza između štete i štetne radnje) u pravilu, mora dokazati tužitelj (oštećenik). Nešto ćemo više reći o problemu uzročnosti (kauzaliteta). Domaće pravo nema razvijenu školu učenja o tom problemu, zbog toga što postojeća socijalna situacija, niža razina gospodarstva i sl. te probleme nije dovoljno problematizirala.³⁷

Na stupnju jednostavnijih šteta (gdje uzrok x neposredno izaziva posljedicu y) problem je „jasan“ i praktički ne postoji u nekoj većoj mjeri. Međutim, na području kompleksnijih šteta³⁸ problem izbija u ponekad dramatičnoj mjeri. Inzistiranje

36 Triva-Dika, op. cit., str. 498.-501. Pravila o teretu dokazivanja uvijek predstavljaju složen pravni problem čije rješavanje čini samu esenciju suđenja.

37 Koziol-Welser, op. cit., str. 309.-312., 334.-336. donose bitno obogaćeniju teoriju kauzaliteta (Die Verursachung-Kausalitaet): ekvivalentnu teoriju (Aequivalenztheorie) i adekvatnu teoriju (Aadaequanztheorie); govore također o alternativnom, kumulativnom i prijestignutom („ueberholende“) kauzalitetu. U talijanskoj znanosti G. Alpa i dr. (Istituzioni di diritto privato, Torino, 2005., str. 907.-913. govore o „causalita adeguata“ (adekvatni kauzalitet) koje se temelji na pravilima općeg iskustva („...sulla base di comune esperienza“). Kompleksnije štete danas su npr. vezane na medicinsko pravo, azbestozu posebno (o tome više naknadno u ovom radu).

38 Nove teze o tzv. presumiranom kauzalitetu nalazimo u Italiji (N. Coggiola, Nesso di causalita nel danno di amianto - esperienza italiana e inglese, Rivista di diritto civile, Padova, 2008., II, str. 321.-425.). Slično vrijedi i za medicinsko pravo (Vincenzo Zeno-Zenkovich, Una commedia degli errori? – La responsabilita medica fra illecito e inadempimento, Rivista, op. cit., II, str. 291.-297.).

na tužiteljskom dokazu postojanje relevantnog kauzaliteta ozbiljno bi u takvim situacijama dovelo u pitanje parnični uspjeh tužitelja. Protudokaz da je na nastanak spornog štetnog događaja djelovao i neki drugi uzrok, odnosno da uzrok kojeg tužitelj dokazuje u drugim sličnim slučajevima nije doveo do štete može ozbiljno „uzdrmati“ postupovnu poziciju tužitelja i smanjiti njegove šanse na postupovni uspjeh.

Teorija u takvim situacijama predlaže model dokaza presumiranog kauzaliteta koji inverzijom tereta dokazivanja vraća postupovnu prednost tužitelju.³⁹

Hrvatski ZOO o tome nema odredbi, a ni praksa za sada ne pokazuje veći smisao za to.⁴⁰

Postojanje presumiranog kauzaliteta nije put za prihvaćanje svake tvrdnje o njegovu postojanju. Sudac činjenicu o tome mora utvrditi barem u stupnju određene pravne (visoke) vjerojatnosti jer bi u protivnom tuženik bio stavljen u postupovno nemogući položaj.

Dokaz nekrivnje (npr. iz st. 2. čl. 1056. ZOO iz 05. - odgovornost roditelja za dijete starije od 7 godina) ponekad znači zalaženja u područja koja se ne mogu ni predvidjeti ili ne mogu jako teško predvidjeti.

Što znači da roditelj nije kriv za štetu koju je drugome nanijelo njegovo maloljetno dijete?

Propust u odgoju? Koji propust?

Pa to dijete odgaja i škola i društvo u cjelini. Kako onda „raspodijeliti“ tu krivnju?

Nije jasno čime će to roditelj dokazati da „nije kriv“. Roditelji vole svoju djecu i zasigurno ne žele da ona postanu delinkventi, zasigurno ih pokušavaju odgojiti kako najbolje znaju i što je bolje moguće.

Dokaz nekrivnje može u takvoj situaciji biti nemoguć. Postupovno je to dobro za tužitelja, no ne i za tuženika.

Strani teoretičari i tu upozoravaju da je na sceni zapravo „prikrivena objektivna odgovornost“⁴¹, jer su onda pravila igre jasnija i zakonodavac se ne mora sakrivati ispod demokratskih pravila o subjektivnoj odštetnoj odgovornosti.

39 Radno pravo pojam presumiranja kauzaliteta posebno poznaje (V. Maurini, *L'incapacita naturale*, Padova, 2002., str. 175.). U takvim sporovima tuženik (poslodavac) mora dokazati da sa svojim zaposlenicima postupa korektno jer se u protivnom uzima da je nekorektnost (stanje privremene prirodne poslovne nesposobnosti) postojalo i u vrijeme spornog događaja.

40 Pretežan broj odštetnih parnica pred hrvatskim sudovima potječe iz cestovnog prometa i radnih odnosa. Tu je problem kauzaliteta (posebno u cestovnom prometu) u pravilu jednostavniji; u radnom pravu (gdje je odgovornost poslodavca objektivna) stvari činjenično komplicira, npr. da je u istim okolnostima jedan zaposlenik doživio štetu, a drugi nije (o samo po sebi ne može isključivati postojanje relevantnog kauzaliteta kod zaposlenika koji je doživio štetu jer to što drugi zaposlenik nije povrijeđen nije dokaz da je prvi zaposlenik „sam kriv za svoju štetu“).

41 Tako npr. u talijanskoj pravnoj teoriji tvrdi E. Carbone, *La responsabilita aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpe fitizie*, *Rivista di diritto civile*, Padova, 2008/1., str. 1.-17. I nama se čini da je odgovornost (krivnja) roditelja više fiktivna no stvarna.

Ako bi sudska praksa dokaz nekrivnje u opisanim slučajevima olako prihvaćala, ozbiljno bi ugrozila opravdane pravne interese oštećenika kao tužitelja. Vjerovati tuženom roditelju da je učinio sve što je mogao da svoje dijete dobro odgoji nije nemoguć zaključak, ali (samo) to nije pravno relevantan dokaz njegove nekrivnje u odštetnom smislu te riječi.

Ostali specifično odštetnopravni rizici gubitka parnice radi naknade štete su sljedeći: nerelevantnost opisane štete i nerelevantnost navedene štetne radnje.

Zakonska definicija štete (čl. 1046. ZOO), uža i nekonzistentnija od definicije u par. 1293. OGZ-a, priječi dokaz ove pretpostavke odštetne odgovornosti u nekim vrlo osjetljivim slučajevima čineći ih pravno vrlo dvojbenim.⁴²

Sudskoj praksi se može preporučiti tumačenje pojma baš u smislu OGZ-a, jer teoretska – znanstvena vrijednost ovog Zakonika nije prestalo time što taj propis kod nas više nije na snazi kao pozitivan propis.

„Šteta“ je pravno-tehnički pojam („Fachbegriff“). To je svako materijalno ili nematerijalno (idealno) pogoršanje jednog pravnog dobra koje nastaje iz određene štetne radnje (arg. iz par. 249. njemačkog BGB-a.⁴³

Isto vrijedi za pojam „štetne radnje“ („das schaedigende Ereignis“).

ZOO o tomu uopće ne govori na apstraktnoj razini, to se međutim podrazumijeva. Teorija⁴⁴ navodi da je to „svaki čin ili propust štetnika koji uzrokuje štetu na strani oštećenika“ i dijeli štetne radnje u dvije osnovne grupe: građanski delikt i povredu obveznog odnosa.

„Građanski delikt“ sam po sebi implicira protupravnost, pa stoga valja reći da nema štetne radnje ako ova nije protupravna.⁴⁵

No, protupravnost je dosta širok pojam jer nije svaki društveno neprihvatljiv postupak normiran pravnim propisom. Neka neprihvatljiva ponašanja tek uz dodatak specifičnih konkretnih okolnosti dobivaju svojstvo protupravnosti (prekid ljubavne veze npr. sam po sebi nije delikt, ali to može biti ako ga prati povreda dostojanstva partnera).

42 Sekvestar tuđe imovine (vidi bilješku br. 32) donio je situacije da se dozvolom države drugi usele u stanove i kuće koje su njihovi vlasnici napustili. Vlasnici su se naknadno vratili i tražili naknadu štete za to što su drugi bez njihove suglasnosti koristili njihove domove. Po ZOO-u tu nema ni oštećenja imovine (ako je ima to je nesporno, ali ne zbog samog korištenja), a nema ni izmakle dobiti (teško je, zapravo nemoguće da bi u ratnim uvjetima dom iznajmljivali trećima). Nama se čini da bi za opisano najprimjerenija bila naknada u visini prosječnog najma koju bi sud utvrdio.

43 Takva definicija, a i definicija u OGZ-u, pokriva „sve štete“ (Wikipedija) i podiže mogućnost parničnog uspjeha oštećenika kao tužitelja.

44 Klarić-Vedriš, op. cit., str. 586.

45 Koziol-Welser, op. cit., str. 300. navode da štetnik mora postupati protupravno („rechtswirrig“) i skrivljeno (und „schuldhaftig“); vrlo zanimljivu definiciju štetne radnje donosi i Zakonik kanonskog prava (Glas Koncila, Zagreb, 1996., str. 57., kanon br. 128.: Tko drugom nezakonito (podcrtao A.R.) nanese štetu pravnim činom i svakim drugim činom namjerno ili iz neharmonosti, obvezan je nadoknaditi štetu“). Stanje je tu slično problemu presumiranog kauzaliteta (bilješke br. 38-39). Neka najnovija kretanja u Njemačkoj (priprema novog zakona o odgovornosti liječnika – Die Zeit, prosinac 2012.) donose pravila da liječnik dokazuje da nije kriv za izazvanu štetu pacijentu.

Neki aspekti protupravnosti proizlaze i iz pravila javnog morala ako ulaze u sklop „javnog poretka“.

Pritom je nužna doza visokog opreza jer ne možemo svako moralno pravilo pretvarati u prinudno pravilo javnog poretka.

Teret dokaza postojanja relevantne štetne radnje uvijek je na oštećeniku. To je pravilo odštetnog prava, koje međutim nije beziznimno.⁴⁶ Ako je to pravilo već „probilo“ radno pravo, nema zapreke da se isto (mada oprezno) učini i u odštetnom pravu.

Na aktualnom trenutku naše pravne stvarnosti treba posebno odgovoriti na pitanje jesu li konvencijska „legitimna očekivanja“ relevantna štetna radnja.

U nedavnoj odluci kojom je prihvatio neustavnost nekih odredbi Zakona o javnim ovršiteljima (ukidanje prethodno odobrene službe „privatnih“ ovršitelja) Ustavni sud RH je prihvatio tezu da je takav postupak Hrvatskog sabora povreda „legitimnih očekivanja“ izabраниh kandidata koji su ili dali otkaz na prijašnja zaposlenja ili se kreditno zadužili da osposobe poslovni prostor ili učinili nešto slično. Ustavni sud im je priznao pravo na naknadu štete.

Pitanje je što bi, međutim, bilo da se, npr. jave neki dužnosnici koji su prihvatili dužnosti u očekivanju povoljnije plaće, mirovine i sl., a onda su propisom takva prava ukinuta.

Čini se da bi pojam „legitimnih očekivanja“ trebalo i u znanosti jače izložiti i povezati ih s pojmovima klasične teorije građanskog prava: *causae* pravnih poslova, retroaktivne primjene propisa i stečenih prava. Sama po sebi „legitimna očekivanja“ teško mogu biti relevantan oblik štetne radnje.

Približavanjem, odnosno izjednačavanjem pojmova „neimovinska šteta“ i „pravo osobnosti“ prijetila je pandemija odštetnih sporova ove vrste koja se, međutim (i srećom) nije dogodila.⁴⁷

Događaju se ipak „incidenti“, „ekcesi“, bizarne presude barem gledano s nekih pravno-filozofskih pozicija.

Dosuđuju se npr. naknade štete zbog toga što je rođeno bolesno dijete kao posljedica liječničke pogreške (liječnik nije proveo zatraženi pobačaj), pa se čak pravi razlika u tomu je li uslijed toga rođeno dijete na svijet došlo zdravo ili bolesno.⁴⁸

Slični sporovi još nisu „udomaćeni“ u hrvatskoj sudskoj praksi, što ne znači da uskoro neće biti.

Trebalo bi na teorijskom i pravno-filozofskom planu jače izgraditi ove pojmove. To će zasigurno izazvati veće sukobe i protivljenja ali će to ujedno omogućiti njihovu pravilnu valorizaciju kao pravno relevantnih oblika štetnih radnji u građanskom pravu.

Ne bi nikada smjeli smetnuti s uma da je svaki propis (velikim dijelom) rezultat povijesti svakog naroda, te svakako nije samo pitanje trenutnog pravnog ili nekog drugog inženjeringa.

46 V. Maurini, op. cit., str. 175.-176.

47 C. Castronovo, *La nuova responsabilita' civile*, Padova, 2009., str. 286.

48 Koziol-Welser, op. cit., str. 21.

Ovdje valja upozoriti na problem zloupotrebe prava.

To je jedno od načela ZOO-a (čl. 6. ZOO iz 05., čl. 13. ZOO iz 78.). Zabranu zloupotrebe prava predviđa i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 17.).

Kod zloupotrebe prava štetnik naizgled ne krši zakon, postupa po zakonu, ali postupa s ciljem koji nije prihvatljiv, odnosno koji je protupravan. Štetnik od takve štetne radnje sam čak nema nikakve koristi i motiviran je isključivo željom da drugome izazove štetu.⁴⁹

Dizanje zloupotrebe prava na razinu relevantne štetne radnje pojačava materijalnopravnu i postupovnopravnu poziciju oštećenika. Otvara, međutim, i značajan problem činjenične i pravne ocjene, predstavlja li konkretno postupanje štetnika doista predstavlja takvu štetnu radnju.

Pravomoćno ishodena pozitivna odluka suda o pravnozaštitnom zahtjevu tužitelja (oštećenika) još ne predstavlja naknadu štete. Ova se tek mora dogoditi bilo dobrovoljnim bilo prinudnim ispunjenjem presuđene tražbine.

S obzirom na načelo imovinske sankcije, pravomoćna i izvršna presuda neće se moći provesti ako ovršenik (štetnik) nema imovine. Ovršni zakon poznaje načelo zaštite ovršenika posebno njegovo dostojanstvo čl. 6.) ali i načelo zaštite ovrhovoditelja kao vjerovnika.⁵⁰

Neki procesi (npr. u Španjolskoj) predviđaju opću zabranu nekih oblika ovrhe, ali je riječ o mjerama koje su dosta dubiozne i nije sigurno da doprinose stabilnosti pravnog sustava.

U određenim parnicama, odnosno u ovršnim postupcima temeljem njih, za oštećenike predstavlja pravu blagodat odgovornost (vrlo solventnih) osiguravajućih društava (Zakon o obveznim osiguranjima u javnom prometu – NN 151/2005.).

Činjenica je, međutim, da osiguravajuća društva osiguravaju samo do ugovorene visine (čl. 17., čl. 26. tog Zakona)⁵¹ što znači da eventualno veći iznos

49 Klarić-Vedriš, op. cit., str. 234. to nazivaju „šikanom“. V. Vodinec (op. cit., str. 299.) kao sinonime rabi riječi: „šikanozno, beskorisno, nesrazmerno, protivciljno, neprimereno, protivrečno, nemoralno ili nepravično“. Sjetimo se ovdje i slavne Bogišićeve definicije u Crnogorskom imovinskom zakoniku: Svojim se pravom služiti ne možeš tek drugom na štetu i dosadu. Rimsko pravo, kako je općepoznato, nije poznavalo pojam zloupotrebe prava i temeljilo se na načelu „*neminem laedit qui iure suo utitur*“ (nikome ne škodi onaj koji se služi svojim pravom). Moderan koncept zloupotrebe prava i njene relevantnosti kao štetne radnje djelo je pravne teorije s početka 20. stoljeća.

50 M. Dika (Građansko ovršno pravo, I knjiga Opće građansko ovršno pravo, Zagreb, 2007.) također govori o načelima zaštite ovršenika ali i ovrhovoditelja. S obzirom na to da ti interesi, međutim stoje u međusobnom odnosu suprotnosti, ovršni bi sudovi neku razumnu mjeru morali naći negdje u sredini između ova dva načela. U njemačkom pravu (Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, str. 181.) npr. nije dopuštena provedba ovrhe iseljenja teško bolesnog psihijatrijskog bolesnika (pozivom na dostojanstvo ovršenika).

51 U praksi se to naziva „limit osiguranja“. Ne radi se, međutim, ni o kakvom limitu u smislu gornje moguće granice osiguranja nego o najnižoj svoti osiguranja koju zakonodavac prinudno nameće; nema zapreka ugovoriti veću svotu ako se želi, ali ni osiguravajuće kuće ni osiguranici ne pokazuju veći interes. Potrošeni „limit“ obično se uočava pri kraju parnice kada podnošenje nove tužbe protiv izravnog štetnika riskira zastaru.

pravomoćno presuđenog odštetnog zahtjeva ide po općim pravilima ovrhe i na imovinu štetnika kao ovršenika.

Ovrhe protiv izravnih štetnika, napose protiv fizičkih osoba nose u sebi veći potencijalni rizik ovršnog neuspjeha.⁵²

U sklopu pretpostavki odgovornosti za štetu na ovom mjestu valja obraditi i neka nova pitanja uglavnom vezana uz odgovornost države koju si ona samo nameće. Bez tog elementa (propisivanja, zakonskog nametanja) te odgovornosti po postojećim propisima, ne bi bilo ili bi bilo u velikoj zastari.

Tu mislimo na odštetnu odgovornost države najviše zbog šteta koja dobivaju pravnu relevantnost nakon promjena državnog i političkog sustava i sustava vrijednosti uopće.⁵³

Države su tu u procijepu između želje da ovakve štete poprave i financijskih mogućnosti da to stvarno učine.

„Pravična naknada“ neimovinske štete (čl. 1100/1 ZOO) mora voditi računa i o mogućnosti štetnika, posebno kada on svojom voljom ustanovljava odgovornost koje inače ne bi bilo.⁵⁴

Dvojbena je, međutim, iskazana namjera zakonodavstava da propisima (ne sudskom odlukom) određuju visine naknade štete.

U svakom slučaju to onda nije „naknada štete“ nego samo „naknada“.

Prosuđivanje zastare mora biti specifično. Svakako ne može teći od nastanka štete (recimo od 1950. ili sl.) nego po našoj ocjeni, od stupanja na snagu zakona koji odnosnu odgovornost utvrđuje.⁵⁵

52 Nažalost ne postoji relevantna evidencija o broju neuspješno provedenih ovrha; sudovi (u težnji prikaza povoljnijeg stanja broja riješenih predmeta) iskazuju predmet kao gotov čim na ovršni prijedlog stave klauzulu dozvole ovrhe što, jasno, samo po sebi i sa stajališta učinkovitosti ovrhe ne znači mnogo.

53 Slovenija se bavi, tzv. „izbrisanima“ (predmet ESLJP Kurić v. Slovenia); Srbija se muči s naknadom za Goli otok - Zakon o rehabilitaciji, Službeni glasnik Republike Srbije br.92/2011; u Hrvatskoj je na snazi Zakon o pravima bivših političkih zatvorenika (NN 34/1991., izmjene i dopune 164/08. i 109/2001.).

54 Njemačko pravo ima izraz „Genungtuung“ (zadovoljenje); to vrijedi za imovinsko i (rekli bi još više) za neimovinsko područje šteta. Jasno je, npr. da su naknade neimovinske štete (grubo rečeno) 5 do 7 puta veće u Njemačkoj, nego u Hrvatskoj. Toliki je, međutim, i relativni odnos nacionalnog dohotka i to znači da stupanj razvoja društva bitno određuje visinu naknade štete i da svako „zadovoljenje“ (Genugtuung) mora voditi računa o mogućnostima štetnika i društva u cjelini.

55 Koziol-Welser (op. cit., str. 306.-307.) navode pojmove „Wrongful birth“ i „wrongful life“ (pogrešno rođenje i pogrešan život); radi se o odštetnim parnicama zbog rođenja djeteta koji propustom liječnika nije pobačen u fazi zametka (!). Austrija čak razlikuje je li se dijete pritom rodilo zdravo (nema naknade), odnosno kada se rodilo bolesno (postoji pravo na naknadu štete). Vidi i navedeno pod III 1.6. Od mjeseca prosinca 2012. i talijanski Vrhovni kasacijski sud priznaje takve štete, i to bezuvjetno, tj. bez obzira je li se dijete rodilo zdravo ili bolesno. Prije toga su svi takvi zahtjevi bili odbijeni (podatci: RAI I – prvi program talijanske javne televizije, prosinac 2012.). Naše domaće praksa o tome nema, a i ne bi željeli takve predmete pa ni takva razmišljanja.

Provedena (kratka) analiza mogućeg parničnog i ovršnog neuspjeha oštećenika (tužitelja, ovrhovoditelja) pokazuje da su takvi ishodi često mogući, i kraj nepobitne činjenice da je oštećenik određenu štetu doista pretrpio.

Nismo se bavili postupovnim rizicima u užem smislu. Neke od tih rizika osobito aktualizira novija konvencijska sudska praksa.⁵⁶

Građansko postupovno pravo nije i ne smije biti puki instrument građanskog materijalnog prava, ima nedvojbeno svoj samostalni pravni značaj, ali ne neodvojeno od materijalnih propisa.

Premda građansko postupovno pravo nije samo sredstvo za ostvarivanje ciljeva koje postavlja materijalno pravo, ono mora biti u funkciji ostvarivanja zahtjeva materijalnog prava.

Ovdje ćemo naglasiti samo problem utvrđivanja činjenica, dakle dokazni postupak. U odštetnom pravu to je uvijek posebno odgovoran, težak i mukotrpan zadatak.

Parničnom sudu su na raspolaganju sva dokazna sredstva koja poznaje ZPP,⁵⁷ jasno (u pravilu) pod uvjetom da neka od stranaka te dokaze predloži a sud njihovo izvođenje prihvati (arg. iz st. 1. čl. 7. ZPP).

Sud nema pravo ne suditi o onome za što je nadležan (st. 2. čl. 2. ZPP), što ipak ne znači da nema pravo na neke aspekte „*actionem (non)denegare*“.⁵⁸

Na području odštetnog prava to bi neposredno značilo davanje povećane pažnje napose odštetnim predmetima iz ovih područja:

- naknade štete po afekcijskoj vrijednosti,
- suđenja naknade štete iz oblasti činjenično i vremenski složenijeg kauzaliteta
- prava osobnosti i neimovinska šteta; posebno onima koje nadilaze sada prevladavajuću rutinu (cestovni promet, štete na radnom mjestu),
- zaštita od štetnih imisija, dakle zaštita života i zdravlja ljudi (ekološka šteta) i
- naknada štete koja proizlazi iz ometanja prava na slobodni razvoj ljudske osobnosti.

To nije gotov „popis“; novo vrijeme će donositi i nove probleme.

„Europeizacija“ odštetnog prava nužna je i kod nas. Pritom nam se čini svrsishodnim i primjerenim ukazati na nužnost da taj proces ide preko austrijsko-

56 Mislimo tu na poznati predmet Bajić od 13. studenog 2012. Tu je jedan građanin kazneno i civilno tužio jednog renomiranog liječnika i krivio ga za smrt njegove sestre (intervenirao kasno, odnosno tek nakon što je navodno primio mito od 5000 tadašnjih DM). Domaći sudovi su sve odbijali, a ESLJP je povredu utvrdio zbog toga što su ključni dokaz vještačenja izveli tuženikove kolege s fakulteta.

57 I u odštetnim parnicama mogu se izvoditi samo oni dokazi koje poznaje ZPP. Neki „privatni dokazi“ (npr. tajne snimke kamerama) ne bi smjeli biti korišteni. Dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se upotrebiti na sudskom postupku (čl. 29/4 Ustava RH).

58 Složeni institut „*actionem (non) denegare*“ ima snažan upliv na odštetno pravo i pravo općenito (vidjeti o tomu: Šarac-Lučić, *Actionem denegare*, podrijetlo uskrate sudovanja, Zbornik radova „Zabrana uskrate pravosuđa i prava“, njemačko-hrvatski pravni simpozij, Split, 2007.). U praktičnom smislu to bi značilo ne samo postupovnu ekonomiju (npr. marginalizirati sitne odštetne predmete) nego i pravno-filozofsku anticipaciju prodora u veća i socijalno značajnija odštetna područja. St. 2. čl. 2. ZPP, međutim, prilična je zapreka u tom pravcu.

njemačkog prava od kojeg smo i preuzeli temelje prava pravnog odnosa odgovornosti za štetu.

Ti su temelji toliko jaki i dobri da će uklapanje u europsko konvencijsko i komunitarno pravo jako olakšati. Uostalom, u najbitnijem, hrvatsko je odštetno pravo i u ovom trenutku dostatno europsko.

IV. NEKI AKTUALNI (REGRESNI) OBLICI U OBLASTI PRAVA NA POPRAVLJANJE ŠTETE

Paralelno s općenito pozitivnim trendovima opće odštetne odgovornosti teku, nažalost, i neki negativni. Oni su ponajviše uvjetovani presnažnom ekspanzijom privatnih interesa i želje da se pod svaku cijenu ostvari extraprofit. Negdje su i (samo) rezultat objektivne nemogućnosti društvene zajednice da pokriva određene štete.

1. Izvanredni događaji

Izvanredni događaji (štete od potresa, poplava, požara i sl.) u pravilu su izvan zone odštetne odgovornosti.

Ti događaji, međutim, zbog svoje sve veće učestalosti i predvidljivosti,⁵⁹ sve manje ostaju ono što tradicionalno zovemo višom silom i što posljedično otklanja odštetnu odgovornost.

U praksi se već bilježe i slučajevi da tijela lokalne samouprave, npr. samo, dobrovoljno i barem djelomično preuzimanje pokrivanje dijela štete od poplava;⁶⁰ pravno se čini da je to samo akt dobre volje lokalne samouprave, ali bi se moglo govoriti i o subjektivnom pravu oštećenika kada je npr. predviđena točno određena ili barem provjerljivo određena visina naknade štete.

Teku i rasprave o tzv. jamstvenim (garantnim) fondovima. Italija, npr. potiče intenzivnu raspravu⁶¹ o tomu, ali kako izgleda jako izbjegavajući obvezu države. Nudi se konkretno obvezatno osiguranje (koje bi ipak palo na teret građana)

59 U svezi s težim potresom u Italiji (provincija Emilia 2012.) prihvaćena je čak i kaznena odgovornost stručnjaka, no ne zbog toga što nisu predvidjeli potres nego zbog toga što su jamčili da ga neće biti. Znanstveno se izvanredni događaji ne mogu sa sigurnošću predviđati, ali mogu sve više, a njihova učestalost doista je sve više razlog da se oni sve manje mogu smatrati višom silom.

60 Grad Velika Gorica je 2011. godine odvojio 2,5 milijuna kuna za štete od poplava (vidjeti: Centralni poslovni portal - 13/01/2011). Radi se o šteti na poljoprivredi i građevinama. Nismo mogli provjeriti postoji li o tome i neka normativna odluka Grada ili je riječ samo o pomoći građanima.

61 Vidjeti: YAHOO! Notizie (Vijesti od 21.5.2012). Predlaže se uvođenje tzv. „poreza na nesreće“ („tassa sulle disgrazie“) koju bi plaćali svi građani. Država, međutim, ne bi preuzela nikakvu novčanu obvezu, ali ovaj porez (koji je zapravo novi oblik obvezatnog osiguranja) preporučuje kao relativno bezbolan način značajne pomoći za one koji pretrpe štete od izvanrednih događaja.

koje zbog široke disperzije rizika ipak ne bi trebalo biti preskupo, a jamčilo bi oštećenicima za slučaj potresa, poplava, velikih požara i sl. barem određenu odštetu.

Na najvišoj teoretsko-apstraktnoj razini kreću prve rasprave o podizanju, tzv. pozitivnih obveza države na razinu subjektivnih prava građana.⁶²

Teorija i praksa ustavnopravnih pozitivnih obveza države ostavljaju državu ipak previše pasivnom u podmirivanju šteta koje od izvanrednih događaja trpe njeni građani.

Države će se, npr. sve manje moći braniti da za to nemaju novaca jer, npr. postoje očiti dokazi kako se javni novac nemilice troši za posve nepotrebne ili dvojbeno potrebne stvari⁶³ pa bi takvu ne baš odgovornu Državu pravom na tužbu valjalo prisiliti da npr. nešto uloži u navodnjavanje poljoprivrednog zemljišta.⁶⁴

Već tekući proces europeizacije odštetnog prava zasigurno će dosta intenzivno zahvatiti navedeni aspekt izvanrednih događaja.

To će biti ne samo novost nego prava „revolucija“ u europskom odštetnom pravu. Donijet će nove pojmove i kategorije, rušeći ujedno neke ranije stereotipe (npr. već spomenuti pojam više sile kao tradicionalnog razloga nepostojanja odgovornosti za štetu).

Moramo ići u vrijeme odgovornije Države, Države koja postoji zbog svojih građana, a ne zbog političkih elita. Takva Država mora i na preventivnom i na regresnom planu ulagati veće, daleko veće napore da i u odštetnom smislu građane zaštititi od posljedica izvanrednih događaja.

Zasad su ove tendencije, mada naznačene a ponegdje i znanstveno dobro elaborirane, tek u povojima i zasigurno će trebati dosta vremena i novih napora da one postanu sastavni dio zakonske regulacije.

2. Azbestoza

Ovdje ćemo navesti jedan još drastičniji primjer ne samo zaustavljanja nego čak i kretanja odštetnog prava unazad.

Riječ je o bolesti povezanoj uz azbest. Posljedica izloženosti (pogotovo dužoj izloženosti ovom materijalu) je vrlo često (ali ne i uvijek) teža plućna bolest i karcinom pluća koji vrlo brzo dovodi do smrtnog ishoda.

62 B. Smerdel, S. Sokol (Ustavno pravo, Zagreb, 2006., str. 105.) kao pozitivna prava građana, odnosno kao pozitivne obveze države navode sve ono što ona treba činiti u korist građana, ali napominju da se ta prava ne mogu štititi sudbenim putem. Nisu, dakle, i subjektivna prava građana. To, međutim, sve više postaje nadišlo (vidjeti: E. Russo: Il concetto di diritto soggettivo, Rivista di diritto civile, Padova, Godišnji dodatak za 2008, str. 1.-59.).

63 Države često neracionalno troše javni novac. Jedan od primjera je u RH gradnja četiriju velebnih sportskih dvorana za svjetsko prvenstvo u rukometu 2009. godine. Koštale su mnogo, dignuti su veliki krediti, a od dvorana su ostali dugovi, visoki troškovi održavanja koje nema tko pokrivati, a novac je - kako se to laički kaže - potrošen u nešto gotovo beskorisno. Sličnih rasipanja ima još, u drugim državama, također, negdje više negdje manje, dakako.

64 Poznato je tako da Albanija ima čak 30% navodnjenih poljoprivrednih površina, a Hrvatska svega 1% ili čak i manje od toga (!?). Stoga prethodno (60) djeluje zapanjujuće.

Znanost je odavno uočila iznimnu štetnost azbesta, pa su neke zemlje odavno zabranile njegovu uporabu (Italija, npr. 1992. godine).

U RH takve zabrane nema, ali postoji saznanje o štetnosti azbesta i praksa o naknadi štete za slučajeve teških tjelesnih oštećenja i smrti radnika koji su bili izloženi azbestu.

Odštetni zahtjevi rješavani su po općim propisima (ZOO prije svega) i Zakonu o zaštiti na radu koji predviđa objektivnu odštetnu odgovornost poslodavca.

Materija popravljanja štete zbog azbestoze se, u cjelini gledano, povoljno i pravilno razvijala, premda (što je ipak ozbiljan nedostatak) nije stvorila jače preventivne mehanizme zaštite i nije pridonijela razvoju tendencija da se zabrani uporaba azbesta.⁶⁵

Dosuđivanje naknade štete zbog azbestoze otvorilo je i kod nas veće zanimanje za problem kauzaliteta u ukupnom mehanizmu odštetne odgovornosti.

Praktički govoreći sasvim je moguće da jedan radnik biva 40 godina izložen azbestu i ne oboli od azbestoze, a drugi radi 4 godine i dobije azbestozu od koje umre.

Materija pravnog kauzaliteta očito je složenija od onoga kako se taj pojam rutinski shvaća i čini nam se da je koncept presumiranog kauzaliteta pravilan odgovor na ovaj problem.

U hrvatskom pravnom okruženju (npr. Italije) u tijeku je tendencija dosuđivanja većih odšteta zbog azbestoze⁶⁶ uz posebno apostrofiranje pravila da treba u mnogo većoj mjeri valorizirati subjektivnu poziciju oštećenika.

U hrvatskom pravu nažalost pošli smo nazad. Zakon o obeštećenju radnika profesionalno izloženih azbestu (NN 79/2007 i 139/2010) donosi posebno ove novine:

- pasivno legitimirano za naknadu štete zbog azbestoze je Republika Hrvatska (čl. 4.),

- postupak koji se po tome vodi je upravni (!) jer odluku donosi posebno državno Povjerenstvo, uz mogućnost upravnog spora pred Upravnim sudom (čl. 6.),

- određuju se i precizni koeficijenti koji izravno determiniraju iznos odštete (čl. 7.) i

- posve je izvjesno da će u ovakvoj konstelaciji pravne regulative i buduće prakse dosuđeni iznosi novčane naknade neimovinske štete biti manji.

Ovakva zakonska regulacija višestruko je suspektna.

⁶⁵ Preventivne mjere omogućale su više zakonskih odredbi (čl. 157. ZOO iz 78., čl. 110. ZV iz 1996.), ali većeg odjeka u praksi nije bilo.

⁶⁶ Praksa talijanskih sudova je takva da se u slučaju teških bolesti zbog azbestoze na dan dosuđuje 100 eura. U nedavnoj je odluci Vrhovni kasacijski sud Italije povećao taj iznos (zapravo izrazio stav da je naknadu potrebno povećati, budući da taj sud nema revizijskih ovlasti) jer da treba u mnogo većoj mjeri valorizirati subjektivni položaj oštećenika. Dosuđenu naknadu od 123 tisuće eura (to je bilo 100 eura na dan) ocijenio je prenisikom, upravo zbog tih subjektivnih elemenata (odluka br. 2251 iz 2011., vidjeti „Codice fiscale“ od 17.2.2012.).

S ustavnopravnog gledišta ozbiljno se može dovesti u pitanje ustavnost ovog zakona s obzirom na to da zakonodavna i pogotovo izvršna vlast zapravo preuzimaju funkciju suđenja.

Zakon zanemaruje i faktički značaj ZOO-a kao zakonika jer jednu čisto odštetnopravnu materiju regulira kao upravnu.

U postupovnopravnom smislu zanemarivat će se načelo traženja istine i sustava slobodne ocjene dokaza. Parnični sud koji sudi mora biti slobodan u izboru sredstava dokazivanja, u metodici ocjenjivanja i u ocjenjivanju njihove dokazne vrijednosti, a predviđeni upravni postupak i upravni spor nisu dostatni jamci pravilne primjene ovog načela.

Hrvatska opća i pravnička javnost nisu u očekivanoj mjeri protestno reagirali na pojavu ovoga Zakona.

Ne treba dvojiti da Zakon ima veze s najavljenom privatizacijom domaćih brodogradilišta (azbest je u najvećoj uporabi upravo u brodogradnji), a država koja inače ima ozbiljnih problema sa svojim proračunom preuzima još i obvezu koja je uvijek i svugdje građanskopravna obveza poslodavaca u brodogradnji.

Zakon će, izgledno, omogućiti veći profit budućih vlasnika brodogradilišta, ali neće biti doprinos humanizaciji radnopravnih odnosa putem pravedne valorizacije neimovinskih šteta od azbesta.

3. Osiguranje

Gotovo slične tendencije srećemo i u oblasti osiguranja.

Obvezatno osiguranje, prije svega ono vezana uz promet napose cestovni, ima u oblasti naknade štete veliku ulogu. Oštećenicima doista (barem za pretežiti dio šteta) jamče dosta solventne osiguravajuće kuće koje inače u tomu i same nalaze svoj imovinski interes (naplaćuju premije koje u pravilu nadmašuju iznose naknade koje se isplaćuju oštećenicima).

Osiguravajuće kuće su pod privatizacijom i zasigurno je i ovdje s tim povezano nastojanje da se Zakonom predvide manji iznosi odštete za neimovinske štete.⁶⁷

Naši prigovori su ovdje isti kao i oni vezani uz azbestozu.

Dvojimo, dakle, može li zakonodavac sam određivati iznose naknade i time zapravo preuzimati funkciju suđenja.

⁶⁷ Poseban objekt napada na tzv. trzajne povrede, za koje se predlaže smanjenje čak za 300% (3 puta). U Italiji se one zovu „colpo di frusta“ (udarac od biča, odnosno štete od toga; mislilo se nekad na povredu koja nastaje od trzaja koja slijedi nakon što se konja iznenada jače udari bičem). Italija bilježi čak 66% takvih povreda u ukupnoj masi povreda; Njemačka ima 40%, RH bi vjerojatno bila bliže Italiji. „Trzajne povrede vrata“ su ponekad (možda i pretežito) manje značajne, ali ima i teških, ozbiljnih pa čak smrtonosnih (slavni košarkaš Dražen Petrović poginuo je baš zbog trzajne povrede). Ne treba stoga ovaj oblik povrede baš banalizirati na načelnoj razini. Nisu sve trzajne povrede iste i ne zaslužuju istu naknadu.

Dvojimo i oko temeljne orijentacije da bi iznosi novčane naknade neimovinske štete općenito trebali biti manji.⁶⁸

Praksi hrvatskih sudova može se načelno uputiti prigovor da previše honorira male ponekad i beznačajne povrede, a ponekad zanemaruje one teške. Može se prigovoriti i tomu da Vrhovni sud nije u prilici dostatno ujednačavati sudsku praksu,⁶⁹ ali u cjelini gledano praksa naših sudova nije izvan okvira Ustava i Zakona, a valja joj priznati i to da je u određenim aspektima dosuđivanja neimovinskih šteta bila i izrazito kreativna.

Zato mislimo da nema razloga Zakonom propisivati iznose naknade neimovinske štete i smanjivati te iznose. Mora se i tu reći da bi pobjeda takvih tendencija na području obvezatnog osiguranja i dosuđivanju naknade neimovinskih šteta također bila neugodan korak unazad. Ostaje nada da se to (ipak) neće dogoditi.

4. Denacionalizacija

Ni područje imovinskog prava nije pošteđeno sličnih kretanja.

Tzv. Zakon o denacionalizaciji (zapravo: Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN 92/96. i dr.) pretežito se temelji na ne vraćanju vlasništva nego na novčanoj naknadi koju plaća Država.

Proračunski limiti svakako otežavaju ispunjenje ovakve obveze, ali je upitno je li to opravdanje za propisivanje (pre)niskih iznosa naknade.

Mislimo ovdje na Pravilnik o mjerilima za utvrđivanje vrijednosti poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta (NN 18/04.) kojim se predviđa vrlo restriktivno, a time i dosta nisko utvrđivanje visine vrijednosti ovih nekretnina.

Prigovori koje smo istaknuli za azbestozu i osiguranje *mutatis mutandis* vrijede i ovdje.

Svaka je nacionalizacija u širem smislu izvlaštenje pa ustavno jamstvo (čl. 50/1 Ustav RH) o pravu na naknadu tržišne vrijednosti mora vrijediti i ovdje.

1.1. Denacionalizacija je nedvojbeno ispravljanje povijesne nepravde učinjene bivšim vlasnicima.

Današnja država u užem smislu riječi za to nije odgovorna, ali treba učiniti sve što je realno moguće da bivši vlasnici budu stvarno, a ne samo simbolički obeštećeni. Ako su novčane mogućnosti države nedostatne valjalo bi tražiti neka nova, druga, možda kombinirana rješenja.

68 Smisao „pravične novčane naknade neimovinske štete“ u svakom je slučaju dublji i kompleksniji. Naknada mora uvijek biti jedna razumna i pravedna rezultanta subjektivno doživljene traume i mogućnosti društvene zajednice. Ovo potonje mora, međutim, biti izraz jednog dugog ekonomskog stanja društva, a ne izraz nekih tekućih poteškoća. Kriteriji naknade ne bi se smjeli zbog toga improvizirati i na brzinu mijenjati.

69 Ujednačavanje sudske prakse ustavna je zadaća Vrhovnog suda RH. Međutim, tu obvezu ne prati mogućnost revizijskog obraćanja Vrhovnom sudu gdje (zbog visine vrijednosti predmeta spora) određen broj odštetnih predmeta ne može doći pred najviši sud.

V. ZAKLJUČAK

Provedena analiza omogućuje na kraju barem određene, manje ili više sigurne zaključke.

1. Čl. 8. ZOO iz 05. shvaćen i kao jamstvo svakom oštećeniku da će dobiti nadoknadu štete koju je pretrpio objektivno nije lako i uvijek ostvariv.

2. Brojni su razlozi koji djeluju protiv ostvarivanja ovog cilja, vrlo često su i „pokriveni“ urednom primjenom materijalnog i postupovnog prava.

3. Valja se iz tog razloga priključiti idejama za osnivanje, tzv. jamstvenih fondova za slučajeve kad oštećenici ne dobiju naknadu štete koja im pripada. To najčešće neće moći biti puna naknada štete, ali će i djelomična naknada oštećenicima biti od velike pomoći.

4. Ideja o jamstvenim fondovima u RH je na samom početku. U smislu subjektivnih prava oštećenika zapravo je još i nema (prevladava shvaćanje o „pomoći“) i na tome valja svakako jače poraditi.

5. Normativna regulacija odštetnog prava u RH utemeljena je na solidnoj pravnoj školi koja, međutim, valja ubrzanije dorađivati (novi oblici štetnih radnji, novi problem kauzaliteta, nova gledanja na obveze države).

6. Ulazak RH u EU valja napose iskoristiti za daljnju modernizaciju odštetnog prava upravo u smislu kojeg smo ovdje razmatrali; uostalom to će u okviru EU-a biti i naša obveza.

7. Ono što smo u ovome radu naznačili kao regresne tendencije (izvanredni događaji, azbestoze, osiguranje, denacionalizacija) zaslužuje kritiku i nije na crti modernog odštetnog prava. Toplo se nadamo da će ovaj rad potaknuti na ispitivanje ustavnosti ovakvih propisa ili njihovih projekata jer temelja za to ima (čl. 35. Ustava RH za neimovinsku štetu, čl. 50/1 za naknadu u denacionalizaciji), a i naši bi sudovi morali biti aktivniji u primjeni prava na *exceptio illegalitatis* - čl. 37/2 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH.

8. Pravo osiguranja, prije svega pravo obvezatnog osiguranja imalo je i ima veliku ulogu u postizanju cilja obeštećenja građana koji su pretrpjeli štete. To pravo treba dalje razvijati ali ne samo sa stajališta interesa vlasnika osiguravajućih kuća nego i sa stajališta građana kao oštećenika.

9. Posebno valja prionuti stvaranju koncepcije pravne obveze države odnosno subjektivnog prava građana za naknadu štete od izvanrednih događaja jer postojeći ustavni koncept pozitivnih obveza države tu više nije dostatan.

10. Odštetno pravo ne može i ne smije „mirno spavati“; ono nužno mora (možda i više od svih drugih prava) slijediti buran i dinamičan razvoj ljudskog društva i mora odgovarati na izazove koje taj razvoj postavlja. Za građane to je uvijek od velike ponekad upravo od egzistencijalne važnosti.

Između načela zabrane uzrokovanja štete i načela (želje) da svaki oštećenik bude obeštećen još dugo (možda i nikada) neće biti znaka potpune jednakosti, ali je i pored toga iznimno važno pomicati granice između njih i približavati ih.

Odštetno pravo takav smjer kretanja nedvojbeno pokazuje. Ono je svoje „zvjezdane trenutke“ upravo i doživjelo kada se jače počelo baviti opravdanim

interesima oštećenika koji je bez svoje krivnje prikraćen u svojoj imovini, pravu osobnosti ili legitimnim pravnim interesima.

Te ciljeve oštećenik, međutim, neće moći postići ako se odštetnopravni odnos svodi isključivo na odnos oštećenik – štetnik. Područje obvezatnog osiguranja od odgovornosti (uvođenjem osiguranja kao subjekta koji pod određenim pretpostavkama odgovara za štetnika) već je dalo povijesno pozitivne rezultate. Isto vrijedi i za poslodavca, državu, roditelje, neke pravne osobe koje imaju moć nadzora nad nekim štetnicima itd.

Državu treba napose apostrofirati u tom složenom lancu odgovornosti za štetu. Ona kreira zakone, stvara uvjete za njihovu primjenu i putem odgovarajućih tijela (sudova prije svega) i primjenjuje te zakone.

Moramo stvarati i odštetno odgovornu (odgovorniju) državu. U filozofsko-pravnom smislu to će onda biti i općenito odgovornija država. To će ujedno biti i značajan doprinos demokratizaciji društva s obzirom na to da je samo demokracija podobna osigurati pravnu državu.⁷⁰

To je također jedini način da se načelo zabrane prouzročanja štete, ako baš i ne potpuno izjednači, mnogo više približi načelu da svaki oštećenik koji nije odgovoran za svoju štetu bude obeštećen. Kretanja u europskom odštetnom pravu nedvojbeno idu u tom pravcu pa bi taj smjer kretanja trebalo slijediti i građansko pravo u RH.

70 G. Radbruch, op. cit., str. 293.

Summary

THE PRINCIPLE OF PROHIBITING THE CAUSING OF DAMAGE AS A (POSSIBLE) GUARANTEE OF ACTUAL (REAL) DAMAGES

This paper analyzes the principle of prohibiting the causing of damage (by virtue of Article 8 of the Croatian Obligations Act of 2005) in light of the objective according to which any injured party who without fault suffers damage receives actual (real, realistic) damages. The result of this analysis shows that this objective is not easy to achieve due to a number of reasons. A possible solution lies in further modernization (Europeanization) and partially in the creation of the so called guarantee funds which would assist injured parties. Although it is true that Croatian tort law is not miles away from European tort law, there is still ample room for improvement.

Key words: *damages, tort law, development of tort law in the Republic of Croatia, guarantee funds for damages, Europeanization and modernization of tort law in the Republic of Croatia.*

Zusammenfassung

DER GRUNDSATZ VOM VERBOT DER SCHADENSVERURSACHUNG ALS (MÖGLICHE) GARANTIE FÜR DEN TATSÄCHLICHEN (REALEN) SCHADENSERSATZ

Diese Arbeit betrachtet den Grundsatz des Verbots der Schadensverursachung (Art. 8 des Gesetzes über Schuldrechtsverhältnisse aus 2005) im Lichte des Ziels, dass jeder Geschädigte, welchem ohne seine Schuld ein Schaden verursacht wurde, auch tatsächlich (real, effektiv) den ihm zugehörnden Ersatz erhält.

Das Ergebnis der Analyse weist darauf hin, dass dieses Ziel nicht immer leicht zu erreichen ist und dass es zahlreiche gegen das Erreichen dieses Ziels wirkende Gründe gibt.

Ein Ausweg aus dieser Situation sieht man in weiterer Modernisierung (Europäisierung), und teilweise auch in der Schöpfung von Garantiefonds, welche dem Geschädigten wesentlich helfen würden.

Das Schadensersatzrecht in der Republik Kroatien ist bezüglich des europäischen wesentlich im Rückstand und muss auch in vielen Aspekten bearbeitet werden.

Schlüsselwörter: *Schadensersatz, Schadensersatzrecht, Entwicklung des Schadensersatzrechtes in der Republik Kroatien, Garantiefonds des Schadensersatzes, Europäisierung und Modernisierung des Schadensersatzrechtes in der Republik Kroatien.*

Riassunto

IL PRINCIPIO DI DIVIETO DI CAUSAZIONE DEL DANNO QUALE (POSSIBILE) GARANZIA DI UN REALE RISARCIMENTO DEL DANNO

Il presente contributo prende in considerazione il principio del divieto di causazione del danno (art. 8, ZOO del 2005) alla luce del fine che ciascun danneggiato, che senza sua colpa abbia patito un determinato danno, realmente ottenga il corrispondente risarcimento. Il risultato dell'analisi è tale che non sempre tale fine è realizzabile: numerose sono le ragioni che operano avversamente.

La via d'uscita da questa situazione s'individua nell'ulteriore modernizzazione (europeizzazione), in parte anche attraverso la creazione dei c.d. fondi di garanzia che sarebbero di grande aiuto per i danneggiati.

Il diritto risarcitorio in Croazia non è in ritardo rispetto al diritto europeo, ma sotto molti profili deve ancora essere perfezionato.

Parole chiave: *Risarcimento del danno, diritto risarcitorio, sviluppo del diritto risarcitorio in Croazia, fondi di garanzia per il risarcimento del danno, europeizzazione e modernizzazione del diritto in Croazia.*