

Doc. dr. Lana Bubalo

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

IMAJU LI KAZNENE ODŠTETE BUDUĆNOST U EVROPSKO-KONTINENTALNOM PRAVU?

Sažetak

Posljednjih decenija u Evropi je sve više onih koji preispituju tradicionalne funkcije odštetnog prava ističući potrebu za reafirmacijom i legalizacijom privatne kazne kao građanskopravne sankcije. Tzv. kaznene odštete (*punitive damages*) su specifikum anglo-američkog prava, dok u Evropi, gdje su javno i privatno pravo strogo podijeljeni, još uvijek postoji otpor prema naknadama štete u iznosu većem od onoga koji je potreban da se oštećeni dovede u stanje u kojem bi bio da šteta nije nastala. Problem kaznenih odšteta u Evropi prvi put se pojavio u vezi sa priznanjem i izvršavanjem stranih (američkih) sudskih odluka, dok se danas brojni autori zalažu za njihovo prihvatanje u cilju prevazilaženja određenih nedostataka odštetnog prava.

Autorica u radu analizira pojam i specifičnosti kaznenih odšteta, njihove prednosti i nedostatke, trenutno stanje i njihovu evropsku perspektivu. Zaključuje da su penalni elementi već prisutni u privatnom pravu brojnih Evropskih zemalja, uključujući i Bosnu i Hercegovinu.

Ključne riječi: *kaznene odštete, funkcije naknade štete, prava ličnosti, javni poredak.*

1. Uvod

Na ranijem stepenu razvoja prava nije se pravila razlika između javnog i privatnog prava, a svi ciljevi kažnjavanja (naknada, prevencija, kazna) bili su objedinjeni u institutu samopomoći.¹ Proces razdvajanja funkcije kažnjavanja od funkcije popravljavanja štete trajao je vijekovima, a čak i nakon njihovog formalnog razgraničenja, isti je sud u istom postupku odlučivao o obje.²

1 Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2006, str. 58.

2 Bukovac Puvača, Maja, *Funkcije pravične novčane naknade u hrvatskom odštetnom pravu*, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 37, br. 1, 155-173 (2016), str. 157, fn. 3. I danas oštećeni naknadu štete može potraživati u građanskoj parnici ili u okviru krivičnog postupka primjenom instituta imovinskopravnog zahtjeva (ovaj sistem je prihvaćen u zemljama bivše Jugoslavije i Njemačkoj npr.). U zakonodavstvima Francuske i Italije prihvaćen je model prema kojem se o imovinskopravnom zahtjevu oštećenog odlučuje podnošenjem građanske tužbe i vođenjem građanske parnice unutar

Posljednjih decenija se u zemljama kontinentalnog pravnog kruga vode žustre rasprave o potrebi i opravnanosti uvođenja tzv. kaznenih odšteta, što podrazumjeva ponovno miješanje funkcijā građanskog i krivičnog prava. Kaznene su odštete karakteristične za anglo-američki pravni sistem, gdje se već jako dugo dosuđuju u praksi. Vrlo visoki iznosi dosuđenih naknada često pune medijske stupce,³ iako istraživanja pokazuju da se zapravo radi tek o sporadičnim slučajevima,⁴ i da su iznosi ovih naknada najčešće vrlo umjereni i proporcionalni iznosu stvarne štete.⁵

Iako se deklarativno zemlje kontinentalne Evrope izjašnjavaju protiv ovakvih odšteta,⁶ što se između ostalog ispoljava kroz njihovo odbijanje priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka u kojima se dosuđuju ove odštete, sve je veći broj onih koji zauzimaju blaži stav, pa osim što priznaju strane presude koje sadrže ovakve odštete,⁷ čak i ozbiljno raspravljaju o uvođenju ovih instrumenata u svoj pravni sistem.⁸

Pitanje priznanja kaznenih odšteta usko je vezano za pitanje funkcije naknade nematerijalne štete kao i odnosa javnog i privatnog prava, tj. građanske i krivične odgovornosti, što ovu materiju čini izuzetno kompleksnom i kontroverznom u pravnoj teoriji i praksi. Činjenica je da, iako kaznene odštete nisu izričito priznate, u zakonima evropsko-kontinentalnih zemlja već postoje određene odredbe koje imaju penalni karakter, naročito u oblastima poput prava intelektualnog vlasništva, prava konkurencije i radnog i antidiskriminacijskog prava, te prava zaštite potrošača.

U radu se najprije pokušava odgovoriti na pitanje da li su, pored satisfakcije, prihvatljive i druge funkcije naknade nematerijalne štete i kakav je odnos javnog krivičnog postupka. (O ovome vidjeti više u: Gurda, Vedad i Tulumović, Muhamed, *Imovinskopravni zahtjev oštećenog u zakonodavstvu i sudskoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli, br. 2, 2016).

3 U predmetu *Pennzoil Company v. Texaco, Inc.*, 481 U.S. 1 (1987), porota je dosudila oštećenom kaznene odštete u iznosu od 10 milijardi dolara. Međutim, daleko najviši dosuđeni iznos od 145 milijardi američkih dolara dosuđen je u predmetu *Engle v. R.J. Reynold Tobacco*, No. 94-08273 CA-22 (Fla. Cir., Dade Co., 2000).

4 Prema provedenim istraživanjima, kaznene odštete se dosuđuju samo u 2,5% presuđenih predmeta. (Green, D. Michael i Cordi, W. Jonathan, *Basic Questions of Tort law form comparative perspective of USA*, u: *Basic Questions of Tort Law From a Comparative Perspective*, (Koziol, Helmut (ur.)), Jan Sramek Verlag, 2015, str. 447).

5 Markens, Rennee Charlotte, *Punitive damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons & Cavetas for Continetal Europe*, Kluwer, Deventer, 2014, str. 30.

6 Prema jednoj studiji provedenoj u Evropi, od 15 analiziranih zemlja, 13 ih nema odredbe o kaznenim odštetama (Austrija, Danska, Francuska, Finska, Njemačka, Turska, Italija, Holandija, Norveška, Poljska, Španija, Švedska, Švicarska), dok su samo u 2 zemlje (Velika Britanija i Irska) one dopuštene u određenim slučajevima. (Fausten, Thomas i Hammesfahr, Robert, *Punitive Damages in Europe: Concern, Threat or Non-issue*, Swiss-Re, Dostupno na: http://www.biztositasizemle.hu/files/201206/punitive_damage_in_europe.pdf (20.10.2017), str. 2).

7 Infra str. 17-18.

8 U Francuskoj su od 2005. godine bila tri prijedloga izmjena Code Civile-a, koji su sadržavali odredbu o kaznenim odštetama (čl. 1371 *Avant-projet Catala*, čl. 1386- 25 *Béteille's proposition de loi* i čl. 69 al. 2 *Avant-projet Terré*).

i privatnog prava u savremenom kontekstu. U drugom dijelu rada se daje teorijska definicija kaznenih odšteta i pojašnjava njihova svrha, nakon čega se ovaj institut prikazuje u historijskom kontekstu. Pri ukazivanju na prednosti i nedostatke naročito se referira na američko iskustvo u njihovom dosuđivanju, koje značajno može doprinijeti debati o opravdanosti njihovog uvođenja u zemljama kontinentalne Evrope. Nakon sumarnog prikaza instituta za koje se u evropskom pravu smatra da imaju kazneni karakter, zaključno se pokušava dati odgovor na pitanje da li su ove naknade opravdane i imaju li budućnost u evropskom kontinentalnom pravu.

2. Funkcije nematerijalne štete

U teoriji se ističu tri funkcije koje bi popravljavanje štete trebalo ostvariti: restitutivnu funkciju (tj. dovođenje štetnika u ono stanje u kojem bi bio da mu šteta nije nanesena),⁹ zaštitnu funkciju (zaštitu oštećenikovih primarnih subjektivnih prava) i postizanje korektivne pravde (tj. ponovnu uspostavu ravnoteže između štetnika i oštećenog, narušene činom prouzrokovanja štete).¹⁰ Domaća teorija¹¹ i praksa¹² gotovo su jedinstvene u stajalištu da pravična novčana naknada ima

9 Prema čl. 190 Zakona o obligacionim odnosima, („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i „Sl. novine Federacije BiH“, br. 2/92, 13/93, 13/94; „Službeni glasnik RS“ br. 17/93., 3/96., 39/03., 74/04), naknada materijalne štete treba da odgovara onoj svoti koja je potrebna da se oštećenikova materijalna situacija dovede u stanje u kojem bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja, pa ako se ovo analogno primjeni na nematerijalnu štetu, dolazimo do zaključka da se oštećeni mora dovesti u onu društvenu ili ličnu situaciju odnosno stanje u kojem bi se nalazio da mu nije nanesena povreda prava ličnosti. (Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*, Knjiga I, Naklada pisaca, Zagreb, 1978, str. 913).

10 Burazin, Luka, *Hegelov prinos suvremenom odštetnom pravu sa stajališta opće teorije i filozofije prava*, Hrvatska pravna revija, XI/2011, str. 83.

11 Vidjeti: Vizner, B., op.cit., str. 919, Kalodera, Marko, *Naknada neimovinske štete - Rasprava iz komparativnog prava*, Zagreb, 1941, str. 367, Radolović, Aldo *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, Doktorska disertacija, Zagreb, 1985, str. 54 i dr.

12 „Novčana naknada nematerijalne štete i ne predstavlja naknadu u pravom smislu te riječi, jer se njome ne postiže uspostavljanje onakvog stanja kakvo je postojalo prije njezinog nastanka, dakle nema reparacioni karakter. Naprotiv, novčana naknada nematerijalne štete je jedan od vidova satisfakcije koja se oštećenom daje za povredu njegovih nematerijalnih dobara.“ (Odluka Ustavnog suda BiH AP 1203/05 od 27. 6. 2006. godine). U jednom drugom predmetu se navodi: „Predmet ove (nematerijalne op.a) štete su nematerijalna dobra vezana za moralno-psihičku stranu ličnosti oštećenog, pa naknada nematerijalne štete ne predstavlja naknadu u pravom smislu te riječi, jer se njome ne postiže uspostavljanje onakvog stanja kakvo je postojalo - dakle nema reparacioni karakter. Naprotiv, ona je jedan od vidova satisfakcije.“ (Ustavni sud BiH, AP 1067/06 od 13.9. 2007. godine). Također, prema stavu Vrhovnog suda FBiH (br. GŽ- 91/04 26. oktobra 2004. godine)“...cilj ove vrste naknade nematerijalne štete jeste da se oštećeniku omogući ono zadovoljenje koje će mu kompenzirati nematerijalno dobro koga je lišen, odnosno pružiti mu ono zadovoljstvo koje bi imao da do štetnog događaja nije došlo. U tom smislu novčana naknada predstavlja samo satisfakciju za tu štetu ...“I u Srbiji (gdje se još primjenjuje ZOO '78) Vrhovni sud ističe da „...pravična naknada neimovinske štete ne predstavlja reparaciju već satisfakciju radi uspostavljanja psihičke ili emocionalne ravnoteže koja je postojala prije štete...“ (Vrhovni sud Srbije, br. Rev-244/09, od

isključivo satisfakcijsku funkciju,¹³ pa se čak i predlaže da se pojam pravična novčana naknada u Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO) zamijeni izrazom satisfakcija ili zadovoljenje.¹⁴ Naknada koja ima funkciju satisfakcije usmjerena je na uklanjanje psihičkih povreda, odnosno ublažavanje povrijeđenog pravnog osjećaja i vraćanje oštećeniku osjećaja vlastite vrijednosti. Pružanjem određenog moralnog ili materijalnog osjećaja zadovoljstva nastoji se uspostaviti psihička i emocionalna ravnoteža.¹⁵ Pri tome se naravno ne može postići potpuna ekvivalencija, nego psihološko izjednačavanje štete i odštete.¹⁶

Za razliku od domaće literature, u uporedom pravu se smatra da satisfakcija nije jedina, a često ni primarna funkcija nematerijalne štete.¹⁷

Takva stajališta se pravdaju uobičajenom praksom dosuđivanja naknade nematerijalne štete pravnim osobama iako je jasno da ona niti može trpjeti bolove

15.04.2009. godine). Prema Općem zaključku velikog civilnog senata BGH iz 1955. godine zahtjev za naknadu nematerijalne štete je zahtjev posebne vrste s dvostrukom funkcijom - treba oštećeniku osigurati poravnjanje štete nematerijalne prirode i istovremeno uzeti u obzir da štetnik duguje oštećenom zadovoljenje za ono što mu je učinio (Klarić, Petar, *Odštetno pravo: uporedopravna studija odabranih pojmova i instituta*, Narodne novine, Zagreb, 1995, str. 264).

13 Unutar teze o civilnom karakteru zadovoljenja razlikuje se nekoliko varijacija: a) teza o uspostavi ravnoteže između bola i radosti prema kojoj se zadovoljenjem stvari protuteža pretrpljenoj patnji i b) teza o pripomoći prema kojoj zadovoljenje nije ni reparacija ni protuteža, već isključivo sredstvo ublažavanja patnje c) teza o pravladavanju bolova, smisao koje je da se novcem pribave određena zadovoljstva, koja će pomoći da se prevladaju patnje i povrati duševna ravnoteža i d) teza o zamjeni povrijeđenog dobra, tj. ravnotežu koja je poremećena umanjemem ličnosti moguće je uspostaviti povraćanjem umanjenog dobra, a ako je to nemoguće, povećanjem drugog dobra – imovine (Klarić, Petar, *Ima li pravna osoba pravo na novčano popravljanje nematerijalne štete*, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, 1995, str. 791).

14 Prema Crniću, izraz satisfakcija ili zadovoljenje je bliži suštini zahtjeva za popravljanje ugroženog ili izgubljenog nematerijalnog dobra. Zato naziv pravična novčana naknada u ZOO-u, smatra on, nije pravno-tehnički najbolje rješenje, jer i za materijalnoj šteti također imanentan postulat pravičnosti. (Crnić, Ivica, *Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravične novčane naknade*, Naša zakonitost, 10/86., str. 1319). I Duško Medić smatra da je primjereniji izraz satisfakcija od termina pravična novčana naknada kojeg upotrebljava ZOO, jer i za materijalnu štetu postoji novčana naknada koja također treba da bude pravična. Po njemu izraz naknada nije adekvatan jer naknada znači ekvivalent za nešto, a ovdje se ne radi o tome (Medić, D., *Prilog raspravi o konceptu nematerijalne štete u Republici Srpskoj de lege ferenda*, Zbornik radova za XII redovno savetovanje sa međunarodnim učešćem Udruženja za odštetno pravo, Zlatibor 2009., str. 102 fn. 1).

15 Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, op.cit., str. 169.

16 Kalodera, M., op.cit., str. 367.

17 Van Boom, Willem, *Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking*, 17 Maastricht Journal of European and Comparative Law 1 (2010), str. 15.; Heriot, Gail, *Civilizing Punitive Damages. Lessons from Restitution*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 36, br. 2/9 (2003), str. 871. Da naknada ima i kaznenu funkciju smatra i jedan dio domaće teorije. Npr. Borovac smatra da „...u stvarnosti pravična novčana naknada ipak kažnjava štetnika, ali u mjeri u kojoj to okolnosti konkretnog slučaja dozvoljavaju.“ (Borovac, Jelena, *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava ličnosti*, Zbornik radova „Naknada štete, bezbednost saobraćaja i obavezno osiguranje“, Udruženje za odštetno pravo, Intermex, Beograd, 2009, str. 117).

niti joj se može narušiti duševna ravnoteža.¹⁸ Također, naknada nematerijalne štete se priznaje i duševnim bolesnicima i osobama koje su u stanju trajne kome,¹⁹ kao i osobama koje su jako dobrog materijalnog stanja i kod kojih se novcem ne može ostvariti funkcija satisfakcije.²⁰ Da novčana naknada u uporednom pravu ima i druge funkcije osim satisfakcije objašnjava se i činjenicom da je ona nasljediva i prenosiva, pri čemu se gubi svrha omogućavanja oštećenom da njome pribavi određena dobra u svrhu uspostave narušene duševne ravnoteže.²¹

U velikom broju pravnih poredaka pravičnoj novčanoj naknadi nematerijalne štete se pridaje dominantno kompenzacijska funkcija, prema kojoj novčana naknada ima funkciju poravnanja prouzrokovane nematerijalne štete.²² Za razliku od naknade kao satisfakcije koja se procjenjuje subjektivno, naknada kao kompenzacija za prouzrokovanu štetu se procjenjuje objektivno. Ona predstavlja “simboličnu”, “pravičnu” naknadu, naknadu koje društvo smatra primjerenom s obzirom na značaj povrijeđenog dobra, stepen njegove povrede i ostale okolnosti slučaja.²³

U stranoj se literaturi naglašava da se, osim o interesu oštećenika, na kojeg se fokusira satisfakcija i kompenzacija, mora voditi računa i o potrebi ostvarivanja nekih općih, društveno poželjnih interesa i ciljeva. U tom kontekstu se pravičnoj novčanoj naknadi pridaju još dvije značajne funkcije: preventivna i kaznena.²⁴

Prevenciju kao jedan od ciljeva naknade štete priznaje većina evropskih zemalja (osim Grčke, Italije i Nizozemske),²⁵ a predviđa se i u Principima

18 Npr. čl. 19 st. 6 GZ Armenije predviđa da se pravila o opozivu, odgovoru i naknadi štete analogno odnose i na pravna lica. Praksa dosuđivanja nematerijalne štete pravnim licima uobičajena je i u Portugalu gdje se smatra da pravne osobe mogu koristiti sva prava i obaveze neophodne za postizanje ciljeva osim onih koje su zabranjene zakonom i neodvoljive od pojedinca (čl. 484 GZ). Tužbu za naknadu nematerijalne štete pravne osobe mogu podnijeti i u Grčkoj (čl. 57-59 GZ).

19 O ovome vidjeti više u: Bubalo, Lana, *Obligacionopravna zaštita osoba s mentalnim smetnjama*, Zbornik radova “Dani porodičnog prava- Pravna zaštita odraslih osoba“, god. IV, br. 4, Mostar 2016, 189-210.

20 Vidjeti npr. BGH 19 Dec. 1995, BGHZ 131.

21 Baretić, M., op.cit., str. 489-490.

22 Funkcija kompenzacije je primarna u onim sistemima koji izjednačavaju materijalnu i nematerijalnu štetu u pogledu njene naknade. Takva je situacija u Francuskoj, Belgiji i Luksemburgu, te u zemljama čiji su se pravni sistemi razvijali pod utjecajem francuskog zakonodavstva poput Tunisa (čl. 83 Građanskog zakonika), Maroka (čl.78 Građanskog zakonika) i Libanona (čl. 134 st. 2. Građanskog zakonika). Takvu odredbu sadrži i Argentinski GZ (čl. 1078).

23 Baretić, M., op.cit., str. 491.

24 Ibid., 492.

25 Abramović, Andrej, *Odgovornost za štetu nastalu objavom informacije*, Hrvatska pravna revija br. 4, 2004, str. 43. Npr. Švedski Hustler je nakon objavljene fotomontaže švedskih političara obavezan da plati iznos od 10.000 eura, izričito naglasivši da je iznos odštete veći zbog potrebe prevencije sličnih postupaka u budućnosti. (Larson, T. i Leonardi, D., *A Comparative Study of Costs in Defamation Proceedings Across Europe*, Programme in Comparative Media Law and Policy Centre for Socio - Legal Studies, University of Oxford, 2008., str. 143).

Evropskog odštetnog prava.²⁶ Iako ima onih koji ovu funkciju negiraju,²⁷ kao i onih koji preventivnu funkciju ističu kao primarni cilj novčane naknade,²⁸ većina autora ipak drži je prevencija skoro uvijek sporedan efekat novčane naknade nematerijalne štete.²⁹

Iako ostaje empirijski nedokazivo da građanskopravna sredstva preveniraju buduće štete s obzirom da na promjene ljudskog ponašanja može djelovati više različitih faktora, strah od plaćanja novčanih naknada može nesumnjivo stimulirati potencijalne štetnike da povećaju stepen pažnje prilikom obavljanja djelatnosti kojima se može prouzrokovati povreda nečijeg prava ličnosti.

Osim preventivne, u jednom broju zemalja je prihvaćena i kaznena funkcija odštetnog prava.³⁰ Dok dio teorije smatra da naknada štete ne smije imati kazneni karakter,³¹ većina, uključujući i autore sa područja Evrope, ipak ne isključuje i kaznu kao jedan od ciljeva naknade.³²

26 Vidjeti čl. 2:104 Principa Evropskog odštetnog prava (dostupno na: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf> (14.10.2017)).

27 Loza ističe da građanskopravna odgovornost nema za cilj prevenciju (Loza, Bogdan, *Obligaciono pravo*, Kaner, Sarajevo, 2000, str. 197). Burazin smatra da je retributivnu i preventivnu funkciju popravljjanja štete moguće odbaciti kao nesuglasne bitnim obilježjima popravljjanja štete. (Burazin, L., op.cit. str. 82).

28 Starck govori o primatu preventivne funkcije odštetnog prava. On smatra da se taj cilj pokazuje opravdan i ako se posmatra kroz prizmu interesa same žrtve za koju naknada rijetko predstavlja stvarnu reparaciju, već je mnogo češće samo približno zadovoljenje koje skoro nikada ne liječi potpuno (Starck, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, str. 355-356, Navedeno prema, prema Stanković, Obren, *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd, 1972, str. 56).

29 Owen, G., David, *Why Philosophy Matters to Tort Law*, u: *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford Univeristy Press, New York, 1995, str. 7; Radolović, Aldo, *Odnos prava osobnosti i medijskog prava*, Zbornik Pravnog fakuleta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28 br.1 /07, str. 270; Stephanson, Graham, *Sourcebook on Torts*, 2 izd., Cavendish Publishing, Ltd., London 2000, str. 7; Nikšić, Saša, *Povreda prava na duševni integritet*, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povreda prava osobnosti* (Klarić Petar ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 228; Počuča, Milan, *Naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha*, Privredna akademija, Novi Sad, 2008, str. 56 i dr.

30 Nikšić, S., op.cit., str. 228.

31 Srdić ističe da je veoma važno da odluka kojom se dosuđuje naknada štete nema kazneni karakter u odnosu na lice koje je prouzrokovalo štetu nekom drugom licu. (Srdić, M., *Kleveta u sudskoj praksi*, u: *Medijsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Halilović, Mehmed i Džihana Amer (ur.), Internews, Sarajevo, 2012, str. 145). Loza smatra da svrha deliktne građanskopravne odgovornosti, pa i realiziranje obaveze na naknadu štete u savremenim pravnim sistemima nije kažnjavanje određenog lica za nastalu štetu. Kazneni karakter obaveze na naknadu štete bio je karakterističan za primitivne pravne sisteme i danas je prevaziđen. (Loza, B., op.cit. str. 265). Prema Kaloderi u savremenom privatnom pravu nema ni traga privatnim kaznama. U rimskom je pravu ova sankcija u sebi sadržavala kaznene momente, ali je pravni razvitak išao u tom pravcu, da se naknada štete oslobodila svih kazneih elemenata i da se iskristalizirala kao čista civilnopravna sankcija, čija je jedina svrha izravnavanje nanesene štete. (Kaloderi, M., op.cit., str. 49).

32 Tako Radolović, iako u cjelosti zastupa teoriju reparacije, naglašava da će u određenim slučajevima upravo i kažnjavanje štetnika doprinijeti zaštiti ličnosti oštećenog, a i zaštiti potencijalno novih oštećenika. (Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, op.cit., str. 171). Misita

Kaznena funkcija odštetnog prava se u zemljama *common law*-a ispoljava u formi kaznenih odšteta, o kojima će više riječi biti u nastavku.

3. Pojam kaznenih odšteta

Kaznene odštete su odštete koje se dosuđuju u iznosu višem od onoga koji je potreban za dovođenje oštećenog u stanje u kojem bi bio da se šteta nije dogodila. Kaznena naknada štete dakle za svrhu nema uspostavljanje ranijeg stanja (restituciju) ili naknadu (kompenzaciju) štete, nego kažnjavanje štetnika. Ona također treba da preventivno utječe na štetnika i druge, pa se zbog te preventivne svrhe u engleskom pravu naziva i naknadom za primjer³³ (*exemplary damage*).³⁴ U teoriji se kaznenim odštetama pridaju i druge funkcije, poput deklaratorne (potvrđuju da postoji zakonom zaštićeno pravo ili interes koji pripada tužiocu i korelativna pravna obaveza da se poštuje to pravo ili interes)³⁵ i satisfakcijske (zadovoljenje oštećenog se ne sastoji u primljenoj svoti, već u nametanju onome koji je skrivio povredu jednog drugog zla u formi kaznene odštete).³⁶

Naknade koje za cilj imaju kažnjavanje štetnika i koje nisu proporcionalne učinjenoj šteti spominju se još u Bibliji,³⁷ Hamurabijevom zakoniku (2000 g.

ističe da, ako u bilo kojem obavezivanju na naknadu štete ima penalnih i preventivnih elemenata, najlakše ih je naći u novčanoj naknadi nematerijalne štete. (Misita, Nevenko, *Pravičnost i novčana naknada neimovinske štete*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 1989, str. 190). Bikić smatra da, iako je primarni cilj naknade štete uspostavljanje ravnoteže različitih imovina štetnika i oštećenog, naknada štete u sebi sadrži i obilježja kazne, jer dužnik mora trpjeti umanjene svoje imovine u korist povjerioca. (Bikić, Abedin, *Naknada štete*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 98-99). Da plaćanje naknade sadrži i elemente kažnjavanja slažu se i strani autori (Borvik, Bjørnar, *The Norwegian Approach to Protection of Personality Rights - With a special emphasis on the protection of honour and reputation*, Fagbokforlaget, Bergen, 2004, str. 79). Njemački filozof Hegel je popravljane štete shvaćao kao privatnopravno ispravljanje neprava, tj. vrstu kazne za povredu apstraktnog prava. Stoga, da bi služila cilju zaštite subjektivnih prava, država mora kazniti štetnike. (Knowles, D, *Hegel and the Philosophy of right*, Routledge, London, 2002., str. 147, navedeno prema: Burazin, L., op.cit. 82).

33 Mrvić-Petrović, Nataša, *Dekriminalizacija klevete – supremacija slobode izražavanja u odnosu na čast i ugled*, Strani pravni život, Institut za uporedno pravo, br. 2/2013, str. 53: *Punitive damages and libel law*, Harvard Law Review, Vol. 98, br. 4 (1985), str. 849.

34 *Punitive damages* je pojam koji se koristi u američkom, dok je *exemplary damages* pojam karakterističan za englesko pravo. Kao sinonimi se koriste još i nazivi *retributive* i *vindictive damages*.

35 Owen, G., David, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 Vill. L. Rev. 363 (1994), str. 379.

36 Shelton, D., op. cit., str. 78; Kalodera, M., op.cit., str. 48.

37 „Kod svakog slučaja pronevjerjenja, pa radilo se o volu, magarcu, ovci, haljini ili o čemugod drugom, što je nestalo i što sad netko traži kao vlasništvo svoje, ima taj slučaj obojice doći pred sud. Koga osudit sud, taj ima dati drugome odštetu dvostruku.“(Knjiga izlaska, 22:9).

p.n.e.),³⁸ zakonima Hetita (1400 g.p.n.e.) i starih Grka,³⁹ Zakoniku XII Tablica (451 g.p.n.e.),⁴⁰ Hinduskom Manuovom zakoniku (200 g. p.n.e.)⁴¹ i dr.

Rimsko pravo, na čijim načelima počiva današnje odštetno pravo,⁴² nije uspjelo povući jasnu granicu između javnopravnih i privatnopravnih kazni i od ideje reparacije odvojiti ideju kazne.⁴³ Npr. *furtum* (krađa) je protupravno djelo iz kojeg je u rimskom pravu nastajao privatnopravni, obligacioni odnos između pokradenog (kao vjerovnika) i kradljivca (kao dužnika) na plaćanje novčane naknade u višestrukome iznosu ukradene stvari.⁴⁴ Vremenom država preuzima monopol kažnjavanja, iako je u početku oštećeni mogao da bira između pokretanja redovnog građanskog postupka ili krivičnog gonjenja (pogotovo kad lopov ne bi posjedovao imovinu).⁴⁵

Savremeni oblik kaznenih odšteta vezuje se za Englesku,⁴⁶ gdje su ove odštete prvi put dosuđene 1763. godine,⁴⁷ da bi ih ubrzo nakon toga priznali i američki sudovi.⁴⁸

38 „Ako neko ukrade goveče, ili ovcu, ili svinju, ili barku, ako ukradeno pripada bogu ili dvoru, daće tridesetostruko, ako pripada muškiniu, naknadiće desetostruko; ako lopov nema da plati, da se ubije“. (Hamurabijev zakonik § 8).

39 Prema Gotanda, John Y., *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42 br. 2., (2004), str. 4.

40 Zakon XII Tablica je predviđao višestruke naknade koje su imale penalni karakter. Npr. ovaj Zakon ne dopušta da se izdvaja ili potražuje ukradena greda koja je povezana u zgradama ili vinogradima, već daje tužbu na dvostruki iznos protiv onoga za koga je dokazano da ju je ugradio (VI Tablica).

41 „U slučaju da je šteta prouzrokovana na životinjskoj koži, alatu od kože, drveta ili gline, kazna će biti pet puta veća od njihove vrijednosti; isto vrijedi za štetu na cvijeću, korjenima i voću.“ (§ 28 Manuovog zakonika, *Sacred Books of the East: Laws of Manu*, Max, F., Müller (ur.), vol. XXV, Clarendon press, 1886, str. 305.

42 Kalodera, M., op.cit., str. 83.

43 Počuča, M., op.cit., str. 4; Klarić, P., op.cit., str. 9; Kalodera, M., op.cit., str. 83; Petrović, M., Zdravko, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Novinsko-izdavačka ustanova „Vojska“, Beograd, 1996, str. 39; Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1980, str. 300-306.

44 Jaramaz Reskušić, Ivana i Krka, Mario, *Furtum u rimskom privatnom pravu: pojam i pravna zaštita*, Pravnik, 41, 1 (84), 2007, str. 113-114.

45 Bujuklić, Žika, *Forum Romanum, Rimski državni pravo, religija i mitovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 359-360.

46 Statute of Westminster I (3. ed, I. c. I, Vol. I) iz 1275. godine je prvi propis u Engleskoj koji je regulisao višestruke naknade: „*Traspassers against religious persons shall yield double damages*“ (Prema: Pickering, Danby (ed.), *Statutes at Large*, Vol. XXIV, Cambridge, 1799, str. 138).

47 U engleskom *common law*-u, kaznene odštete su prvi put dosuđene u predmetu *Huckle v Money* (KB 1763) 95 Eng Rep 768.

48 U SAD-u su se kaznene odštete pojavile 1784. godine u predmetu *Genay v Norris* ((1784) 1 SC 3, 1 Bay 6), da bi već 1851. godine Vrhovni sud u predmetu *Day v Woodworth* ((1851) 54 US 363, 371) ustvrdio da su „kaznene odštete dobile podršku jer su prisutne u sudskim presudama već više od stoljeća“.

Danas one u ovim zemljama predstavljaju kvazi-krivičnu sankciju,⁴⁹ i za razliku od nekih drugih oblika štete, poput npr. *aggravated damages* (koje se dosuđuju s obzirom na veći stepen patnje koju je pretrpio oštećeni), kaznene se odštete fokusiraju na štetnika⁵⁰ i njegovo naročito grubo, ponižavajuće ili zlonamjerno ponašanje.⁵¹ Primjerice, smatraju se opravdanim kada je štetnik postupao proračunato, npr. namjerno i svjesno oklevetao oštećenog u sredstvima javnog informisanja⁵² ili stavio u promet proizvod s nedostatkom⁵³ jer je pretpostavio da će profit koji na taj način ostvari biti viši od iznosa naknade koju će zbog toga morati platiti.⁵⁴ Ako bi platio odštetu jednaku iznosu štete, dobio bi poticaj da snizi nivo pažnje i nastavi s aktivnošću kojom se bavi.⁵⁵

Osim što se u literaturi iznose brojne prednosti ovih odšteta, uz konstataciju da u Evropi postoji njihovo historijsko utemeljenje,⁵⁶ navode se i nedostaci,

49 Prevladavajuća moderna koncepcija kaznenih odšteta je da one predstavljaju anomaliju u građanskom pravu. (Gross, W., Jeffrey, *The Penal Dimension of Punitive Damages*, 12 Hastings const. L. q, 1985, str. 241, 242; Kircher, J. John i Wiseman, M. Christine, *Punitive Damages Law and Practice*, vol. 1, Eagan: Thomson/West, 2000, str. 2-5). „Kaznene odštete su kvazi- krivične sankcije smještene između krivičnog i građanskog prava“. (Owen, G, D., *A Punitive Damages Overview...* op.cit., str. 365). Kaznene odštete povezuju interes društva i oštećenog pojedinca, i služe ne samo obeštećenju oštećenog, već i kažnjavanju štetnika.“ (Colby, Thomas, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 Minn. L. Rev. 583 (2003). str. 617.

50 S obzirom da se fokusiraju na štetnika, ovim se teorijama prigovara se da ne pružaju koherentno teorijsko objašnjenje odštetnog prava s obzirom na to da ne omogućuju opravdanje korelativne veze koja spaja dvije strane odštetnopravnog odnosa. Naime, određujući popravljavanje štete isključivo kao sankciju, to je shvatanje usmjereno jednostrano, prema delikventu, a ne na način da istovremeno obuhvati obje strane odštetnopravnog odnosa. (Prema Burazin, L., op.cit., str. 83).

51 Mojašević, Aleksandar, *Kaznena odšteta u američkom pravu*, Strani pravni život, 1/2011, str. 198.

52 Crone, G., Tom, *Law and the Media - an Everyday Guide for Professionals*, Heinemann Professional Publishing, Oxford, 1989, str. 51.

53 Walton, C., Clarence, *Punitive damages- new twist in torts*, Business ethics quarterly, vol. 12, br. 3, 1991, str. 269.

54 Npr. u hipotetičkoj situaciji kada proizvođač koristi neki neadekvatan, jeftiniji materijal u proizvodnji koji mu omogućava velike uštede po proizvedenoj jedinici, jer zna da, iako na taj način može uzrokovati štetu potrošačima, samo neki od njih će podnijeti tužbu, pa iznos odštete neće premašiti ostvareni ekstra profit. (Prema Cappelletti, Marco, *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 32, br. 3, 2015, str. 846).

55 S druge se strane ističe da kaznene odštete ne bi smjele biti previsoke, jer bi mogle utjecati na ograničenje slobode izražavanja (*Punitive damages and libel law*, op.cit., str. 851), odnosno dovesti do previše opreznog postupanja i preduzimanja preventivnih mjera od strane proizvođača što u krajnjoj liniji može rezultirati povećanjem troškova, povećanjem cijena i povlačenjem proizvoda s tržišta, što nikako nije poželjno za potrošače. (Boyd, James i Ingberman, E., Daniel, *Do Punitive Damages Promote Deterrence*, International Review of Law and Economics, vol. 19, br. 1, 1999, str. 48).

56 Markens, R.C., op.cit.,str. 281.

odnosno strah da bi njihova transplantacija u evropski pravni sistem mogla dovesti do zloupotreba i pravne nesigurnosti.

Jedan od glavnih argumenata protiv kaznenih odšteta u evropskom kontinentalnom pravu je da one dovode do miješanja privatnog i javnog prava, odnosno ciljeva građanskog i krivičnog prava.⁵⁷ Prema monističkoj teoriji, krivično i građansko pravo imaju zasebne ciljeve; isključivi cilj krivičnog prava je prevencija i kažnjavanje, dok je cilj građanskog prava naknada štete. Kombinovanje kompenzacije i kažnjavanja štetnika prema ovoj teoriji predstavlja nezakonito miješanje korektivne i distributivne pravde.⁵⁸ Međutim, u novije vrijeme kruta podjela na javno i privatno pravo sve se više kritikuje kao zastarjela i nepoželjna.⁵⁹ Promoviše se tako pluralistička teorija, prema kojoj i krivično i građansko pravo imaju višestruke ciljeve, koji se ne moraju međusobno isključivati, već se dopunjuju.⁶⁰ Tako se smatra da i u odštetnom pravu postoje i javni i privatni elementi, i da su kaznene odštete primjer takve koegzistencije.⁶¹

Kaznene odštete se uglavnom ističu kao instrumenti kojima se može rasteretiti krivičnopravni sistem, tako što će omogućiti da određena nedopuštena ponašanja prebace iz domena krivičnog, u okvire građanskog prava. Tipičan primjer bi bila kleveta, za koju postoji trend dekriminalizacije,⁶² pa se danas, umjesto krivičnih sankcija, dosuđuju novčane naknade štete, koje su uglavnom skromne⁶³

57 Cappelletti, M., op.cit., str. 813; Colby, Thomas, *Clearing the smoke from Phillip Morris Williams. The past, present and future of punitive damages*, 118 Yale L. J. 392 (2009), str. 392, 447.

58 Koziol, Helmut, *Punitive Damages - A European Perspective*, Louisiana Law Review, vol. 68, br. 3, 2008., str. 762; Weinrib, Ernest J., *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, Chicago- Kent Law Review vol. 78 br. 55 2003, str. 103; Heriot, Gail, *Civilizing Punitive Damages. Lessons from Restitution*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 36, br. 2/9 (2003), str. 886. Naročito se njihovom izricanju protive nevladine organizacije, koje smatraju da bi se one trebale, ako ikako, dosuđivati samo u ekstremnim slučajevima. (Article XIX, *Briefing Note On International and Comparative Defamation Standards*, dostupno na: <http://www.article19.org/data/files/pdfs/analysis/defamation-standards.pdf> (22.8.2017))

59 Yeung, Karen, *Competition Law and the Public/Private Divide*, u: M. Freedland & J.-B. Auby (ur.), *The Public Law/Private Law Divide*, Oxford and Portland (OR), Hart Publishing, 2006, str. 162; Markens, R.C, op.cit., str. 212.

60 Englard, Izhak, *Punitive Damages – A Modern Conundrum of Ancient Origin*, Journal of European Tort Law, Vol. 3, br. 1 (2012), str. 15; Calabresi, Guido, *The Complexity of Torts - The Case of Punitive Damages*, u Madden, S.M (ur.), *Exploring Tort Law* (CUP 2005), Navedeno prema: Janecek, Vaclav, *Exemplary Damages: A Genuine Concept?* European Journal of Legal Studies, Vol. 6, br. 2 (2013/14), str. 343 -347.

61 Capaletti, M., op.cit., str. 847.

62 Kleveta je dekriminalizirana u brojnim zemljama: Irska (2009.), Velika Britanija (2009.), Bosna i Hercegovina (2001.), Crna Gora (2011.), Armenija (2010.), Gruzija (2004.), Ukrajina (2001.), Moldavija (2004.) i Srbija (2012.).

63 Prema istraživanju koje je provela autorica ovog rada, prosječan iznos naknade nematerijalne štete zbog klevete u BiH iznosi 3.378 KM. (O ovome vidjeti više u; Čolaković, Maja i Bubalo, Lana, „*Građansko-pravna odgovornost za klevetu u sudskoj praksi Bosne i Hercegovine*“, XII Međunarodno savjetovanje Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Neum, 2014).

i ne omogućavaju prevenciju.⁶⁴ Prihvatanjem kaznenih odšteta bi se u ovakvim situacijama oštećenim stavilo na raspolaganje jedno efikasno građanskopravno sredstvo, koje bi ostvarivalo višestruke funkcije.

3.1. Određivanje visine naknade nematerijalne štete i kaznena funkcija nematerijalne štete

Prilikom odmjeravanja visine naknade nematerijalne štete sudovi u obzir uzimaju različite faktore koji mogu utjecati na to da naknada bude veća ili manja.⁶⁵ Međutim, smatra se da pojedine okolnosti, poput krivice ili materijalnog stanja štetnika mogu odšteti dati element kazne.

Ako se naknada shvati isključivo kao satisfakcija, onda njeno dosuđivanje nekom čije su imovinske prilike takve da i bez toga može zadovoljiti svoje raznovrsne potrebe i prohtjeve ne bi imalo svrhu.⁶⁶ Dosuđivanje naknade štete takvom oštećeniku, ističe se, imalo bi penalne elemente i predstavljalo bi odmazdu.⁶⁷

Protivno funkciji satisfakcije je i uzimanje u obzir stepena krivice štetnika.⁶⁸ I u zemljama gdje se naknada štete duguje bez obzira na stepen krivice,⁶⁹ u praksi se ipak dešava da sudija kod odmjeravanja štete vodi računa i o krivici, u smislu da će naknada biti veća ukoliko je štetnik djelovao namjerno ili s krajnjom nepažnjom, kao najtežim oblicima krivice u obligacionom pravu. Ova tendencija je ljudski razumljiva, jer je tada emocionalni poremećaj zasigurno mnogo teži i povrijeđeni će trpjeti više nego kada je šteta nanesena običnim nehatom.⁷⁰

Žrtva će, prema tome, na jedan način reagovati kad je štetnik postupao sa velikim stepenom krivice, sa namjerom da joj naškodi i ako uživa u zlu koje joj je nanio, a na drugi način ako je šteta rezultat slučajnosti koja ne zaslužuje ni

64 U Rimskom pravu poznat je slučaj mladića Lucija Veracija koji je svakoga koga sretne ošamario. Sa sobom je vodio roba koji je odmah na licu mjesta oštećenom isplaćivao sumu od 25 asa, koja je bila propisana Zakonom XII ploča. U to vrijeme ova je suma zbog devalvacije bila bezvrijedna. Tako bi i danas štetnici, naročito velike medijske kuće usljed niskih naknada mogle svejsno da kleveću, jer za odgovornog urednika plaćanje novčane kazne ne znači puno u poređenju sa zaradom koju može donijeti spektakularni naslov ili senzacionalistički tekst. (Bojanić, Igor, *Kaznena djela protiv časti i ugleda*, u knjizi: Posebni dio kaznenog prava (ur. Novoselac, Petar), Udžbenici Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007, str. 208).

65 Zakon o obligacionim odnosima propisuje da sud treba u vidu imati i okolnosti pod kojima je do povrede došlo (čl. 200 st.1 ZOO).

66 Rmuš, Marinko, *Novčana naknada neimovinske štete* u: Prouzrokovanje štete i njena naknada, Perimex, Budva, 1998, str. 51; Radolović, A., *Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi*, op.cit., str. 238.

67 Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, op.cit., str. 175.

68 Shelton, D., op.cit., str. 38.

69 Bikić, A., op.cit., str. 40.

70 Morait, Branko, *Obligaciono pravo*, knjiga druga (vanugovorni obligacioni odnosi), Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2007, str. 474.

najmanji moralni prijekor i ako i sam štetnik pati i nesretan je što je prouzrokovao zlo.⁷¹

Osim toga, ako iznos odštete nema veze sa stepenom pažnje, to bi za posljedicu moglo imati manje pažljivo ponašanje bogatijih ljudi, s obzirom da plaćanje manjeg iznosa naknade štete u svrhu satisfakcije za njih ne predstavlja preveliko finansijsko opterećenje.⁷²

U uporednom pravu postoje zemlje u kojima se u obzir uzima stepen krivice poput Poljske, Austrije i Švicarske i Holandije.⁷³ U drugoj grupi zemalja, gdje spadaju npr. Bosna i Hercegovina⁷⁴ i Njemačka,⁷⁵ stepen krivice u naknadi nematerijalne štete nije relevantan.⁷⁶ Grupa za Evropsko odštetno pravo je zaključila da bi krivicu trebalo uzeti u obzir samo ako bi u konkretnom slučaju doprinjela povećanju patnje i boli koju žrtva trpi.⁷⁷

U nekim se zemljama za pojedine delikte, npr. protiv časti i ugleda, zakonima određuju maksimalni,⁷⁸ odnosno minimalni iznosi naknade štete⁷⁹ kako bi se spriječilo dosuđivanje iznosa koji predstavljaju nesrazmjerno ograničavanje slobode izražavanja u odnosu na stvarnu potrebu za zaštitu časti i ugleda, tj. kako bi se adekvatno zaštitilo dostojanstvo pojedinca. Iako takav pristup preporučuje

71 Petrović, Z., *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, op.cit., str. 137.

72 Chu, C.Y. Cyrus i Huang, Chen-Ying, *On defamation and efficiency of punitive damages*, International Review of Law and Economics 24 (2004), str. 243.

73 U uporednom pravu Švicarski zakon o obligacijama zahtjeva od sudije da pri određivanju visine naknade mora uzeti u obzir i stepen krivice (čl. 43 st. 1 švicarskog Zakona o obligacijama). Odredba čl. 6:106 holandskog Građanskog zakonika (BW) predviđa da se nematerijalna šteta može ostvariti ako je odgovorno lice imalo namjeru da uzrokuje štetu. Ova odredba se u holandskom pravu tumači kao potencijalni osnov za kaznenu odštetu (Van Nispen, C.J.J.C., *Sancties in het vermogensrecht*, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer, 2003, str. 37 navedeno prema: Meurkens, R. C., op.cit., str. 295). U Austriji također stepen krivice igra važnu ulogu u procjenjivanju iznosa odštete (§ 132 ABGB).

74 Bikić, A., op.cit., , str. 40.

75 Mayer, T., op.cit., str. 169.

76 Von Bar ističe da i njemački sudovi u praksi uzimaju u obzir stepen krivice kada procjenjuju iznos nematerijalne štete, a ovo je uobičajeno i za druge evropske pravne sisteme poput francuskog i španskog (Von Bar, Christian, *Common European Law of Torts*, Vol. 2, Clarendon Press, 2000, str. 159-160).

77 Čl. 10:301 st. 2 PETL.

78 Npr. Austrija, Malta i Slovačka izričito normiraju gornji limit novčane naknade nematerijalne štete zbog klevete. Tako je u Austriji najviši zakonom dopušteni iznos € 20,000, odnosno € 50,000 u naročito teškim slučajevima. U Slovačkoj je maksimalni iznos nematerijalne štete koji se može dosuditi € 92.500. Na Malti nematerijalna šteta ne može biti viša od € 11,646.87. Slično ograničenje ima i Makedonija (€ 2,000 za novinara, € 10,000 za urednika i € 15,000 za medij).

79 U Grčkoj je propisana najniža naknada od € 29.347 za novine u distriktima Atine i Thessalouki-ju i novine koje se distribuiraju kroz novinske agencije, odnosno najmanje € 5.869 za ostale. Turski zakon o emitovanju br. 3984 iz 1994 godine predviđa da je u slučaju tri ponavljanja iste povrede za nacionalne emitere naknada između € 65.000 i € 139 000.

i Vijeće Evrope⁸⁰ i nevladine organizacije,⁸¹ pravna doktrina tj. pristalice teorije reparacije ovom rješenju nalaze brojne zamjeke. Naime, pošto šteta, barem u načelu, može biti neograničeno velika i mala, a teži se potpunoj naknadi,⁸² u zakonima se ne bi smjele postavljati na najviše ni najniže granice njene naknade.⁸³ Ako zakonodavac postavi sudiji granice između kojih treba da se kreće visina odštete, smatra se da se nakanda ne može smatrati reparacijom nego kaznom, pošto je kazni svojstveno da zakon određuje njen minimum i maksimum.⁸⁴

4. Kaznene odštete u uporednom pravu

4.1. Kaznene odštete u anglo-američkom pravu

Da privatna kazna nije svojstvena samo primitivnim pravima, pokazuje primjer *common law* zemalja koje imaju dugu praksu dosuđivanja kaznenih odšteta.⁸⁵ Nakon što su se pojavile u Engleskoj, preuzete su i u drugim zemljama *common law*-a poput Australije, Novog Zelanda, SAD-a i Kanade i Irske,⁸⁶

80 U Rezoluciji Vijeća Evrope „Ka dekriminalizaciji klevete“ apelovano je na zemlje da uspostave razumna ograničenja maksimalnih iznosa nakande štete, tako da se ne dovodi u pitanje opstanak medija (Vijeće Evrope, Rezolucija *Ka dekriminalizaciji klevete - Resolution 1577 (2007) Towards decriminalisation of defamation*), tačka 17.8.

81 Organizacija Article XIX, koja se zalaže za slobodu izražavanja, predlaže da bi iznos nematerijalne štete za povrijeđeni čast i ugled trebao biti ograničen maksimumom koji i trebalo primjeniti samo u najozbiljnijim slučajevima. (Article XIX, *Defining defamation*, str. 17, 15 d).

82 Polazna tačka za većinu Evropskih prava je potreba potpune naknade (Njemačko se pravo zasniva na principu potpune kompenzacije (*total reparation*). Oštećenog treba dovesti u položaj u kojem bi bio da se šteta nije desila. Isti se princip izričito prihvata u mnogim zemljama poput Rumunije (čl. 1385 st. 1 GZ), Litvanije (čl. 6.251 GZ) i dr.

83 Nakanda štete ne treba da bude ni manja ni viša od stvarne štete. Niža nakanda bi pogodovala štetniku, a veća jer bi to pogodovalo oštećenom, pa bi u tom slučaju oštećeni imao interesa da mu se prouzrokuje šteta. (Bikić, A., op.cit., str. 110).

84 Kalodera, M., op.cit., str. 43.

85 *Common law* je u početku dozvoljavao kaznene odštete samo u malom broju delikata gdje je štetnik povrijedio dostojanstvo oštećenog, npr. u slučaju klevete. Američki državni sudovi i zakonodavac su proširili ovu praksu i dozvolili ove odštete u mnogim različitim slučajevima pod uslovom da se tuženi ponašao s namjerom. (Cooter, D., Robert, *Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis*, 60 *Law and Contemporary Problems* 73-92 (1997), str. 75). Danas se dozvoljavaju za sve delikte (Curtis publishing co v Butts 388 U.S 130 (1967)), dok se u Engleskoj ograničavaju samo na određene, zakonom propisane slučajeve. (Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy?*, str. 1, dostupno na: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/torts/gallo-1997/gallo.htm> (5.10.2017))

86 Gotanda, J.Y., op.cit., str. 391.

ali i drugdje npr. na Filipinima,⁸⁷ u Kini,⁸⁸ Jordanu,⁸⁹ Izraelu,⁹⁰ Južnoj Africi,⁹¹ Zimbabve-u.⁹² U SAD, osim na saveznom nivou,⁹³ ovakve su odštete regulisane i na nivou pojedinih država,⁹⁴ među kojima postoje značajne razlike.⁹⁵ Neke države (Louisiana, Washington, New Hampshire) izričito zabranjuju ove odštete, pojedine ograničavaju njihov iznos (Teksas), u nekima dio iznosa ide državi (tzv. *Split recovery states*; Oregon, Illinois, Missouri), dok su u jednom broju država ovakve odštete nedozvoljene ako štetnik ublaži štetu npr. opozove izjavu, tj. ako dobrovoljno pristane na neku od mjera publiciteta.⁹⁶

I u *common law*-u je kaznene odštete su vrlo kontroverzan institut.⁹⁷ Osim što postoje autori koji su protivnici⁹⁸ i oni koji zagovaraju ove naknade, sporna je pravna priroda kaznenih odšteta. Jedni ih smatraju sredstvom prevencije,⁹⁹ a

87 Čl. 2197, 2229 - 2235 Građanskog zakonika Filipina. (Zakon br. 386 iz 1949. godine) Dostupan na: <http://www.gov.ph/downloads/1949/06jun/19490618-RA-0386-JPL.pdf> (25.6.2014)).

88 Johnson, Vincent, R., *Focus: Punitive Damages In China*, *Frontiers of Law in China*, vol. 9, br. 3, 2014., str. 322. (Dostupno na: <http://www.law.ruc.edu.cn/uploadfile/20149/201492914294473499.pdf> (22.9.2017)).

89 Hayajneh, Abdelnaser Zajad, *The Awarding of Punitive Damage under the Jordanina Civil Law: Is It Possible?*, *European Journal of Social Sciences*, vol. 14, br. 4, 2010, str. 609; Sarhan, Adnan, *Punitive Damage: Comparative Study*, *Al Yarmouk University*, vol. 13, br. 4, (1997), str. 104-108.

90 Englard, I., op.cit., str. 10; Carmon, Haggai, *Foreign Judgments in Israel: Recognition and Enforcement*, Springer, Berlin, 2013, str. 65.

91 Neethling, Johann, *Punitive Damages in South Africa*, u: Koziol, Helmut i Wilcox, Vanessa (ur.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Law, Tort and Insurance Law, vol. 25, Springer, Beč, 2009, str. 123 - 136.

92 Feltoe, Geoffrey, *Zimbabwe*, u: Blanpain, Robert (ur.), *International Encyclopedia of Laws*, Kluwer Law International, Hag, 2002, str. 115.

93 U Americi je Vrhovni Sud ispitivao kompleksni problem ustavnosti kaznenih odšteta u predmetima *Pacific Mutual Life Insurance v. Haship* (449 US 1 (1991)); *Phillip Morris USA v. Williams* (549US346 (2007)), *BMW of North America, Inc. v. Gore* (517 U.S. 559, 575 (1996)) u kojima je zaključeno da takve naknade krše ustavne principe (8. Amandman na Ustav) ako su previsoko određene (“*grossly excessive*”).

94 U nekim su državama kaznene odštete zakonska (California Civil Code § 3294.), a drugdje su ustavna kategorija (Ustav savezne države Texas, čl. 16).

95 Johnson, V.R., op.cit., str. 328 et seq.

96 Wagatsuma, Hiroshi i Rosett, Arthur, *The Implications of Apology: Law and Culture in Japan and the United States*, *20 Law and Society Review*, vol 20, br. 4 (1986) str. 479-481.

97 Markens, R.C., op.cit., str. 8.

98 Walton, C.,C., op.cit.; Cole, Kenneth, B jr., *Punitive Damages, A Relic That Has Outewed Its Origins*, *37 Vand. L. Rev.* 1117 (1984); Kelly, Michael B., *Do Punitive Damages Compensate Society?*, *41 San Diego L. Rev.* 1429, 1433-35 (2004); Weinrib, J., E. op.cit.

99 Polansky i Shavell, op.cit., Cooter, Robert, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?* *Alabama Law Review* (1989); Broman, Lisa M., *Punitive Damages: An Appeal for Deterrence*, *61 Neb. L. Rev.* (1982); Preventivna funkcija je izričito navedena u § 908(1) 1979 Restatement (Second) of Torts.

drugi sredstvima kažnjavanja,¹⁰⁰ kompenzacije,¹⁰¹ odnosno retribucije.¹⁰² Zapravo najveći broj autora smatra da ove naknade imaju višestruke funkcije.¹⁰³

4.2. Kazene odštete u Evropi

U principu evropski kontinentalni sistem ne poznaje kaznene odštete.¹⁰⁴ Odbacivanje penalnih elemenata u građanskom pravu je natjeralo sudove u Evropi da odbiju priznanje i izvršavanje stranih presuda u kojima su dosuđene kaznene odštete, pozivajući se na to da su one protivne njihovom javnom poretku (*ordre public*).¹⁰⁵ Npr. njemački je Federani vrhovni sud (BGH) odbio priznati američke presude zbog njihove suprotnosti sa njemačkim javnim poretkom i

100 Romero, L., op.cit., str. 136; Colby, T., *Beyond the multiple punishment problem*, op.cit., str. 605.

101 Owen, G., David,., *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 Mich. L. Rev. 1257 (1976), str. 1296; Calandrillo, Steve, *Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics*, 78 Geo. Wash. L. Rev. 774 (2010), str. 802.

102 Galanther i Luban, op.cit; Ausness, Richard, C., *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, Kentucky Law Journal, Vol. 74, No. 1 (1985-1986).

103 Dorsey, Ellis, D., Jr., *Fairness and Efficiency in Law of Punitive Damages*, 56 S Cal Law Review 1 (1982); Sharkey, M., Catherine, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 Yale L.J. 347 (2003); Owen, G., D., *A Punitive Damages Overview...*, op.cit., Markel, D., op.cit., etc.

104 Rouhette, Thomas, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, Defense Counsel Journal, vol. 74, br. 4 (2007), str. 342, fn.7. Kaznene odštete se ne dosuđuju u Francuskoj (Borghetti, Jean-Sebastien, *Punitive Damages in France*, u: Koziol, H. i Wilcox, V.(ur.), op.cit, str. 55, fn. 6), Mađarskoj (Menyhard, Attila, *Punitive Damages in Hungary*, u: Koziol, H., i Wilcox, V., op.cit. str. 87), Skandinaviji (Askeland, Bjarte, *Punitive Damages in Scandinavia*, u: Koziol, H. i Wilcox, V., op.cit., str. 115) kao ni u Škotskoj (koja je specifičan mješoviti pravni sistem), Njemačkoj (Jansen, Nils i Rademacher, Lukas, *Punitive Damages in Germany*, u: Koziol H. i Wilcow, V., op.cit., str. 75-76, fn. 6.) niti u Brazilu, Meksiku, Japanu i mnogim drugim zemljama (Johnson, V., R. op.cit., str. 324).

105 Rouhette, T., op.cit., str. 328.

ustavom.¹⁰⁶ Sličan pristup su imali su i austrijski,¹⁰⁷ italijanski¹⁰⁸ i holandski¹⁰⁹ sudovi. S druge strane, španjolski Vrhovni sud je prihvatio zahtjev za priznanjem presude kalifornijskog suda kojom se izriču kaznene odštete.¹¹⁰ Slično je postupio i Vrhovni sud Grčke kada je donio odluku, koja je uzrokovala brojne polemike u tamnošnjoj naučnoj javnosti.¹¹¹ Liberalan stav u tom smislu pokazuju i francuski sudovi.¹¹² Ove presude su interesantne iz razloga što su sudovi u njima potvrdili da kaznene odštete nisu *per se* suprotne javnom poretku.

106 Uprkos jasnom zakonodavnom okviru i stavu pravne doktrine, kaznene odštete odavno su predmet debate u Njemačkoj, a naročito u posljednjih 20 godina (Koziol, H., i Wilcox, V., op.cit., str. 76). BGB izričito predviđa da se naknadom štete treba ponovo uspostaviti ono stanje koje bi postojalo da nije nastupila okolnost koja obavezuje na naknadu štete (čl. 249 BGB). Time se naknadi štete ne pripisuje kazneni karakter, jer je to funkcija rezervisana krivično pravo. Prema tome u Njemačkoj nije moguće izvršenje stranih (uglavnom američkih) presuda kojima su dosuđene kaznene odštete jer su iste protivne njemačkom pravnom poretku. To se pravda činjenicom da samo država ima monopol za javno gonjenje i kažnjavanje, a ovim se odštetama miješaju funkcije građanskog i krivičnog prava (čl. 40 st. 3 Uvodnog zakona za BGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*: EGBGB dopstupan na: <http://www.gesetze-iminternet.de/bgbeg/BJNR006049896.html> (3.10.2017) predviđa da naknade koje značajno premašuju odgovarajući iznos satisfakcije ne mogu biti izvršene u Njemačkoj). Osim toga, čl. 723 i 328 st. 1 njemačkog Zakona o parničnom postupku (*Zivilprozessordnung*, ZPO) – dostupan na: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html (3.10.2017) zabranjuje priznaje presuda koje su očigledno nekompatibilne sa osnovnim principima njemačkog prava, naročito sa ustavom (*Grundgesetz*). Kaznene odštete se smatraju suprotnim njemačkom ustavu jer je u čl.103 (2) propisano načelo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, tj. penalizacija je dopuštena samo ako je izričito propisana. Uprkos zakonskim i ustavnim propisima, postoje shvatanja da ove odštete već postoje u njemačkom odštetnom pravu i da ih sudovi dosuđuju na osnovu čl. 249 ff BGB koji se ne može smatrati čisto kompenzatorskim. Stoga, zaključuju da u njemačkom privatnom pravu nije nepoznat pojam prevencije i da bi dosuda ovih odšteta trebala izričito biti unesena u zakone. (Koziol, H., i Wilcox, V., op.cit., str. 77). Vrhovni sud je odbio priznati odluku Vrhovnog Kalifornijskog suda u predmetu *John Doe* kojim se dosuđuju kaznene odštete u iznosu \$ 400.000. (Bundesgerichtshof [BGH] 4.6.1992, 118. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* [BGHZ] 312).

107 Heard, Richard (ur.), *Punitive damages in Europe, Concern, Threat or Non- Issue*, Swiss Re., 2012, str. 3. Dostupno na: http://www.biztositasizemle.hu/files/201206/punitive_damage_in_europe.pdf (21.4.2017).

108 Italijanski Vrhovni sud je, u jednoj presudi iz 2007. godine odlučio da su ove naknade u suprotnosti sa temeljnim pravnim principima i da nisu dostupne u Italiji. (Cass.,17.1. 2007, br. 1183, GI 2007, 12, 2724). Nedavno su u Italiji dijametralno promijenjen ovakav stav. Vidjeti više na: Petronio, F., Cozzi, Fabio i Falco, F., *Italy Admits Punitive Damages*, dostupno na: <https://www.paulhastings.com/publications-items/details?id=b7cfec69-2334-6428-811c-ff00004cbded> (5.10.2017).

109 RB Rotterdam, 17.2.1995, NIPR 1996, 104.

110 *Cour de cassation* br. 09-13303 od 1.12. 2010. godine; Sentencia br. 230/2012 de AP (Audiencia Provincial) Barcelona Seccion 17, 7 de Mayo de 2012; Tribunal Supremo 13 nov. 2001, Exequatur br. 2039/1999.

111 Odluka br. 17/1999 (Navedeno prema: Winiger, B. et al., *Essential Cases on Damage*, Walter de Gryter, Berlin, 2011., str. 23).

112 *Court de cassation*, Premiere chambre civile, 1 decembre 2010, 09/13303.

Iako se smatra da kaznene odštete uglavnom nisu dostupne u Evropi, u privatnom pravu postoje određeni elementi koji se mogu smatrati penalnim.

U Italiji one nisu prihvaćene,¹¹³ ali ideja da naknada može imati i kaznenu funkciju nije nečuvena.¹¹⁴ Činjenica da je naknada nematerijalne štete uslovljena postojanjem krivičnog djela,¹¹⁵ navodi na zaključak da odštete imaju i kaznenu funkciju, a takav stav slijedi i praksa.¹¹⁶ Kazneni elementi vidljivi su i u tome što se traži da je radnjom krivičnog djela prouzrokovana šteta namjerno ili grubom nepažnjom.¹¹⁷ U specifičnim okolnostima, sudija pri određivanju visine naknade može uzeti u obzir i profit koji je ostvario štetnik, te njegov ekonomski status, što ukazuje na kaznenu funkciju nematerijalne štete.¹¹⁸

Osim toga, Zakonom o štampi je za slučajeve klevete u medijima, pored materijalne i nematerijalne štete izričito predviđena i privatna kazna tzv. *Reparazione pecuniaria*. Iznos kaznene odštete zavisi od ozbiljnosti djela i dostupnosti izdanja.¹¹⁹ Osim u medijskom pravu, kaznene odštete su u Italiji predviđene i Zakonom o industrijskom vlasništvu iz 2005¹²⁰ i Zakonom o parničnom postupku.¹²¹ *Statuto dei Lavoratori* (Zakon o radu) također predviđa da, u slučaju nezakonitog otkaza obeštećenje ne smije biti niže od iznosa petomjesečne plate.¹²²

U Švicarskoj se također mogu detektirati elementi kaznenih odšteta, npr. u oblasti radnog zakonodavstva, prava intelektualnog vlasništva i

113 Prema; Cappelletti, M., op.cit., str. 800.

114 Vidjeti odluke suda u Torre Annuziati; *Izzo v. Assitalia i ostali*, odluka od 24.2.2000. godine i *Guerra i drugi v. SAI* od 14.3.2000. godine gdje je sud uz kompenzaciju, eksplicitno priznao i kaznenu odštetu.

115 Čl. 2059 italijanskog Građanskog zakonika u vezi sa čl. 185. Krivičnog zakona Italije. Ovakva prvobitna uslovljenost naknade štete vremenom je ublažena. Sada je dovoljno je da se radi o hipotetičkom postojanju krivičnog djela, odnosno o povredi prava zaštićenih članom 2. Ustava. Nije, dakle, potrebno da protupravna radnja bude *in concreto* krivično djelo iza kojeg bi slijedila krivična prijava i presuda. (Ćurković, Marijan, *Talijanski sustav naknade štete zbog povrede prava na život i zdravlje*, Zbornik 18. Savjetovanja o obradi i likvidaciji automobilskih šteta, Opatija, 2010, str. 29).

116 Winiger, B., et.al., op. cit., str. 60.

117 Mrvić, Petrović, Nataša i Petrović, Zdravko, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima*, Strani pravni život 3/2010, str. 22.

118 Gallo, P., op.cit. str. 3.

119 Čl. 12, Zakona o štampi br. 47/1948 (*Disposizioni sulla stampa, diffamazione, reati attinenti alla professione e processo penale*). Kaznene odšteta koja se spominje u ovom Zakonu tzv. *Reparazione pecuniaria* ranije je postojala i u italijanskom krivičnom sistemu (čl. 38 Krivičnog zakona iz 1889. godine i čl. 7 ZKP iz 1913. godine). To je posebna novčana odšteta koju je kod delikta protiv časti i ugleda krivac bio dužan platiti na zahtjev oštećenika nezavisno od naknade štete. Za sve vrijeme dok je bila na snazi raspravljalo se da li predstavlja naknadu moralne štete ili neku vrstu privatne kazne. Većinom se smatrala kaznom. (Kalodera, M., op.cit., str. 219).

120 Čl. 124. st. 2, Zakonika o industrijskom vlasništvu br. 30/2005 (*Codice della proprietà industriale*, a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273).

121 Čl. 96 *Codice di procedura civile* (R.D. 28 ottobre 1940, n.1443).

122 Čl. 18 st. 2 Zakon br. 300/1970 (*Statuto dei Lavoratori*).

antidiskriminacijskih propisa.¹²³ U njemačkom pravu se smatra da sudovi u praksi dosuđuju ove odštete pod krinkom nematerijalne štete, što se argumentira relativno visokim naknadama koje se dosuđuju za povrede prava ličnosti¹²⁴ koje prevazilaze ciljeve satisfakcije.

I u Bosni i Hercegovini se mogu detektirati odredbe kojima je jasni cilj kažnjavanje štetnika. Naime, u Zakonu o patentu BiH, u odredbi koja nosi naziv „penal“ predviđeno je: „Ako je pravo nosioca koje proizlazi iz patenta povrijeđeno namjerno ili krajnjom nepažnjom, nosilac prava može od povredioaca tražiti naknadu do trostrukog iznosa ugovorene, a ako nije ugovorena, od odgovarajuće uobičajene naknade.“¹²⁵ „Prilikom odlučivanja o zahtjevu za plaćanje penala sud će uzimati u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito obim nastale štete, stepen krivice povredioaca, obim ugovorene ili uobičajene naknade i preventivni cilj penala.“¹²⁶

Također, smatra se i da je ugovorna kazna, predviđena u čl. 271 st. 2 Zakona o obligacionim odnosima, koja se može ugovoriti za slučaj da dužnik ne ispuni ili zakasni sa ispunjenjem svoje obaveze, građanskopravno sredstvo kaznenog karaktera, slično kaznenim odštetama.¹²⁷

Elementi kaznenih odšteta postoje i u drugim evropskim drzavama: Estoniji,¹²⁸ na Kipru,¹²⁹ u Rusiji,¹³⁰ Grčkoj,¹³¹ Poljskoj,¹³² Finskoj¹³³ Francuskoj,¹³⁴ i dr.

Kazene odštete nisu prihvaćene u instrumenatima koji su usmjereni na unifikaciju i harmonizaciju propisa na nivou Evropske unije.¹³⁵ Tako se u Uredbi

123 Fausten, T. i Hammesfahr, R., op.cit., str. 8.

124 Markens, R., C., op.cit., str. 303, Navedeno prema; Wagner, G., *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, AcP, 2006, str. 359.

125 Čl. 105 st.1 Zakona o patentu BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 53/10).

126 Čl. 105 st.2. Zakona o patentu BiH.

127 Ovo pravno sredstvo postoji i u uporednom pravu: čl. 1152 francuskog CC-a, čl. 6:91 holandskog BW, § 339 njemačkog BGB i dr.

128 U Estoniji su izmjenama Zakona o obligacionim odnosima 2010. godine uvedene kaznene odštete. Čl. 134 (6) predviđa da sud, kada odlučuje o naknadi koja se plaća za nematerijalnu štetu, koja je posljedica klevete,[...]“ može uzeti u obzir i potrebu utjecaja na štetnika, imajući u vidu njegov materijalni status kako bi ga odvratilo od uzrokovanja štete u budućnosti.“ (Lahe, Janno, *Punitive Damages in Estonian Tort Law?*, Journal of European Tort Law vol 2. br. 3/2011, str. 290).

129 Mateou, Sofia, Michaelides, *Punitive Damages in Cypriot Law*, u: Meurkens, Lotte i Nordin, Emily (ur.), *The Power of Punitive Damages*, Intersentia, Antwerp, 2012, str. 169.

130 Osakwe, Christopher, *Russian civil code, Parts 1-3 Text & Analysis*, Wolters Kluwer, Rusija, 2008, str. 212

131 Čl. 59 Građanskog zakonika Grčke.

132 Cl. 79 Zakona o autorskom pravu Poljske.

133 Winiger, B. et al.(ur), op.cit., str. 46.

134 L 211-13 *Code des assurances*; L 1142-14 *Code de la sante publique*; L 442-6 *Code de Commerce*; L 331-1-3 i L 331-1-4 *Code de la propriété intellectuelle*.

135 Oliphant ističe da kaznene odštete nisu u općoj upotrebi u odštetnom pravu Evropske zajednice (Oliphant, Kenneth, *The Nature and Assessment of Damages*, u: Koziol, H. i R. Schulze (ur.), Tort

Rim II navodi se da su „odštete koje ne služe kompenzaciji protivne pravnom poretku unije“.¹³⁶ U Principima evropskog odštetnog prava (PETL) se kao cilj naknade navodi samo reparacija i prevencija.¹³⁷ Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo (*Draft Common frame of Reference* - DCFR) govori samo o kompenzaciji štete, ne pominjujući kaznenu funkciju,¹³⁸ iz čega se može zaključiti da ni u ovom dokumentu kaznene odštete nisu priznate.

Činjenica je da ne postoji izričit propis koji bi dozvolio ove odštete u okviru EU. Postoje oblasti gdje je Evropska komisija nastojala podstaći privatnopravne tužbe za naknade štete, npr. u oblasti prava konkurencije, a u kojim je pokazala pozitivan stav prema ovim odštetama.¹³⁹ U Direktivi 2004/109/EZ o usklađivanju zahtjeva za transparentnošću u vezi s informacijama o izdavateljima čiji su vrijednosni papiri uvršteni za trgovanje na uređenom tržištu je izričito propisano da se ne dovodi u pitanje pravo države članice na izricanje kaznenih sankcija.¹⁴⁰ Evropski sud pravde (Sud) ove odštete nije izričito zabranio, već je prepustio pravom sistemu svake države da utvrdi kriterije za određivanje visine naknade pod uslovom da su ispoštovani principi proporcionalnosti i efektivnosti.¹⁴¹

Law of the European Community, Vienna: Springer Verlag, 2008, str. 244). Ovo implicitno proizilazi iz čl. 340 TFEU (Sporazuma o funkcionisanju Evropske Unije) § 2 koji se drži kompenzacijskog pristupa.

136 Da evropski zakonodavac razmatra kaznene odštete kao mogući dodatak evropskim režimima odštetnog prava potvrđuje uvrštavanje ovih naknada u prijedloge nekih od evropskih instrumenata (npr. Prijedlog regulative evropskog Parlamenta i Vijeća o pravu koje se primjenjuje na vanugovorne obaveze (čl 24). Iako je ovaj član u finalnoj verziji izostavljen, i zabrana kaznenih odšteta potvrđena u preambuli ovog dokumenta (a ne i u samom tekstu Regulative), to ipak dokazuje kolebanje evropskih institucija u pogledu odnosa prema ovoj pravnoj sankciji.

137 Čl 10:101 PETL-a implicitno navodi da je kompenzacija primarni cilj naknade štete; „*Reparacija treba da popravi pravno relevantnu štetu do stanja u kojem bi se oštećeni nalazio da šteta nije ni nastala.*“ Helmut Koziol naglašava da je Evropska grupa za odštetno pravo htjela razjasniti da PETL uopće ne dozvoljavaju kaznene odštete jer su očigledno uvijek neproporcionalne sa stvarnom štetom koju je pretrpjela žrtva. (Koziol. H., op.cit., str. 750). U komentaru čl. 10:101 PETL navodi se da, iako se preventivne odštete tehnički mogu smatrati različitim od kaznenih, u praksi može biti teško povući granicu između prevencije i kazne. (Magnus, Ulrich, *Principles of European Tort Law- Text and Commentary*, Springer/Verlag, Wien, 2005, str. 150).

138 Čl. 6:101 (1) DCFR koji nosi naziv „Cilj i oblici naknade“, predviđa da naknada treba vratiti osobu koja je pretrpjela pravno relevantnu štetu u stanje u kojem bi bila da pravno relevantan šteta nije nastupila.

139 Zelena knjiga o naknadama štete nastale povredom EU pravila o tržišnom natjecanju (*Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules*). „...doubling of damages at the discretion of the court, automatic or conditional, could be considered for horizontal cartel infringements.”

140 Čl. 28, *Directive 2004/109/EC of the European Parliament And Of The Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC.*

141 *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04); *Pasqualina Murgolo v. Assitalia SpA.* (C-298/04) od 13.7.2006. godine.

Ni Evropski sud za ljudska prava (ECHR) nikada nije dosudio kaznene odštete u sklopu zahtjeva za pravičnom naknadom iz čl 41.¹⁴² Međutim, ECHR u novijim presudama priznaje da kompenzacijske odštete mogu uključivati druge elemente osim čiste kompenzacije; prevenciju i kažnjavanje.¹⁴³

Prema svemu iznesenom, možemo zaključiti da, iako kaznene odštete nisu izričito prihvaćene ni na nivou EU, u praksi ECHR, niti u *soft law* instrumentima (koji najbolje odražavaju tendencije u Evropi), ipak postoje određeni impulsi koji bi se mogli protumačiti kao prodiranje kaznenih elemenata u evropsko odštetno pravo.

5. Zaključak

Odštetno pravo vrlo je dinamično pravno područje, te se stalno preispituju postojeća i predlažu nova rješenja kako bi se unaprijedila zaštita pojedinaca u slučaju povrede njihovih materijalnih i nematerijalnih dobara. Tako je primjerice, ne tako davno u vrijeme socijalizma, na našem području naknada nematerijalne štete bila nedopuštena, jer je smatrana protivnom načelima i duhu socijalističkog pravnog poretka.

Imajući u vidu mogućnost prilagođavanja odštetnog prava društvenim potrebama, nije nezamislivo da i kaznene odštete, koje se danas odbacuju kao nespojive sa evropsko-kontinentalnom pravnom tradicijom, vremenom budu prihvaćene u Evropi. Uprkos činjenici da se na prvi pogled čini kako ovaj institut za sada ne postoji u zemljama Evrope, detaljnijom analizom njihovih propisa dolazimo do zaključka da su kazneni elementi u određenoj mjeri ovdje već prisutni, naročito u okviru antidiskriminacijskih propisa, prava industrijskog vlasništva, prava konkurencije i prava zaštite potrošača. To pokazuje da one nisu nezamislive, i da postoji tendencija proširivanja funkcija odštetnog prava, kako bi se pored satisfakcije postigli i drugi ciljevi.

Kazneni elementi se u evropskoj sudskoj praksi priznaju i pod krinkom naknade nematerijale štete, i nesporno je da sudovi uzimanjem u obzir elemenata poput krivice i finansijskog statusa štetnika, žele postići ravnotežu između stepena povrede i iznosa naknade. Osim toga, sudovi u brojnim evropskim državama postaju fleksibilniji u pogledu priznanja i izvršenja presuda kojima se dosuđuju kaznene odštete, a sve je veći broj teoretičara koji se zalažu za njihovo uvođenje ističući njihove prednosti i potencijal za otklanjanje određenih nedostataka važećih odštetnopravnih rješenja.

Otpor prema kaznenim odštetama u Evropi posljedica je činjenice da one diraju u neke od osnovnih principa na kojima se temelji evropsko-kontinentalni

142 U svojoj praksi ESLJP je u predmetu *Aydin v Turske* (br. 23178/94 od 25.9.1997) i predmetu *Wainwright v Ujedinjenog kraljevstva* (br. 12350/04 od 26.9.2006) potvrdio da ne praktikuje da dosuđuje kaznene odštete. Međutim u literaturi se ističe da se pojmu pravične satisfakcije iz čl. 41 može dati šire značenje. (Shelton, D., op.cit., str. 80).

143 Krone Verlag GBMH v Austrija, (No. 33497/07 od 17.1.2012); Trévalec v. Belgije (ECtHR br. 30812/07. od 25.6. 2013).

pravni sistem; strogu podjelu između javnog i krivičnog prava, odnosno tradicionalne funkcije privatnog, naročito odštetnog prava.

S obzirom da se danas smatra da naknada štete može imati višestruke funkcije, dosuđivanje viših iznosa naknada za povrede prava može istovremeno vršiti funkciju satisfakcije, prevencije i kažnjavanja. Kaznene odštete bi tako naročito mogle biti korisne u situacijama kada je došlo do povrede prava ali nije nastala šteta (*iniuria sine damno*) (u ovim situacijama osnovna funkcija je prevencija i kazna), kako bi se spriječilo da štetnik prođe nekažnjeno iako je u konkretnom slučaju postupio protupravno. Također, u situacijama kada je štetnik djelovao s namjerom da ostvari korist, samo kompenzacija ne bi bila dovoljna da spriječi protupravno postupanje njega ili drugih u budućnosti. Pooštavanjem sankcija, potencijalni štetnici postaju tako svjesniji obaveze poštivanja tuđih prava i postupaju sa većim stepenom pažnje.

Na kraju treba naglasiti da koncept kaznenih odšteta u Evropi nije nov i ima korjene i rimskom pravu. Ironično, u kontinentalnoj Evropi je napušten, a nastavio se razvijati u *common law* pravnom sistemu. Upravo dugogodišnje iskustvo američkih i engleskih sudova u primjeni ovih odšteta mogu pomoći da se sagledaju prednosti, ali i nedostaci kaznenih odšteta, što može biti od velike koristi u debati o njihovoj opravdanosti, budući da ideja privatne kazne u Evropi doživljava svojevrsni preporod i izvjesno je da će nastaviti ili čak biti intenzivirana u budućnosti.

Literatura

1. Abramović, Andrej, *Odgovornost za štetu nastalu objavom informacije*, Hrvatska pravna revija br. 4, 2004
2. Article XIX, *Briefing Note On International and Comparative Defamation Standards*, dostupno na: (22.3.2015);
3. Ausness, Richard, C., *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, Kentucky Law Journal, Vol. 74, No. 1 (1985-1986)
4. Bikić, Abedin, *Naknada štete*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo
5. Bojanić, Igor, *Kaznena djela protiv časti i ugleda*, u knjizi: Posebni dio kaznenog prava (ur. Novoselac, Petar), Udžbenici Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007
6. Borovac, Jelena, *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava ličnosti*, Zbornik radova „Naknada štete, bezbednost saobraćaja i obavezno osiguranje“, Udruženje za odštetno pravo, Intermex, Beograd, 2009,
7. Borvik, Bjørnar, *The Norwegian Approach to Protection of Personality Rights - With a special emphasis on the protection of honour and reputation*, Fagbokforlaget, Bergen, 2004

8. Boyd, James i Ingberman, E., Daniel, *Do Punitive Damages Promote Deterrence*, International Review of Law and Economics, vol. 19, br. 1, 1999
9. Broman, Lisa M., *Punitive Damages: An Appeal for Deterrence*, 61 Neb. L. Rev. (1982);
10. Bubalo, Lana, *Obligacionopravna zaštita osoba s mentalnim smetnjama*, Zbornik radova "Dani porodičnog prava- Pravna zaštita odraslih osoba", god. IV, br. 4, Mostar 2016
11. Bujuklić, Žika, *Forum Romanum, Rimska država, pravo, religija i mitovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010
12. Bukovac Puvača, Maja, *Funkcije pravične novčane naknade u hrvatskom odštetnom pravu*, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 37, br. 1
13. Burazin, Luka, *Hegelov prinos suvremenom odštetnom pravu sa stajališta opće teorije i filozofije prava*, Hrvatska pravna revija, XI/2011
14. Calandrillo, Steve, *Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics*, 78 Geo. Wash. L. Rev. 774 (2010)
15. Cappelletti, Marco, *Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy*, Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 32, br. 3, 2015
16. Carmon, Haggai, *Foreign Judgments in Israel: Recognition and Enforcement*, Springer, Berlin, 2013
17. Chu, C.Y. Cyrus i Huang, Chen-Ying, *On defamation and efficiency of punitive damages*, International Review of Law and Economics 24 (2004)
18. Colby, Thomas, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 Minn. L. Rev. 583 (2003)
19. Cole, B. Kenneth, jr., *Punitive Damages, A Relic That Has Outworn Its Origins*, 37 Vand. L. Rev. 1117 (1984); Kelly, Michael B., *Do Punitive Damages Compensate Society?*, 41 San Diego L. Rev. 1429, 1433-35 (2004)
20. Cooter, D., Robert, *Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis*, 60 Law and Contemporary Problems 73-92 (1997)
21. Cooter, Robert, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, Alabama Law Review (1989)
22. Crnić, Ivica, *Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravične novčane naknade*, Naša zakonitost, 10/86
23. Crone, G., Tom, *Law and the Media - an Everyday Guide for Professionals*, Heinemann Professional Publishing, Oxford, 1989
24. Čolaković, Maja i Bubalo, Lana, „*Građanskopravna odgovornost za klevetu u sudskoj praksi Bosne i Hercegovine*“, XII Međunarodno savjetovanje Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Neum, 2014

25. Ćurković, Marijan, *Talijanski sustav naknade štete zbog povrede prava na život i zdravlje*, Zbornik 18. Savjetovanja o obradi i likvidaciji automobilskih šteta, Opatija, 2010
26. Dorsey, Ellis, D., Jr., *Fairness and Efficiency in Law of Punitive Damages*, 56 S Cal Law Review 1 (1982)
27. Englard, Izhak, *Punitive Damages – A Modern Conundrum of Ancient Origin*, Journal of European Tort Law, Vol. 3, br. 1 (2012)
28. Fausten, Thomas i Hammesfahr, Robert, *Punitive Damages in Europe: Concern, Threat or Non-issue*, Swiss-Re, Dostupno na: http://www.biztositasizemle.hu/files/201206/punitive_damage_in_europe.pdf
29. Feltoe, Geoffrey, *Zimbabwe*, u: International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, Blanpain, Robert (ur.), Hag, 2002
30. Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy?*, dostupno na: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/torts/gallo-1997/gallo.htm>
31. Gotanda, Y., John, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42 br. 2., (2004)
32. Green, D. Michael i Cordi, W. Jonathan, *Basic Questions of Tort law form comparative perspective of USA*, u: Basic Questions of Tort Law From a Comparative Perspective, (Koziol, Helmut (ur.)), Jan Sramek Verlag, 2015
33. Gross, W. Jeffrey, *The Penal Dimension of Punitive Damages*, 12 Hastings const. L. q, 1985,
34. Gurda, Vedad i Tulumović, Muhamed, *Imovinskopravni zahtjev oštećenog u zakonodavstvu i sudskoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli, br. 2, 2016
35. Hayajneh, Abdelnaser Zajad, *The Awarding of Punitive Damage under the Jordanina Civil Law: Is It Possible?*, European Journal of Social Sciences, vol. 14, br. 4, 2010
36. Heard, Richard (ur.), *Punitive damages in Europe, Concern, Threat or Non- Issue*, Swiss Re., 2012, str. 3. Dostupno na: http://www.biztositasizemle.hu/files/201206/punitive_damage_in_europe.pdf
37. Heriot, Gail, *Civilizing Punitive Damages. Lessons from Restitution*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 36, br. 2/9 (2003)
38. Janecek, Vaclav, *Exemplary Damages: A Genuine Concept?* European Journal of Legal Studies, Vol. 6, br. 2 (2013/14)
39. Jaramaz Reskušić, Ivana i Krka, Mario, *Furtum u rimskom privatnom pravu: pojam i pravna zaštita*, Pravnik, 41, 1 (84), 2007
40. Johnson, Vincent, R., *Focus: Punitive Damages In China*, Frontiers of Law in China, vol. 9, br. 3, 2014
41. Kalodera, Marko, *Naknada neimovinske štete - Rasprava iz komparativnog prava*, Zagreb, 1941
42. Kircher, J. John i Wiseman, M. Christine, *Punitive Damages Law and Practice*, vol. 1, Eagan: Thomson/West, 2000

43. Klarić, Petar, *Ima li pravna osoba pravo na novčano popravljjanje nematerijalne štete*, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, 1995
44. Klarić, Petar, *Odštetno pravo: uporedopravna studija odabranih pojmova i instituta*, Narodne novine, Zagreb, 1995
45. Koziol, Helmut i Wilcox, Vanessa (ur.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Law, Tort and Insurance Law, vol. 25., Springer, Beč, 2009
46. Koziol, Helmut, *Punitive Damages - A European Perspective*, Louisiana Law Review, vol. 68, br. 3, 2008
47. Lahe, Janno, *Punitive Damages in Estonian Tort Law?*, Journal of European Tort Law vol 2. br. 3/2011
48. Larson, T. i Leonardi, D., *A Comparative Study of Costs in Defamation Proceedings Across Europe*, Programme in Comparative Media Law and Policy Centre for Socio - Legal Studies, University of Oxford, 2008
49. Loza, Bogdan, *Obligaciono pravo*, Kaner, Sarajevo, 2000
50. Magnus, Ulrich, *Principles of European Tort Law- Text and Commentary*, Springer/Verlag, Wien, 2005
51. Markens, Rennee Charlotte, *Punitive damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons & Cavetas for Continetal Europe*, Kluwer, Deventer, 2014
52. Medić, Duško, *Prilog raspravi o konceptu nematerijalne štete u Republici Srpskoj de lege ferenda*, Zbornik radova za XII redovno savetovanje sa međunarodnim učešćem Udruženja za odštetno pravo, Zlatibor, 2009
53. Meurkens, Lotte i Nordin, Emily (ur.), *The Power of Punitive Damages*, Intersentia, Antwerp , 2012
54. Misita, Nevenko, *Pravičnost i novčana naknada neimovinske štete*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 1989
55. Mojašević, Aleksandar, *Kaznena odšteta u američkom pravu*, Strani pravni život, 1/2011
56. Morait, Branko, *Obligaciono pravo*, knjiga druga (vanugovorni obligacioni odnosi), Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2007
57. Mrvić, Petrović, Nataša i Petrović, Zdravko, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima*, Strani pravni život 3/2010
58. Mrvić-Petrović, Nataša, *Dekriminalizacija klevete – supremacija slobode izražavanja u odnosu na čast i ugled*, Strani pravni život, Institut za uporedno pravo, br. 2/2013
59. Müller, F. Max., (ur.), *Sacred Books of the East: Laws of Manu*, vol. XXV, Clarendon press, 1886
60. Nikšić, Saša, *Povreda prava na duševni integritet*, u: Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povreda prava osobnosti (Klarić Petar ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006

61. Oliphant, Kenneth, *The Nature and Assessment of Damages*, u: Koziol, H. i R. Schulze (ur.), *Tort Law of the European Community*, Vienna: Springer Verlag, 2008
62. Owen, G. David, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 Mich. L. Rev. 1257 (1976)
63. Owen, G., David, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 Vill. L. Rev. 363 (1994)
64. Owen, G., David, *Why Philosophy Matters to Tort Law*, u: *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, New York, 1995
65. Petronio, F., Cozzi, Fabio i Falco, F., *Italy Admits Punitive Damages*, dostupno na: <https://www.paulhastings.com/publications-items/details?id=b7cfec69-2334-6428-811c-ff00004cbded>
66. Petrović, M., Zdravko, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Novinsko-izdavačka ustanova „Vojska“, Beograd, 1996
67. Pickering, Danby (ur.), *Statutes at Large*, Vol. XXIV, Cambridge, 1799
68. Počuča, Milan, *Naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha*, Privredna akademija, Novi Sad, 2008
69. *Punitive damages and libel law*, Harvard Law Review, Vol. 98, br. 4 (1985)
70. Radolović, Aldo *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, Doktorska disertacija, Zagreb, 1985
71. Radolović, Aldo, *Odnos prava osobnosti i medijskog prava*, Zbornik Pravnog fakuleta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28 br.1 /07
72. Rmuš, Marinko, *Novčana naknada neimovinske štete* u: Prouzrokovanje štete i njena naknada, Perimex, Budva, 1998
73. Rouhette, Thomas, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, Defense Counsel Journal, vol. 74, br. 4 (2007)
74. Sarhan, Adnan, *Punitive Damage: Comparative Study*, Al Yarmouk University, vol. 13, br. 4, (1997)
75. Sharkey, M., Catherine, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 Yale L.J. 347 (2003)
76. Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press
77. Srđić, M., *Kleveta u sudskoj praksi*, u: *Medijsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Halilović, Mehmed i Džihana Amer (ur.), Internews, Sarajevo, 2012
78. Stanković, Obren, *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd, 1972,
79. Stephanson, Graham, *Sourcebook on Torts*, 2 izd., Cavendish Publishing, Ltd., London 2000
80. Van Boom, Willem, *Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking*, 17 Maastricht Journal of European and Comparative Law 1 (2010)

81. Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*, Knjiga I, Naklada pisaca, Zagreb, 1978
82. Von Bar, Christian, *Common European Law of Torts*, Vol. 2, Clarendon Press, 2000
83. Wagatsuma, Hiroshi i Rosett, Arthur, *The Implications of Apology: Law and Culture in Japan and the United States*, 20 *Law and Society Review*, vol 20, br. 4 (1986)
84. Walton, C., Clarence, *Punitive damages- new twist in torts*, *Business ethics quarterly*, vol. 12, br. 3, 1991,
85. Weinrib, Ernest J., *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, *Chicago- Kent Law Review* vol. 78 br. 55 (2003)
86. Yeung, Karen, *Competition Law and the Public/Private Divide*, u: M. Freedland & J.-B. Auby (ur.), *The Public Law/Private Law Divide*, Oxford and Portland (OR), Hart Publishing, 2006

Lana Bubalo, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, „Džemal Bijedić“ University of Mostar

DO PUNITIVE DAMAGES HAVE A FUTURE IN EUROPEAN CONTINENTAL LAW?

Summary

Over the last decades in Europe the traditional functions of tort law are being reconsidered, including the need for re-establishment and legalization of a private punishment as a civil sanction. The so called punitive damages are a characteristic of *common law* legal systems, while in Europe, where the public and private law are strictly divided, there is still a resistance in awarding damages in the amount higher than what is needed to put the party who has been injured in the same position as he would have been in if the damage had not occurred.

The interest in punitive damages in Europe first emerged in relation to the recognition and enforcement of foreign (US) court decisions, while today many authors in Europe advocate for their acceptance for the purpose of overcoming certain deficiencies of the tort law.

In this paper the author analyses the notion and particularities of punitive damages, their advantages and disadvantages, the current situation and their European perspective. She concludes that many punitive elements are already present in the civil law of many European countries, including Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *Punitive damages, functions of damages, personality rights, ordre public*