

dr. sc. Lana Bubalo, viša asistentica
Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

OBLIGACIONOPRAVNA ZAŠTITA OSOBA S MENTALNIM SMETNJAMA

Sažetak: U ovom radu autorica istražuje na koji način obligacionopravne norme mogu doprinijeti zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama, te da li bi se i kako određenim zakonodavnim intervencijama *de lege ferenda* ova zaštita mogla unaprijediti. U vezi sa statusom osoba sa mentalnim smetnjama u teoriji i praksi postoje brojna sporna pitanja koja dotiču neke od osnovnih postulata odštetnog prava. Tako je sporno da li im se uopće treba priznati pravo na naknadu štete, trebaju li im se priznati sva prava ličnosti, koliko i kako stepen mentalnog oštećenja može utjecati na visinu naknade, te kakvu funkciju naknada štete ima u takvim slučajevima. Zaključuje se da je usvajanje objektivne koncepcije, prema kojoj se nematerijalna šteta definiše kao povreda prava ličnosti, sasvim opravdano jer bi uskraćivanje prava na novčanu naknadu nematerijalne štete osobama sa mentalnim smetnjama predstavljalo jedan od oblika diskriminacije prema Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom.

Ključne riječi: mentalne smetnje, prava ličnosti, naknada nematerijalne štete, funkcije naknade štete

1. Uvod

Prema procjenama Svjetske zdravstvene organizacije u svijetu danas oko 15 %, odnosno približno milijardu ljudi živi sa nekim oblikom invaliditeta. Oni su najveća svjetska manjina.¹ Razlozi za povećanje interesovanja za ovu grupu odraslih su mnogobrojni: demografske promjene, razvoj medicine, društvene promjene, te povećanje interesa za zaštitu ljudskih prava općenito.²

Bez obzira na nivo zaštite ljudskih prava i ekonomsku situaciju u pojedinoj zemlji, prava osoba sa invaliditetom se generalno svugdje slabije poštuju. Naročito su osobe s mentalnim smetnjama³ širom svijeta

¹ Navedeno prema WHO Media center, *Disability and health, Fact sheet N°352*, Dostupno na: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/> (21.1.2016).

² Vijeće Evrope, Memorandum objašnjenja preporuke R(99)04 o principima koji se tiču pravne zaštite punoljetnih osoba umanjениh sposobnosti (usvojen 23. 2. 1999. godine). Dostupan na: <https://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjAqLrxxZDMAhVjD5oKHVDNBhIQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.hrc.unsa.ba%2Fprojekti%2FMemorandum.doc&usg=AFQjCNF4IuVn6BQraLwpgCTp9TcRt4ltew> (15.4.2016).

³ Kao odraz promjene stavova društva prema osobama sa mentalnim smetnjama mijenjala se i terminologija i klasifikacija ovih smetnji. Nazivi „oligofreni, moroni, mentalno retardirani,

stigmatizirane, diskriminirane i suočavaju se sa značajnim preprekama u ostvarivanju svojih osnovnih prava. Upravo se zbog slabijeg društvenog položaja i vulnerabilnosti ovoj kategoriji stanovništva mora omogućiti da uživaju jednaka prava kao i osobe bez navedenih smetnji.⁴ Pravilo bi trebalo biti da, što je osoba ranjivija i slabija (intelektualno, zdravstveno i sl.) njena zaštita bude utoliko veća.

Uvidjevši da opći međunarodni okvir za zaštitu ljudskih prava nije dovoljan da se zaštite prava ovih lica,⁵ Ujedinjene nacije su 2006. godine usvojile Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom (dalje: Konvencija). Radi se o instrumentu od krucijalnog značaja za zaštitu ove kategorije ljudi. Konvencija sadrži niz međunarodnih standarda za zaštitu građanskih, ekonomskih, političkih i socijalnih prava osoba sa invaliditetom baziranih na inkluziji, jednakosti i nediskriminaciji.⁶

mentalno subnormalni, mentalno hendikepirani“ su postepeno zamenjivani terminima „osobe sa intelektualnim smetnjama, teškoćama ili intelektualnim invaliditetom“. Međutim i danas se naziv „osobe sa mentalnom retardacijom“ koristi u stručnoj i naučnoj literaturi. (Vidjeti npr: Not, Teodora, *Mentalna retardacija: definicija, klasifikacija i savremena podrška osobama sa intelektualnim poteškoćama*, Nova prisutnost IV/3 (2008); Alfirev, M., *Socijalni model u rehabilitaciji osoba s mentalnom retardacijom*, Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja vol. 36 br. 1 (2000) i dr.).

⁴ „Obaveza je nadležne vlasti Bosne i Hercegovine, entiteta i Distrikta Brčko da omogući osobama s invaliditetom uživanje njihovih prava, uključujući ljudska, građanska i politička prava na jednakoj osnovi kao i ostalim građanima.“ (Pravilo 15 st. 1 Odluke o prihvatanju Standardnih pravila Ujedinjenih nacija za izjednačavanje mogućnosti za osobe sa invaliditetom - Rezolucija Generalne skupštine br. 48/96 od 20. decembra 1993. godine, „Službeni glasnik BiH“, broj 41/03).

⁵ Međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava štite i promovišu prava svih ljudi, uključujući osobe sa invaliditetom. Najznačajnije su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.

⁶ Osim na međunarodnom nivou, zaštita osoba sa invaliditetom i njihovih prava predviđena je i *lex specialis* zakonima brojnih država (npr. R Hrvatska ima Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama („Narodne novine br. 76/14), Srbija Zakon o zaštiti lica sa menatlnim smetanjama („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 45/13), Crna Gora Zakon o zaštiti i ostvarivanju prava mentalno oboljelih lica („Službeni listu RCG“, br. 32/2005), Rumunija Zakon o zaštiti i unapređenju prava osoba sa hendikepom (Zakon br. 448/ 2006, „Službeni glasnik“ br. 1 od 3.1.2008. godine, dostupan na engleskom jeziku na: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/LEGE%20448%20engleza.pdf> (28.1.2016), Kipar (Zakon o osobama sa invaliditetom (N.127(I) /2000), dosupan na engleskom jeziku na: <http://www.cyprus.gov.cy/portal/portal.nsf/gwp.getGroup?OpenForm&access=0&SectionId=citizen&CategoryId=Persons%20with%20Disabilities&SelectionId=Laws%20and%20resolutions%20regarding%20persons%20with%20disabilities&print=0&lang=en> (28.1.2016). Zakoni koji regulišu ovu materiju u BiH postoje na nivou entiteta: Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama Federacije BiH („Službene novine FBiH“, broj 37/01, 40/02 i 52/11) i Zakon o zaštiti lica s mentalnim poremećajima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 46/04). Posredna zaštita ovoj kategoriji stanovništva se pruža i anti-diskriminacijskim propisima (Zakon o zaštiti od diskriminacije BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 59/09) u čl. 2 predviđa da je, osim pobrojanih osnova zabrane diskriminacije, ona zabranjena „i po osnovu svake druge okolnosti“ što uključuje i invaliditet. Invaliditet kao osnov za zabranu diskriminacije izričito predviđaju i ustavi mnogih zemalja. Vidjeti npr. čl. 3 st. 3 Ustava Njemačke, čl. 7 st. 1. Ustava Australije i dr.).

Invaliditet je prema ovoj Konvenciji pojam koji obuhvata kako fizičke, tako i mentalne teškoće koje onemogućavaju osobi normalno funkcionisanje u društvu.⁷ Prema Preporuci R(99)04 o principima koji se tiču pravne zaštite punoljetnih osoba umanjениh sposobnosti Vijeća Evrope,⁸ odrasla se osoba može smatrati osobom sa umanjениm sposobnostima, kako je ustanovljeno u članu 6, paragraf 3 Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini Vijeća Evrope, samo u slučaju „mentalne onesposobljenosti, bolesti ili sličnih razloga“.⁹ Prema izvještaju koji objašnjava ovu Konvenciju, termin „slični razlozi“ se odnosi na situacije poput nesreće ili kome.¹⁰ Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama FBiH, pod osobama sa duševnim smetnjama podrazumjeva duševno bolesne osobe, osobe sa duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijene osobe, ovisnike o alkoholu ili drogama ili osobe sa drugim duševnim smetnjama,¹¹ dok pod težim duševnim smetnjama podrazumjeva duševne smetnje zbog kojih osoba nije u mogućnosti shvatiti značenje svog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da je neophodna psihijatrijska pomoć.¹²

Osobe sa mentalnim smetnjama, kao i svi drugi, imaju prava ličnosti. Stoga im se mora omogućiti ostvarivanje i zaštita tih prava građanskopravnim sredstvima. I dok je pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete nesporno, pitanje dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete osobama sa težim mentalnim smetnjama, a naročito osobama sa poremećajem svijesti, otvara brojna pitanja o kojima još uvijek ne postoji saglasnost kako u teoriji, tako ni u praksi.

Utjecaj mentalnih smetnji, naročito poremećaja svijesti na mogućnost ostvarivanja prava na novčanu naknadu nematerijalne štete je pitanje koje dotiče

⁷ Prema Konvenciji, pojam “osoba sa invaliditetom” se odnosi na sve osobe koje imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili senzorna oštećenja koja u interakciji s različitim barijerama mogu ometati njihovo puno i djelotvorno sudjelovanje u društvu ravnopravno s ostalim članovima tog društva. (Čl. 1 st. 2 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom).

⁸ *Recommendation no. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*, Dostupna na: https://www.google.ba/search?q=recommendation+protection+of+adults+council+of+europe&oq=recommendation+protection+of+adults+council+of+europe&gs_l=serp.3...1489.13613.0.13773.0.0.0.0.0.0.0.0...0...1c.1.64.serp..0.0.0.zfTMxxV86PM (15.3.2016).

⁹ *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 1999, Dostupna na: <http://documents.tips/documents/konvencija-o-zastiti-ljudskih-prava-i-dostojanstva-ljudskog-bica-u-pogledu.html> (15.3.2016).

¹⁰ Vidi paragraf 43 Eksplanatornog izvještaja Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, Dostupna na: <https://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj3p5LVxJDMAhWld5oKHZorDfQQFgghMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.univie.ac.at%2Fmedizinrecht%2Fmaterialien%2Fbiomedicine.pdf&usq=AFQjCNEEnv7SHD2NbrvRVT-z3UazGL8x5AQ> (15.3.2016).

¹¹ Čl. 3 st. 1 Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetanjama FBiH.

¹² Čl. 3 st. 2 Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetanjama FBiH.

neke od osnovnih principa odštetnog prava. Da li ovim osobama pripadaju sva prava ličnosti? Da li povreda prava ličnosti sama po sebi predstavlja nematerijalnu štetu ili je potrebno da je osoba pretrpjela fizičku ili duševnu bol ili strah? Da li stepen intelektualnog oštećenja treba utjecati na visinu naknade nematerijalne štete? Koja je funkcija nematerijalne štete koja se dosuđuje i da li osim satisfakcijske u obzir mogu doći i neke druge funkcije?

U nastavku ćemo pokušati istražiti na koji način obligacionopravne norme mogu doprinjeti zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama i da li bi se određenim zakonodavnim intervencijama *de lege ferenda* ova zaštita mogla učiniti učinkovitijom.

2. Zaštita prava ličnosti osoba sa mentalnim smetnjama u obligacionom pravu

U gotovo svim savremenim pravnim sistemima norme o zaštiti ličnosti nalazimo i u javnom i u privatnom pravu. Pri tome, javnopravna i privatnopravna sredstva jedna druge ne isključuju već upotpunjuju i zajedno doprinose da zaštita tih dobara dobije na obimu, snazi i djelotvornosti.¹³ Postavlja se pitanje da li i kako građansko pravo, odnosno konkretnije obligaciono pravo doprinosi zaštiti prava ličnosti osoba sa invaliditetom? Zakon o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)¹⁴ sadrži odredbe o pravima ličnosti, koja pripadaju svim licima, uključujući i osobe sa invaliditetom.¹⁵ Pojam prava

¹³ Zaštita čovjekove ličnosti zadatak je cjelokupnog pravnog sistema. Pravna dobra koje štiti građansko pravo kroz učenje o pravima ličnosti štite se i mehanizmima međunarodnog, ustavnog, upravnog, krivičnog i drugih prava. Taj pozitivan sukob nadležnosti ničim ne oduzima pravima ličnosti njihov juridički primat. Konkurencija pravnih oblika zaštite će dapače samo dobro doći i veći je zapravo problem što u praksi postoji pretežno negativan sukob nadležnosti. (Radolović, A., *Pravo ličnosti u građanskom pravu Hrvatske*, Vladavina prava br. 1/ 1998, str. 90; Gavella, N., *Osobna prava I dio*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2000, str. 15).

¹⁴ Zakon 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.

¹⁵ Čl. 157, 200 i čl. 201 ZOO. Mentalna oštećenja koja su posljedica delikta mogla bi se podvesti i pod gubitak životne aktivnosti koje obuhvaća sva ograničenja životnih aktivnosti oštećenika koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom toku stvari u budućnosti sigurno ostvarivao (Zaključak br. 6 prihvaćen na sjednici Građansko-privrednog odjela Vrhovnog suda Hrvatske od 30. 3. 1987. godine, broj Su 343-IV/87), pod uslovom da je oštećeni zbog toga pretrpio duševnu bol. U ZOO nema osnove za dosuđenje posebne naknade nematerijalne štete oštećeniku zbog gubitka životnih radosti (Vs Hrvatske Rev-231/81 od 9. 3. 1982. godine), jer to nije pravno priznat oblik nematerijalne štete. Pojam gubitka životne radosti i duševne boli se razlikuju. Moguće je da osoba izgubi životnu radost, bez da doživi svjesnu duševnu bol i strah. Tu fokus nije na onome što je oštećeni svjestan da je izgubio, nego je to naknada za ono što za ono što je izgubljeno. Duševna bol i strah su subjektivni koncepti i ne mogu postojati nezavisno od ljudske svijesti koja ih doživljava. Za razliku od toga, umanjeње ljudske sposobnosti da uživa život kao posljedica povrede je objektivna činjenica koja se u principu ne razlikuje od gubitka oka ili uda. Naknada štete zbog duševne boli se dosuđuje samo za period koliko je trajala ta bol i strah, dok se kod gubitka životne radosti naknada daje za smanjenu mogućnost oštećenog da uživa u životnom zadovoljstvu za ostatak života. Prema Cramer, R., *Loss of Enjoyment of Life as a Separate Element of Damages*, 12 Pac.L.J. 1981., str. 965.

ličnosti se izričito ne definiše ali se na više mjesta spominje u vezi sa institutom naknade nematerijalne štete. Iako postoji mogućnost da se pojavi povreda prava ličnosti bez istovremenog izazivanja nematerijalne štete, nema nematerijalne štete bez prethodno izvršene povrede prava ličnosti.¹⁶ Dakle, pojam prava ličnosti je širi pojam u odnosu na nematerijalnu štetu, jer ona postoje nezavisno i samostalno, bez obzira je li usljed njihove povrede došlo i do nematerijalne štete,¹⁷ a naknada nematerijalne štete predstavlja samo jedan od oblika zaštite prava ličnosti.¹⁸ U novije se vrijeme teorija,¹⁹ ali i moderna zakonodavstva²⁰ zalažu za još jaču identifikaciju prava ličnosti i nematerijalne štete tako što nematerijalnu štetu definišu kao povredu prava ličnosti.

Većina autora²¹ se slaže da prava ličnosti nisu nikakav sinonim za ljudska prava²² i da sa ljudskim pravima imaju samo onoliku vezu koliko imaju i sva druga prava, zapravo ljudska su samo utoliko što nema „neljudskih“ prava.²³ Radi se o kompleksnom pojmu²⁴ u kojem se isprepliću elementi javnog i privatnog prava, prava i morala.²⁵ Moglo bi se reći da su u pitanju prava *sui generis*, hibridna prava, odnosno „privatna ljudska prava“,²⁶ kojima se uređuju pravni odnosi između pojedinaca kao ravnopravnih pravnih subjekata, tj. horizontalno među građanima *inter se*, po čemu se razlikuju od prava

¹⁶ Radolović, A., *Pravo ličnosti u građanskom pravu Hrvatske*, op. cit., str. 88.

¹⁷ i.d. ., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, doktorska disertacija, Zagreb, 1985, str. 341.

¹⁸ Petrović M., Zdravko, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede fizičkog integriteta ličnosti*, Novinsko izdavačka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1990., str. 14.

¹⁹ Petrović definiše nematerijalnu štetu kao štetu koja je pričinjena ličnosti koja se sastoji u povredi ličnih prava. (Petrović, Z., *Naknada nematerijalne štete zbog povrede fizičkog integriteta ličnosti*, op.cit., str. 15). Romštajn smatra da moralna šteta predstavlja povredu neimovinskih (ličnih) prava, a ona se sastoji od povrede moralne imovine (moralnu imovinu čine tjelesni integritet, zdravlje, sloboda, čast i dr.), Romštajn, I., *Naknada neimovinske štete za fizičke bolove*, Pravni život br. 3/88, str. 466. Nasuprot ovim shvatanjima, postoji i suprotno mišljenje da je neprihvatljivo poistovjećivanje nematerijalne štete i prava ličnosti (Stanković, O., *Naknada neimovinske štete, sa posebnim osvrtom na Jugoslavensku sudsku praksu*, Savremena administracija, Beograd, 1968, str. 8).

²⁰ Vidjeti npr. čl. 1046 Hrvatskog Zakona o obligacionim odnosima iz 2005. godine. („Narodne Novine“ br. 35/05, 41/08 i 125/11).

²¹ Medić, D., *Prilog raspravi o konceptu nematerijalne (neimovinske) štete u Bosni i Hercegovini de lege ferenda*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 8, Mostar, 2010., str. 104; Radolović, A., *Prava ličnosti u Zakonu o obligacionim odnosima*, Pravni život, br.1/1989, str. 151.

²² Drugim riječima, iako „lična dobra uživaju javnopravnu zaštitu, to ne znači da se nekom povodom tih prava priznaju ikakva subjektivna, privatna prava.“ (Gavella, N., op.cit., str. 16).

²³ „U literaturi je nesporno da je učenje o pravu ličnosti sastavni dio sveukupne problematike ljudskih prava.“ Prema: Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, op.cit., str. 11-12.

²⁴ Kalodera, M., *Naknada neimovinske štete - Rasprava iz komparativnog prava*, monografija, Zagreb, 1941., str. 19.

²⁵ Radolović, A., *Pravo ličnosti u građanskom pravu Hrvatske*, op.cit., str. 73.

²⁶ Brügge-meier, G. et al., *Personality rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010, str. 6.

javnopravne naravi u kojima postoji odnos subordiancije (podređenosti pojedinca državi).²⁷

Prava ličnosti imaju specifičan objekt - lično dobro koje je usko vezano i neodvojivo od ljudske ličnosti. To su dobra koja pripadaju čovjeku kao biološkom biću (pravo na život, tjelesni integritet, slobodu, pravo na duševni integritet), ali i niz drugih dobara, koja su integralni dio čovjekove ličnosti (privatni život, čast, ugled, ime, glas, vlastita slika i dr.)²⁸

Neka od prava ličnosti, uključujući i ona koja su izričito nabrojana u ZOO, sadržana su i u Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom. Prema Konvenciji, svako ljudsko biće ima urođeno pravo na život i države članice moraju preduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurale da osobe sa invaliditetom uživaju ovo pravo na jednakim osnovama sa drugima.²⁹ Osim toga, izričito im se priznaje i pravo na slobodu i sigurnost,³⁰ poštovanje fizičkog ili mentalnog integriteta,³¹ privatnost, čast i ugled i pravo na korespondenciju.³²

2.1. Prava ličnosti osoba sa mentalnim smetnjama

S obzirom na karakter pojedinih ličnih dobara, koja se stiču i postepeno razvijaju tokom čovjekovog života, razvojem ličnosti,³³ sporno je trebaju li osobe sa mentalnim smetnjama uživati zaštitu svih prava ličnosti ili im neka ne bi trebalo priznati. Npr. pitanje je treba li im priznati pravo na čast i ugled s obzirom da ne mogu razumjeti smisao radnje upravljene protiv njih.³⁴

Dok se ranije smatralo da od sadržaja i stepena te psihosocijalne zrelosti ovisi koja će prava ličnosti u svakom konkretnom slučaju pripadati odnosnom

²⁷ Treba napomenuti da postoje i shvatanja prema kojima između ljudskih prava i prava ličnosti treba staviti znak jednakosti (Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, 1974, prema Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, op.cit., str. 97), odnosno da su prava ličnosti istovremeno i lična ustavna prava. (Vidjeti u: Borovac, J., *Povreda prava ličnosti sudije*, Aktualna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2009., str. 465).

²⁸ Zakon o obligacionim odnosima u članu 200 uz nabrojanje pojedinih prava ličnost; ugleda, časti i slobode navodi ...“ili prava ličnosti“. Kako se zakonodavac ne bi ograničio na taksativno nabrojanje ovih prava koja su u stalnom razvoju i kako bi omogućio sudskoj praksi da pod ovaj pojam podvodi i druga prava, u postojeću odredbu bi se trebalo umjesto sintagme „ili prava ličnosti“ *de lege ferenda* jednostavno dodati „ili ostalih prava ličnosti“.

²⁹ Čl. 10 Konvencije.

³⁰ Čl. 14 Konvencije.

³¹ Čl. 17 Konvencije.

³² Čl. 22 Konvencije.

³³ Lična dobra se dijele na ona koja čovjeku pripadaju kao fizičko-biološkom biću, psihičkom biću i društvenom biću. Vidjeti o ovoj podjeli detaljnije: Vodinić, V., *Međunarodno privatno pravo ličnosti*, Nomos, Beograd, 2003, str. 253.

³⁴ Čast je subjektivna kategorija i predstavlja mišljenje koje čovjek ima o sebi kao pripadniku određene društvene sredine, dok je ugled mišljenje koje sredina i javno mnijenje imaju o ličnosti i objektivna je kategorija.

pravnom subjektu, u teoriji i praksi se stav o tome postepeno mijenjao.³⁵ Danas se generalno smatra da prava ličnosti pripadaju svakom čovjeku od trenutka stjecanja pravnog subjektiviteta, odnosno od rođenja.³⁶ Iako možda i nemaju predodžbu o vlastitoj vrijednosti, osobe sa mentalnim smetnjama imaju dostojanstvo, koje je viši rodni pojam u odnosu na čast i ugled i koje se mora zaštititi bez obzira na njihovu vlastitu svijest o tome. Takav stav potvrđuje i Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom.³⁷

Iako osobama sa mentalnim smetnjama mogu biti povrijeđena sva prava ličnosti, naročito često dolazi do povrede prava na slobodu ovih lica. Naime, ovim se osobama može legitimno ograničiti pravo na slobodu ako uslijed svoje mentalne smetnje ozbiljno i direktno ugrožavaju vlastiti život ili zdravlje ili sigurnost, odnosno život ili zdravlje ili sigurnost drugih.³⁸ Međutim, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP), ograničavanje slobode, osim što mora biti zakonito, ne smije biti proizvoljno, a takvo je u okolnostima kada lišenje slobode nije stvarno potrebno ili kada ima nezakonit cilj.³⁹ U svakom slučaju, osoba ne može biti lišena slobode "samo zato što njeni stavovi ili ponašanje odstupaju od normi koje preovladavaju u određenom društvu".⁴⁰ ESLJP je u svojoj praksi⁴¹ uspostavio kriterije koji moraju biti ispunjeni da bi lišenje slobode mentalno oboljele osobe ne bi kvalificiralo kao "proizvoljno":

1. da su mentalni poremećaj utvrdili objektivni medicinski stručnjaci;
2. priroda ili stepen poremećaja moraju biti dovoljno teški da opravdaju lišenje slobode;
3. lišenje slobode smije trajati samo onoliko koliko traje medicinski poremećaj, odnosno određena jačina poremećaja;
4. u slučajevima gdje je lišenje slobode potencijalno neograničeno, moraju se vršiti povremene revizije pred tribunalom koji ima ovlasti da odredi otpuštanje;

³⁵ I autori koji su prvobitno smatrali da ove kategorije fizičkih osoba ne mogu biti titulari prava na čast i ugled, jer nisu na onom stepenu psihosocijalnog razvoja koji bi im omogućio postojanje takvog prava danas prihvaćaju generalni stav da je svaki čovjek titular prava ličnosti. (Cf. Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, op.cit., str. 100 i Radolović, A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006., str. 144 i 145).

³⁶ U novijim se građanskim kodifikacijama izričito normira pravo maloljetnika i osoba sa ograničenom poslovnom sposobnošću da pokreću postupak za zaštitu svojih prava ličnosti. Prava ličnosti poslovno nesposobnih osoba štite njihovi zakonski zastupnici. (Čl. 2:54 mađarskog Građanskog zakonika - Zakon IV od 1959, <http://www.angelfire.com/mn2/reformclub/hunc1.html> (17.2.2016). Jedini izuzetak od pravila da se prava ličnosti stiču rođenjem je pravo na ime, za čije stjecanje je potrebno izvršiti upis u matičnu knjigu rođenih.

³⁷ Čl. 22 st.1 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.

³⁸ Čl. 22 st. 1 Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama.

³⁹ Ovaj osnov je jedan od slučajeva sadržanih u tački e) stava 1. člana 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

⁴⁰ *Winterwerp v. Holandije* (aplikacija broj 6301/73 (A/33) od 24. oktobra 1979. godine).

⁴¹ Vidjeti *X v. Ujedinjenog Kraljevstva* (aplikacija br. 7215/75 od 5. 11.1981. godine) i *Ashingdane v. Ujedinjenog Kraljevstva* (aplikacija br. 8225/78 od 28.5.1985. godine).

5. lišenje slobode mora biti u bolnici, klinici ili drugoj odgovarajućoj instituciji koja ima ovlasti za da takve osobe drži u pritvoru.

Osim prava na slobodu, osobama sa mentalnim smetnjama moguće je na osnovu zakona ograničiti i pravo na tjelesni integritet, tj. one se mogu i bez pristanka podvrgći pregledu ili drugom liječničkom postupku koji služi liječenju onih duševnih smetnji zbog kojih su prisilno smještene u ustanovu.⁴² Osim toga, mnoge osobe sa mentalnim smetnjama nisu u stanju razumijeti prirodu, posljedice ili opasnost predloženog liječničkog postupka ili ne mogu izraziti svoju volju u trenutku kada treba donijeti odluku o podvrgavanju nekom liječničkom pregledu ili drugom postupku. Zakon predviđa da se osoba sa duševnim smetnjama koja nije sposobna dati pristanak može podvrgnuti samo onom liječničkom postupku koji je u njezinom najboljem interesu.⁴³

Pravo na privatnost tumači se danas jako široko. Ono se ne odnosi samo na zaštitu od iznošenja događaja iz privatnog života neke osobe protivno njenoj volji, već daje osobi apsolutnu privatnu vlast u pogledu vođenja vlastitog života, te ovlast da svakoga isključi od protivpravnog zadiranja u njega.⁴⁴ Stoga se u praksi ESLJP kao jedan od oblika povrede prava na privatnost smatra i nezakonito oduzimanje ili ograničavanje poslovne sposobnosti,⁴⁵ dok se u našem pravu povreda slobode odlučivanja može podvesti pod jedno drugo pravo, pravo na psihički ili duševni integritet.⁴⁶

Pravo na duševni integritet može se definisati kao pravo ličnosti na cjelovitost i nepovredivost duševnog zdravlja.⁴⁷ Narušavanje duševnog integriteta predstavlja između ostalog i duševno nasilje i psihičko mučenje čemu su osobe sa mentalnim smetnjama također često izložene. Istraživanja pokazuju kako osobe s intelektualnim teškoćama imaju 4 do 10 puta veće šanse da postanu žrtve nasilja nego osobe bez invaliditeta.⁴⁸ Ovisnost osoba s mentalnim smetnjama o pomoći drugih ljudi; roditelja, članova porodice, stručnjaka u instituciji i sl. može biti rizični faktor za pojavu nasilja.⁴⁹ Nasilje u ustanovama povezano je s discipliniranjem i zastrašivanjem korisnika. To je dio institucionalne pedagogizacije: ponašanje osoblja poručuje korisnicima, direktno ili indirektno, da su nevrijedni, da trebaju biti što je moguće manje zahtjevni, te

⁴² Čl. 9 st. 3 Zakona o zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama.

⁴³ Čl. 8 st. 3 Zakona o zaštiti osoba sa mentalnim smetnjama.

⁴⁴ Gavella, N., *op.cit.*, str. 212.

⁴⁵ *Matter v. Slovačke* (aplikacija br. 31534/96 od 5.7.1999. godine) § 68; *Shtukatur v. Rusije* (aplikacija br. 44009/05 od 27.3. 2008. godine) § 96.

⁴⁶ Finžgar, A., *Prava ličnosti*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1988, str. 159.

⁴⁷ Dropulić, J., *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Vizura, Zagreb, 2002., str. 218

⁴⁸ Josipović, A.M, Najman Hižman, E., Leutar, Z., *Nasilje nad osobama s intelektualnim teškoćama*, Nova prisutnost, br. 4 (2008), 3, str. 357.

⁴⁹ *Ibid.*, str. 370.

da nemaju izbora. Takvi načini institucionalne pedagogizacije služe slabljenju samopoštovanja, pobuđuju osjećaj nesigurnosti i manjak lične nezavisnosti.⁵⁰

2.2. Pravo osoba sa mentalnim smetnjama na naknadu nematerijalne štete u bosanskohercegovačkom i uporednom pravu

U teoriji i praksi je sporno da li osobama sa mentalnim smetnjama pripada pravo na naknadu nematerijalne štete. S jedne strane su osobe koje imaju neki oblik intelektualnog oštećenja, ali mogu komunicirati sa okolinom. One osjećaju fizički bol, ali zavisno od stepena mentalnog oštećenja i njihovog psiho-fizičkog razvoja mogu biti nesposobne da percipiraju duševnu bol i strah.⁵¹ S druge strane su osobe sa poremećajima stanja svijesti koje ne mogu osjetiti ni fizički ni duševni bol i strah. Svijest je sveukupno psihičko doživljavanje; sveukupno opažanje, mišljenje, osjećanje, htjenje i djelovanje. Oblici poremećaja svijesti su: somnolencija, sopor i koma. Somnolencija je stanje dublje pospanosti, ali iz koje se bolesnik da razbuditi pozivom ili podražajem. Sopor je stanje svijesti u kojem je bolesniku teško izazvati motorički odgovor čak i na duboki bolni podražaj. Komu obilježava stanje bez svijesti i bez reakcija.⁵²

Prema ZOO, nematerijalna šteta se definiše kao nanošenje drugom fizičkog i duševnog bola ili straha.⁵³ Ova šteta, da bi se dosudila naknada mora biti jačeg intenziteta i trajanja.⁵⁴ Za razliku od svjesnih osoba gdje se pomoću vještačenja, a prema težini mentalnih smetnji može utvrditi sposobnost doživljaja duševne boli i straha, situacija sa osobama koje imaju neki poremećaj svijesti je mnogo kompleksnija.⁵⁵ Naime, duševna bol je emotivna reakcija oštećenog na povredu nekog ličnog dobra. Stoga, da bi osoba doživjela bol, mora postojati određeni stepen svijesti.⁵⁶ Postavlja se pitanje kako utvrditi da li

⁵⁰ *Ibid.*, str. 358.

⁵¹ Osobe sa mentalnim smetanjama nisu homogena skupina, već se njihova klinička slika može uveliko razlikovati s obzirom da ovaj pojam obuhvaća etiološki različite poremećaje i niz popratnih smetnji. Ovome vidjeti više u: Kocijan-Hercigonja *et al.*, *Mentalna retardacija*, Nakanda Slap, Jastrebarsko, 2000, str. 11.

⁵² Polić, B., *Poremećaj svijesti*, dostupno na:

http://neuron.mefst.hr/docs/katedre/klinicke_vjestine/Poreme%C4%87aj%20svijesti%20-%20KV%20II.pdf (10.2.2016).

⁵³ Čl. 155. ZOO.

⁵⁴ Čl. 200. ZOO.

⁵⁵ Postoje autori koji smatraju da su osobe bez svijesti i osobe koje imaju neki oblik intelektualnog oštećenja jednaki po pitanju mogućnosti da dožive duševnu bol. (Vidjeti više kod: Stolker, Carel J. M, *The Unconscious Plaintiff: Consciousness as a Prerequisite for Compensation for Non-pecuniary Loss*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 39, br., 1990, str. 95).

⁵⁶ U sudskoj praksi i teoriji sa područja bivše Jugoslavije izražen je stav da je za priznavanje naknade nematerijalne štete za duševne boli potrebno i postojanje oštećenikove svijesti da mu je povrijeđeno neko pravo. (Tako Vs Hrvatske Rev-2547/86 od 24. 03. 1987. godine. Predmet se tiče naknade štete zbog smanjenja životne aktivnosti). U teoriji se kao jedan od argumenata u prilog priznavanju naknade nematerijalne štete osobama sa poremećajem stanja svijesti navodi se i to da, kada bi priznaje povrede ličnosti zavisilo od svijesti oštećenog, moglo bi se tvrditi i da je

je osoba sa poremećajem svijesti zaista potpuno nesvjesna ili samo nije u stanju da komunicira sa okolinom?⁵⁷ Razvojem medicine i tehnologije će u budućnosti možda biti moguće utvrditi da i ove osobe osjećaju fizičku i psihičku bol i strah, pa bi sa tog aspekta bilo neopravdano uskratiti im pravo na naknadu nematerijalne štete. Osim toga, koma je tranzitorno stanje, pa je moguće da osoba povremeno mijenja stanja svijesti, pa i čak da se potpuno oporavi i nastavi normalan život. Prognoza zavisi o vrsti i težini uzroka i ostalim premorbidnim faktorima, uključujući godine.

Šteta je objektivna činjenica i odgovora negativnoj razlici između stanja u kojem je žrtva bila prije i poslije štetnog događaja. Ako se pribjegne subjektivnoj koncepciji, ova šteta se ne nadoknađuje, a do povrede prava ličnosti je ipak došlo iako oštećeni toga možda nije svjestan. I osoba bez svijesti je živa osoba koja ima prava i dostojanstvo, ona može nasljeđivati, može biti legatar, pa bi trebala moći i dobiti naknadu štete za povredu svoga prava posredstvom svojih zakonskih zastupnika. U tom pogledu smatramo da se ne bi trebala praviti razlika između materijalne i nematerijalne štete. Naime, ako neko izgubi nogu kao rezultat skrivljene radnje drugog, on ima pravo na naknadu obične štete, izgubljene dobiti, troškova liječenja i sl. bez obzira da li je svjestan svoga gubitka ili ne.

Uzimajući u obzir navedene razloge, najbolje rješenje bi bilo prihvatanje objektivne koncepcije prema kojoj se naknada nematerijalne štete definiše kao povreda prava ličnosti, za što se zalaže i većina pravnih teoretičara.⁵⁸ Na ovaj

povreda manja ili da ne postoji za vrijeme sna (reverzibilne nesvijesti). O ovome vidjeti više kod Lutte, I., *Defining personal loss after severe brain damage*, Laureys, S., Schiff, N. D. i Owen, A. M. (ur.), *Coma science: Clinical and Ethical Implications*, Elsevier, 2009, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, br. 1, 1990, str. 356.

⁵⁷ Nedavno su naučnici, koristeći MRI skener mozga, uspjeli dokazati da osoba za koju se vjerovalo da je potpuno nesvjesna, može komunicirati informacije vezane za svoje medicinsko stanje. Za ovo otkriće zaslužan je britanski neurolog, profesor Adrian Owen, koji je prije gotovo tri godine razvio tehniku čitanja misli ljudi koji se nalaze u vegetativnom stanju. Izvor: <http://net.hr/magazin/zdravlje/u-vegetativnom-stanju-komunicira-s-lijecnicima/> (15.2.2016).

⁵⁸ Vodinelić, V., *Obligaciono-pravna zaštita ličnosti*, Pravni život 1, 1989., str. 130-131; Čolaković, M., *Naknada štete nastale povredom prava na tjelesni integritet u bosanskohercegovačkom pravu*, Revija za pravo i ekonomiju, Mostar, br. 1/2010., str. 53; Pollock, F., *The Law Of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 4. Izd., 1886, str. 210.; Bikić, A., *Naknada neimovinske štete de lege lata i de lege ferenda*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2009, str. 449; Antić, O., *Obligaciono pravo*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik 2007, str. 524; Radovanov, A., *Neka sporna pitanja iz oblasti naknade nematerijalne štete*, Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima *de lege lata i de lege ferenda*, Kragujevac 2009, str. 309; Romšajn, I., *op.cit.*, str. 466; Klarić, P., *Odnos naknade štete za tjelesno oštećenje i novčane satisfakcije za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti*, Naša zakonitost 4/85, str. 398; Andrejević, S., Mutinović, Lj. i Petrović, Z., *op.cit.*, str. 272; Krneta, S., *Pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava*, Odabrane teme privatnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 262; Milošević, Lj., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1972, str. 134; Cigoj, S., *Šteta*, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Blagojević-Krulj, Beograd, 1983, Knjiga I, str. 532; Crnić, I.,

način bi se osobama sa mentalnim smetnjama osigurala jednaka zaštita u okviru obligacionog prava i poboljšao njihov položaj u odnosu na trenutna rješenja. Za razliku od intenziteta i trajanja duševne boli kao mjerila za određivanje visine naknade, u ovakvim slučajevima trebalo bi voditi računa o ozbiljnosti napada na lična dobra i drugim okolnostima pod kojima je do povrede došlo.⁵⁹

Iako osobe u komi i osobe sa teškim mentalnim oštećenjima ne mogu osjećati bol ili strah koji predstavljaju uslov za ostvarenje novčane naknade nematerijalne štete prema ZOO, priznaje im se pravo na nenovčane oblike popravljavanja štete, budući da se ove mjere mogu dosuditi kada je došlo do povrede prava ličnosti.⁶⁰ Prema tome i osoba sa mentalnim oštećenjima i osoba u komi posredstvom svog zastupnika može tražiti prestanak radnje kojim se vrijeđa njeno pravo ličnosti, odnosno objavljivanje presude, ispravke ili nešto drugo čime se može ostvariti svrha naknade. Međutim, smatramo da je proturječno tvrditi da osobi sa mentalnim oštećenjima zadovoljenje mogu pružiti nenovčani oblici satisfakcije, a da novčani ne mogu. Ako se uzme da ove osobe po prirodi nisu sposobne osjetiti zadovoljenje, to bi se moralo odnositi na sve oblike satisfakcije, a ne samo novčanu naknadu štete.

U uporednom pravu se uglavnom napušta subjektivna koncepcija naknade nematerijalne štete kako bi se oštećenim dale veće mogućnosti ostvarivanja prava na nematerijalnu štetu. U nekim je državama poput Francuske, Njemačke, Italije i Španije “objektivizacija” nematerijalne štete rezultat stajališta prihvaćenih u sudskoj praksi. U njemačkom pravu, za razliku od ranije kada su sudovi odbijali takav tužbeni zahtjev,⁶¹ danas pravo na naknadu proizilazi iz čl. 1 Ustava koje propisuje pravo na dostojanstvo.⁶² Naime, povreda ličnosti ili bar njenih osnovnih funkcija mora se na neki način nadoknaditi čak i uslučaju kada oštećeni ne može razumijeti i osjetiti gubitak ili bol.⁶³ Po novom shvatanju, naknada osim satisfakcije treba da pruži i neku vrstu kompenzacije tužiocu. Tužilac mora biti obeštećen za povredu prava ličnosti bez obzira da li usljed toga pati i trpi duševnu bol.⁶⁴ U drugima zemljama, poput Austrije, objektivizacija nematerijalne štete je rezultat napora pravne nauke, što je dovelo do prihvatanja ovakvog stava i u sudskoj praksi. U kontekstu naknade nematerijalne štete osobama sa mentalnim smetnjama, austrijski Vrhovni sud je istakao da osoba lišena sposobnosti da doživi bol, strah i patnju također trpi povredu zbog koje je opravdano dosuđivanje odgovorajuće naknade.⁶⁵

Neimovinska šteta, drugo izdanje, Organizator, Zagreb, 2006, str. 248; Novaković, D., *Obligacionopravna zaštita prava ličnosti*, Medijski dijalozi vol. 6., br. 15, 2013, str. 207. i dr.

⁵⁹ Crnić, I., *Povreda prava osobnosti pravnih osoba*, op.cit., str. 243.

⁶⁰ Čl. 157. i 199. ZOO.

⁶¹ BGH od 16.12. 1975, VI ZR 175/74, NJW 1976 1147, 22. 6. 1982 VI ZR 247/80', NJW 1982, 2123.

⁶² BGH VI RZ 201/91 od 13.10. 1992. godine.

⁶³ Winiger, B. et al. (ur.), *Essential Cases on Damage*, Walter de Gruyter, Berlin, 2011., str. 659.

⁶⁴ *Ibid*, str. 660.

⁶⁵ OGH 31.8.1992, 8 Ob 581/92; OGH 26.7. 2006, 3 Ob 116/05 p.

U određenom broju država, npr. u Švicarskoj⁶⁶ Poljskoj⁶⁷ i Rusiji,⁶⁸ objektivistički koncept nematerijalne štete predviđen je i zakonom. U Poljskoj je sudskoj praksi prema tome nesporno da osobe sa mentalnim smetnjama imaju pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete. U jednom je predmetu sud ženi, koja je nakon anestezije pri porodu pretrpjela oštećenja mozga i pala u komu, uz novčanu rentu u iznosu od 600 eura mjesečno sud je dosudio i oko 125.000 eura naknade za nematerijalnu štetu. Sud je utvrdio da je oštećena izgubila mogućnost da uživa u životu i majčinstvu, da joj treba doživotna pomoć i da su joj izgledi za oporavak loši. Također je našao da se ne može isključiti mogućnost da se oštećena probudi iz kome i ponovo razvije sve funkcije potrebne za normalan život.⁶⁹

Objektivna koncepcija usvojena je i u Načelima evropskog odštetnog prava, Nacrtu zajedničkog referentnog okvira (*Draft common frame of reference*),⁷⁰ te i američkom *Restatement Second*-u.⁷¹ Za objektivizaciju se zalaže i Evropski sud za ljudska prava koji ne zahtjeva bilo kakav dokaz da je nematerijalna šteta nastala. Umjesto toga, Sud primjenjuje tzv. „dokazni kriterij“ tj. oborivu pretpostavku da je povreda bilo kojeg prava iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP) prouzrokovala nematerijalnu štetu. Naime, mnogi oblici nematerijalne štete po prirodi nisu pogodni za dokazivanje, pa ESLJP zasniva svoju pretpostavku na činjenici da bi u situaciji u kojoj se nalazi oštećeni svaka prosječna osoba također pretrpjela štetu.⁷²

I zemlje u regionu koje su izvršile reformu Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine također su se opredijelile za ovo rješenje. Hrvatska,⁷³

⁶⁶ Čl. 49. švicarskog Obligacijskog zakonika iz 1911. godine, dostupan na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201507010000/220.pdf> (15.4.2016).

⁶⁷ Čl. 23-24 Građanskog zakonika Poljske iz 1964. godine (dostupno na: https://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEWjq_6bfkZrMAhUoD5oKHdczB9sQFggkMAE&url=https%3A%2F%2Fsupertrans2014.files.wordpress.com%2F2014%2F06%2Fthe-civil-code.pdf&usg=AFQjCNF8hRSHxXW87nlQbYpNhVDr2y7Jxw) (15.4.2016).

⁶⁸ Građanski zakonik Ruske Federacije iz 1996 (dostupan na: <http://www.russian-civil-code.com/>) (15.4.2016) u čl. 151. navodi da je sud ovlašten osobi kojoj je nanesena nematerijalna šteta povredom njezina ličnog, neimovinskog prava ili drugih neimovinskih dobara, kao i u ostalim zakonom predviđenim slučajevima, dosuditi novčanu naknadu za tako prouzrokovanu štetu.

⁶⁹ *Sąd Apelacyjny Rzeszów*, 12.10.2006, I ACa 377/ 06.

⁷⁰ Povrede časti, slobode i privatnosti su šteta same po sebi (VI 2: 203).

⁷¹ Kleveta *per se* podrazumjeva slučajeve kad je kleveta očigledna iz same publikacije (§ 571-574 *Restatement Second*).

⁷² *Gridin v. Rusije*, aplikacija broj 4171/04 od 1.6. 2006.godine § 20, *Firstov v. Rusije*, aplikacija broj 42119/04 od 20.2. 2014.godine § 49.

⁷³ Prema novom rješenju ZOO R Hrvatske iz 2005.godine, neimovinska šteta je definisana kao povreda prava ličnosti (čl. 1046 ZOO R Hrvatske „Narodne novine“ br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15), pa nije neophodno prouzrokovanje sekundarne štete koja nastaje kao posljedica povrede lične sfere. Pod pravima ličnosti podrazumjevaju se: pravo na život i tjelesno i duševno zdravlje,

Slovenija⁷⁴ i Makedonija⁷⁵ su izmjenama ZOO-a iz 1978. godine umjesto subjektivne odlučile usvojiti objektivnu koncepciju naknade štete. Crna Gora je donijela novi ZOO 2008. godine, a definicija nematerijalne štete je kombinacija rješenja u hrvatskom ZOO i slovenačkom Obligacijskom zakoniku. Prema ZOO-u Crne Gore, nematerijalna šteta je nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha, kao i povreda prava ličnosti i ugleda pravnog lica.⁷⁶ Istu koncepciju prihvata i član 168. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije iz 2009. godine, koji na postojeći tekst (čl. 155 ZOO) dodaje riječi “nego i povreda svakog zakonitog interesa, kao i povreda prava ličnosti.” ZOO iz 1978. godine i subjektivna koncepcija se primjenjuju dakle još uvijek samo u Srbiji, gdje je u postupku usvajanje novog Građanskog zakonika, te u Bosni i Hercegovini. U BiH je još 2006. godine izrađen Nacrt Zakona o obligacionim odnosima koji je ostao na subjektivno-objektivnog koncepciji naknade nematerijalne štete.⁷⁷ Kasnije su u radnoj verziji iz 2009. godine izmijenjene i dopunjene odredbe čl. 174, 175, 178, 234, 238 po uzoru na promociju objektivne koncepcije naknade nematerijalne štete izvršenu u ZOO Hrvatske iz 2005. godine. Odredba o pojmu štete je redefinisana, jer je uz materijalnu štetu, povreda prava ličnosti definisana kao nematerijalna šteta. Pod pravima ličnosti su nabrojana pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost ličnog i porodičnog života, sloboda i dr.⁷⁸

2.3. Funkcije nematerijalne štete

Da li se naknada štete može dosuditi i osobama sa mentalnim oštećenjima zavisi i od funkcije naknade štete u važećem pravnom poretku, tj. cilja koji se njome želi postići. Pitanje funkcije naknade nematerijalne štete je jako značajno, ne samo teoretsko, nego i praktično pitanje, jer je pravna priroda, odnosno “cilj kojem služi naknada” jedan od kriterija koji služi odmjeravanju pravične novčane naknade.⁷⁹ Koji je to cilj kojem služi naknada Zakon o

ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i privatnog života, slobodu i dr. (čl. 19. st. 2 ZOO R Hrvatske).

⁷⁴ Obligacijski zakonik R Slovenije („Uradni list R Slovenije“ br. 83/01 od 25.10. 2001. godine) u čl. 132 definisao je nematerijalnu štetu kao prouzrokovanje tjelesnih i duševnih bolova i straha drugom, te narušavanje ugleda pravne osobe. („*Nepremoženjska škoda je povzročitev telesnih ali duševnih bolečin ali strahu drugemu ter okrnitev ugleda pravne osebe*“).

⁷⁵ Makedonija je po uzoru na R Hrvatsku, Zakonom o izmjenama i dopunama ZOO-a („Službeni vesnik na Republika Makedonija“ br. 84/2008) redefinisala nematerijalnu štetu kao povredu prava ličnosti (čl. 142 ZOO).

⁷⁶ Član 149. ZOO Crne Gore ("Sl. list Crne Gore", br. 47/08 od 07.08.2008, 04/11 od 18.1.2011).

⁷⁷ Član 201. Nacrta Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske od 16. 6. 2003. dostupan na: www.ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligaciono_pravo.pdf (24.1.2015).

⁷⁸ Morait, B., *Povrede ličnih prava kao uslov odgovornosti na naknadu nematerijalne štete*, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, Prva regionalna konferencija, Jugoslovenski pregled, Beograd, 2010., str. 312.

⁷⁹ Čl. 200 st. 2 ZOO.

obligacionim odnosima ne navodi. Domaća teorija⁸⁰ i praksa⁸¹ gotovo su jedinstvene u stajalištu da pravična novčana naknada ima isključivo satisfakcijsku funkciju,⁸² pa se čak i predlaže da se pojam pravična novčana naknada u Zakonu o obligacionim odnosima zamijeni izrazom satisfakcija ili zadovoljenje.⁸³ Naknada koja ima funkciju satisfakcije usmjerena je na

⁸⁰ Vidjeti: Vizner, B., *Komentar Zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*, Knjiga I, Naklada pisaca, Zagreb, 1978., str. 919; Kalodera, M., *op.cit.*, str. 367, str. 169; Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava, op.cit.*, str. 54. i dr.

⁸¹ „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). 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 15.4.2009. godine).

Prema Općem zaključku Velikog civilnog senata *Bundesgerichtshof-a* Njemačke (Saveznog vrhovnog suda) 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 misao da štetnik duguje oštećenom zadovoljenje za ono što mu je učinio (Klarić, P., *op.cit.*, str. 264).

⁸² Unutar teze o građanskom karakteru zadovoljenja razlikuje se nekoliko varijacija: a) teza o uspostavi ravnoteže između bola i radosti prema kojoj se zadovoljenjem stvara 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 d) teza o zamjeni povrijeđenog dobra. tj. ravnotežu koja je poremećena umanjenjem ličnosti moguće je uspostaviti povraćanjem umanjenog dobra, a ako je to nemoguće, povećanjem drugog dobra- imovine.

⁸³ Prema Crniću, izraz satisfakcija ili zadovoljenje je bliži suštini zahtjeva za popravljjanje ugroženog ili izgubljenog nematerijalnog dobra. Zato naziv pravična novčana naknada u ZOO - u nije pravno-tehnički najbolje rješenje, jer i materijalnoj šteti također immanentan postulat pravičnosti. (Crnić, I., *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 bilj. 1). Klarić ističe da se pravična novčana naknada se ne bi mogla poistovijetiti sa novčanom naknadom štete, jer bolovi i strah nemaju prometnu vrijednost ni cijenu, što je osnov za utvrđivanje novčane naknade kao ekvivalenta povrijeđenom dobru. Zato ona predstavlja treći oblik, satisfakciju (zadovoljenje) koja oštećenom pripada na ime pretrpljenih bolova i straha. (Klarić, P., *Pravična novčana naknada za nematerijalnu štetu*, Naša zakonitost 10/1986, str. 1335 i dalje).

I Kalodera predlaže izraz zadovoljenje za naknadu neimovinske štete, jer pored toga što se njim služi većina stranog zakonodavstva, on odgovora i svrsi, historijskom razvoju i našoj ranijoj terminologiji. Odredbom čl. 202 ZOO-a koja nosi naziv „Satisfakcija u posebnim slučajevima“

uklanjanje psihičkih povreda, odnosno ublažavanje povrijeđenog pravnog osjećaja i vraćanje oštećeniku osjećaja vlastite vrijednosti. Pružanjem određenog moralnog ili materijalnog osjećaja zadovoljstva, nastoji se ublažiti težina bolova koja mu je štetnom radnjom prouzrokovana kako bi se uspostavila psihička i emocionalna ravnoteža.⁸⁴ Razumije se da se pri tome ne radi o računskom, nego o psihološkom izjednačavanju štete i odštete.⁸⁵

Ako se prihvati da je funkcija isključivo satisfakcija, osobe bez svijesti ne bi imale pravo na naknadu jer ne mogu osjetiti zadovoljenje koje bi im umanjilo bol i strah,⁸⁶ dok bi kod osoba sa mentalnim smetnjama takva funkcija mogla doći u obzir.⁸⁷ Naime, odlučujući faktor je da li je osoba svjesna nakande, ne u smislu da shvata zašto joj se dosuđuje određeni iznos (jer to ne može shvatiti), već u smislu da može posredstvom novca ostvariti određeno zadovoljenje. Ako se osobama u stanju kome, čak i dosudi naknada nematerijalne štete na objektivnoj osnovi, postavlja se pitanje šta bi oštećeni mogao s tim novcem, odnosno kako bi zakonski zastupnici mogli potrošiti novac u njegovu korist?⁸⁸ Naknadom mu se ne može priuštiti ništa zbog čega bi osjećao sreću i zadovoljstvo i što bi eliminiralo negativne posljedice štete. Prema tome, novac u ovakvim slučajevima ne bi mogao vršiti funkciju satisfakcije.

Za razliku od domaće literature, u uporedom pravu se smatra da ovo nije jedina, a često ni primarna funkcija nematerijalne štete.⁸⁹ Takva stajališta se

zakonodavac je prihvatio naziv satisfakcija i afirmirao pravičnoj novčanoj naknadi karakter satisfakcije. (Kalođera, M., *op.cit.*, str. 391).

⁸⁴ Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava, op.cit.*, str. 169.

⁸⁵ Kalođera, M., *op.cit.*, str. 367.

⁸⁶ *Flanne v. United States*, 4th Cir., 718 F.2d 108, 111, cert. denied 467 U.S. 1226, 104 S.Ct. 2679, 81 L.Ed.2d 874.

⁸⁷ Stolker, C., *The Unconscious Plaintiff: Consciousness As A Prerequisite For Compensation For Non-Pecuniary Loss*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 39, 1990, str. 97.

⁸⁸ Ovdje se otvara još jedno delikatno pitanje, a to je eventualno ograničavanje trošenja sredstava dobivenih na ime naknade. Specifičnost vezana za osobe sa mentalnim smetnjama u odnosu na druge tipove invaliditeta jeste da, u slučaju kada im je oduzeta poslovna sposobnost, njihova prava i interese zastupaju staratelji. Oni kao zakonski zastupnici mogu u ime ovih osoba podnijeti tužbu za naknadu štete, bilo da se radi o mentalnim oštećenjima nastalim kao posljedica delikta (npr. saobraćajne nesreće ili medicinske greške) ili o povredi prava ličnosti osobe koja već od ranije ima mentalne smetnje. Prema tome, podnošenje tužbe zavisi ne od ličnog osjećaja oštećenog, nego od objektivne procjene takvog oštećenja od drugih lica koja su sa oštećenim u bliskoj vezi, koji udležuju i o načinu upotrebe novca dobivenog na ime naknade. Sud se generalno ne bi trebao miješati u to kako će naknada štete biti utrošena. U teoriji se naglašava da je pravo na naknadu pojmovno nezavisno od njene upotrebe. (Kalođera, M., *op.cit.*, str. 52-53). I u njemačkom pravu je oštećenom prepušteno da sâm odluči da li će sredstva od naknade zaista i iskoristiti za otklanjanje štete. (Mayer, T., *Zakon o naknadi štete u njemačkom Građanskom zakoniku-osnove i aktuelne tendencije*, Naknada štete i osiguranje, udruženje za odštetno pravo Beograd i Euromedija Budva, Budva/Beograd, 2005, str. 168). Postavlja se pitanje da li bi i u našem pravu zakonske zastupnike trebalo ograničiti kako bi novac upotrijebili isključivo za poboljšanje stanja oštećenog?

⁸⁹ Van Boom, W., *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

pravdaju uobičajenom praksom dosuđivanja naknade nematerijalne štete pravnim osobama, duševno bolesnim i osobama u stanju kome, kao i osobama dobrog materijalnog stanja kod kojih se ne može ostvariti funkcija satisfakcije.

U velikom broju pravnih poredaka pravičnoj novčanoj naknadi nematerijalne štete se pridaje dominantno kompenzacijska funkcija, prema kojoj novčana naknada ima funkciju poravnjanja prouzrokovane nematerijalne štete.⁹⁰ Za razliku od naknade kao satisfakcije koja se procjenjuje subjektivno, naknada kao kompenzacija za prouzrokovanu štetu se procjenjuje objektivno. Ona predstavlja „simboličnu”, odnosno „pravičnu” naknadu, onu koju društvo smatra primjerenom s obzirom na značaj povrijeđenog dobra, stepen njegove povrede i ostale okolnosti slučaja.⁹¹

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: kaznena i preventivna.⁹²

Prevenciju kao jedan od ciljeva naknade štete (ili bar poželjnu nuspojavu) priznaje većina evropskih zemalja (osim Grčke, Italije i Nizozemske),⁹³ a predviđa se i u Principima Evropskog odštetnog prava.⁹⁴ Iako ima onih koji

smatra da „[...]u stvarnosti pravična novčana naknada ipak kažnjava štetnika, ali u mjeri u kojoj to okolnosti konkretnog slučaja dozvoljavaju.“ (Borovac, J., *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava ličnosti*, *op.cit.*, str. 117).

⁹⁰ 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, dostupan na: http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_francais/codes_juridiques/Code_des_obligations_et_des_contrats.pdf (17.7.2014)) i Maroka (čl. 78 Građanskog zakonika, dostupan na: http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=191424#LinkTarget_625 (17.7.2014)). Takvu odredbu sadrži i Argentinski Građanski zakonik (čl. 1078, dostupan na: http://archive.org/stream/argentinecivilc00whelgoog/argentinecivilc00whelgoog_djvu.txt (15.4.2016)). Kompenzacijska funkcija prihvaćena je i u zemljama romanskog pravnog kruga u kojima naknada nematerijalne štete, za razliku od materijalne, podliježe određenim ograničenjima. (Npr. u Italiji i Paragvaju).

⁹¹ Baretić, M., *op.cit.*, str. 491.

⁹² *Ibid.*, str. 492.

⁹³ Abramović, A., *Odgovornost za štetu nastalu objavom informacije*, Hrvatska pravna revija br. 4, 2004, str. 43. Npr. Švedski Hustler je nakon objavljene fotomontaže švedskih političara obavezan na plaćanje iznosa od 10.000 EUR, a sud je izričito naglasio 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).

⁹⁴ Vidjeti čl. 2:104 Principa Evropskog odštetnog prava. (<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf> (14.11.2014)).

ovu funkciju negiraju,⁹⁵ kao i onih koji preventivnu funkciju ističu kao primarni cilj novčane naknade,⁹⁶ većina autora ipak drži je prevencija skoro uvijek sporedan efekat novčane naknade nematerijalne štete.⁹⁷ Iako ostaje empirijski nedokazivo da građanskopravna sredstva preveniraju buduće štete jer 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. Preventivna funkcija pravične novčane naknade u vezi s povredom prava ličnosti trebala bi utjecati na sve pravne subjekte⁹⁸ da ne vrijeđaju prava drugih pravnih subjekata jer i tuženi i svi treći, potencijalni kršitelji prava tužioca, imaju pred sobom sasvim jasno izražen stav pravosudnog autoriteta da će svako takvo ili slično ponašanje i u svim budućim slučajevima obavezivati na popravljivanje štete. Dakle, prevencija bi trebala omogućiti da se nastupanje štetnih posljedica u što je većoj mjeri smanji.

Osim preventivne, i kaznena funkcija odštetnog prava je prihvaćena u jednom broju odštetnopravnih sistema.⁹⁹ Izvor ovog shvatanja je u rimskom deliktu pravu. Novčana naknada kao privatna kazna počiva na ideji *vindictae*. U tome, a ne u svoti koju prima, oštećeni nalazi zadovoljenje za povrijeđeni pravni osjećaj. Pristalice kaznene funkcije nakande nematerijalne štete smatraju da, pošto je povredom prava ličnosti nanese izvorsno moralno zlo, koje se ne može ukoniti ni platiti, onome koji je to zlo skrivio može se nametnuti jedno

⁹⁵ Loza ističe da građanskopravna odgovornost nema za cilj prevenciju (Loza, B., Bogdan, *Obligaciono pravo*, Kaner, Sarajevo, 2000., str. 197). Burazin smatra da je retributivnu i preventivnu funkciju popravljivanja štete moguće odbaciti kao nesuglasne bitnim obležjima popravljivanja štete. (Burazin, L., *Hegelov prinos suvremenom odštetnom pravu sa stajališta opće teorije i filozofije prava*, Hrvatska pravna revija, XI/2011, str. 82).

⁹⁶ 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, za koju je naknada u većini slučajeva 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, O., *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd, 1972, str. 56).

⁹⁷ Owen, G., David, *Why Philosophy Matters to Tort Law*, u: *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, New York, 1995, str. 7; Radolović, A., *Odnos prava osobnosti i medijskog prava*, *op.cit.*, 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, P. ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 228; Počuča, M., *Naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha*, Privredna akademija, Novi Sad, 2008, str. 56 i dr.

⁹⁸ U ovom smislu govorimo o generalnoj i o specijalnoj prevenciji, jer naknada treba utjecati i na buduće ponašanje samog štetnika, kao i na druge potencijalne počinioc.

⁹⁹ Tzv. kaznene odštete (*punitive* ili *exemplary damages*) karakteristične su za zemlje common law pravnog sistema. Međutim, kaznena funkcije se sve više prihvata i u drugim pravnim sistemima. Tako je kao jedna od funkcija nakande štete danas prihvaćena u ruskom (Osakwe, Christopher, *Russian civil code, Parts 1-3 Text & Analysis*, Wolters Kluwer, Rusija, 2008, str. 212), u estonskom (Lahe, Janno, *Punitive Damages in Estonian Tort Law?*, *Journal of European Tort Law* vol 2. br. 3/2011, str. 286.), te u finskom pravu (Winiger, B. et al.(ur.), *Essential Cases on Damage*, Walter de Gruyter, Berlin, 2011., str. 46).

drugo zlo, i na taj način povrijeđenom pribaviti zadovoljenje.¹⁰⁰ Štetnik tako mora žrtvovati jedan dio svoje imovine radi popravljivanja štete koju je pričinio drugome. Njegova imovinska situacija će se pogoršati usljed izdvajanja sredstava za naknadu štete. Ali, on je to i zaslužio, jer je drugog povrijedio. Zbog toga on treba da ispašta. Prema tome se vidi da se naknada štete prema štetniku zaista pojavljuje kao sankcija. On trpi sankciju, jer bi bilo nepravедno da ostane nedirnuta njegova imovina.¹⁰¹ Svrha naknade štete je dakle kažnjavanje onoga ko za povredu odgovoran. Ali, pošto nije moguće da se obični civilni delikti kazne javnim kaznama, potrebno je pribjeći privatnopravnim kaznama, koje su i ranije u građanskom pravu igrale veliku ulogu.¹⁰² Ovom shvatanju se međutim prigovara da ne pruža koherentno teorijsko objašnjenje odštetnog prava s obzirom na to da ne omogućuje opravdanje korelativne veze koja spaja dvije strane odštetnopravnog odnosa. Naime, određujući popravljivanje štete isključivo kao sankciju, to je shvatanje usmjereno jednostrano, prema delikventu, a ne na način da istovremeno obuhvati obje strane odštetnopravnog odnosa.¹⁰³

Dok jedan dio teorije smatra da naknada štete ne smije imati kazneni karakter,¹⁰⁴ drugi pak ne isključuju i kaznu kao jedan od ciljeva naknade.¹⁰⁵ U

¹⁰⁰ Kalodera, M., *op.cit.*, str. 48.

¹⁰¹ Prema Morait, B., *Obligaciono pravo*, knjiga druga (vanugovorni obligacioni odnosi), Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2007, str. 438.

¹⁰² *Ibid.*, str. 46.

¹⁰³ Burazin, L., *op.cit.*, str. 83.

¹⁰⁴ Srdić ističe da je veoma važno da odluka kojom se dosuđuje naknada štete nema kazneni karakter u odnosu na lice koje je iznijelo izražavanje, odnosno 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). Petrović smatra da ista suma novca ne može istovremeno zadovoljiti zahtjeve reparacije i kazne, iz razloga što su im funkcije različite. Uklanjanje kazne iz privatnog prava posljedica je civilizacijskog razvoja uopšte, tokom kojeg se kazna sve više povlačila iz građanskog prava i zauzimala svoje mjesto u krivičnom pravu. Naknada štete se tokom vremena oslobodila svih kaznenih elemenata, a uporedo s ovim procesom, išao je proces monopolizacije kazne od strane države. (Petrović, Z., *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Novinsko-izdavačka ustanova „Vojska“, Beograd, 1996, str. 24 i 25). 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 kaznenih elemenata i da se iskristalizirala kao čista civilnopravna sankcija, čija je jedina svrha izravnavanje nanесene štete. (Kalodera, M., *op.cit.*, str. 49).

¹⁰⁵ Tako Radolović, iako u cjelosti zastupa teoriju reparacije, naglašava da će u određenim slučajevima upravo i kažnjavanje štetnika doprinijeti zaštiti ličnosti oštećenog, ali i zaštiti potencijalno novih oštećenika. (Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, *op.cit.*, str. 171). Misita smatra da, ako u bilo kojem obavezivanju na naknadu štete ima penalnih i preventivnih elemenata, najlakše ih je naći u novčanoj naknadi nematerijalne štete. (Misita, N., *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

prilog postojanja kaznene funkcije građanskopravne odgovornosti za štetu se navodi da ta funkcija proizilazi i iz činjenice da se za odgovornost u pravilu zahtjeva i krivica štetnika.¹⁰⁶ Međutim, uzimanje u obzir krivice pri odmjerenju štete ne znači da se prihvata privatna kazna, već da se ide za ostvarivanjem ideje pravednosti.¹⁰⁷ Osim toga, iako su okolnosti o kojima se vodi računa u oba slučaja stepen krivice štetnika i njegove imovinske prilike, o ovim se okolnostima ne vodi računa na isti način i pod istim pretpostavkama.¹⁰⁸

2.4. Utjecaj mentalnih smetnji na određivanje visine naknade nematerijalne štete

Treće pitanje na koje u vezi sa obligacionopravnom zaštitom osoba sa mentalnim smetnjama treba dati odgovor jeste da li je prilikom odlučivanja o visini naknade štete od značaja okolnost da je oštećeni osoba sa mentalnim smetnjama? Prema trenutnom zakonskom rješenju u Bosni i Hercegovini stepen duševne bolesti, odnosno zaostalosti u razvoju biće odlučujući za odgovor na pitanje kakvu, odnosno koliku štetu trpi lice zbog štetnog događaja i kolika satisfakcija odgovara takvoj šteti.¹⁰⁹

Sudija visinu naknade određuje po slobodnoj ocjeni, imajući u vidu sve okolnosti slučaja, pa bi prema tome mogao u obzir uzeti i stepen psihofizičkog razvoja oštećenog. Takvo rezonovanje može dovesti do paradoksalnih situacija u slučajevima kada je mentalno oštećenje posljedica delikta. Naime što je veća šteta oštećeni bi imao pravo na manji iznos naknade, npr. ako osoba padne u

imovina štetnika i oštećenog, naknada štete u sebi sadrži i obilježja kazne, jer dužnik mora trpjeti umanjeno svoje imovine u korist povjerioca. (Bikić, A., *Naknada štete, op.cit.*, str. 98-99).

Stanković citira Hugueney-a koji tvrdi da privatna kazna predstavlja neku vrstu „ventila sigurnosti“. Kažnjavajući krivca žrtvi se daje puna satisfakcija i time sprečava eksplozija osвете do koje bi moglo doći ako bi društvo prinudilo žrtvu da u prisustvu povrde svog prava ostane u uskim granicama reparacije. Taj osjećaj žrtve izazvan primljenim udarcem koji nije uzvraćen, javna kazna nije u stanju da zadovolji. Ona je to mogla u vrijeme kad je predstavljala odmazdu, ali ne i u današnje vrijeme kada je popravna. Društvo je izneverilo pojedinca i zloupotrebilo povjerenje: pojedinac zahtjeva svoju privatnu kaznu. (Hugueney, L., *L'idée de paine en droit contemporain*, Paris, 1904, str. 324, navedeno prema Stanković, O., *Novčana naknada neimovinske štete, op.cit.*, str. 58). Počuča smatra da, iako je cilj novčane naknade satisfakcija, ni kazneni karakter ove naknade se ne može zaobići, jer se imovina odgovornog lica umanjuje za iznos koji je obavezan da plati na ime naknade štete. (Počuča, M., *op.cit.*, str. 93). Da plaćanje naknade sadrži i elemente kažnjavanja slažu se i strani autori (Borvik, B., *op.cit.* str. 79). Njemački filozof Hegel je popravljjanje 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. (prema: Burazin, L., *op.cit.* 82, prema: Knowles, D., *Hegel and the Philosophy of right* D. Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, Routledge, London, 2002., str. 147).

¹⁰⁶ Nikšić, S., *op.cit.*, str. 228.

¹⁰⁷ Kalodera, M., *op.cit.*, str. 52.

¹⁰⁸ Stanković, O., *Novčana naknada neimovinske štete, op.cit.*, str. 50.

¹⁰⁹ Andrejević, S., Milutinović, Lj. i Petrović, Z., *Promjena stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete*, Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima, *de lege lata i de lege ferenda*, GTZ i Otvoreni regionalni fond za Jugoistočnu Evropu - Pravna reforma, Beograd, 2009, str. 275.

komu ne bi nikako imala pravo na novčanu naknadu, a ona koja je pretrpjela samo manje oštećenje mozga imala bi pravo na najvišu naknadu jer je najsvjesnija takve povrede.

U jednom primjeru iz holandske sudske prakse, dječak je bio teško povrijeđen u saobraćajnoj nesreći koju je skrivila druga osoba. On je pretrpio teška oštećenja mozga i bio je u komi nekoliko mjeseci. Nakon što je došao svijesti, utvrđeno je da ima niz fizičkih poteškoća, od inkontinencije do nemogućnosti govora i paralize. Njegovi roditelji su kao zakonski zastupnici podnijeli tužbu kojom su zahtijevali iznos od 100.000 holandskih guildera. Oni su željeli novcem kupiti sinu džip kojim bi ga vikendom vodili na plažu gdje bi se mogao kupati u moru. Također su željeli u kući napraviti bazen. Međutim, štetnik je u odgovoru na tužbu isticao da je dječak nesvjestan svoje situacije i ne osjeća niti će osjećati duševnu bol u budućnosti. Holandski sud mu je dodijelio 70.000 guildera, jer je prema okolnostima slučaja uzeo u obzir mogućnost da dječak nije potpuno svjestan situacije u kojoj se nalazi, što je utjecalo na dosuđivanje manjeg iznosa novčane naknade od zahtijevanog.¹¹⁰

U predmetu *Cooke v. Walsh* iz irske sudske prakse, tužitelju koji je pretrpio teška oštećenja mozga u automobilskoj nesreći, sud je dosudio naknadu nematerijalne štete u iznosu od 125.000 funti. Međutim, po žalbi štetnika u pogledu visine naknade, Vrhovni sud je prinačao presudu istakavši da u takvim slučajevima naknada mora biti umanjena, jer tužilac nije svjestan, pa je pošteđen duševne boli koju bi mu svijest o njegovom stanju mogla prouzrokovati.¹¹¹

3. Zaključak

Prisutnost mentalnih smetnji ne opravdava nijedan oblik diskriminacije. Prema Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom diskriminacija po osnovu invalidnosti znači svako pravljenje razlike, isključivanje ili ograničavanje po osnovu invalidnosti čiji cilj ili posljedica jeste ograničavanje ili poništavanje priznanja, uživanja ili sprovođenja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda između ostalog i u oblasti građanskih prava. Diskriminacija bilo koje osobe na osnovu invaliditeta predstavlja povredu urođenog dostojanstva i vrijednosti čovjeka. Države se stoga obavezuju preduzeti sve odgovarajuće mjere, uključujući zakonodavne, radi izmjene, opozivanja ili poništavanja svih zakona, podzakonskih akata, običaja i prakse koji predstavljaju diskriminaciju osoba sa invaliditetom.

Trenutna rješenja Zakona o obligacionim odnosima diskriminiraju osobe sa mentalnim smetnjama u oblasti ostvarivanja njihovog prava na novčanu naknadu nematerijalne štete jer se nematerijalna šteta definiše kao duševni bol ili strah koji osobe sa težim oblicima mentalnih smetnji, s obzirom na svoj psiho-

¹¹⁰ *Rechtbank Amsterdam*, VR 1975 br. 60 i 61 od 8.6.1973 i 1.2.1974. godine.

¹¹¹ *Cooke v. Walsh* [1983] ILRM 429.

socijalni razvoj nisu u stanju da osjete. Takva naknada se ne bi mogla dosuditi ni osobama su u stanju kome ili koje imaju neki drugi oblik poremećaja svijesti. Takve osobe, prema trenutnim spoznajama medicine ne mogu osjećati bol i strah, niti naknada može u ovim slučajevima vršiti svoju funkciju satisfakcije. Stoga se postavlja pitanje da li se naknadi mogu prepisati i neke druge funkcije, poput kompenzacije, prevencije i kazne. Smatramo da, s obzirom na takve tendencije u uporednom pravu ne treba isključiti mogućnost da naknada ostvari i neku drugu funkciju osim zadovoljenja žrtve.

Subjektivna koncepcija naknade nematerijalne štete je restriktivna i nije na nivou modernog učenja o pravu ličnosti, pa je prihvatanje objektivne koncepcije *de lege ferenda* u Bosni i Hercegovini opravdano i neophodno jer doprinosi širenju predmetnog i personalnog polja primjene pravila o nematerijalnoj šteti u korist oštećenih. Tako bi pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete nesumljivo bilo priznato i osobama sa težim oblicima mentalnih smetnji i osobama bez svijesti, kao i osobama koje su objektivno pretrpjele izuzetno teške povrede ovih prava, a da pritom nisu trpjele fizičke ili duševne boli i strah. Ako se naknada štete učini nezavisnom od duševne boli i straha, tada se pri odmjeravanju ove štete ne bi morao uzimati u obzir stepen mentalnog oštećenja, odnosno stepen tog oštećenja i visina naknade ne bi bili obrnuto proporcionalni.

Ovakva moderna zakonska regulativa jedna je od mjera kojom se u okviru građanskog prava može smanjiti mogućnost da osobe sa mentalnim smetnjama postanu žrtve štetnog djelovanja drugih. Prihvatanjem objektivne koncepcije osobe sa mentalnim smetnjama bi se izjednačile u svojim pravima sa drugim osobama u slučaju kada do takvih povreda dođe, čime bi se generalno poboljšao njihov položaj.

PROTECTION OF PERSONS WITH MENTAL DISORDERS IN THE LAW OF OBLIGATIONS

Summary: In this paper, the author examines how the law of obligations can contribute to the protection of persons with mental disorders, and whether and how certain legislative interventions *de lege ferenda* could improve such protection. In relation to the status of persons with mental disorders, there are many theoretical and practical issues relating to some of the basic principles of tort law. For example, it is disputable whether they should have the right to compensation of non- material damages, whether they should have all the rights of personality recognized, how the degree of mental impairment can affect the amount of compensation and what functions the damages have in these cases. The conclusion is that the adoption of an objective concept of non- material damage, where the non-material damage is defined as a violation of personal rights, is reasonable, because any other solution would constitute a form of discrimination under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Key words: mental disorder, personality rights, non-material damages, the functions of damages.