

Саша Гајин,
истраживач у Институту за упоредно право у Београду

НАКНАДА ШТЕТЕ У СЛУЧАЈУ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА ЛИК

Тема овог коментара је судска пракса која је у Југославији развијена у периоду од Другог светског рата до данас, а која се односи на грађанскоправну одговорност за штету насталу услед повреде права на лик (1).

Као увод у даљу анализу биће наведен извод из образложења пресуде Врховног суда Србије која је 1963. године донета у предмету Гж 4571/63. У овом спору, туженици, једно познато туристичко предузеће и две издавачке организације, публиковали су и пустили у промет у форми разгледнице и као илустрацију за одређене едиције, фотографију тужиље у македонској народној ношњи. Окружни суд у Београду, одлучујући у овом спору као суд првог степена, нашао је да су тужене организације објављујући слику тужиље поступиле противно чл. 77. Закона о ауторском праву из 1957 (2), који изричито забрањује публикување и пуштање у промет фотографије једног лица без његовог одобрења, те је наложио туженицима да исплате тужиљи одређену суму новца на име накнаде штете. Одлучујући по жалби туженика, Врховни суд Србије преиначио је пресуду првостепеног суда у делу који се односи на висину новчаног износа који је побијаном пресудом био досуђен тужиљи на име накнаде штете. Према одлуци Врховног суда, туженицима је наложено да исплате тужиљи суму новца која одговара приближно једној трећини новчаног износа који је Окружни суд досудио тужиљи на име накнаде штете. У поступку ревизије одлуке ВС Србије, Врховни суд Југославије одбио је ревизију једног од туженика и потврдио

(1) Право на лик је апсолутно субјективно право сваког лица да може самостално да одлучи о регистровању и публикавању свог лика (в. о томе: С. Гајин, *Право на лик*, "Анали", 5/90). У овом периоду у нашој земљи је донето свега десетак судских одлука у области права на лик. То су следеће одлуке: одлуке Котарског суда у Сплиту, Г 3227/54-3 од 6. децембра 1954. и Окружног суда у Сплиту, "Одвјетник", 9/55, п. 9, решење Савезног врховног суда, Рев. 1589/60, од 17. новембра 1960, ЗСО V/3/1960, бр. 319, пресуда ВС Хрватске, Гж 33/61, од 26. јануара 1961, "Одвјетник", 1/61, п. 287-8 (наведено код: А. Финжгар, *Права личности*, Београд, 1988, п. 120), одлуке ВС Југославије, Рев. 1813/64 од 27.10.1964 и ВС Србије, Гж 4571/63 од 20. децембра 1963, ЗСО IX/3/64, бр. 370, пресуда ВС Србије, Гж 4007/71 од 17. новембра 1971, "Зборник судске праксе", 5-6/72, бр. 587, пресуда ВС Косова, Гж 287/71 од 15. децембра 1971, "Зборник судске праксе", 7-8/72, бр. 722, решење ВС Косова, Гж 76/74 од 6. јуна 1974, "Зборник судске праксе", 15-16/74, бр. 1594, одлука ВС Хрватске, Гж 2843/74 од 25. јуна 1975, "Преглед судске праксе", 8/75, бр. 104 (наведено код: *ibid*, решење ВС Македоније, П 7/79 од 15. марта 1979, ЗСО (нова серија) IV/1/79, бр. 75, одлука ВС Хрватске, Гж 4699/74 од 7. децембра 1976, "Преглед судске праксе", 11/74, бр. 103, одлука ВС Хрватске Гж 3095/77 од 18. октобра 1978, "Преглед судске праксе", 15/79, бр. 196 и одлука ВС Војводине, Гж 464/74 од 10. јануара 1974, "Зборник судске праксе", 13-14/79 (наведено код: *ibid*, п. 123).

(2) "С. Л. СФРЈ", 36/57.

другостепену пресуду. У образложењу пресуде Врховног суда Србије у овом спору, између осталог се каже:

"Правилно је Окружни суд нашао да су тужена предузећа због тога што су противно члану 77. Закона о ауторском праву пустили у промет њену фотографију у македонској народној ношњи, одговорна према тужилици за накнаду јер она за то није претходно дала свој пристанак. Та накнада за тужиљу проистиче из одредбе поменутог члана 77. Закона о ауторском праву, којом се нарочито забрањује пуштање у промет фотографије неког лица без пристанка тог лица. Пристанак извесног лица да се његова фотографија пусти у промет може да буде условљен и уговореном накнадом са оним субјектом који жели да ту фотографију пусти у промет - из комерцијалних разлога или из разлога публицистичких, фолклорних и томе слично. Када се, пак, дошло у такву ситуацију, да су тужена предузећа без одобрења тужиле њену фотографију у македонској народној ношњи пустили у промет било што су исту издали у облику разгледнице, или објавили у својим едицијама - они су одговорни за *накнаду*, која по својој природи одговара накнади из ауторског права. Стога је правилно становиште Окружног суда, да на подлози утврђеног чињеничног стања - које и Врховни суд сматра у целини доказаним, тужилици припада право на накнаду. Међутим, оцењујући у којој висини припада тужилици право на накнаду за објављивање њене фотографије у македонској народној ношњи без њеног пристанка, Врховни суд налази да је Окружни суд ову накнаду *превисоко одмерио* у односу на сва тужена предузећа. Наиме, Окружни суд је превисоко одмерио накнаду од 350.000 динара коју треба да плати тужено предузеће "АА", јер ова накнада увелико премаша износ накнаде за ауторска права по основи издавања дела књижевне, стручне или уметничке садржине. У овој ствари није утврђено да је предузеће "АА" издавањем поменуте фотографије тужиле *постигло такву добит* да би накнада тужилици у износу од 350.000 динара била сразмерна. Стога је Врховни суд применом члана 212. ЗПП нашао да је тужено предузеће дужно да на име накнаде исплати тужилици износ од 100.000 динара. Исто тако, Врховни суд је нашао да је Окружни суд *превисоко одредио и накнаду од 250.000 динара, коју треба да плати тужилици тужено предузеће "ББ", па је с обзиром на утврђене околности, применом члана 212. ЗПП нашао да је тужено предузеће "ББ" дужно да на име накнаде исплати тужилици износ од 75.000 дин. Такође, и у односу на предузеће "ВВ" Врховни суд је нашао да је Окружни суд превисоко одмерио износ накнаде од 150.000 динара, коју треба да плати предузеће "ВВ" тужилици па је истој одмерио износ од 50.000 динара на име накнаде.*

При одмеравању накнаде свима туженима Врховни суд је на основу утврђеног чињеничног стања закључио да објављивање фотографије тужиле у народној ношњи и без њеног пристанка није учињено у таквој форми да би она због тога имала *право на већу накнаду* - па чак и на накнаду штете због повреде њене личности, коју она уосталом у овом спору и не тражи. Према налазу Врховног суда, у конкретном случају се ради о *једној фотографији*, у којој се, поред саме тужиле као личности у народној ношњи, више иде на популарисање народне ношње. Међутим, по природи ствари, и при популарисању народне ношње, иста се нужно приказује и са фотографијом *одређене личности*. Право је тужиле да не допусти објављивање своје фотографије (члан 77. Закона о ауторском праву), али када је иста већ објављена и због тога се тражи накнада, накнада коју је Врховни суд утврдио, по његовом схватању, представља умерену и одговарајућу накнаду из области ауторског права" (3).

Према решењу Савезног врховног суда, Рев 1589/60 од 17. новембра 1960 (4), суд, одлучујући по тужби за накнаду штете у случају повреде права

(3) Нешто сажетији извод из овог образложење ВС Србије објављен је у ЗСО ГХ/3/64, бр. 370. Интегрални текст одлуке Суда који је овде коришћен, усклађен је само у архиву Савезног суда.

на лик, мора да утврди постојање свих услова нужних за грађанскоправну одговорност штетника. У складу са овим схватањем, даља анализа ће бити посвећена специфичним проблемима који су се у материји права на лик појавили у досадашњој судској пракси, а који се односе на утврђивање противправности радње којом је учињена повреда права на лик, кривице штетника и штете (5).

а) *Противправност*. – Правна теорија сматра да је утврђивање противправности радње којом је учињена повреда права на лик неопходан услов, односно предуслов, за грађанскоправну одговорност штетника (6).

Наша досадашња судска пракса у области права на лик следила је ово схватање. У образложењу решења Рев. 1589/60 од 17. новембра 1960, Савезни врховни суд нашао је тако да:

”Према члану 77 (Закона о ауторском праву из 1957, п.а.) фотографије неког лика смеју се пуштати у промет или јавно излагати само са пристанком тог лица. Закон одређује у којим случајевима није потребан пристанак; уколико није такав случај, фотографија се не сме објавити без пристанка...

Дужност је суда да у *првом реду* (к. а.) расправи и утврди постоји ли случај за који важи одредба закона да се фотографија може објавити независно од пристанка фотографисаног лица, или је то случај за који важи одредба закона да се не може објавити без таквог пристанка” (7).

Правила на која упућује Суд, а која говоре о томе у којим ситуацијама се може објавити слика једног лица без његовог одобрења, била су садржана у чл. 78. Закона о ауторском праву из 1957, а касније су поновљена и у чл. 96. Закона о ауторском праву из 1968 (8). Данас су ова правила предвиђена у посебним републичким законима који се односе на објављивање списа, портрета, фотографија, филмова и фонограма личног карактера (9).

Чини се да у области права на лик поступак утврђивања противправности пружа одговор на питање које суд, одлучујући о одговорности штетника, не може да избегне да расправи, а које гласи: Које су то ситуације у којима је право на лик једног лица повређено и у којима титулар права на лик ужива правну заштиту? У том смислу, утврђивање противправности радње којом је проузрокована повреда права на лик представља нужан (пред)услов за грађанскоправну одговорност штетника, те досадашња судска пракса која заузима исто становиште може теоријски потпуно да се подржи (10).

(4) ЗСО, V/3/60, бр. 319.

(5) О узрочној вези као општем услову одговорности за штету овде се неће расправљати због незнатног броја специфичних питања која се у вези са овим условом постављају у материји права на лик.

(6) В. Ј. Ravanas, *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, Paris, 1978, p. 380, и Р. Kayser, *La protection de la vie privée*, Paris, 1984, p. 90 и 226. В. тако уопште: А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд, 1981, p. 303. и Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1986, p. 347. По чл. 154, ст. 1. ЗО (“С. Л. СФРЈ”, 29/78), противправност не представља неопходан услов за грађанскоправну одговорност за штету. В. супра чл. 41 швајцарског законика о облигацијама.

(7) ЗСО, V/3/60, бр. 319. В. слично: одлука ВС Хрватске, Гж 3095/77 од 18. октобра 1978, “Преглед судске праксе”, 15/79, бр. 196.

(8) “С. Л. СФРЈ”, 30/68.

(9) “С. Л. СР Србије”, 28/80, чл. 6. и “С. Л. СР Црне Горе”, 2/80, чл. 5. В. такође: “С. Л. СР БиХ”, 33/80, чл. 7. У Закону тадашње САП Косово (“С. Л. САП Косово”, 46/80) изостављене су, чини се потпуно неоправдано, одредбе о условима под којима се слика једног лица може објавити без његове сагласности.

(10) В. о одређивању путем методе одмеравања супротстављених интереса када је право на лик повређено код: С. Гајин, *Повреда права на лик*, “Безбедност и друштвена самозаштита”, 7-8 и 9/90. В. уопште о противправности код: В. В. Водинелић, *Прекорачење слободе информисања и повреда личности, проблем противправности*, “Архив”, 3/78; и

Међутим, у досадашњој судској пракси могу се запазити и одлуке судова у којима је противправност посматрана не само као нужан, већ и као *довољан* услов за грађанскоправну одговорност за штету у случају повреде права на лик. Тако је Савезни врховни суд у свом решењу Рев. 1589/60 од 17. новембра 1960. изнео следеће схватање:

"Лице коме је неко лично право предвиђено у Закону о ауторском праву повређено, може захтевати накнаду штете, претпоставља се, наравно, да се претходно докаже постојање штете и постојање чињеница од којих зависи одговорност друге стране. Но, независно од чињеничних и правних разлога који су одлучни за потраживање накнаде штете, такво лице може захтевати примерену накнаду на основу саме чињенице да су радњом другог повређена његова лична права заштићена према одредбама Закона о ауторском праву. То је непосредно изражено у члану 25. тог закона.

Садржина права аутора битно је другачија од садржине права лица чија се фотографија објављује, те се заштита једног не изједначаје са заштитом другог; у члану 25. закон нормира забрану да друго лице искоришћава (објављује) дело без дозволе аутора (члан 25, став 3) и санкцију да за свако искоришћавање аутору припада накнада, ако законом или уговором није другачије одређено (члан 25, став 4). Ова накнада се предвиђа независно од права на накнаду штете о којој посебно говори члан 27. тог закона. Према томе, у члану 25. посредно је изражено опште начело о праву на накнаду, које, као опште начело, важи те омогућује да се суди о последицама нарушавања личног права и у случају објављивања фотографије без пристанка овлашћеног лица..

Полазећи од овакве правне аналогije и тужилац је, дакле, у овој ствари могла тражити примерену накнаду услед самог факта што је њена фотографија без пристанка објављена у штампи" (11).

Не улазећи на овом месту у дискусију о ставу Суда који се односи на однос између накнаде за искоришћавање ауторског дела и накнаде штете због повреде ауторског права, може се рећи да је, правноисторијски посматрано, резонување Савезног врховног суда у овом случају била потпуно у складу са, у време до доношења републичких и покрајинских закона о заштити права на лик, готово општеприхваћеним схватањима у нашој судској пракси да је право на лик по правној природи ауторско право (12), или, пак, посебно лично право на које се примењују правна правила из области ауторског права (13). Ови ставови судова произлазили су, чини се, са једне стране, од неоправданог поистовећивања права на лик са ауторским правом (14). Са друге стране, ова судска пракса је била последица тога што судови, суочени са правним празнинама у области права на лик, нису изграђивали посебна правила која би се односила на ово право, већ су, поводећи се за чињеницом да је право на лик било заштићено у оквиру закона о

ЗСО, V/3/60, бр. 319, чл. 25, ст. 3. и 4. Закона о ауторском праву из 1957. гласе: "Искоришћавање дела од стране другог лица може се вршити само по дозволи аутора. За свако искоришћавање дела од стране другог лица аутору припада накнада, ако законом или уговором није другачије одређено."

Међутим, упућивање Суда на чл. 27. Закона учињено је, изгледа, омашком. Релевантан је чл. 55. Закона по коме "лице чије је ауторско право повређено има право на накнаду штете по општим правилима о накнади штете".

Иначе, став изражен у овој одлуци Савезног врховног суда заузео је, истина са другачијим правним осномом, и део француске судске праксе. В. о томе: J. Ravanas, *op. cit.*, p. 374-6.

(11) *Op. cit.*

(12) В. пресуду ВС Србије Гж 4007/71 од 17. новембра 1971, "Зборник судске праксе", 5-6/72, бр. 587 и одлуку Окружног суда у Сплиту, "Одвјетник", 9/55, п. 9.

(13) В. решење ВС Македоније П 7/79 од 15. марта 1979, ЗСО (нова серија), IV/1/79, бр. 75 и пресуду ВС Србије Гж 4571/63 од 20. децембра 1963, ЗСО, IX/3/64, бр. 370.

(14) В. о томе: С. Гајин, *Право на лик*, "Анали", 5/90, п. 640-1.

ауторском праву, просто примењивали опште одредбе ових закона на, по правној природи, једно потпуно самосвојно лично право. Данас је, међутим, право на лик гарантовано у посебним законима, те је, уопште говорећи, аналогна примена правних правила из области ауторског права теоријски и позитивноправно посматрано, потпуно неприхватљива. Пошто посебни закони из области права на лик предвиђају само прекршајну одговорност за лице које изврши повреду овог права (15), намеће се закључак да, у недостатку посебних правила, за грађанскоправну одговорност за штету насталу у случају повреде права на лик, није довољно утврдити само противправност штетне радње, већ, према општим правилима о одговорности штетника, и његову кривицу, постојање штете и узрочну везу између штетне радње и штете.

б) *Кривица*. – Кривица штетника је неопходан елемент за утврђивање субјективне грађанскоправне одговорности за штету насталу услед повреде права на лик (16). Према чл. 154, ст. 1. ЗОО, кривица штетника се претпоставља.

Досадашња судска пракса у Југославији имала је прилику да у области права на лик одговори на једно веома сложено питање које се односи управо на кривицу штетника. У пракси се, наиме, поставило питање ко је одговоран за штету у случају када је фотографију једног лица која је по његовом одобрењу првобитно била изложена на реклами за одређени производ, доцније пресликао други издавач и, без одобрења титулара права на лик, публикувао на реклами за неки други производ. Одговарајући на ово питање, ВС Косова је у свом решењу Гж 76/74 од 6. јуна 1974. изнео следеће схватање:

"Има места накнади штете по чл. 95. и 97. Закона о ауторском праву (из 1968, п.а.) у случају када лице са једног рекламног наслова на коме се налази његова фотографија по његовом одобрењу - буде прсликано без одобрења на другом рекламном наслову од стране другог издавача... За ову штету одговоран је издавач који није имао одобрење за умножавање и објављивање ове фотографије, а као солидарно одговорни дужник може се појавити и издавач који је за свој рекламни наслов имао ту дозволу, али ако је ову самовољно уступио и одобрио издавање другом издаваоцу" (17).

Готово истоветно питање постављено је у француској судској пракси у спору Dauphas c. Parti Communiste Français, у коме је Комунистичка партија Француске била тужена зато што је за потребе своје предизборне кампање прибавила од једне професионалне фотографске агенције фотографију породице Дофа и уз прикладан текст публиковала је на својим изборним плакатима. Француски суд је нашао да је овим чином КПФ повредила право на лик чланова породице Дофа, те је тужиоцима досудио 20.000 франака на име накнаде претрпљене штете (18).

Ова одлука француског суда наишла је на жестоку критику француске правне теорије која је истицала да Суд, доносећи пресуду, није узео у обзир чињеницу да КПФ није крива за објављивање слике породице Дофа. Према француској теорији, правило је да на агенцији, а не на њеном клијенту, лежи обавеза да провери да ли је модел дао сагласност за објављивање његове фотографије. КПФ је публикујући фотографију породице Дофа коју је прибавила од професионалне агенције поступила савесно, док је агенција

(15) Чл. 7. и 8. Закона Србије, чл. 7. Закона Црне Горе, чл. 10. Закона Косова и чл. 8. и 9. Закона БиХ.

(16) Чл. 154, ст. 1. ЗОО садржи следећу одредбу: "Ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице."

(17) "Зборник судске праксе", 15-16/74, бр. 1594.

(18) Trib. gr. inst. Paris, ire ch. 11 juillet 1973, наведено према J. Ravanas, *op. cit.*, p. 371. В. сличне случајеве у енглеском праву у споровима Prince Albert v. Strange, (1849) 1 Mac and G 25, ih and TW 1, Court of Chancery, и Williams v. Settle, (1960) 1 WLR 1072.

предајући слику трећем лицу без сагласности титулара права на лик, поступила несавесно (19).

Чини се да је критика одлуке француског суда оправдана у делу који се односи на одговорност професионалне агенције од које је КПФ прибавила слику породице Дофа. Титулар права на лик има право да другом лицу да сагласност за регистровање и публикување његовог лика (20). Лице које, као што је и у наведеној одлуци ВС Косова речено, прекорачи границе добијеног овлашћења, тиме што, нпр., самовољно или, уопште, несавесно омогући трећим лицима да без одобрења титулара права на лик јавно изложи његову слику, одговорно је за штету која је овим објављивањем проузрокована.

Међутим, критика одлуке француског суда у делу који се односи на одговорност КПФ заслужује посебно разматрање. Француска теорија полази од става да је КПФ, прибављајући слику породице Дофа од професионалне агенције, поступила савесно. КПФ би, каже се, поступила несавесно приликом прибављања и публикувања фотографије породице Дофа само у случају да је добила обавештење од агенције да се њени клијенти противе јавном излагању њихове слике (21).

Даље, наводи се, у овом случају могућа је аналогија са правним правилима која се односе на заштиту права својине. Тако, власник коме је ствар противправно одузета може реивиндикационом тужбом да тражи само повраћајове ствари, али не и накнаду штете од лица у чијој се државини ствар налази. Слично томе, чланови породице Дофа могли би у недостатку кривице КПФ да траже престанак објављивања њихове слике на предизборним плакатима, али не и накнаду штете. Објављивање слике чланова породице Дофа јесте повредило њихово право на лик, али ова повреда није противправна јер, по преовлађујућем ставу у француском праву, појам противправности (*la faute*) подразумева у области деликтне одговорности и кривицу штетника (22).

Да ли се са становишта нашег права коментар француске теорије који се односи на кривицу КПФ чини оправданим, или се, ипак, може подржати наведена одлука ВС Косова? Чини се да би у циљу правилног одговора на ово питање ваљало разликовати три ситуације. У првој ситуацији, лице које је до слике титулара права на лик дошло на основу његове сагласности може да преда ову слику трећем лицу, упозоривши га при томе да титулар права на лик није пристао на даље објављивање фотографије. Ван сваке сумње је да би треће лице поступило несавесно уколико би и поред претходног упозорења и без провере овог упозорења код титулара права на лик објавило његову фотографију.

У другој ситуацији, лице које је до слике дошло по одобрењу титулара права на лик, може да пропусти да обавести треће лице које од њега прибавља фотографију да титулар права на лик није сагласан са даљим публикувањем његове слике. У трећој ситуацији, која ће се разматрати заједно са другом, лице које је фотографију прибавило од титулара права на лик и уз његову сагласност, може несавесно да створи погрешну представу код трећег лица да је титулар права на лик одобрио даље публикување његове слике, иако он ово одобрење уистину није дао. У оба ова случаја могло би се, чини се, рећи да би треће лице, ако објави слику титулара права на лик без његовог одобрења, поступило несавесно због тога што је пропустило да се о допуштености објављивања фотографије информише код самог титулара права на лик.

(19) J. Ravanas, *op. cit.*, p. 371-2.

(20) В. о томе код: С. Гајин, *Право на лик*, "Анали", 5/90, п. 636-7.

(21) J. Ravanas, *op. cit.*, p. 372.

(22) *Ibid.*

Полазна тачка за доказивање основаности овог схватања може да се нађе у општој обавези поштовања начела савесности и поштења у стицању грађанских права. Ово начело је у чл. 12. ЗОО изражено на следећи начин:

”У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа учесници су дужни да се придржавају начела савесности и поштења.”

Истина, треће лице је у другој и трећој ситуацији било у (изазваној) заблуди у погледу допуштености објављивања фотографије титулара права на лик (23). Међутим, ова чињеница, чини се, никако не утиче на постојање обавезе трећег лица да се о томе да ли је дато одобрење за публиковање слике обавести код титулара права на лик. Разлог за постојање ове његове обавезе лежи у томе што је право на лик апсолутно неутуђиво право личности у оквиру кога изворно само титулар овог права може да пренесе на друго лице овлашћење за регистровање и публиковање његовог лика. Опште је правило да је овако добијено овлашћење од стране титулара права на лик ограничено, те да оно треба рестриктивно да се тумачи. Према посебним правилима, то значи да, нпр., изјављена сагласност за регистровање не имплицира и сагласност за публиковање и обрнуто, или да сагласност дата за једно регистровање или публиковање не важи за нека друга доцнија, уколико сам титулар права на лик није другачије одредио (24).

Сходно овом правном режиму, могуће је формулисати правило по коме у ситуацији када се слика титулара права на лик по његовом одобрењу налази у поседу другог лица, треће лице може да прибави и публикује ову слику само ако се у допуштености ових аката претходно обавестило код самог титулара права на лик, или је уопште прибавило за то његову сагласност (25).

Међутим, истовремено би, чини се, било потребно и оправдано одредити и важан изузетак од овог правила. Изузетак би се у овој области односио на ситуацију у којој је треће лице прибавило слику титулара права на лик од професионалне агенције чија је основна делатност управо пуштање у промет и јавно излагање слика одређених лица. Тако, нпр., треће лице може да за потребе рекламирања свог производа прибави слику титулара права на лик од агенције која се бави прометом фотографија професионалних фотомодела. Разматрајући положај трећег лица у овом случају, требало би узети, у интересу сигурности правног промета, да постоји претпоставка да је фотографска агенцију овластио фото-модел да пусти у промет и омогући јавно излагање његове слике. На основу ове претпоставке која, чини се, по правилу одговара реалности, треће лице би могло да буде ослобођено обавезе да приликом стицања права да публикује слику коју је прибавило од професионалне агенције, проверава непосредно код титулара права на лик да ли је оно дало сагласност за објављивање. Уколико, пак, титулар права на лик није дао, или је повукао сагласност за даље излагање своје слике, треће лице, које намерава да изврши публиковање фотографије, биће несавесно само ако је, као што је речено у француској теорији, било

(23) У другој ситуацији оно је било, или у заблуди или га је, као и у трећој ситуацији, преварило несавесно лице од кога је прибавило фотографију титулара права на лик. Међутим, о односу између ова два лица овде се неће расправљати.

(24) В. о томе: С. Гајин, *Право на лик*, "Анали", 5/90, п. 637.

(25) Уколико се узме у обзир од стране француске теорије наметнута правна аналогија са правилима која се односе на право својине, примењује се да је предложено правило у супротности, нпр., са правилом о стицању својине од невласника у случају када се ово право стиче од лица коме је власник поверио ствар. Са друге стране, предложено правило је слично правилу заступљеном у нашој судској пракси по коме савестан прибавилац непокретности мора да испита поред земљишнокњижног стања и фактичко стање непокретности, односно да провери ко има државину на ствари и да ли је лице које држи ствар уписано у земљишне књиге као власник непокретности. В. о томе: О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, III издање, Београд, 1986, п. 135-7 и 578.

обавештено од агенције да за искоришћавање слике не постоји одобрење титулара права на лик (26).

Тако се показује да би према предложеном општем правилу требало подржати наведну одлуку ВС Косова, али да би истовремено, на основу изузетка од овог правила, било потребно уважити примедбе француске теорије.

в) *Штета и накнада штете.* – У почетном периоду развоја судске праксе у нашој земљи, судови су сматрали да је право на лик неимовинско право, те да су у случају повреде овог права угрожени неимовински интереси титулара права на лик (27). Тако, нпр., у случају када је фотографија тужиље која је била сликана у бикини-купаћем костиму јавно изложена у излогу фотографске радње туженог, Котарски суд у Сплиту изнео је следеће схватање:

”Тужитељица је утужила туженицу с разлога што би тужено подузеће, без њене дозволе, поставило у својој радњи на видном месту слику тужитељице и баш такову која је намијењена кућном албуму те приказује тужитељицу недовољно одјевену, односно у купаћем костиму, а осим тога у повећаном формату и дречавим бојама обојену... Неповредивост личности грађана зајамчена је Уставом, а извјесно је да излагање слике овакове врсте може имати негативних посљедица по личност тужитељице, као и то да је тим излагањем тангирана личност тужитељице (28).

Међутим, судови, одлучујући о накнади штете у овој области, нису расправљали и питање у чему се састоји повреда неименованих интереса титулара права на лик. У судској пракси се, нпр., говорило само о ”праву на накнаду штете због повреде личности” титулара права на лик (29), или су коришћене неодређене формулације као што је, нпр., та да титулар права на лик има ”право на примерену накнаду” (30), или да има право на накнаду штете због повреде ауторског права (31). Само у решењу Савезног врховног суда, Рев. 1589/60 од 17. новембра 1960. може да се примети, иако тек посредно, ближа анализа питања у чему се састоји штета проузрокована повредом неимовинских интереса титулара права на лик. Тако је Суд нашао да примерена накнада у овом случају треба да се утврди у светлу свих околности конкретног случаја, а нарочито с обзиром на ”околности нарушавања угледа лица, нарушавања мира у његовом приватном животу, околности могуће штете на једној, и могуће користи на другој страни и томе слично” (32).

Поново, чини се, разлог за овакву праксу судова лежи у простој примени правила о накнади штете у случају повреде ауторског права на област права на лик. Тако, са једне стране, судови нису поклањали пажњу утврђивању у чему се у конкретном случају састоји повреда неимовинских интереса титулара права на лик, те су створили праксу која је, позитивноправно посматрано, потпуно у супротности са основним правилима о накнади неимовинске штете. Према чл. 154, ст. 1. ЗОО, утврђивање штете представља

(26) Овај изузетак би, уколико се поново узму у обзир правила која се односе на стицање права својине, био у складу са правилом о стицању својине од лица које није власник ствари али које се професионално бави продајом истоврсних ствари. В.: *ibid.*, п. 137.

(27) В. тако одлуку Округног суда у Сплиту, ”Одвјетник”, 9/55, п. 9. В. тако у Француској, Р. Kayser, *op. cit.*, п. 66 и 91.

(28) Одлука Котарског суда у Сплиту Г 3227/54-3 од 6. децембра 1954, ”Одвјетник”, 9/55, п. 9.

(29) Одлука ВС Србије Гж 4571/63 (в. цитирани извод из образложења у уводном делу овог рада).

(30) Одлука ВС Хрватске Гж 3095/77 од 18. октобра 1978, ”Преглед судске праксе”, 15/79, бр. 196.

(31) Одлука ВС Србије Гж 4007/71 од 17. новембра 1971, ”Зборник судске праксе”, 5-6/72, бр. 587.

(32) ЗСО, В/3/60, п. 319.

неопходан услов за деликтну одговорност штетника (33). У случају повреде неимовинских интереса једног лица, суд је, одлучујући о накнади штете, дужан да утврди да ли штета коју је ово лице претрпело одговора законском појму неимовинске штете (34). У области права на лик, суд би тако поступио неправилно уколико би оштећеном досудио одређени новчани износ на име накнаде неимовинске штете без претходног утврђивања да ли је титулар права на лик услед повреде његовог права претрпео физичке или психичке болове, или страх.

Са друге стране, судови су у каснијој фази развоја судске праксе у овој области признавали да титулар права на лик може услед повреде свога права да претрпи и имовинску штету (35). Ово је, пак, довело до тога да према судској пракси није било могуће разликовати сврху накнаде штете у случају повреде неимовинских интереса титулара права на лик од сврхе накнаде штете у случају повреде његових имовинских интереса. Наиме, на основу одлука судова није било могуће поуздано утврдити да ли је накнада штете у конкретном случају повреде права на лик имала функцију сатисфакције оштећеног, односно функцију успостављања његовог нарушеног психичког интегритета (36), или је њен циљ био да обештети титулара права на лик.

Међутим, ова конфузија до које је у нашој судској пракси дошло услед доследног и неоправданог примењивања правних правила о накнади штете у случају повреде ауторског права на материју права на лик, довела је даље до тога да су судови, занемаривши потребу утврђивања сврхе накнаде штете у сваком конкретном случају повреде права на лик, сами себе довели у немогућност да правилно одреде висину ове накнаде. Истина, судска пракса је правилно формулисала опште правило по коме у случају повреде права на лик суд има овлашћење да сам и у светлу свих околности конкретног случаја, одмери висину накнаде штете (37). Међутим, у поступку одмеравања висине накнаде штете, судови су, не одређујући сврху ове накнаде, посматрали различите облике повреда имовинских и неимовинских интереса титулара права на лик као једну целину, те су за овако битно различите облике штета одређивали јединствену накнаду (38).

Са друге стране, правило о овлашћењу суда да одлучи о висини накнаде штете према свим околностима конкретног случаја, много је снажније у

(33) В. тако: А. Гамс, *op. cit.*, п. 303.

(34) Према чл. 155. ЗОО, неимовинска штета састоји се у доношењу другоме физичког или психичког бола или страха.

(35) В. експлицитно, решење ВС Македоније II 7/79 од 15. марта 1979, ЗСО (нова серија), IV/1/79, и имплицитно, пресуду ВС Србије Гж 4571/63 од 20. децембра 1963 (в. извод из образложења у уводном делу ове анализе). В. о имовинској штети у случају повреде права на лик у америчком праву W. Proser, *Handbook of the Law of Torts* (3d ed., 1964), п. 839 (у случају деликта "appropriation"), и Hoffman, "The Right of Publicity - Heirs' Right, Advertisers' Windfall, or Courts' Nightmare?", (1981).

(36) DePaul LR 1, п. 6 (у случају повреде "right of publicity"). В. о функцији накнаде неимовинске штете код: О. Станковић, *Новчана накнада неимовинске штете*, Београд, 1972.

(37) В. решење Савезног врховног суда, Рев. 1589/60 од 17. новембра 1960, ЗСО V/3/60, бр. 319, и одлуку ВС Косова, Гж 278/71 од 15. децембра 1971, "Зборник судске праксе", 7-8/72, бр. 722.

(38) В., нпр., решење Савезног врховног суда, Рев. 1589/60 од 17. новембра 1960, ЗСО, V/3/60, бр. 319. Неправилној пракси судова у овој области допринео је, чини се, и сам Закон о ауторском праву из 1957, који је у чл. 25, не наглашавајући разлику између имовинских и неимовинских интереса аутора, предвиђао да "лице чије је ауторско право повређено има право на накнаду штете по општим правилима о накнади штете". Већ је Закон о ауторском праву из 1968. кориговао овај недостатак, те је у чл. 97. одредио да "лице чије је ауторско, имовинско или морално право повређено може захтевати заштиту тог права и накнаде штете која му је нанесена том повредом".

ситуацији када је титулар права на лик претрпео повреду својих неимовинских интереса, него у оној када су радњом штетника повређени његови имовински интереси. Наиме, у случају повреде неимовинских интереса титулара права на лик, висину накнаде штете, због природе заштићеног интереса, није могуће егзактно утврдити у новчаном еквиваленту (39).

Међутим, и у ситуацији када су имовински интереси титулара права на лик били повређени, судови су се у поступку одмеравања висине накнаде штете поново враћали правним правилима из области ауторског права. Тако је, нпр., ВС Србије о одлуци Гж 4571/63 од 20. децембра 1963, налазећи да је у конкретном случају објављивања слике тужиле у македонској народној ношњи, висину накнаде штете превише одмерио Окружни суд у Београду, поставио три критеријума за, по мишљењу овог суда, правилно одмеравање висине накнаде штете. По првом критеријуму, који, чини се, може оправдано да се примени у области права на лик, висина накнаде штете која је настала услед повреде тужиљиног права треба да буде сразмерна добити коју су туженици остварили објављивањем њене фотографије.

По другом, и чини се, по правном потенцијалу најснажнијем критеријуму који је изражен у овој одлуци, приликом одмеравања висине накнаде штете треба узети у обзир и форму у којој је објављивање фотографије учињено (40).

Међутим, трећи критеријум који је Суд у овом спору изнео, потпуно је у супротности са правном природом заштићеног добра у области права на лик. Тако, занемаривши чињеницу да људски лик није духовна креација аутора, те да накнада за искоришћавање лика не може због тога да се изједначи са накнадом из области ауторског права, Суд је нашао да накнада штете у случају повреде права на лик "по својој природи одговара накнади из ауторског права" и консеквентно томе да њену висину треба одмерити у складу са висином накнаде штете која аутору припада у случају противправног "издавања дела књижевне, стручне или уметничке садржине".

Тиме је Врховни суд Србије у овом случају поново потврдио оно што се као закључак ове анализе може рећи о целокупној нашој судској пракси развијеној у области права на лик у периоду после Другог светског рата, а наиме, да су судови, појединим својим решењима, веома унапредили и развили правна правила која се односе на право на лик, али да су, са друге стране, и често истовремено са тим, ова правила уназађивали својим лутањима и конфузним размишљањима, замагљујући пут даљем развоју области права на лик.

(39) В. тако у енглеском праву случај *Tooley v. J.S. Fry and Sons, Ltd.*, (1931) AC 333, и у француском праву *P. Kayser, op. cit.*, p. 231.

(40) Тако би по овом критеријуму висина накнаде штете могла да се повиси у случајевима када је објављивање фотографије једног лица учињено на, у данашње време веома чест, нарочито безобзиран или сензационалистички начин. В. исто у Енглеској у спору *Rookes v. Barnard*, (1964) AC 1129, и у Француској код *J. Ravanas, op. cit.*, p. 394-5.