

УДК 347.441.44; 347.764

CERIF: S137, S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB2001100P

Др Наташа Петровић Томић\*

## О ОГРАНИЧЕНОЈ И УСМЕРЕНОЈ СЛОБОДИ УГОВАРАЊА У УГОВОРНОМ ПРАВУ ОСИГУРАЊА: ФЕНОМЕН „ПОКОРАВАЊА“ УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ

*Ауторка анализира примену принципа слободe уговарања на примеру уговора о осигурању, посебно оних потрошачких. На основу позитивноправне и упоредноправне анализе уочене су две детерминанте законског уређења уговорне материје осигурања. Прва је ограничена слобода уговарања, коју ауторка сматра врховним начелом уговорног права осигурања. Ауторка наводи бројне примере у прилог тврдње да у уговорном праву осигурања постоје ограничења у слободи одлучивања да ли ће се уговор закључити, у слободи избора сауговарача и слободи уређивања уговорног односа осигурања. Друга детерминанта уговорног права осигурања јесте усмерена слобода уговарања, која се остварује техником полуимперативних норми. Захваљујући полукогентном методу законодавац постиже вишеструке правнополитичке циљеве, од којих су најбитнији обезбеђење заштите потрошача услуга осигурања и омогућавање уговорним странама да уговор у одређеној мери прилагоде својим потребама. Ауторка закључује да и у модерним кодификацијама доминира нова парадигма слободe уговарања и залаже се да српско право усвоји исти законодавни метод приликом усвајања *lex specialis* прописа о уговору о осигурању.*

Кључне речи: *Уговор о осигурању. – Ограничена слобода уговарања. – Усмерена слобода уговарања. – Заштита слабије стране. – Нова парадигма слободe уговарања.*

---

\* Ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, [nataly@ius.bg.ac.rs](mailto:nataly@ius.bg.ac.rs).

## 1. ЕМАНЦИПАЦИЈА УГОВОРНОГ ПРАВА ОСИГУРАЊА – ОДГОВОР НА РАСТУЋЕ РИЗИКЕ У МОДЕРНОМ ДРУШТВУ

У XXI веку – веку све већих ризика – осигурање избија на прво место најкориснијих услуга финансијског тржишта. Практични значај осигурања прате постепено издвајање и еманципација права осигурања као све значајније гране права и правне дисциплине.<sup>1</sup> Такав развој је уочен само у тржишним привредама, где је потражња за осигурањем израз степена ризичности највећег броја активности и свести лица која носе те ризике да се њима најбоље управља оптималним осигуравајућим покрићем (Merkin, Steele 2013, 3, 34–35). У нашем праву то није случај. Деценијска самоуправљачка привреда утицала је на развој диригованог тржишта осигурања, коме је период транзиције послужило као опоравак од нетржишног пословања. Тек од почетка XXI века, када је усвојен први тржишно обојен статусни пропис осигурања, стекли су се услови за прелазак на другачији модел пословања и издвајање (уговорног) права осигурања на овим просторима.<sup>2</sup> Уговорни сегмент права осигурања добија значај у тржишном моделу привређивања, који карактерише постепено отварање домаћег тржишта и појава нових врста осигурања.

Дистинктивна карактеристика тако оформљене гране права (и правне дисциплине!) представља модификовано начело аутономије воље и слободе уговарања. Особеност правних односа које уређује предметна дисциплина директно се рефлектује на одступања од начела грађанског права. Једно од најзначајнијих одступања огледа се у *утицају нове парадигме слободе уговарања на материју уговору о осигурању*. Њена имплементација у уговорни закон довела је до тога да се више не може говорити о начелу слободе уговарања у уговорном праву осигурања, већ о ограниченој и усмереној слободи уговарања.<sup>3</sup> Као што ћемо у раду показати, такав законодавни приступ је одговарајући.

<sup>1</sup> Еманципација уговорног права осигурања данас није спорна. У развијеним правним културама осигурања стварају се услови за гранање те гране права, у оквиру које се одвојено развијају осигурање од одговорности и животна осигурања. Како се транспортно осигурање одавно осамосталило јер се историјски одвојено развијало, нема дилеме да ће у годинама које долазе та грана права бележити даљу експанзију.

<sup>2</sup> Иако су темељи уговорног права осигурања постављени Законом о облигационим односима – ЗОО (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна Повеља, даље: ЗОО), пре више од четири деценије, тек након усвајања тржишног закона о осигурању и преласка на нови модел пословања створени су услови да овај део уговорног законодавства добије значај.

<sup>3</sup> Нека друга начела – попут начела максимално добре вере, начела обештећења и начела појачане заштите слабије стране – постају све значајнија у материји

## 2. УОПШТЕНО О СЛОБОДИ УГОВАРАЊА У УГОВОРНОМ ПРАВУ ОСИГУРАЊА

Аутономија воље, односно слобода уговарања као њена манифестација, представља један од темеља уговорног права у готово свим правним системима.<sup>4</sup> То је случај и у нашем праву, будући да се у ЗОО изричито каже да су стране у облигационим односима слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.<sup>5</sup> Тиме слобода уговарања добија највиши ранг. Тај принцип се обично изражава у три постулата: 1) слобода одлучивања да ли ће одређени уговор бити закључен или не; 2) слобода избора саговорника и 3) слобода одређивања садржине уговора (Перовић 1990, 153–182; Орлић 1993, 19–35). Гранање слободе уговарања на та три показатеља је општеприхваћено. Међутим, ниједна од поменутих слобода није неограничена ни апсолутна. То ћемо укратко показати на следећи начин. Слобода да се уговор закључи или не закључи егзистира у границама закона, будући да је забрањено закључење уговора који су противни закону. Обрнуто, у неким ситуацијама законодавац намеће обавезу да се закључи неки уговор. Слобода избора саговорача такође познаје бројна ограничења; почев од оних фактичких (на чијем се сузбијању ради) до оних чисто правних (попут дискриминисања одређених лица због њихових својстава). Најзад, слобода уређивања садржине уговора трпи највећа ограничења, посебно у потрошачком сектору. Дакле, све и да не постоји опште ограничење слободе уговарања у виду јавног поретка, морала и принудних прописа, она трпи бројна ограничења инхерентна самој чињеници да је део одређеног правног поретка. Стога је најближе истини да су *границе слободе уговарања покретљиве и прилагођене врсти предметних уговора*, а у новије време и актуелној епохи (Перовић 1990, 153).

Начелно: свако има право да одлучи да ли жели да закључи неки уговор, са ким жели да га закључи, када жели да га закључи и каква ће бити његова садржина (Soto 2008, 105).<sup>6</sup> Та енумерација

уговорног права осигурања. Иначе, и на примеру начела савесности и поштења може се видети у којој је мери особена правна материја каква је материја осигурања довела до одступања од његовог изворног облика. Тако се у свим уџбеницима уобичајено говори о савесности и поштењу у појачаном облику или начелу максимално добре вере. Видети у: Петровић Томић 2019а, 50–55.

<sup>4</sup> Аутономија воље страна представља темеље тржишне привреде и слободне конкуренције. Она је интелектуално повезана са слободом предузетништва (јер се уговор посматра као правни инструмент економске размене!). Видети чл. 83 Устава Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006).

<sup>5</sup> ЗОО, чл. 10.

<sup>6</sup> Кључни елемент сваког уговора је воља. Њена заштита је у основи принципа аутономије воље.

манифестација слободе уговарања – која се среће у скоро свим правним системима – претежно је илустративног карактера. Такође, у свим упоредним законима о облигационим односима на скоро идентичан начин је изражено да се сви облици слободе уговарања морају кретати у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја (или морала). Тиме је уведено *основно ограничење слободе уговарања* (Pèrès 2009, 10). Уговорне стране, дакле, нису потпуно слободне и суверене у избору врсте уговора који ће закључити (именованог или неименованог) ни у одређивању његове садржине. Законодавац је поставио границе аутономије воље. До тих граница сауговорачи могу да ураде онако како желе, односно онако како одговара њиховим интересима (Ђурђевић, Павић 2016, 86). Преко тога се улази на терен законске интервенције, којом се штити општи интерес и која у савременом праву поприма све веће размере (Перовић 1975, 6).

У области уговора о осигурању ствари су нешто сложеније. За потребе примене начела слободе уговарања треба правити разлику између комерцијалних и потрошачких уговора. Док је у комерцијалним (великим) ризицима начело слободе уговарања једнако заступљено као у остатку уговорног права, у потрошачком уговорном праву осигурања постоји натпросечан број ограничења која чине сувислим питање да ли је слобода уговарања и даље једно од начела права осигурања.<sup>7</sup> У потрошачким осигурањима начело слободе уговарања уступа место другом начелу – начелу појачане заштите слабије стране. Заправо, у односу тих начела може се уочити једна правилност: *постепено јачање значаја начела појачане заштите слабије стране обрнуто је пропорционално постепеном смањивању значаја начела слободе уговарања. Током историјског развоја права осигурања слобода уговарања у уговорном праву осигурања била је у константном повлачењу.* Она је била најизраженија у ери која претходи кодификацијама уговора о осигурању. Чим је законодавац почео да интервенише у тај уговор, то је довело до увођења нових ограничења и лимита у уговорној моћи осигуравача и уговорача осигурања.

Слобода уговарања је у уговорном праву осигурања ограничена у већој мери него код осталих уговора. Због природе тог комплексног уговора (којим се прибавља сложена и неопипљива финансијска услуга) и типичне потрошачке позиције стране која прибавља услугу осигурања законодавац натпросечно интервенише у уговорни однос осигурања. Отуда смо склони да за изворе уговорног права

<sup>7</sup> Начело слободе уговарања у материјалном праву прати слобода уговарања и код избора меродавног права. Она је потпуно очувана када је реч о великим ризицима и реосигурању, док је за масовне ризике уведена степенована слобода уговарања. Видети у: Петровић Томић 2017а, 417–439.

осигурања традиционално вежемо обележје *деталјизма* (Petrović Tomić 2018a, у штампи). Деталјизам регулативе *релативизује сва три показатеља слобода уговарања*. Из угла осигуравача и осигураника слобода уговарања се своди на слободу избора врсте уговора о осигурању који се жели закључити. И то само у домену добровољних осигурања. Ако је реч о неком од ризика са израженом социјалном конотацијом, не постоји ни слобода избора покрића, већ се уговор закључује ради испуњења законске обавезе. То је у складу са општим одредбама ЗОО, који већ на почетку одељка посвећеног закључењу уговора садржи члан насловљен као обавезно закључење и обавезна садржина уговора (чл. 27).

Заправо, могли бисмо рећи да је слобода уговарања у извесној мери превазиђена категорија у уговорном праву осигурања.<sup>8</sup> Почетком XX века чувени француски теоретичар права осигурања *Maurice Picard* изнео је мишљење да слобода уговарања не игра скоро никакву улогу у уговору о осигурању (Picard 1939, 137, 139). Иако је за оно доба то становиште било скоро револуционарно, након усвајања Закона о уговору о осигурању – који је садржао приличан број императивних норми – постало је јасно о чему је *Picard* говорио.

Поставља се питање шта оправдава посве другачији приступ у уговорном праву осигурања. У грани права која уређује односе између страна неједнаке упућености у предмет трансакције и/или неједнаке економске снаге, *слобода уговарања у изворном облику не може да опстане*. Она носи онај степен ризика које модерни законодавац настоји да *контролише и каналише* различитим инструментима, од којих је један од најстаријих и (најделотворнијих!) ограничење слободе уговарања. Тако настаје нова парадигма слободе уговарања у значењу модификованог поимања класичног принципа облигационог права (Kessler, 1943, 631). Она не означава укидање слободе уговарања, већ њено прилагођавање потребама конкретног уговора и степеновање. У којој мери ће бити ограничена слобода уговарања, зависиће највише од значаја предметног питања за позицију слабије стране. Ако је реч о питању чијом се регулативом директно тангирају интереси слабије стране, законодавац ће прибећи ограничењу слободе уговарања когентним нормама. Ако је, пак, за неко питање осигуравачу довољно пружити смернице у ком правцу треба да се креће, законодавац се може задовољити и усмереном слободом уговарања, која се постиже полукогентним методом. И ЗОО полази од тзв. *нове парадигме слободе уговарања у области уговора о осигурању*,<sup>9</sup> која

<sup>8</sup> Фридман каже да је једна од фундаменталних догми модерног права та да је свако слободан да уговора оно што жели, у мери у којој се креће у границама закона. Видети у: Fridman 1967, 1.

<sup>9</sup> Тзв. *нова парадигма слободе уговарања* одговара измењеним условима пословања. Развој индустрије и технологије и потреба обезбеђења бржег одви-

ће се у наредним деценијама потврдити на европском плану у односу на уговорно право у целини.

Осим секторских (специјалних) ограничења слободе уговарања у уговорном праву осигурања, у обзир долазе и општеприхваћена ограничења слободе уговарања – принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји. Најзад, принцип слободе уговарања у уговорном праву осигурања највише компромитују делимична ограничења, која су таквог квалитета да не укидају потпуно слободу уговарања, већ је усмеравају на начин који је законодавац одредио као пожељан. Отуда ћемо за *потребе уговора о осигурању увести дистинкцију између ограничене и усмерене слободе уговарања*. И једна и друга се показују на особен начин на терену уговора о осигурању. Док се ограничена слобода уговарања среће и код осталих уговора које уређује ЗОО, друга је посве специфична и опипљива управо у материји уговора о осигурању. На основу увида у законске норме показаћемо да ограничење слободе уговарања више погађа осигуравача. Да није усвојен когентни и полукогентни метод, он би на основу диспозитивног метода унапред одредио физиономију уговора о осигурању на основу општих и посебних услова осигурања. Законодавац га је спречио у томе у мери у којој у одељку посвећеном уговору о осигурању доминирају императивне и једнострано обавезујуће норме. С друге стране, и поред свих ограничења и усмеравања слободе уговарања осигуравача, његова слобода се не може поредити са слободом уговарања осигураника. Управо због своје неукости осигураник, и поред свих законских интервенција, остаје лака мета осигуравача. Стога је изузетно значајна судска заштита која је предвиђена потрошачким прописима.

Најзад, за потребе овог рада треба правити разлику између *спољашњих и унутрашњих показатеља ограничене слободе уговарања* у уговорном праву осигурања. Под спољашњим ограничењима подразумевамо све што правни поредак намеће у погледу начина на који треба испољити вољу како би уговор о осигурању био пуноважан (попут форме уговора).<sup>10</sup> Поента је у томе да су то ограничења која се не односе на сам уговор, то јест на његову есенцију и стваралачку моћ индивидуалне воље, већ на његове спољне манифестације. С друге стране, унутрашња ограничења се односе на сам уговор, на законско и априорно прописивање његове садржине. С обзиром на квантитет и квалитет и спољашњих и унутрашњих ограничења, слобода уговарања у уговорном праву осигурања врло је скупчена.

јања пословних трансакција допринели су *деперсонализацији уговорних односа* и концентрацији велике моћи у рукама онога ко се бави пружањем услуга или продајом роба.

<sup>10</sup> Наглашавамо: формализам ограничава стране у начину испољавања воље, али воља остаје очувана. Тако и: Перовић 1990, 154.

### 3. ОГРАНИЧЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА – ИМПЕРАТИВНИ МЕТОД ЗАКОНСКЕ РЕГУЛАТИВЕ УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ

Ограничења слободe уговорања у уговору о осигурању уочавају се и пре него се дотакну лимити изражени у генералном ограничењу слободe уговарања. Заправо, анализом регулаторног оквира осигурања показаћемо да осигуравач, а нарочито осигураник, не осећају слободу уговарања приликом закључења тог уговора у оној мери у којој је то случај када се закључује неки други (именовани) уговор. Стога је оправдано рећи да је наступила *криза начела слободe уговарања*, изазвана државним интервенционизмом у правни посао осигурања.<sup>11</sup> Како је истакао професор Константиновић, евидентна је тежња да се уговор дисциплинује, а када је реч о уговору о осигурању то се чини не само на нивоу општег уговорног прописа (ЗОО) већ и на нивоу специјалног законодавства осигурања садржаног у различитим законима који, примера ради, чине право обавезног осигурања (Константиновић 1957, 20). Покоравање уговора о осигурању наступа у свим сегментима уговорне слободe, а најизраженије је у одређивању садржине тог уговора. Заправо, законодавац је унапред одредио како треба да изгледа садржина уговора о осигурању.

#### 3.1. Слобода одлучивања о томе да ли ће уговор бити закључен

Приликом уређења уговора о осигурању законодавац је искористио општу норму која пружа одступницу за ограничавање слободe уговарања на два начина: први је увођење обавезе да се закључи неки уговор, а други је одређивање садржине уговора, делимично или у целини.

Према ЗОО, ако је неко по закону обавезан да закључи уговор, заинтересовано лице може захтевати да се такав уговор без одлагања закључи. Такође, одредбе прописа којима се, делимично или у целини, одређује садржина уговора саставни су делови тих уговора, те их употпуњују или ступају на место уговорних одредаба које нису у сагласности са њима. Та законска опција је значајно искоришћена у области уговора о осигурању. У бројним посебним прописима уведена је обавеза закључења уговора за осигураника, а њој је корелативна обавеза осигуравача који се бави обавезним врстама осигурања да прихвати понуде које не одступају од услова под којима он иначе пружа та осигурања. Штавише, има примера да је уведена обавеза осигуравача да прихвати понуду за закључење уговора и код добровољних осигурања. Најбољи пример је добровољно здравствено осигурање,

<sup>11</sup> Професор Ђурђевић користи термин неслобода уговарања, што је нарочито опипљиво на примеру уговора о осигурању. Видети у: Ђурђевић 2018, у штампи.

које је тек недавно добило законску легитимацију (Петровић Томић 2019b, 503–505). Добровољно здравствено осигурање није у правом смислу речи добровољно. ЗЗО је, наиме, уведена обавеза за осигураваче који се баве тим осигурањем да закључе уговор о добровољном здравственом осигурању са уговарачем осигурања под условима прописаним законом и подзаконским актима за спровођење тог закона, без обзира на ризик којем је осигураник тог осигурања изложен, односно без обзира на године живота, пол и здравствено стање осигураника.<sup>12</sup> То је још један пример *ограничавања слободе уговарања* у уговорном праву осигурања. Заправо, према ономе што пише у ЗЗО, осигураник ужива слободу уговарања, док осигуравач има обавезу да закључи уговор са заинтересованим лицем.

Што се тиче обавезне садржине уговора о осигурању, она је у битним цртама прописана ЗОО. Осим тога, у свим посебним законима којима се уводи неки облик обавезног осигурања постоје одредбе од којих се не може одступати приликом закључења уговора. Одредбе којима је унапред одређена обавезна садржина уговора о осигурању имају двострук значај. Оне, најпре, према слову ЗОО, употпуњују слободу уговарања уговорних страна. То значи да се примењују паралелно са оним о чему су се уговорне стране договориле. Друго, њихов значај још више долази до изражаја ако су стране евентуално уговориле нешто што није у складу са обавезним законским садржајем уговора. Оне тада ступају на место уговорних одредаба које нису у сагласности са њима. Оне су, дакле, *корективне норме*. То значи да по нашем праву за оне уговоре чија је садржина законом одређена та законска пројекција садржине уговора ужива примат у односу на слободу уговарања. У мери у којој је садржина уговора обавезно одређена законом стране не уживају слободу уговарања.

Ако се зна да у области осигурања доминира законско уређење обавезне садржине уговора и да постоје још два ограничења слободе уговарања, лако је закључити у ком степену је дерогирана слобода уговарања. Није ствар само у томе да је уговорним странама наметнута обавеза да прибаве неки облик осигуравајућег покрића. Њихову слободу уговарања више тангира законско пропагирање обавезног садржаја тог уговора, уз истовремену пратећу апаратуру санкционисања сваке одредбе која је у супротности са обавезним законским садржајем уговора, а која је продукт договора страна.

Слобода одлучивања да ли ће уговор бити закључен не постоји у изворном облику у уговорном праву осигурања. Она је ограничена на очигледан начин у два случаја. Први је општепознати и односи се на *обавезна осигурања*. Одређене форме обавезних осигурања

<sup>12</sup> Закон о здравственом осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019, чл. 172 ст. 1.



појавиле су се оног тренутка када је у друштву сазрела свест о потреби заштите оштећених лица. Та потреба је претпостављена слободи уговарања као једној од врховних вредности уговорног права. Најпознатија обавезна осигурања јесу осигурања од одговорности (примера ради, осигурање за штете услед употребе моторних возила).<sup>13</sup> Иако се осигурање од одговорности власника моторних возила убраја у групу обавезних осигурања, оно не настаје *ex lege*. И осигурање од одговорности власника моторних возила за штету причињену трећим лицима је уговорно!<sup>14</sup> То је случај и са осталим обавезним осигурањима. Управо у уговорном карактеру свих обавезних осигурања треба видети простор за слободу уговарања.

Лице на коме је обавеза да закључи неки облик обавезног осигурања суочава се са директним ограничењем слободе уговарања. Оно, наиме, има законску обавезу коју мора да испуни.<sup>15</sup> Процена је законодавца да због степена опасности или заступљености одређених ризика осигураницима не може бити препуштено да одлуче о томе да ли ће те ризике покрити осигурањем. На примеру обавезних осигурања види се да ограничење слободе уговарања погађа обе стране: и осигураника и осигуравача. Наиме, осигуравач који се бави пословима обавезног осигурања има обавезу да прихвати понуду за закључење тог осигурања ако она не одступа од услова под којима он иначе спроводи то осигурање.

Други случај ограничења слободе одлучивања о закључењу уговора тиче се *уговорне обавезе* прибављања одређеног типа осигурања. Реч је о уговорном условљавању лица да закључе одређени тип осигурања. Најфреквентнији пример је каско осигурање. Лизинг компаније су условима пословања предвиделе обавезу корисника лизинга да прибави одговарајући модалитет каско осигурања. Тако

<sup>13</sup> С обзиром на њихов значај, обавезна осигурања су данас у експанзији. У развијеним државама постоји огроман број обавезних осигурања (у Француској их има око 120).

<sup>14</sup> Ипак, у интересу заштите трећих оштећених лица, постоје случајеви законског аутоматизма, то јест деловања обавезног осигурања и поред неизвршења законске обавезе закључења уговора. Две најпознатије ситуације законског аутоматизма су: 1) деловање осигурања у случају неосигураног возила и 2) деловање осигурања када је штета изазвана употребом непознатог возила. Видети у: Огњановић 2003, 47.

<sup>15</sup> Примера ради, према Закону о обавезном осигурању у саобраћају – ЗООС (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 78/2011, 93/2012 и 7/2013 – одлука УС), власник моторног возила *дужан је да закључи уговор о осигурању од одговорности* за штету коју употребом моторног возила причини трећим лицима услед смрти, повреде тела, нарушавања здравља, уништења или оштећења ствари, осим за штете на стварима које је примио на превоз. Иако је круг лица која могу бити одговорна у случају проузроковања штете услед употребе моторног возила потенцијално шири и обухвата различита лица која су у некој правној вези са возилом (возач, гаражиста, овлашћени држалац, оставопримац), законодавац је обавезао само власника возила да закључи уговор о осигурању.

уговарање каско осигурања постаје уговорна обавеза корисника лизинга, која утиче на већу заступљеност каско осигурања у портфолију домаћих осигураваача. Исти је случај и са осигурањем за случај отказа, којим банке условљавају кориснике потрошачких („кеш“) кредита (Петровић Томић 2017b, 91–112).

О ограничењу слободе уговарања говоримо и када се захтева *сагласност трећег лица као услов за закључење уговора*. Такав је случај код осигурања живота за случај смрти трећег лица и осигурања од последица несрећног случаја (Bonnard 2012, 326; Шулејић 2005, 468). У ЗОО се прецизира да се осигурање живота и осигурање од несрећног случаја могу односити на живот уговараача осигурања или на живот неког трећег лица. Уговараач осигурања не може да одреди неко лице као осигурано лице у осигурању живота за случај смрти без његове сагласности. Из разлога заштите овог лица и очувања јавног поретка у области осигурања лица, захтева се сагласност тог лица, иначе је уговор ништав. Сагласност осигураног лица, која очигледно мора да буде прибављена претходно (тј. до закључења уговора!), има циљ да обезбеди да се осигурано лице упозна са свим околностима уговорног односа чији је актер, а посебно са тим ко је уговараач осигурања, ко ће бити евентуални корисник, колико је осигурана сума итд. Та сагласност мора бити дата у полиси или одвојеном писмену приликом потписивања полисе, са назначењем осигуране суме.<sup>16</sup> Сматра се да је тиме осигурано лице дало свој пристанак и на закључење уговора и на висину суме осигурања. Уговор о осигурању живота трећег лица за случај смрти ништав је без сагласности тог лица.<sup>17</sup> На ништавост се може позвати свако (апсолутна ништавост).

О томе у којој мери је ограничена слобода уговарања осигураника сведочи податак да он, осим што у одређеним случајевима мора да закључи уговор, по закону у неколико случајева током одређеног времена не може да изађе из уговорног односа осигурања. Осигураник се, дакле суочава како са наметањем обавезе да закључи уговор, тако и са ограничењима која тангирају његово право да изађе из уговорног односа осигурања. Сливовито речено, његова слобода уговарања нападнута је са свих страна. Тако је *осигураник код вишегодишњих осигурања имовине заточеник осигураваача*, који

<sup>16</sup> „Услов за закључење пуноважног уговора о осигурању за случај смрти трећег лица је писмени пристанак тог лица у погледу самог закључења, али и висине осигуране суме“ (Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5661/95 од 17. јануара 1996. године).

<sup>17</sup> У теорији се поставило питање да ли осигурано лице може дати сагласност касније (након закључења уговора) и тиме га оснажити. У немачкој теорији се таква могућност негира (јер је реч о апсолутној ништавости), док италијански теоретичари не искључују ту могућност. Видети у: Ćurković 2009, 86.

може да поврати уговорну слободу само ако је спреман да плати законску „цену“ (Петровић Томић 2015, 259–261). Наиме, према ЗОО, код уговора закључених на период дужи од 5 година осигураник може тек по истеку овог периода изјавити да уговор отказује, уз отказни рок од 6 месеци. Законодавац је током тог периода замрзнуо право осигураника да изађе из уговорног односа, што је још једно ограничење његове уговорне слободе. Такви уговори се по правилу закључују под повољнијим условима за осигураника, уз одобравање попушта. С тим у вези, став је судске праксе да ако осигураник раскине уговор пре законом прописаног рока, има обавезу да осигуравачу накнади штету коју трпи због превременог раскида. Штета се обично састоји у повраћају одобрених попушта и обавези плаћања премије за све време за које није могао легално раскинути уговор (Беланић 2016, 121–137).

### 3.2. Слобода избора сауговорача

Ни слобода избора сауговорача није неограничена. Полазећи од статусних прописа, осигуравачи могу да се баве пословима осигурања тек након добијања дозволе за рад од Народне банке Србије. Већ у захтеву за издавање дозволе оснивачи треба да се изјасне да ли ће се бавити пословима животног или неживотног осигурања, односно да ли ће се бавити свим или појединим пословима из неке од тих врста осигурања. То, дакле, значи да осигураник и када закључује уговоре из сфере добровољних осигурања може да „бира“ лиценцираног осигуравача за оне послове осигурања који су њему потребни. Његова је слобода избора сауговорача ограничена захваљујући интервенцији статусног законодавства осигурања. Он, стога, не може да закључи уговор са било којим сауговорачем, већ само са оним који испуњава стриктне законске услове да се назове осигуравачем.

Осим тога, слобода уговарања додатно је ограничена у случају закључења обавезних осигурања: уговор се мора закључити и то са осигуравачем који се баве пословима обавезних осигурања.

Законска интервенција статусног карактера одражава се, дакле, на уговорно право осигурања. Због система дозвола који важи у сектору осигурања слобода избора сауговорача је додатно ограничена. Та интервенција је значајна за заштиту осигураника и уопште потрошача услуга осигурања. Будући да закључују алеаторни уговор са страном која ће бити дужна да испуни обавезу у ближој или даљој будућности, за њихову заштиту је кључно то што правни систем уводи гаранције ликвидности и солвентности осигуравача. Дакле, на оцену степена ограничености слободе уговорања у праву осигурања утиче не само уговорни већ и статусни закон.

### 3.3. Слобода уређивања садржине уговора о осигурању

Слобода одређивања садржине уговора је, према нашем мишљењу, *окосница слободе уговарања*, а она је највише ограничена у уговорном праву осигурања. Она значи да су стране слободне да уреде садржину уговорног односа, то јест да створе појединачне уговорне норме чија правна снага није ништа мања од правне снаге општих законских норми. За уговорне стране има огромну важност то што могу да се договоре о свим уговорним клаузулама, а нарочито о: роковима за испуњење уговорних обавеза; последицама за случај доцње; основу раскида уговора; начину решавања спорова итд. Бројна ограничења и детаљна регулатива уговора о осигурању чине ограниченом стваралачку моћ уговорника.

Признати слободу уговарања као законску категорију уз истовремено законско одређивање садржине уговора о осигурању у битним цртама у неку руку је контрадикторно. Међутим, за то постоји оправдање у карактеристикама самог уговора и потреби да се заштити слабија страна. Заправо, слобода уређивања садржине уговора у уговорном праву осигурања сведена је на незнатан број диспозитивних норми. Уз то, она је и у том облику ограничена условима осигурања које осигуравач доноси унапред. Притом је искључена могућност преговарања о ономе што је уређено условима осигурања. Дакле, слобода уређивања садржине уговора о осигурању своди се само на избор између конкурентских услова осигурања – тзв. *contracts terms shopping* (Petrić 2013, 20).

Да бисмо објаснили ту тврдњу, подсетићемо се законодавног метода који се користи за уговор о осигурању. ЗОО је за уговор о осигурању применио тзв. *специјалну законодавну технику* која се разликује од метода који тај закон користи за остале уговоре. Заштита осигураника као слабије стране захтева највећи број императивних норми, док је број диспозитивних значајно мањи него код других уговора. Увођење императивних норми није мотивисано само заштитом слабије стране (потрошача), већ служи и остварењу других циљева, од којих су најбитнији заштита јавног поретка у осигурању и посредно усаглашавање услова осигурања као изванредно значајног извора права осигурања. Не само да су у ЗОО уређена скоро сва питања уговорног односа осигурања већ је то учињено техником когентних норми. Осим већинских императивних, ЗОО садржи мањи број диспозитивних норми. То је одредница по којој ће ЗОО остати упамћен у историји права осигурања. Напомињемо да у материји осигурања, осим већинских когентних и мањинских диспозитивних норми, постоје и тзв. *полукогентне норме* (једнострано обавезујуће норме, *полупринудне норме*). Последња „врста“ норми представља оригиналност права осигурања, која ће тек током јачања активности

у области заштите потрошача на нивоу Европске уније постати ра-спрострањенији метод регулисања уговорног права.

Читањем дела ЗОО који се односи на уговор о осигурању сти-че се утисак да су скоро сва питања уговора о осигурању – почев од момента закључења уговора до његовог престанка – унапред уређена.<sup>18</sup> Већ смо указали на то да је значајно обележје правног ре-жима уговора о осигурању на основу ЗОО *деталност* регулативе.<sup>19</sup> Поставља се питање да ли се то обележје иначе среће у уговорном праву, које обележава принцип аутономије воље.<sup>20</sup> За поређење са уговором о осигурању најбољи су уговори о превозу. И за њих важи принцип детаљног уређења свих правних питања. Зашто? Зато што је принцип детаљизма својствен регулативи оних уговорних односа које карактерише асиметрија снага и информисаности сауговарача. Како другачије обезбедити не само адекватну заштиту осигураника (или корисника превоза) већ и само одвијање тог уговорног односа на пожељан начин ако не детаљним прописивањем права и обавеза страна, односно уношењем забрана? *Принцип детаљизма је, дакле, у служби очувања баланса у уговорним односима које карактерише неједнакост у било ком облику.* Осим тога, захваљујући принципу детаљне регулативе и мноштву императивних норми назире се уста-нова јавног поретка у осигурању. То је свакако још једна од особе-ности кодификације уговора о осигурању у ЗОО. Наиме, у општем делу јавни поредак није био поменут све до новела из 1993. године.

Иако неспорно корисна, комбинација натпросечног коришћења когентног метода и детаљизма приликом регулативе скоро свих питања уговорног односа потрошачких осигурања чини врло суже-ним маневарски простор уговорних страна за слободу уговорања. Осим што се на тај начин гарантују минимална права и интереси потрошача, осигуравачима се шаље недвосмислена порука да је тај део правног промета под строгим надзором законодавца и да неће моћи много да одступају од *законског модела права и обавеза* која произлазе из уговорног односа осигурања. Заправо, на тај начин се

<sup>18</sup> Будући да је број полуимперативних и диспозитивних норми у уговорном праву осигурања бројчано мањи у односу на императивне норме, анализираћемо прве две категорије норми (нап. аут.).

<sup>19</sup> Принцип детаљизма није превазиђен ни на данашњем ступњу развоја во-дећих законодавстава осигурања. Ако се анализира било који модерни закон о уго-вору о осигурању – од немачког или француског преко скандинавских до британског или недавно усвојеног бугарског закона – стиче се утисак да законодавац ништа не препушта случају. Ово зато што би се свако пропуштање законодавца да неко питање уреди на когентан или полукогентан начин могло окренути против потроша-ча услуга осигурања. Видети у: Петровић Томић 2018b, 65–82.

<sup>20</sup> *Принцип детаљизма праћен когентном и полукогентном техником регули-сања представља добитну комбинацију за уговор о осигурању.*

испољава јавни поредак заштите у области осигурања (Cardoso 2014, 96). За осигурање је специфично да се јавни поредак делимично поклапа са принудним прописима (Soto 2008, 120), иако неспорно обухвата и вредносну компоненту (Томић 2019, 40). Иако је он и језички одвојен од принудних прописа у ЗОО, јавни поредак у осигурању чине когентни и полукогентни прописи.

Ограничење аутономије воље уговорних страна у обавезним осигурањима, осим у обавези закључења уговора, испољава се и као немогућност да се одступи од императивних законских одредаба којима је одређен обим осигуравајућег покрића. Такође, осигуравач не може да унесе искључене штете којима би се сузило покриће дефинисано законским одредбама; не може да искључи измаклу добит (иако та могућност произлази из ЗОО), не може да унесе одредбу којом се не признаје умањење вредности возила због оправке, не може да примени годишњи проценат амортизације на утврђивање штете на возилу, не може да искључи закаснеле штете из покрића итд. (Пак 2018, 238–239).

О посебном квалитету ограничења слободe уговарања говоримо код колективних уговора. Сам механизам закључења тих уговора – где је централна фигура уговарач осигурања – чини утолико тангираном позицију осигураника, који нема апсолутно никакву моћ преговарања и утицаја на садржину уговорних права и обавеза. Механизмом колективних уговора о осигурању још више се потенцира атхезиони карактер уговора, будући да припадник групе, то јест осигураник, нема ни најмању преговарачку моћ. Он само приступа уговору у целини, и то на основу споразума уговарача осигурања и осигуравача (Goldie-Genicon 2008, 1).

Уз све што је до сада поменуто, слободу уговарања ограничава још и могућност суда да огласи неважећим клаузуле којима се нарушава уговорна равнотежа на штету потрошача, уз истовремено одржавање уговора на снази ако може опстати без тих клаузула (Петровић Томић 2015, 361–363). То значи да у области осигурања треба рачунати на две врсте интервенција у уговор о осигурању: прва је превентивна и законског је порекла, а друга је реактивна и судског је порекла. Законодавац је тиме увео два стуба заштите слабије стране, чијим се синергијским дејством додатно сужава поље примене слободe уговарања у уговорном праву осигурања.

#### 4. УСМЕРЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА – ПОЛУКОГЕНТНИ МЕТОД ЗАКОНСКЕ ТЕХНИКЕ

ЗОО садржи програмску одредбу према којој је одступање од осталих одредаба (оних које нису императивне), уколико није за-

брањено овим или којим другим законом, допуштено само ако је у несумњивом интересу осигураника. Поставља се питање како са извесношћу утврдити да је норма полуимперативна. Такав законски метод подразумева претходно тумачење норми са циљем да се утврди да ли пружају могућност изналажења повољнијег решења из угла осигураника.<sup>21</sup> Дакле, норма је полуимперативна ако допушта само одступања у једном правцу који је генерисан несумњивим интересом осигураника. Минимум заштите права и интереса осигураника који пружају полукогентне норме у исто време треба да трасира пут осигуравачу ка пожељном квалитету одступања од актуелне регулативе (Bataller, Latorre, Olavarria 2007, 35, 169). Механизми које пружа право осигурања састоје се, заправо, у *дозираној и унилатералној императивности норми*. Из полукогентног карактера норми произлази да су допуштене клаузуле којима се побољшава положај осигураника или корисника права из осигурања признањем права која иначе немају по закону или одступањем од примене законских одредаба које нису најповољније за њих.<sup>22</sup>

С обзиром на то да су нека решења ЗОО увелико застарела, полуимперативне норме пружају могућност нашој пракси осигурања да се понаша као да је регулаторни оквир много модернији него што јесте.

Полукогентни метод има вишеструки значај за уговорно право осигурања. Прво, та одредба има огроман значај јер захваљујући њој слобода уговарања у области тзв. копнених осигурања није потпуно укинута. Њоме је инаугурисана усмерена слобода уговарања као вредност која се надовезује на заштиту потрошача услуга осигурања. Управо постојање полупринудних норми омогућава да уговор о осигурању буде израз слободе уговарања, а не законске пројекције претпостављених права и обавеза сауговарача. Заправо, када се тумаче норме и заузима становиште о томе да ли се од њих може одступити, неопходно је да тумач права буде добар познавалац заштите потрошача. У складу са таквим карактером полупринудних норми, *потрошачи се не могу одрећи права која стичу на основу самог закона* (Ћикага 2010, 45). *Такође, ништаве су уговорне одредбе којима се одредбе заштитног карактера мењају на штету потрошача. Уз то, не може се одступати од законских одредаба на начин којим се тангира јавни поредак у области осигурања нити одступања могу бити на штету осигуравача.*

<sup>21</sup> Према мишљењу професора Шулејића, следеће норме ЗОО су полупринудне: чл. 908, 913, 914 ст. 3, 917, 932, 955. Видети у: Шулејић 2005, 51–52.

<sup>22</sup> *A contrario*, једностане измене којима се одступа на било који начин од императивних норми сматрају се неправичним клаузулама. Видети у: Barrientos 2016, 104.

Друго, полукогентни карактер норми има значајан утицај на индустрију осигурања. Оно што је у њима регулисано у области заштите слабије стране представља *полазну основу за осигуравање*. Могућност одступања од законских солуција може се кретати само ка унапређењу (побољшању) положаја потрошача услуга осигурања. Или одступања од неповољних или застарелих законских солуција. Другим речима, уговорне или клаузуле услова осигурања ни у ком случају не смеју бити на штету осигураника или уопште неповољније по његове интересе од минималне заштите коју пружа важећи регулаторни оквир. Навешћемо неколико полупринудних норми у прилог наше тврдње.

Према ЗОО, у осигурању имовине, ако уговарач осигурања не плати премију која је доспела после закључења уговора до доспелости нити то учини које друго заинтересовано лице, уговор о осигурању према самом закону престаје по истеку рока од тридесет дана од дана када је уговарачу осигурања уручено препоручено писмо осигуравача са обавештењем о доспелости премије, с тим што тај рок не може истећи пре него што протекне тридесет дана од доспелости премије (чл. 913, ст. 3). Полазећи од ЗОО, осигуравач који се одлучи да пошаље опомену уговарачу осигурања о доспелости премије осигурања требало би да му остави рок од бар тридесет дана за плаћање премије, уз претњу престанком уговора ако обавеза не буде измирена у поменутом року. Што се тиче почекног рока, нема сметњи за његову квалификацију као полуимперативне норме. Сматрамо да норму треба тумачити тако да обавезује осигуравача да остави почекни рок од најмање тридесет дана. Али, ако је он упознат са тим да уговарач неће моћи да измири обавезу у тако кратком року, нема сметњи да се почекни рок пролонгира. То би значило да осигуравач осигуранику може да остави и дужи рок од 30 дана за измирење обавезе. То правило је у неку руку заштитнички настројено према потрошачу осигурања јер уводи допунски то јест „нови“ рок за извршење најзначајније обавезе. Ако је осигуравач поступио у складу са тим правилом, потрошач осигурања има на располагању најмање додатних 30 дана за испуњење обавезе. Њему се даје накнадни примерени рок за испуњење главне обавезе, што је добро решење. Ако га не искористи и не плати премију, уговор престаје по самом закону истеком почекног рока.<sup>23</sup> Такво тумачење није само у интересу осигураника – коме се вољом осигуравача може пружити дужи рок за испуњење најбитније законске обавезе – већ је

<sup>23</sup> „Ако уговарач осигурања не исплати премију осигурања доспелу по закључењу уговора, уговор о осигурању престаје по самом закону протеком рока од 30 дана од уручења препорученог писма осигуравача са обавештењем о доспелости премије“ (Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 6726/97 од 8. октобра 1997. године).



*in favorem* уговора о осигурању. Остављањем дужег рока за плаћање доспеле премије осигурања повећавају се шансе да уговор опстане.

Норме о којима је било речи представљају пример полупринудних норми, те се од њих може одступити у интересу осигураника. Тако је могуће почекни рок продужити, али не и скратити. Заштитни карактер тих норми забрањује да се условима осигурања предвиди аутоматски престанак уговора, то јест без упућивања опомене у случају да премија није плаћена о доспелости.

У осигурању живота постоје посебна правила о последицама неплаћања премије осигурања. Према тим правилима, осигуравач не може тражити исплату премије судским путем. Али, закон му даје могућност да редукују суму осигурања на износ откупне вредности или да раскине уговор. Прва опција је резервисана за уговоре код којих се формира математичка резерва, под условом да су дотле плаћене бар три годишње премије. Друга опција важи за уговоре који немају математичку резерву. Наше је мишљење да је прва опција уређена полупринудним нормама и да осигуравач може да изврши редукацију суме осигурања и након уплате две годишње премије осигурања. Такво тумачење је у интересу уговарача осигурања и одржавања уговора на снази.

Према ЗОО, када се догоди осигурани случај, осигуравач је дужан да исплати накнаду или своту одређену уговором у уговореном року који не може бити дужи од 14 дана, рачунајући од дана када је осигуравач добио обавештење да се осигурани случај догодио (чл. 919, ст. 1). Заштита потрошача осигурања не би била потпуна да законом није прописан рок у коме осигуравач треба осигуранику да исплати накнаду или осигурану суму (Schmitz 2015, 327–352). За разумевање заштите коју наши потрошачи осигурања уживају треба поћи од тога да ЗОО садржи врло елегантну формулацију: осигуравач је дужан да исплати накнаду или осигурану своту „у уговореном року који не може бити дужи од 14 дана, рачунајући од дана када је осигуравач добио обавештење да се осигурани случај догодио“. Дакле, у питању је полупринудна норма, којом је уведена ограничена и усмерена аутономија воље страна у погледу рока за испуњење обавезе осигуравача. Стране могу да се договоре о скраћењу тог рока, али га не могу продужавати.

Треће, наше је уверење да су једнострано обавезујуће норме одиграле кључну улогу у развоју уговорног права осигурања. Оне представљају механизам којим је у исто време успостављен одређени степен заштите слабије стране, а и омогућава да се условима осигурања одступи од законских решења и на тај начин подстакне развој нових врста осигурања. Такође, уз мало добре воље осигуравача, може се одступити од примене норми које су очигледно неповољне

по осигуранике. Таква пракса је уочена код санкционисања несавесно закљученог надосигурања, где се осигуравачи ретко позивају на врло неповољне законске одредбе. Дакле, полуимперативним нормама се постиже каналисана слобода уговарања осигуравача као стране која пружа карактеристичну престацију. Стога се може рећи да су те норме у служби заштите појединачних (приватних) интереса, док су императивне у служби заштите јавног поретка у осигурању.

Када разматрамо нову парадигму слободе уговарања, треба приметити да је у осигурању та суштинска слобода бар двоструко ограничена. Прво законом, а затим условима осигурања. Оно што је законодавац оставио отвореним применом диспозитивних или полуимперативних норми осигуравачи по правилу „затварају“ и заокружују условима осигурања. Дакле, аутономија воље из угла осигуравача и постоји у одређеном степену. Аутономија воље за осигураника скоро да не постоји. И у томе се огледа (и потврђује!) положај слабије стране! Слобода уговарања у области права осигурања – нарочито под утицајем заштите потрошача – све више се своди на слободу да се уговор закључи или не закључи, осим код обавезних осигурања, као и на слободу избора осигуравача са којим ће се закључити. Све ван тога је већ уређено законом или условима осигурања. Због тога се посебна пажња посвећује инструментима заштите уговарача осигурања или осигураника у вези са закључењем уговора на основу услова осигурања (питање упознавања осигураника са њима, питање предаје услова осигурања, питање тумачења нејасноћа у условима осигурања и питање уклањања неправичних клаузула из услова осигурања). Тај сегмент законодавства осигурања и даље је у развоју, са израженим настојањем да се повећа степен заштите потрошача.

Заправо, коришћење полукогентног метода чини да у области уговорног права осигурања може да се говори само о *усмереној (каналисаној) слободи уговарања*.<sup>24</sup> Самим тим, слобода уговарања у материји потрошачких осигурања сведена је на незнатан број уговорних клаузула, односно на тзв. сателитске клаузуле.

## 5. НЕОГРАНИЧЕНА СЛОБОДА УГОВАРАЊА – ДИСПОЗИТИВНИ МЕТОД

Диспозитивне норме су у области уговорног права осигурања генерално посматрано резервни играчи. Оне се примењују само ако су уговорне стране оставиле неко питање неуређено. ЗОО са-

<sup>24</sup> Уговор о осигурању се може навести као пример уговора на који је примењен принцип ограничене аутономије као тачке везивања у међународном приватном праву. Видети у: Петровић Томић 2017а, 417 и даље.

држи натпросечно мали број диспозитивних норми посвећених уговору о осигурању. То се директно одражава на мањи значај начела слободe уговарања у изворном облику. Док у већини уговора које уређује ЗОО уговорне стране имају законски мандат да се договоре о највећем броју питања, такав мандат није дат уговарачу осигурања и осигуравачу. Њих је законодавац ограничио и/или усмерио у најбитнијим питањима. Поставља се питање на коју се врсту елемената осигурања односи слобода уговарања у изворном облику. На основу анализе ЗОО долазимо до закључка да диспозитивни законодавни метод углавном доминира у уређењу оних елемената који нису од круцијалног значаја за очување равнотеже уговорених престација. Лако је уочити да ситуације које ЗОО уређује диспозитивним нормама нису од виталног значаја за заштиту потрошача услуга осигурања. Тако је странама препуштено да уреде како желе следећа питања: моменат доспећа премије и место плаћања; неке од искључених штета; могућност препуштања оштећене осигуране ствари осигуравачу; подосигурање; прелаз уговора на прибавиоца осигуране ствари.

У ЗОО је диспозитивном нормом уређено питање рока плаћања премија и места плаћања премије. Модалитет и време плаћања премије одређују уговорне стране: премија се плаћа у уговорено време и на уговорени начин (Bigot 2014, 24, 560–561). Тако се може уговорити да се премија плаћа одједном или као текућа, у ратама. Ако је уговорено да се премија плаћа одједном, доспева у тренутку закључења уговора и плаћа се у једнократном новчаном износу. То се поклапа са општеприхваћеном праксом осигурања да се премија плаћа унапред за одређени период осигурања. Такав моменат одређивања доспелости премије карактеристичан је за уговоре закључене до годину дана. Такође, у пракси има случајева *када из природе посла и садржаја обавезе осигураника произлази да премију треба платити одједном*. То је случај са свим краткорочним уговорима у којима је назначен једнократни износ премије осигурања, који се односи на цео период на који се осигурање закључује (Станишић 2012, 178). Исто правило о плаћању премије одједном важиће и када је осигуранику уручена полиса у којој је назначен износ премије осигурања, а није одређено када и на који начин ће се платити тај износ (Станишић, 2012, 178).

У пракси је много чешће да се стране споразумеју да се *премија плаћа после закључења уговора*. То је случај код вишегодишњих или дугорочних осигурања, где премија има карактер текуће премије. *Текућа премија* доспева првог дана текућег периода осигурања, а тај период се везује за сваку годину осигурања јер је осигуравачима тако најлакше да адекватно обрачунају премију. Такво решење одговара осигуравачима, који се штите од инсолвентности осигураника. Заправо, премија се плаћа унапред, на почетку периода покрића

и представља противтежу ризику примљеном у покриће (Groutel *et al.* 2008, 380). Иако то законом није *explicite* предвиђено, реч је о плаћању прве премије осигурања.<sup>25</sup> Ако је закључење уговора праћено испостављањем полисе, премија се обично плаћа приликом предаје полисе осигурања. Ако премија није плаћена, осигуравач није дужан да издату полису преда уговарачу осигурања. Могуће је да се износ текуће премије на основу споразума страна подели на оброке (рате), који могу бити месечни, тромесечни или шестомесечни, и тај споразум се уноси у полису или исправу која се прилаже уз полису. Ако је уговорено оброчно плаћање премија, довољно је да осигураник плати један оброк да не би била примењена правила о правним последицама неплаћања премије, осим ако стране нису нешто друго уговориле.

За заштиту потрошача услуга осигурања значајно је и законско правило о месту плаћања премије осигурања. У нашем ЗОО то питање је регулисано на начин којим се одступа од општег правила о месту испуњења новчаних обавеза. Дакле, осигураник је дужан да премију плати у месту свог пребивалишта, ако уговором није одређено неко друго место.

Уговор о осигурању разликује се од осталих уговора по временском моменту. Моменат закључења уговора се обично не поклапа са моментом почетка дејстава уговора. У том смислу је релевантно оно што пише у уговору као дан почетка осигуравајућег покрића. ЗОО садржи диспозитивно правило према коме се као дан почетка осигуравајућег покрића сматра двадесет четврти час дана који је у полиси означен као дан почетка трајања осигурања, а оно траје до истека последњег дана рока за који је осигурање уговорено. Користећи то правило, осигуравачи често условима осигурања другачије уређују почетак дејства њихове обавезе. Притом наглашавамо да уговор о осигурању то јест покриће делује за будућност. Од тог правила постоји одступање у облику тзв. повратног осигурања. Наиме, осигурање може да делује ретроактивно ако заинтересованој страни није било познато да се осигурани случај догодио, односно да је престала могућност да се он догоди. У том случају уговор покрива одређени период пре закључења уговора.

<sup>25</sup> Сматрамо да је за отклањање свих недоумица у вези са последицама неплаћања премије осигурања корисно изменити домаће право по угледу на немачко. Најбитније је увести законско разликовање између прве и каснијих (текућих) премија (пар. 37 и 38 нем. закона). Тако, према немачком праву неплаћање прве или једнократне премије даје право осигуравачу да захтева раскид уговора док плаћање не буде извршено, осим ако за то осигураник није крив. Ако, пак, текућа премија није плаћена благовремено, осигуравач може у текстуалној форми одредити осигуранику на његов трошак рок плаћања који мора износити најмање две недеље. Детаљније: В. Hahn 2009, 636–639.

У потрошачким осигурањима имовинског карактера абандон није уобичајен. Стога *клаузула о напуштају* – којом се осигуранику даје могућност да у случају делимичног губитка или оштећења предмета осигурања захтева потпуну накнаду штете, препуштајући осигурани предмет осигуравачу – мора бити изричито уговорена (Groutel *et al.* 2008, 981–982). Основна погодност коју добија осигураник јесте остварење интегралне накнаде на много ефикаснији и лагоднији начин. С друге стране, абандон за осигуравача може бити неисплатив, тако да за одређене предмете осигуравачи не пристају на напуштај (на пример, код осигурања уметничких предмета и најмање оштећење значи депресијацију – губитак вредности). Ако се, дакле, посебно уговори, осигураник после наступања осигураног случаја осигуравачу може да препусти оштећену ствар и да добије исплату пуног износа накнаде из осигурања, под условом да је спреман да плати одређени додатак уз премију осигурања.

Што се тиче искључених штета, у свим осигурањима штете проузроковане ратним операцијама и побунама искључене су из покрића. Али, то је учињено диспозитивним нормама, што осигуранику коме је потребно шире покриће пружа могућност да се договори са осигуравачем. Исти је случај и са штетама проузрокованим недостацима осигуране ствари. Овде треба приметити разлику у законодавном методу према врсти искључене штете. Ако је реч о неком од искључења које тангира јавни поредак (попут намерног изазивања осигураног случаја) или права осигураника, законодавац га уређује императивним нормама. И не дозвољава уговорним странама да од њега одступе. С друге стране, ако је реч о искључењима која се тичу техничке стране посла осигурања или делимично тангирају алеаторни карактер уговора, слобода уговарања је неокрњена.

Правило пропорционалности које се примењује у осигурању имовине диспозитивног је карактера. Већ је у самом ЗОО прописано да је осигуравач дужан да исплати потпуну накнаду све до износа суме осигурања, ако је уговорено да однос између вредности ствари и суме осигурања нема значај за одређивање износа накнаде. Правило пропорционалности, дакле, није императивна норма, те је уговорним странама остављено да у уговор унесу клаузуле којима се одступа од примене тог правила.<sup>26</sup>

Правило је да у случају отуђења осигуране ствари и ствари у вези са чијом је употребом закључено осигурање од одговорности права и обавезе уговарача осигурања прелазе по самом закону на

<sup>26</sup> Иако је примена правила пропорционалности последица технике осигурања, за осигуранике нестручњаке оно представља облик санкције. Стога су они заинтересовани да се у уговор унесу клаузуле којима се уклања примена правила пропорционалности. Видети у: Caillé 2003, 60.

прибавиоца, осим ако није другачије уговорено.<sup>27</sup> Пренос осигурања, дакле, по законској претпоставци, дешава се истовремено са преносом својине на осигураној ствари или ствари у вези са чијом употребом је закључено осигурање. Изузетак је прописан за отуђење моторног возила. Ако се у току важења уговора о осигурању промени власник моторног возила, права и обавезе из тог уговора прелазе на новог власника и трају до истека текућег периода осигурања.<sup>28</sup> То је прописано ЗООС. За разлику од ЗОО – који допушта могућност да се другачије уговори – ЗООС то не допушта. Такво решење условљава потреба да се обезбеди континуитет покрића, имајући у виду социјалну конотацију обавезног осигурања од одговорности ималаца моторних возила.

## 6. ЗАКЉУЧНО О ПОКОРАВАЊУ ПОТРОШАЧКИХ УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ

Европско приватно право на данашњем ступњу развоја карактеришу бар две тенденције. Прва је фрагментација и усвајање бројних посебних уговорних закона, којима се уређују различите области промета. Друга тенденција је појава нових начела (попут начела појачане заштите слабије стране) и нових права и обавеза (попут предуговорног информисања). Уговор о осигурању потпуно прати те трендове, због чега је и дистанциран од општег уговорног права као концептуалне базе. У том смислу проучавање начела слободe уговорања у уговорном праву осигурања представља својеврстан повратак коренима.

На основу свега што је до сада речено можемо изнети следеће закључке.

Прво, слобода уговорања у уговорном праву осигурања у тој мери је ограничена и каналисана законским одредбама да је потпуно оправдано закључити да она нема значај врховног начела. То начело данас више носи призив историјског значаја те није погрешно рећи да је у извесној мери превазиђено у уговорном праву осигурања.

<sup>27</sup> „Када прималац лизинга откупи осигурано возило пре истека уговора о осигурању, не може се ослободити обавезе плаћања премије, јер су права и обавезе уговарача осигурања прешла по самом закону на прибавиоца возила“ (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 8371/2013(2) од 11. априла 2014. године).

<sup>28</sup> „Права и обавезе осигураника по закљученом уговору о осигурању возила од аутоодговорности прелазе на купца возила по самом закону у моменту закључења уговора о купопродаји возила, те стога, претходни власник возила не одговара за штету проузроковану од стране новог власника у саобраћајној незгоди која се догодила после извршене купопродаје“ (Пресуда Окружног суда у Зрењанину, Гж. број 496/95 од 31. јануара 1997. године).

Друго, смањење значаја начела слободe уговорања обрнуто је пропорционално инаугурацији начела појачане заштите слабије уговорне стране које обележава све односе за које је карактеристична асиметрија снага и информисаности.

Треће, природа предметног уговора и положај стране која прибавља услугу осигурања чине је подложном злоупотребама и нарушавању уговорне равнотеже на њену штету. Стога је ЗОО одступио од принципа слободe уговарања у изворном облику у уређењу уговора о осигурању. Њиме су уведене две врсте модификација слободe уговорања. Прву чине императивне нормe, којима је уређена садржина уговора о осигурању у битним цртама. У мери у којој је уговорним законом уређена садржина будућих уговора може се говорити о ограниченој слободи уговарања. Ово утолико пре што из општих одредаба уговорног *lex generalis* прописана произлази да те одредбе врше две улоге: допуњујућу и корективну. Другу категорију одступања чине полуимперативне нормe, којима је уведена каналисана слобода уговорања. Заправо, наше је мишљење да суштини установе осигурања највише одговара *начело каналисанe слободe уговарања*. Иако је когентни метод највише заступљен у регулативи уговора о осигурању, природи тог уговора више одговара полукогентни приступ. Законодавац треба да уведе минимум заштите осигураника и да спречи осигуравача да условима осигурања срозава етаблирану заштиту. Али, ако се жели обезбедити подстицајан регулаторни оквир осигурања, законодавац треба да омогући осигуравачу да – под утицајем тржишта осигурања – одступа од минималне заштите како би понудио повољнија решења условима осигурања или одступио од неповољних законских солуција. С обзиром на застарелост нашег регулаторног оквира, с једне стране, и поднормираност, с друге стране, полукогентни приступ омогућава осигуравачима да развијају добру праксу осигурања.

Четврто, за област потрошачких осигурања карактеристичне су две врсте ограничења: општа (која важе за целокупно уговорно право, као и она из одељка посвећеног уговору о осигурању) и секторска (специјална ограничења, која произлазе из специјалног законодавства посвећеног уговору о осигурању). Тиме је сужено поље примене слободe уговарања и *rationae materiae* и *rationae personae*. Тако дојучерашње начело првог ранга постаје принцип ограничене примене.

*Summa summarum*, и савремено право се адаптира кретању модерног друштва. То се на примеру уговорног права осигурања најбоље види. Законодавац је до те мере интервенисао у уговорни однос да се помињање начела слободe уговарања јавља више као последица традиције него као реалност. Његова пожељност данас се посматра кроз призму измењене социјалне функције уговора уопште, а погото-

во потрошачких уговора. Осим законске интервенције, на сужавање сфере утицаја начела слободе уговорања највише утичу феномен стандардизације уговора и појава општих услова пословања.

Слобода уговорања у изворном облику може да опстане само у случају када су уговорне стране једнаке. Као што је познато, у модерном друштву то често није случај. Стога су законске интервенције и стандардизација уговора довеле до стварања климе заштите слабије стране увођењем ограничења слободе уговорања. Наше је мишљење да је у уговорном праву осигурања изражена тенденција – настала почетком XX века – да се начело слободе уговорања потискује. Тзв. златно доба уговора полако уступа место ери ограничене и каналисане слободе уговарања. Тиме се уводи принцип дозирање слободе уговарања као одговор на измењене прилике пословања у секторима као што је осигурање. Наиме, принудни прописи су преузели на себе – ради повећања правне сигурности – део онога што је некада потпадало под слободу уговарања. Тиме је остварена равнотежа између круте когентности прописа и чисте слободе уговарања. Та равнотежа је покретљива с обзиром на различите врсте осигурања и бројност посебних прописа. Тако је дошло до поковања уговора о осигурању когентним прописима као додатни инструмент појачане заштите слабије стране. Заправо, разликујемо три степеника поковања у области уговорног права осигурања. Први степен чине принудни прописи на нивоу општих норми (попут ЗОО). Други степен представљају принудни прописи у специјалном законодавству осигурања који имају примат над празнинама у општим прописима или када општи пропис упућује на њих. Трећи степен чине судско тумачење и попуњавање правних празнина насталих комбинацијом претходна два степеника.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Barrientos, Zamorano M. 2016. La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en le Código de Comercio chileno. *Revista Boliv. de Derecho* 22: 98–119.
- Bataller Juan, Nuria Latorre, Jesús Olavarria. 2007. *Derecho de los Seguros Privados*. Madrid
- Беланић, Лорис 2016. Поједини аспекти престанка вишегодишњег уговора о осигурању имовине. Палић: 121–137. (Belanić, Loris 2016. Pojedini aspekti prestanka višegodišnjeg ugovora o osiguranju imovine. Palić: 121–137.)
- Bigot, Jean 2014. La mise en oeuvre du contrat. *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Tome 3, 2 édition, Jean Bigot (ed.). Paris: L. G. D. J.



- Bonnard, Jérôme 2012. *Droit des assurances*. 4 édition. Paris: LexisNexis.
- Caillé, C. 2003. *Assurances de dommages, Rép. Civ.* Paris: Dalloz.
- Cardoso, Arango C. 2014. La limitación de la autonomía privada de las compañías aseguradoras como mecanismo de protección dela asegurado. *Revista CES Derecho* 5: 1: 94–105.
- Chantepie, Gaël. 2016. *La liberté contractuelle: back to basics. Réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz.
- Čikara, Emilia 2010. *Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, Die Umsetzung der Richtlinie 87/102/EWG und der Richtlinie 2008/48/EG in das deutsche, österreichische und kroatische Verbraucherkreditrecht*. Wein: LIT Verlag.
- Ćurković, Marijan. 2009. *Ugovor o osiguranju osoba, Život-nezgodazdravstveno*. Zagreb: Inženjerski biro.
- Đurđević, Marko. 2018. Sloboda i nesloboda ugovaranja u Zakonu o obligacionim odnosima. *Tendencije razvoja u obligacionom pravu na 40. godišnjicu Zakona o obligacionim odnosima*. Ljubljana, u štampi.
- Ђурђевић, Марко, Драган Павић. 1/2016. О условљеној и усмереној слободи уговарања привредних субјеката. *Анали* 64: 84–104. (Đurđević, Marko, Dragan Pavić. 1/2016. O uslovljenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja privrednih subjekata. *Anali* 64: 84–104.)
- Fridman, G. H. L. 1/1967. Freedom of Contract, *Ottawa Law Review* 2: 1–22.
- Goldie-Genicon, Charlotte. 2008. *L'assurance de groupe á l'épreuve de la législation sur les clauses abusives*. Paris: Recueil Dalloz.
- Groutel, Hubert, Leduc Fabrice, Pierre Philippe, Asselain Maud. 2008. *Traité du contrat d'assurance terrestre*. Paris: LexisNexis
- Hahn, Volker. 2009. Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmer. *Versicherungsrechts-Handbuch*, Hrsg. R. M. Beckmann, A. Matusche-Beckmann. München: Verlag C. H. Beck.
- Kessler, Friedrich. 1943. Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract. *Columbia Law Review* 43: 629–642.
- Константиновић, Михаило. 1957. *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*. Београд. (Konstantinović, Mihailo. 1957. *Obligaciono pravo prema beleškama sa predavanja profesora Mihaila Konstantinovića*. Београд.)
- Merkin, Rob, Jenny Steele. 2013. *Insurance and the Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press.
- Огњановић, Синиша 2003. *Осигурање од одговорности за штете причињене моторним возилом*. Нови Сад: Центар за привредни

- консалтинг. (Ognjanović, Siniša 2003. Osiguranje od odgovornosti za štete pricinjene motornim vozilom. Novi Sad: Centar za privredni konsalting.)
- Орлић, Миодраг. 1993. *Закључење уговора*. Београд: Институт за упоредно право. (Orlić, Miodrag. 1993. *Zaključenje ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo.)
- Пак, Јасна. 2018. Осигурање од грађанске одговорности. 219–246. *Приручник за обуку за полагање испита и стицање звања овлашћеног посредника и овлашћеног заступника у осигурању*, ур. Наташа Петровић Томић. Београд: Привредна комора Србије. (Pak, Jasna. 2018. *Osiguranje od građanske odgovornosti*. 219–246. *Priručnik za obuku za polaganje ispita i sticanje zvanja ovlašćenog posrednika i ovlašćenog zastupnika u osiguranju*, ur. Nataša Petrović Tomić. Beograd: Privredna komora Srbije.)
- Pèrès, Cécile. 2009. *La liberté contractuelle et et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet)*. Paris: Dalloz.
- Петровић, Слободан. 1975. *Забрањени уговори*. Београд: Савремена администрација. (Perović, Slobodan. 1975. *Zabranjeni ugovori*. Beograd: Savremena administracija.)
- Петровић, Слободан. 1990. *Облигационо право*, Књига прва, Седмо издање. Београд: Службени лист СФРЈ. (Perović, Slobodan. 1990. *Obligaciono pravo*, Knjiga prva, Sedmo izdanje. Beograd: Službeni list SFRJ.)
- Petrić, Silvija. 2013. *Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore. Nepoštene ugovorne odredbe, Europski standardi i hrvatska provedba*, ур. Vesna Tomljenić, Silvija Petrić, Emilia Čikara. Rijeka: Pravni fakultet u Rijeci.
- Петровић Томић, Наташа. 2015. *Заштита потрошача услуга осигурања, Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*. Београд: Правни факултет у Београду. (Petrović Tomić, Nataša. 2015. *Zaštita potrošača usluga osiguranja, Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.)
- Петровић Томић, Наташа. 2017а. *Заштита потрошача услуга осигурања путем одговарајућег међународног приватног права у Европској унији – о ограниченој аутономији воље код уговора о осигурању масовних ризика који се налазе у Европској унији*. 417–439. *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, ур. Вук Радовић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Petrović Tomić, Nataša. 2017b. *Zaštita potrošača usluga osiguranja putem odgovarajućeg međunarodnog privatnog prava u Evropskoj uniji – o ograničenoj autonomiji*

- volje kod ugovora o osiguranju masovnih rizika koji se nalaze u Evropskoj uniji. 417–439. *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, ur. Vuk Radović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu)
- Петровић Томић, Наташа. 2/2017b. Осигурање способности враћања кредита. *Анали Правног факултета у Београду* 65: 91–112. (Petrović Tomić, Nataša. 2/2017b. Osiguranje sposobnosti vraćanja kredita. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 65: 91–112.)
- Petrović Tomić, Nataša. 2018a. Razvoj ugovora o osiguranju u jugoslovenskom i srpskom pravu. *Tendencije razvoja u obligacionom pravu na 40. godišnjicu Zakona o obligacionim odnosima*. Ljubljana, u štampi.
- Петровић Томић, Наташа. 2018b. Општи поглед на Преднацрт грађанског законика Србије – Питање оправданости уређења материје уговорног права осигурања – Нека општа разматрања. *Правни живот* 5–6: 65–82. (Petrović Tomić, Nataša. 2018b. Opšti pogled na Prednacrt građanskog zakonika Srbije – Pitanje opravdanosti uređenja materije ugovornog prava osiguranja – Neka opšta razmatranja. *Pravni život* 5–6: 65–82.)
- Петровић Томић, Наташа. 2019a. *Право осигурања – Систем, Књига I*. Београд: Службени гласник. (Petrović Tomić, Nataša. 2019a. *Pravo osiguranja – Sistem, Knjiga I*. Beograd: Službeni glasnik.)
- Петровић Томић, Наташа. 2019b. О правној природи добровољног здравственог осигурања. 487–506. *Актуелна питања савременог законодавства*, ur. Миодраг Орлић. Будва. (Petrović Tomić, Nataša. 2019. O pravnoj prirodi dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. 487–506. *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, ur. Miodrag Orlić. Budva)
- Picard Maurice. 1939. L'autonomie de la volonté en matière des contrats d'assurance. *Travaux du Comité français de droit international privé*, 5 année, 1937–1938, 1939. [https://www.persee.fr/doc/tcfdi\\_1158-3428\\_1939\\_num\\_5\\_1937\\_1197](https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_1939_num_5_1937_1197), последњи приступ: 25. августа 2019.
- Soto, Alberto C. 17/2008. La libertad de contratación: Ejercicio y Límites. *Revista de Economía y Derecho* 5: 103–145.
- Schmitz, Nicolas. 2015. Les mécanismes visant à accélérer le règlement du sinistre en assurance. 327–352. *La socialisation de la répartition: fonds d'indemnisation et assurance*. Bruxelles: GRERCA.
- Станишић, Слободан. 2012. Правне последице доцње у плаћању премије осигурања. *Осигурање, накнада штете и нови Закон о парничном поступку*. ur. З. Петровић, Н. Мрвић Петровић. Београд: Службени гласник. (Stanišić, Slobodan. 2012. Pravne posljedice docnje u plaćanju premije osiguranja. *Osiguranje*,

*naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku.* ur. Z. Petrović, N. Mrvić Petrović. Beograd: Službeni glasnik.)

Шулејић Предраг. 2005. *Право осигурања.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Šulejić Predrag. 2005. *Pravo osiguranja.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Томић, Зоран. 2/2019. Јавни поредак: појам и структура. *Анали Правног факултета у Београду* 67: 34–48. (Tomić, Zoran. 2/2019. Javni poredak: pojam i struktura. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 67: 34–48.)

Nataša Petrović Tomić, PhD

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## ABOUT RESTRICTED AND DIRECTED FREEDOM OF CONTRACTING IN INSURANCE CONTRACT LAW

### *Summary*

The purpose of this article is to highlight the principle of freedom of contracting in the field of insurance contract. Based on Serbian law as it currently stands as well as comparative legal analysis two features of legal regulation of insurance contract are addressed. The first one is called restricted freedom of contracting, which is in our opinion one of the principles of modern insurance contract law. The second mark of insurance contract law is directed freedom of contracting realized by the technics of semi-imperative provisions. Thanks to the semi-imperative method the legislator achieves multiple goals, and such an intervention is, in our opinion, reasonable and necessary due to the protection of the weaker party and creating stimulating regulatory frame to the contracting parties. To conclude with the author advocates the adaption of the new Law on insurance contracts in Serbia as possibly significant step forward in developing insurance law.

Key words: *Insurance contract. – Restricted will autonomy. – Directed will autonomy. – Consumer protection. – New paradigm of freedom of contracting.*

Article history:

Received: 16. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.