

Dr Branimir Lukšić
redoviti profesor Ekonomskog
fakulteta u Splitu

UDK 347.795.6
izvorni znanstveni rad

OSLOBODJENJE OD ODGOVORNOSTI U UGOVORU O TEGLJENJU
(Pravna dopustivost jedne fikcije)

Medju tzv. liberatornim klauzulama u ugovorima o tegljenju u pomorskom pravu ugovara se ponekad i klauzula poznata kao "transfer of liability clause" ili "tug the servant of the tow clause". Strogo uvezši, ovdje se ne radi o utanačenju oslobođenja od odgovornosti brodara tegljača za štete koje počini posada tegljača tijekom tegljenja, nego o pravnoj fikciji transfera ili prijenosa posade tegljača za stanovito vrijeme iz radnog odnosa u kojem se nalaze u radnom odnosu s brodarom tegljenog broda. Analizira se stajalište pravne doktrine i sudske prakse u odnosu na dopustivost ovakvog ugovaranja. Zaključuje se da bi ova fikcija bila teoretski nedopustiva. Tamo, pak, gdje je pravna praksa činjenično dopuštena potrebno je, prema mišljenju autora, restriktivno tumačiti takve klauzule u smislu kako se sugerira na kraju ovog članka.

U_v_o_d

Oslobodenje od odgovornosti u ugovorima o tegljenju u pomorskom pravu širok je pojam. Uz stanovito pojednostavljenje možemo reći da taj pojam uključuje dvije vrste klauzula, koje imaju za cilj da jedna ugovorna stranka, obično brodar tegljača, ne odgovara za štetu koju za vrijeme tegljenja zapovjednik i posada tegljača nanesu tegljenom brodu, stvarima ili osobama na njemu i trećima. Klasična formulacija ovakve liberatorne ili ekskulpatorne klauzule (u engleskom je poznata kao "exemption clause") oslobadja brodara tegljača od odgovornosti za štetu koja proizidje iz ugovorno definiranih radnja ili propusta posade njegovog broda. Ovo bi bila ekskulpatorna klauzula u užem smislu riječi.

Stranke mogu pokušati postići ovo oslobođenje i tako, da ugovore klauzulu, koja unosi u ugovor zapravo jednu pravnu fikciju, naime, da brodar tegljača neće odgovarati za označene štete zbog toga, što bi posada njegovog tegljača za vrijeme tegljenja ušla u radni odnos s brodarom tegljenog broda. Dakle, za stanovito vrijeme, zapovjednik i posada tegljača prestaju biti namještenici ili radnici (engleska arhaična terminologija govori o "servants") kompanije tegljača i postaju radnici kompanije tegljenog broda. Ovo utanačenje, poznato u pomorskoj pravnoj literaturi pod imenom "transfer of liability clause", najsažetije je formulirano u novim, revidiranim uvjetima za tegljenje koji su na snazi u Ujedinjenom Kraljevstvu, i koje, radi lapidarnosti engleskih izraza, citiramo u originalu:

"Whilst towing or whilst at the request, express or implied, of the Hirer, rendering any service other than towing, the master and crew of the tug or tender shall be deemed to be the servants of the Hirer and under the control of the Hirer and (or his servants and) or his agents, and anyone on board the Hirer's vessel who may be employed or paid by the Tugowner shall likewise be deemed to be the servant of the Hirer and the Hirer shall accordingly be vicariously liable for any act or omission by any such person deemed to be the servant of the Hirer".¹⁾

Radi se, dakle, o pravnoj fikciji izraženoj riječima "shall be deemed to be", iako su te osobe "employed or paid by the Tugowner".

Da li je ova pravna fikcija dopustiva? Kako je možemo ocijeniti u svjetlu pravne znanosti i sudske prakse? U ovom ćemo članku iznijeti vlastito stajalište o dopustivosti citirane klauzule. Međutim, prije svega pokušajmo razjasniti neke nejasnoće terminologije, analizirajući izraze koji se često upotrebljavaju kao sinonimi, naime ograničenje, oslobođenje, ekskulpacija i prijenos odgovornosti.

Značenje izraza

Počnimo izrazom "ograničenje odgovornosti". Ovaj je izraz upotrebljen u medjunarodnim konvencijama i internim pravnim propisima koji se na njih oslanjaju. Ograničenje ne uključuje u logičkom smislu isključenje ili oslobođenje od odgovornosti. Naprotiv, ono pretpostavlja odgovornost čiji opseg ili visinu ograničuje. Prema tome, dosljednim pravnologičkim rezoniranjem, u slučaju ograničenja odgovornosti radi se zapravo o ograničenju nastale obveze naknade štete, a ne o limitiranju odgovornosti kao takve.

Izraz oslobođenje od odgovornosti pokriva pojmovni sadržaj engleskih izraza "exemption" i "exoneration", a ponekad i izraza "relief from liability". U našoj pravnoj terminologiji, kako je uvodno napomenuto, izraz se može upotrijebiti u užem i širem smislu riječi. U angloškonskoj pravnoj terminologiji, koja je - htjeli mi to ili ne - danas dominantna u svijetu na području pomorskog prava, postoje ipak suptilne razlike medju ovim izrazima. Izraz "exemption" je uvriježen u ugovornom pravu i označuje zaporku ili dogovor, kojim se stranka oslobadja od ugovorne odgovornosti za odredjene štete počinjene za vrijeme i u vezi s izvršenjem ugovora, ali ne i za one štete koje ona počini mimo ugovora (deviating from it), ili koje počini takvim radikalnim kršenjem ugovora, da je osnovna ugovorna svrha narušena. Izraz "exoneration", koji mi također prevodimo kao oslobođenje, pretežno se upotrebljava u vezi s ostavinskim postupkom, kada se, u sklopu upravljanja ostavnom, osoba ili imovina oslobadja od odgovornosti za stanovite obveze ili terete, pa bi njegova upotreba u pomorskom ugovornom pravu bila manje prikladna. Što se tiče termina ekskulpacija ili ekskulpatorne klauzule, možemo reći da oni etimološki znače "slobodan od krivnje". U širem smislu izrazi imaju etički prizvuk, a u užem pravnom značenju nisu istoznačni s pojmom oslobođenja od odgovornosti, jer - stricte loquendo - ne bi označavali oslobođenje od one odgovornosti koja nije

zasnovana na krivnji. Nasuprot svim ovim do sada analiziranim izrazima, izraz prijenos ili transfer odgovornosti označuje sporazum kojim se odgovornost jedne stranke prenosi na drugu prije nego nastane ta odgovornost. Ovo je obično slučaj kod odgovornosti za radnje pomoćnika ili izvršitelja, kada se poslodavac ili nalogodavac želi oslobođiti od odgovornosti za štete koje nastanu radnjom ili propustom osobe kojom se on služi u izvršenju ugovora ("vicarious liability"). Tu se, zapravo, pokušava spriječiti već sam nastanak odgovornosti, npr. fikcijom da pomoćnik poslodavca nije u njegovoј službi, nego u službi naručitelja posla. Ne radi se, dakle, ovdje o oslobođenju od odgovornosti, nego o sprečavanju da odgovornost uopće nastane za jednu stranku. Medju ovakva utaćenja treba ubrojiti i klauzulu koju analiziramo, da je posada tegljača u službi tegljenog broda. Što kaže pravna znanost o dopustivosti ovakvog ugovaranja?

Stajališta pravne znanosti

Podjimo najprije od principa slobode ugovaranja. U načelu ne možemo osporiti jednoj stranci ugovora da nametne svom sukontrahentu obvezu obeštećenja radnika prve stranke u slučaju nesreće na poslu koju skriva unesrećeni, niti joj možemo osporiti da nametne svom suugovaraču dužnost da naknadi štetu koju ti isti radnici počine u vezi s izvršenjem ugovora. Radi se o slobodi ugovaranja i uredjenja medjusobnih odnosa. Neki tu vide slučaj ugovora u korist trećega (*pactum in favorem tertii*). Mislim da se ovo ne može uvjerljivo pravno obrazložiti, kako ćemo to niže argumentirati. Pitanje je, koje su granice ovakve slobodi ugovaranja? Smatramo da se mora postaviti distinkcija izmedju ugovorne i izvanugovorne odgovornosti. Ovakve klauzule nemaju učinak *erga tertios*, nego *inter partes*. Treći bi usprkos njima mogao tražiti naknadu štete od stvarnog

štetnika, bez obzira na eventualno regresno razračunavanje medju strankama koje bi kasnije slijedilo zbog ugovorenih klauzula. A izvanugovorno je odgovoran počinitelj štete, odnosno onaj u čijem je on radnom odnosu, ako je šteta počinjena u vezi s radom. Ne postavlja se, dakle, pitanje izvanugovorne odgovornosti. Međutim, i kod same ugovorne odgovornosti, da li sloboda ugovaranja oslobođenja od odgovornosti može ići tako daleko, da se takvom klauzulom o prijenosu odgovornosti uvodi pravna fikcija bazirana na potpuno neistinitom činjeničnom stanju? Vratimo se na ugovor o tegljenju. Izvan svake je sumnje, da se usprkos takvoj klauzuli zapovjednik i posada tegljača i dalje nalaze u radnom odnosu s brodarom tegljača, sa svim posljedicama koje iz ovoga proizlaze u smislu radnog prava, pravnih odnosa iz mirovinskog i zdravstvenog osiguranja, upravnoporeskih i dr. propisa. Naknade i nagrade za tegljenje (ili tegljenje koje bi prešlo u spašavanje) isplaćuje se brodaru tegljača (osim onog dijela nagrade za spašavanje koji pripada samoj posadi), koji, onda, prema svojim tarifnim odredbama i propisima o osobnom dohotku, isplaćuje osobni dohodak posadi tegljača i za ono razdoblje za koje je, navodno, ona bila u radnom odnosu s kompanijom tegljenog broda. Sve kada bi i bilo dozvoljeno uvoditi ovu pravnu fikciju, da li se njom brodar tegljača oslobadja od odgovornosti za svaku štetu koju počini tegljač tegljenom brodu u izvršenju ugovora, bez obzira na stupanj krivnje posade tegljača?

Prema dostupnoj pravnoj literaturi došli smo do zaključka da pravna doktrina na području pomorskog prava nema precizno niti jedinstveno stajalište o dopustivosti klauzule o transferu odgovornosti. Općenito uzevši, zemlje anglosaksonskog kruga (uz uočljivu iznimku Sjedinjenih Država) dozvoljavaju znatniju slobodu ugovaranja ove klauzule, negoli ostale zemlje. Kako ćemo to vidjeti prilikom prikaza sudske prakse, sudikatura i u ovim liberalnijim pravnim režimima pokušava u zadnje vrijeme ograničiti doseg ove pravne fikcije. To je osobito uočljivo u Velikoj Britaniji nakon stupanja na snagu

Unfair Contract Terms Acta iz 1977., koji se primjenjuje od 1.2.1978. Čuju se glasovi u novijoj engleskoj literaturi, da bi citirana klauzula značila bitno odstupanje od načela "vicarious liability", koje je i danas temelj u odnosima između radnika i poslodavca (employer/employee), te da bi ona zapravo uvodila mogućnost cesije ove odgovornosti za djela i propuste izvršitelja ugovorne prestacije kojim se poslodavac služi.²⁾ Nakon citiranog zakona iz 1977. godine o nefer ugovornim ugovcima došlo je do modifikacije standardnih uvjeta o tegljenju i do njihova uskladjenja sa zakonskim odredbama.

Na temelju kogentnih propisa zabranjeno je brodaru tegljača ugovorno isključiti ili ograničiti odgovornost za smrt i tjelesnu ozljedu koje bi nastale krivnjom njegovih radnika.³⁾ U njemačkoj pravnoj literaturi Wüstendorfer zastupa mišljenje da bi se moglo dozvoliti da posada tegljača pripada posadi tegljenog broda, ako se nautičko rukovodjenje tegljenjem nalazi na strani tegljenog broda.⁴⁾ Ne znamo kako bi se ovo moglo uskladiti s propisom iz paragrafa 481 Njemačkog trgovačkog zakonika (HGB) o posadi broda i sa zahtjevom njemačke sudske prakse i pravne doktrine o potrebi neposrednog odnosa člana posade s brodarom na temelju trajnijeg ugovora o radu.⁵⁾ Prema njemačkoj pravnoj znanosti posada tegljača ima ulogu "Erfüllungsgehilfen" (pomoćnika u izvršenju ugovora), dakle ulogu osoba kojima se brodar služi u izvršenju ugovorne prestacije. U okviru ugovorne odgovornosti prema brodaru tegljenog broda, brodar tegljača bi odgovarao za skrivljenu štetu koju prouzroče te osobe, bez obzira na njegovu vlastitu krivnju, i to u istom opsegu kao i za svoju vlastitu krivnju.⁶⁾ Pretpostavke za odgovornost brodara tegljača iz ove osnove bile bi, po red onih općih o štetnoj radnji, šteti i kauzalnoj vezi, krivnja štetnika i okolnost, da je šteta nanesena prilikom ili u vezi s izvršenjem ugovorne činidbe. Ovdje se ne traži, dakle, krivnja samog brodara tegljača.⁷⁾ U odnosu na treće, npr. u slučaju izvanugovorne ili deliktne odgovornosti, odgovara brodar tegljača za štetu koju počine članovi posade tegljača,

pod pretpostavkom da je za nju on sam kriv u izboru, nadzoru ili instrukciji posade, u osposobljavanju tegljača za plovidbu, za specifičan zadatak i sl.⁸⁾ Upravo radi toga što se u ovom drugom slučaju izvanugovorne odgovornosti odgovornost brodara tegljača temelji na njegovoj vlastitoj krivnji, njemačka pravna literatura i sudska praksa ne traže istovremeno i krivnju člana posade koji je štetu prouzročio. Dovoljno bi bilo da je štetnik postupao objektivno protuzakonito u smislu izvršenja nedozvoljene radnje. Međutim, za razliku od ugovorne odgovornosti, ovdje se ne ide tako daleko da bi bilo dovoljno da je šteta počinjena prilikom ili u vezi s izvršenjem ugovora, nego upravo u toku izvršenja zadatka koji je štetniku bio povjeren.⁹⁾

Ugovaranje isključenja ili ograničenja odgovornosti brodara tegljača dozvoljeno je i u njemačkom pravu, ako se time ne krše ili izigravaju neki prisilni pravni propisi. Tako se ne dozvoljava brodaru da se osloboди od odgovornosti za štetu koja nastane njegovom namjernom radnjom,¹⁰⁾ ali se zato on može unaprijed osloboediti od odgovornosti za takve štete koje počini njegov "Erfüllungsgehilfe".¹¹⁾ Ovaj ustup u korist brodara tegljača kao poslodavca posade tegljenog broda treba promatrati u okviru opće norme o objektivnoj odgovornosti poslodavca za štete koje počine u ugovornim odnosima osobe kojima se on služi, ali njemačko pravo i u ovoj stvari ostavlja sudu široke mogućnosti diskrecionog ukidanja spomenute klauzule o oslobođenju.¹²⁾

U francuskoj se pravnoj doktrini smatra da bi i u okviru ugovornih odnosa brodar tegljača odgovarao tegljenom brodu za štete koje mu tegljač nanese kvalificiranom krivnjom članova posade (dolus ili gruba nepažnja), bez obzira na prethodno ugovaranje klauzule o oslobođenju od odgovornosti.¹³⁾ Čak i oni autori koji razlikuju pojам ugovornog oslobođenja od odgovornosti od pojma transfera ili prijenosa odgovornosti, tvrde da se i ugovaranje prijenosa odgovornosti putem fikcije da je tegljač u radnom odnosu s brodarom tegljenog broda za

vrijeme tegljenja, može osujetiti nekim skrivljenim radnjama zapovjednika tegljača u vezi s izvršenjem ugovora o tegljenju.¹⁴⁾

I na kraju ovog prikaza pravne teorije još nekoliko riječi zašto ne smatramo da se klauzula o prijenosu odgovornosti može okvalificirati kao pactum in favorem tertii, sklopljen izmedju brodara tegljača i tegljenog broda u korist posade tegljača. Ugovor u korist trećih uključuje pravo trećeg korisnika da u vlastito ime zahtijeva od dužnika (u ovom slučaju brodara tegljenog broda) ugovorenu činidbu ili barem obvezu dužnika da trećem korisniku izvrši obećanu činidbu.¹⁵⁾ U našem bi primjeru to značilo da zapovjednik i članovi posade tegljača imaju pravo tražiti od tegljenog broda u svoje vlastito ime plaćanje naknade za pružene usluge tegljenja, ili barem da postoji dužnost brodara tegljenog broda da na njihove ruke isplati naknadu za tegljenje. To očito ne odgovara činjeničnom stanju. Naknada se duguje i isplaćuje kompaniji tegljača a ne posadi. Osim toga, u ugovoru u korist trećih ne postoji neposredan ugovorni odnos izmedju treće osobe i dužnika usluge, dok se klauzulom o prijenosu posade tegljača u radni odnos s brodarom tegljenog broda upravo uspostavlja takav odnos. Konačno, ovom se klauzulom ne ugovara nikakva korist za posadu tegljača. Obveza brodara tegljenog broda, da će eventualno obeštetiti posadu tegljača za štete koje oni pretrpe nesrećom na poslu, ili da će on platiti naknadu štete koju bi oni bili dužni platiti trećima, ne znači za posadu tegljača neko pravo koje oni već ranije ne bi imali kao radnici brodara tegljača.

Sudska praksa

Čak i u onim zemljama čije pravo dozvoljava veću slobodu ugovaranja klauzule o prijenosu odgovornosti, sudovi je smatraju dopustivom samo tada, kad tegljeni brod ima vlastitu

posadu. U slučaju tegljenja tzv. "dumb tow" smatra se da klužula nije ugovorena, kada bi ona i bila uvrštena u ugovor o tegljenju. Tako sudovi Velike Britanije proglašavaju tegljača odgovornim za sudar izmedju plutajućeg objekta bez posade koji on tegli i trećeg broda, ako je sudar nastao krivnjom tegljača, bez obzira na postojanje klužule, da je posada tegljača prešla tijekom tegljenja u službu brodara tegljenog objekta.¹⁶⁾ U citiranom slučaju Bramley-Moore engleski je sud dozvolio brodaru tegljača da ograniči svoju odgovornost prema trećima samo na tonazu tegljača, jer tegljač i tegljeni brod nisu bili u istom vlasništvu. Dakle, postojanje klužule o tranzitu odgovornosti nije imalo nikakvog utjecaja na pitanje ograničenja odgovornosti. Prema trećima brodar tegljača je ostao odgovoran za štetu nastalu krivnjom posade tegljača.¹⁷⁾ Tipičan je primjer za liberalan odnos engleskih sudova prema slobodi ugovaranja spomenute klužule slučaj poznat kao The President Van Buren. U tom je slučaju došlo do sudara izmedju tegljača i tegljenog broda zbog nepažnje posade tegljača, u kojem su oba broda bila oštećena. Svaki je brodar utužio drugoga za naknadu štete, ali je uspio samo brodar tegljača jer su stranke bile ugovorile da će za vrijeme tegljenja posada tegljača prijeći u službu tegljenog broda.¹⁸⁾

U novijem slučaju, koji se ticao tegljenja po sličnim uvjetima kao što su oni u U.K. Standard Conditions for Towage and Other Services, dakle s klužulom o prijenosu odgovornosti na brodaru tegljenog broda i prijelazu posade tegljača u njegovu službu (transfer of liability clause), australijski sud je dao naslutiti u obiter dicta da bi nepažnja zapovjednika tegljača, koja je imala za posljedicu ozljedu člana posade trećeg broda, mogla biti uključena u ugovornu klužulu o transferu zapovjednika u službu tegljenog broda, samo da je formulacija te klužule bila dovoljno široka da i ovakav slučaj izričito ili prešutno uključi. Tada bi brodar tegljača, koji je za štetu bio izvanugovorno odgovoran, mogao tražiti regresnu naknadu od brodara tegljenog broda za obeštećenje

plaćeno oštećenome.¹⁹⁾ Engleski zakon nakon 1978. godine ne bi dozvolio ovo oslobođenje brodara tegljača za smrt ili tjelesnu ozljetu koje su posljedica krivnje njegovih radnika, usprkos postojanju klauzule o transferu. Međutim, i pored svog širokogrudnog stajališta u korist ugovornog izmicanja od odgovornosti od strane brodara tegljača, engleski sudovi smatraju da u svakom ugovoru o tegljenju postoje prešutna utanačenja (implied terms) i prešutno jamstvo (implied warranty), kojih se brodar tegljača mora strogo pridržavati. Ako ih ne poštuje, on je odgovoran za štetu, bez obzira na postojanje ugovorne odredbe da će posada tegljača u pogledu odgovornosti za štetu biti smatrana kao da je u službi tegljenog broda.

Jedno od prešutnih utanačenja u svakom ugovoru o tegljenju nalaže, da će tegljač slušati naredjenja tegljenog broda i da će upotrijebiti dužnu pažnju, vještinu i marljivost da ih izvrši. Kao prešutno ugovorno jamstvo spominjemo dužnost brodara tegljača, da učini tegljača sposobnim za obavljanje ugovorenog zadatka.²⁰⁾ U ovome nalaze engleski sudovi prikladan instrument za korigiranje i zauzdavanje zloupotrebe slobode ugovaranja kako liberatornih klauzula kod tegljenja, tako i klauzule o transferu posade u službu tegljenog broda.

Sudska praksa kanadskih sudova slijedi uglavnom ista načela kao i ona engleskih. Ako su tegljač i tegljeni brod u različitom vlasništvu, kanadski sudovi smatraju brodara tegljača odgovornim za štetu koju zapovjednik tegljača nanese u sudaru trećima, usprkos postojanju klauzule da je posada tegljača prešla u službu tegljenog broda. Ako nema zapreka za ograničenje odgovornosti, brodar tegljača može ograničiti odgovornost samo na tonažu tegljača.²¹⁾

U Sjedinjenim Državama Amerike slučaj Bisso v. Inland Waterways Corp.²²⁾ značio je doslovno revoluciju u ograničavanju slobode stranaka iz ugovora o tegljenju da ugovaraju kako klauzule o oslobođenju od odgovornosti (u amer. terminologiji "exculpation clauses"), tako i klauzulu o fiktivnom zaposlenju

posade tegljača ("fictitious employment clause"). Američki su sudovi i u nizu drugih presuda razradili i produbili zabranu fraudoloznog prebacivanja odgovornosti s brodara tegljača na brodara tegljenog broda, iz razloga, kako se često navodi, "public policy".²³⁾ Ova je smjernica i dalje na snazi u praksi američkih sudova, usprkos pokušaju da se ona sruši ili barem bitno oslabi mnogobrojnim iznimkama (npr. ugovaranjem klauzula "benefit of insurance" ili "waiver of subrogation", kojima brodar tegljenog objekta imenuje brodara tegljača suosiguranikom iz svoje police osiguranja, odnosno ugovara sa svojim osigurateljem da se ovaj odrekne prava iz subrogacije protiv brodara tegljača). Za američku sudsku praksu skoro je nezamislivo da bi ugovor o tegljenju, ili uvjeti tegljenja, imenovali brodara tegljača agentom tegljenog broda, kako to čine odredbe standardnih uvjeta za tegljenje u Velikoj Britaniji, i na taj ga način oslobođili skoro svake odgovornosti u odnosu na tegljeni brod. Američka sudska praksa primjenjuje i jedan drugi pravni pojam kojim se spriječava zloupotreba subjektivnog prava, tzv. "fundamental breach of contract". Iako je ovo načelo da jedna ugovorna stranka ne može navoditi u svoju korist ugovorna olakšanja ili oslobođenja, ako je vlastitom krivnjom bitno prekrišila ugovor, poznato i engleskom pravu, sudovi ga u Sjedinjenim Državama češće koriste.

Treba napomenuti da u zadnje vrijeme i engleska i kanadска judikatura frekventnije poslužu za ovim pravnim instrumentom, pa se može opravdano očekivati da će u doglednoj budućnosti praksa sudova u tim zemljama zauzeti stajališta vrlo slična onima američkih sudova u odnosu na strogost tumačenja tegljačevog ugovornog oslobođenja od odgovornosti.²³⁾

Završavajući ovaj sumarni pregled sudske prakse nekih zemalja, da spomenemo i sudsku praksu Francuske. U nedavnom slučaju je francuski apelacioni sud u Rouenu presudio da je nevalidna ugovorna klauzula o oslobođenju brodara tegljača od svake vrsti odgovornosti, čak i u slučaju krivnje posade tegljača, i da je takva klauzula suprotna "ordre public".²⁴⁾

Francuski je sud smatrao štetu nastalu grubom nepažnjom (faute lourde) zapovjednika tegljača za vrijeme tegljenja kao štetu nastalu činom koji je izvan ugovornog odnosa, pa takva šteta ne može imati za posljedicu odgovornost tegljenog broda. Prema dominantnoj praksi sudova u Francuskoj, ako zapovjednik tegljača počini "faute lourde" u izvršenju naloga koji dobije s komandnog mosta tegljenog broda, ili na vlastitu inicijativu radnjom koja nema dovoljnog razloga i koja je izvršena nepomišljeno, postaje ništava klauzula o prijalazu odgovornosti na tegljeni brod. To isto vrijedi, jasno, i za "faute dolosive".²⁵⁾

Zaključak

Mjerjenje sila u ugovoru o tegljenju izmedju brodara tegljača i tegljenog broda odražava osnovnu dilemu suvremenog ugovornog prava uopće: kako uspostaviti nestalan balans prihvatljivog kompromisa izmedju načela slobode ugovaranja stranaka i isto tako fundamentalnog načela zaštite ekonomski slabijeg od diktata onoga koji je nadmoćniji. Oba načela zadiru i u sferu pravne etike, a i u onu javnog poretku (ordre public). Možemo reći da je ova dilema samo odbljesak na pravnom području slobode i ravnopravnosti, zbog čijeg često jednostranog izbora, u jednom ili drugom smislu, trpi danas cijelo čovječanstvo. Smijemo li se nadati da će pomorskim pravnicima uspeti ono što čovječanstvu nije? Stara kineska poslovica veli da je bolje upaliti i samo jednu voštanici, nego proklinjati tamu. Upalimo je.

Smatramo da je u načelu ispravna pista kojom su krenuli sudovi Sjedinjenih Država u slučaju Bisso i drugim nakon njega. Premisa toga slučaja je bila želja suda da se ne daje podrška nemaru i da se prisili stvarnog štetnika da odgovara za štetu. Osim toga, da se zaštiti onaj koji je potreban tako česte usluge tegljenja, da ga ne doskoči drugi ugovorni partner, čiji dominantan položaj na tržištu takvih usluga njemu

omogućava da diktira uvjete ugovora (to drive a hard bargain). Bisso je razmatrao ne samo klauzulu fiktivnog zaposlenja, nego uopće dopustivost ostalih klauzula oslobođenja od odgovornosti u ugovorima o tegljenju. Mi ćemo se u zaključnim opaskama ograničiti samo na temu ovog članka, na klauzulu kojom se ugovorno prebacuje odgovornost na tegljeni brod za štete počinjene krivnjom članova posade tegljača, i to putem fikcije pravnog odnosa ugovora o radu ili službi izmedju posade tegljača i brodara tegljenog broda. Koristeći se rječnikom gramičara mogli bismo reći da se ovaj zaključak izriče u optativu i indikativu. On ukazuje na našu želju kako bi se stvar morala načelno zakonski riješiti tamo gdje to ona još nije, dakle de lege ferenda, i kako se ova klauzula treba tumačiti u sudskoj praksi tamo gdje je ona još uvijek zakonski dozvoljena i gdje je njen upotreba stvarnost.

Najprije naglašavamo da se klauzula ne može protezati na odnose stranaka prema trećima jer je kao zaporka ugovornog reguliranja međusobnih odnosa stranaka isključivo odredjena za rješavanje ugovorne odgovornosti inter partes.

Mislimo da bi klauzulu o fiktivnom zaposlenju trebalo smatrati nevaljalom iz razloga pravnog morala i order public. Postoje drugi načini ekskulpacije koji ne uvode laž i netočnost u ugovor, dakle koji nisu fraudoloznog karaktera, a kojima se postižu slični učinci. Ne bi se smjelo dopustiti da jedna stranka takvim monopolističkim diktatom nastupi u ugovoru, da se putem fiktivne konstrukcije brodar tegljenog broda prisili da snosi čak i onu štetu koju svojom krivnjom posada tegljača prouzroči samom tegljaču.

Tamo, pak, gdje zakon i sudska praksa još uvijek dozvoljavaju ugovaranje ovakvih klauzula, njih bi trebalo tumačiti uz sljedeće restrikcije. Unatoč tome što je ugovorena, ona se ne bi smjela primijeniti, dakle, ne dolazi do oslobođenja brodara tegljača od odgovornosti:

- kada je brodar tegljača osobno kriv za štetu (npr. zbog nesposobnosti tegljača za plovidbu i za obavljanje specifičnog zadatka),
- ako je šteta nastala prije početka i nakon završetka tegljenja (jer je ona tada izvan ugovora),
- ako je šteta nastala tijekom operacija tegljenja, ali kvalificiranom krivnjom zapovjednika ili člana posade tegljača u izvršenju naloga tegljenog broda (dolus, culpa lata, "faute lourde", recklessly),
- ako je šteta nastala za vrijeme tegljenja krivnjom (ne samo kvalificiranim!) zapovjednika ili člana posade tegljača u izvodjenju manevra tegljenja, pod uvjetom da je taj manevar bio potpuno izvan kontrole i upravljanja koje vrši tegljeni brod (npr. zapovjednik tegljača na svoju ruku, bez ikakvog naloga tegljenog broda, poduzme manevar koji nije u skladu s načelima pomorske vještine),
- u slučaju smrti i tjelesne ozljede nastalih kao posljedica skriviljenog čina ili propusta članova posade tegljača,
- kada se tegli brod ili plovni objekt koji nema posade.²⁶

(1) United Kingdom Standard Conditions for Towing and Other Services (revidirano 1983), br. 3.

(2) Cf. Ch. Hill, "Maritime Law", (London 1985), str. 223. Autor je čak naziva "punch clause".

(3) Br. 4(e) citiranih uvjeta tegljenja.

(4) Wüstendörfer, "Neuzeitliches Seehandelsrecht", (Hamburg 1950), str. 174.

(5) Cf. Abraham, "Das Seerecht", (Berlin 1974), str. 95.

(6) Cf. Larenz, "Lehrbuch des Schuldrechts", (München 1976), sv. I, str. 242 i sl.

- (7) Cf. Larenz, loc.cit. i sv. II, str. 572 i sl.
- (8) Cf. par. 831 njem. gradjanskog zakonika (Verrichtungshilfe).
- (9) "In Ausführung der Verrichtung", a ne kao kod par. 278 NjGZ već samo kod ili u vezi sa izvršenjem ("bei der Erfüllung"). Zbog toga je za odgovornost po par. 831 relevantno postojanje delikatne sposobnosti kod samog štetnika, dok je za onu iz par. 278 deliktne sposobnost štetnika pretpostavka odgovornosti poslodavca.
- (10) Par. 276 st.2 NjGZ, pri čemu treba imati na umu tendenciju suvremene sudske prakse u cijelom svijetu, da ekstenzivno i liberalnije tumači tko pripada krugu osoba čije se radnje smatraju radnjama brodara.
- (11) Cf. par. 278 st.2 NjGZ.
- (12) Njemački sudovi (Savezna Republika) ovaj privilegij izdašno koriste da zaštite slabijeg partnera kada se sklapa ugovor medju neravnopravnima ili da traže da uglavak odgovara načelu dobre vjere i poštenja (Treu und Glauben) odnosno privičnosti (Billigkeit).
- (13) Cf. Rodière, "Traité général de droit maritime", sv. III, br. 1155.
- (14) Cf. R. Achard, "Réflexions sur les clauses de transfert de responsabilité dans les contrats de remorquage", u Droit Maritime Français, br. 436, 1985, str. 195-202.
- (15) Cf. Larenz, op.cit, sv.I, str. 178-183.
- (16) Slučaj Bramley-Moore (1963) 2 Lloyd's Rep. 429.
- (17) Englesko pomorsko pravo primjenjuje isto načelo čak i tada kada su tegljač i tegljeni objekt u vlasništvu iste osobe (ili u rukama istog vlasnika pro tempore). Ako je za štetu kriv samo tegljač, brodar tegljača može, kao brodovlasnik, ograničiti odgovornost samo na tonažu tegljača (cf. The Sir Joseph Rawlinson (1972) 2 Lloyd's Rep. 437).
- (18) Cf. The President Van Buren (1924) 16 Asp. MLC 444.
- (19) Cf. Taylor v. Geelong Harbour Trust Commissioners and Howard Smith (1962) 1 Lloyd's Rep. 143, Vrhovni sud Viktorije, Australija.

- (20) Kada tegli brod bez vlastite posade na njemu, tegljač je obično ugovorno obvezan osposobiti tegljeni objekt za tegljenje i opskrbiti ga potrebnim ispravama u tom smislu. Ovo su, međutim, izričita ugovorna utanačenja.

U engleskom se pravu ugovor o tegljenju može pravno kvalificirati kao "hire" imenovanog ili neimenovanog tegljača ili kao ugovor "for the performance of towage", koji opet može angažirati odredjenog ili neodredjenog tegljača. Prvo bi bio ugovor o radu ili uslugama, a drugo ugovor o djelu. Kad se radi o "hire" odredjenog tegljača, ne pretpostavlja se da su stranke ugovorile "implied warranty" da će taj tegljač biti prikladan obaviti ugovornu prestaciju. Cf. Robertson v. Amazon Tug and Lighterage Co. (1881) 7 Q.B.D. 598 na 606.

- (21) Cf. The Maple Prince (1955) Ex. C.R. 225. Kanadska se sudска praksa razlikuje od engleske kad tegljač i tegljeni brod pripadaju istom vlasniku. Prema dominantnom mišljenju kanadskih sudova, oba se broda smatraju jedinstvenom "wrongdoing mass", čak iako je samo jedan od njih kriv za štetu trećem brodu, pa se odgovornost može ograničiti na sumu njihovih tonaža. Cf. The Kathy-K. (1976) 2R.C.B.802. Inače kanadski sudovi priznaju valjanost klauzule o fiktivnom prijelazu u službu tegljenog broda, ali je korigiraju mnogo češće od engleskih sudova strogom primjenom načela "fundamental breach of contract", čime klauzula postaje nevaljala. Detaljnije o tome kod D.F. McEwen, "Exculpatory Clauses in Towage Contracts u "The Law of Tug and Tow" (International Maritime Law Seminar, Vancouver, Canada, 1979).

- (22) Bisso v. Inland Waterways Corp., 349 U.S. 85, 1955 A.M.C. (1955).

- (23) Cf. T.J. McKey, "Towage Contracts Since Bisso", i A.L. Parks, "Current Trends in the Law of Tug and Tow", u "The Law of Tug and Tow", (Vancouver 1979).

- (24) Cf. "Léonce-Vieljeux", ap.sud Rouen, 22.03.1984., cit. u Droit Maritime Français, br. 436, 1985, str. 212-216.

- (25) Popis nekih slučajeva iz francuske sudske prakse u tom smislu u R. Achard, op.cit., str. 198.

- (26) Ugovorno oslobođenje od odgovornosti (ali bez upotrebe klauzule o fiktivnom radnom odnosu!) moglo bi se dozvoliti i u nekom od isključenih slučajeva jedino kod tegljenja u izvanredno opasnim okolnostima.

SUMMARY

EXEMPTION FROM LIABILITY IN TOWAGE CONTRACTS
(Legal Admissibility of a Fiction)

The author distinguishes between exculpatory clauses and transfer of liability clause. The latter, also known as the fictitious employment clause, purports to transfer the liability from the Tugowner to the Towowner for any damage caused by the Master and/or crew of the tug, by stipulating that whilst towing the tug shall be deemed to be the servant of the tow. The author then clarifies the terms limitation of liability, transfer of liability, exemption, exculpation and exoneration from liability, and he shows that, although they are sometimes used as synonymous, they are in fact quite distinct. He deals with the admissibility or otherwise of the fictitious employment clause, first in legal doctrine, and then in judicial practice. He analyses especially the questions of whether the clause amounts to a factual assignment of vicarious liability, whether it could be qualified as a pactum in favorem tertii, what are its consequences on the Tugowner's limitation of liability rights and whether it is compatible with public policy considerations. For an answer he cites English, American, German, Canadian and French law and court cases. In conclusion the author offers his opinion. He considers this legal fiction as contrary to public policy for a number of reasons, and quite unnecessary, because the contracting parties have a number of other valid clauses to exonerate the Tugowner from liability in certain cases. He thinks that, even where admissible, the clause can at best regulate only contract liability (inter partes) and not their relation to a third party. Even where it is allowed by law or tolerated by courts, it should not be applicable, in the author's opinion,

in the following cases: when the Tugowner is personally at fault, when the damage occurred outside the contract of towage, when it occurred during the contract but by a specially qualified fault of the Master in the execution of the tow's orders, or by his negligence (not necessarily a qualified one) in the execution of a manoeuvre which was entiraly outside the tow's direction and control, further when the towage contract concerns a dumb tow (without its crew), and, finally, in case of death or personal injury resulting from the negligence of the tug's Master or crew.