

*Срђан Радуловић, докторант
Правни факултет Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици*

У ДВОУМЉУ ИЗМЕЂУ ПРОТИВПРАВНОСТИ РАДЊЕ И ПРОТИВПРАВНОСТИ ШТЕТЕ (*de lege lata*)

***Апстракт:** Иако је проблематици противправности посвећена пуна пажња, нарочито у оквиру теорије грађанског права, учесници облигационог односа заснованог на проузроковању штете остали су ускраћени за одговоре на читав низ питања, неретко и оних суштинских. У овом раду желимо да, служећи се предностима нормативног и различитих врста аналитичких метода, али и методом мисаоног моделовања, одговоримо на једно од тих питања, а то је питање шта је предмет противправности, и то искључиво са становишта важећег права.*

***Кључне речи:** Противправност, противправност радње, противправност резултата, услови одговорности, начела ЗОО РС.*

Уводне напомене

У савременој теорији грађанског, односно облигационог права, у ред најчешће обрађиваних питања спадају разни аспекти питања надокнаде проузроковане штете. Посебну пажњу ипак, свакако не без разлога, привлачи питање услова одговорности за штету и то никако не треба да чуди. Наиме, верујемо да је у најбољем интересу, не само учесника облигационог односа заснованог на проузроковању штете, него и читаве друштвене заједнице да се тачно зна када и под којим условима се питање нечије одговорности може поставити. То питање нарочито добија на „тежини“ уколико имамо у виду све већи број случајева проузроковања штете, али и крајње специфичне околности под којима неки од тих случајева настају.

Јасно дефинисани услови одговорности и „чиста ситуација“ с тим у вези од изузетно су великог значаја. Међутим, како норме у нашем позитивном праву, у првом реду због начина на који су постављене, пружају могућност за врло различита тумачења, за последицу имамо у нашој правној теорији, а ништа мање ни у судској пракси, право шаренило схватања о томе када се који услови захтевају за заснивање нечије одговорности.

Анализирајући постојеће правне текстове, приметили смо како је посебно спорна улога противправности као услова одговорности за штету. Није, наиме, постигнут ни минимум консензуса око тога да ли и када она фигурира као услов одговорности.

Будући да верујемо да противправност јесте услов одговорности по нашем праву, желели смо да испитамо у којој то варијанти овај институт егзистира. Наравно, уколико желимо да будемо темељни у раду, прво морамо доказати да противправност јесте уопште услов одговорности, јер би без тога бесмислено било истраживати која концепција овог института је прихваћена. Стога смо ми, у првом делу рада, а након дефинисаног појма штете, посебну пажњу посветили условима одговорности и самом појму противправности, обзиром да је било неопходно учинити извесна прецизирања и у вези са њим.

Тек након тога упустили смо се, у другом делу рада, у испитивање места противправности међу условима одговорности. Тиме смо створили могућност да у наставку проверимо опредељење законодавца у погледу предмета противправности, али и да то опредељење ставимо на пробу, како *de lege lata*, тако и *de lege ferenda*.

1. Противправност као услов одговорности за штету

1.1. Штета и услови одговорности

Међу начелима на којима наш Закон о облигационим односима почива, па и међу начелима на којима почива читав наш правни поредак, посебно место има опште правило о забрани наношења штете другима (*neminem ledere*). Ово начело је законским одредбама које омогућавају, не само реактивно, већ и превентивно деловање, вишеструко конкретизовано. Ипак, и поред свих напора законодавца да спречи настанак штете, динамика савременог живота и упућеност људи једних на друге чини наша правна добра и интересе „рањивијим“ него икад.

Када једно правно добро или на праву заснован интерес буде повређено, односно када је проузрокована штета, настаје облигациони однос у којем штетник као дужник има обавезу да ту штету оштећеном као повериоцу надокнади. Право оштећеног у том случају је, иако се не декларишемо као присталице постојања природног права, сасвим природно, мада не и апсолутно. У ком смислу није апсолутно?

Уколико једно лице другом причини штету, равнотежа која је до тада постојала у правном поретку бива нарушена „на рачун“, или боље рећи на штету, лица које трпи негативне последице туђег деловања. Како оштећени неоправдано трпи извесну неугодност, он као поверилац може тражити надокнаду штете, али не безусловно. Анализа решења усвојених, како у нашем, тако и у правним поретцима других земаља, то јасно показује, јер могућност оштећеног да захтева надокнаду штете није неограничена. Она постоји само уколико се стекну неке законом предвиђене чињенице које у теорији права називамо условима, то јест претпоставкама одговорности.

1.2. Противправност – појам

Са језичког становишта, ако оставимо на тренутак правну димензију института противправности по страни, приметимо да је израз противправност „кованица“ састављена од две речи – против и правност. Како је јасно да се реч против у овом контексту употребљава као негација појма правност, произлази закључак да било какав покушај дефинисања појма противправности мора започети дефинисањем појма правност.

Међутим, иако нам логика просто налаже овакав приступ, већ и летимичан поглед на грађанскоправну литературу довољан је да

схватимо како се теоретичари грађанског права, по правилу, нису водили овом логиком. Но, међу изузецима од тог правила налазимо да је правност својеврсни захтев друштвене заједнице да се заједнички живот људи одвија у складу са правним нормама. На основу тога произлази да је противправност негативан одговор на тај захтев, односно да је то стање супротно жељеном и кроз правну норму пројектованом стању.

Противправност, дакле, увек представља стање супротно оном које је пројектовано правном нормом и које као такво, условно речено, представља негацију права. Противправност у описаном облику срећемо без изузетка у свим гранама права, али овај институт у свакој од њих има својих специфичности. Тако противправност у смислу услова грађанске одговорности није поступање супротно нормама грађанског права, како би се можда могло очекивати, већ поступање супротно оним нормама које за циљ имају спречавање наступања штете. Дакле, уколико једно правило треба да спречи настанак штете, без обзира да ли се у конкретном случају ради о норми грађанског, кривичног, радног, управног права или се можда ради о обичајном, моралном или правилу струке, понашање супротно том правилу повлачи грађанску одговорност.

1.3. Противправност као услов одговорности у ЗОО РС?

Имајући у виду да је у општем друштвеном интересу да се јасно одреди када се и под којим условима за штету одговара, за очекивати је да макар у вези са тим питањем постоји јединствено прихваћен одговор, па може бити врло интересантно да је ситуација битно другачија. Постоје, наиме, врло различита схватања о томе који су све услови одговорности, а нама се чини да далеко највише недоумица изазива место противправности међу условима одговорности по нашем праву.

Консензуса, дакле, међу нашим теоретичарима права око тога да ли је противправност услов одговорности и када нема, а уз извесно упрошћавање, можемо констатовати да њихова размишљања у погледу противправности иду у два правца. Са једне стране су они теоретичари који противправност не сматрају условом одговорности уопште, а са друге стране су они који противправност сматрају условом одговорности, мада не изричито постављеним, већ посредно садржаним у кривици као услову одговорности.

Нама се, међутим, чини да ниједно од ових размишљања није исправно. Зашто? Наши теоретичари грађанског права као да су изгубили из вида начела на којима ЗОО РС почива, а пре свих начело

забране проузроковања штете. Законодавац јасно каже да је свако дужан уздржати се од поступака којима се може проузроковати штета другоме и тиме ствара генералну обавезу уздржавања од понашања која за последицу имају штету, односно таква понашања забрањује. То даље значи да је свако понашање супротно тој норми, понављамо уколико за последицу има штету, противправно. Да ли је такво понашање (пред) услов одговорности за штету? Јесте. Да ли одговорности за штету може бити уколико се неко није понашао противно овој норми? Не може. Искрено верујемо да из овога може даље проиizaћи само закључак да овај члан садржи изричито изјашњавање законодавца о противправности као засебном услову одговорности за штету, иако, руку на срце, израз „може“ није најсрећније одабран и уметнут у овај члан.

Додатну потврду нашег резонувања, истина посредну, али не и мање убедљиву, налазимо у институту забране злоупотребе права. Наиме, најважнији задатак законодавца у његовој делатности је да обезбеди све услове за нормално и несметано одвијање свеколиког друштвеног живота, а како би се тај циљ постигао законодавац треба да, пре свега, што прецизније одреди круг права која се појединцима признају, то јест да одреди шта је, када и под којим условима, дозвољено чинити и пропуштати, а шта није. Невоља је у томе што се нормама, и поред самопрегорног и савесног рада законодавца, поменуте границе, ипак, не дају поставити довољно прецизно, преваасходно због тога што граница између права и неправга, као „белог и црног“, није танка линија, већ бескрајна нијанса „сивог“.

У циљу превазилажења тог проблема, законодавац посеже за одређеним корективима, а пре свих за правним стандардом забране злоупотребе права. Овај институт којим се омогућава санкционисање, у облигационом праву најчешће у виду обавезе надокнаде штете, чак и оног понашања које је у складу са правном нормом, није ни у нашој ни у светској теорији јединствено прихваћен. Има он, другим речима, много противника, али ми нећемо улазити у теоријске расправе око оправданости овог института. Обим овог рада нам то не дозвољава, па ћемо се задржати на фактима.

Творац ЗОО РС се у члану 13. под насловом „забрана злоупотребе права“ бави *забрањеним вршењем права* [нагласио аутор С. Р.], што значи да ЗОО РС познаје и признаје овај институт. Шта то за нас значи? Институт забране злоупотребе права, иако је по нама његов значај неспоран, али и норме којима је овај институт регулисан, објективно имају тек споредну и корективну улогу, а у односу на норме које се

односе на противправност као услов одговорности. Наиме, законодавац, по природи ствари, прво дефинише која су понашања недозвољена и за њих везује одговорност, па *тек онда* [нагласио аутор С. Р.], пошто је у духу нашег права рећи да и оно што је дозвољено може да не буде поштено, законодавац може да каже да има места одговорности и за она понашања која су у складу са текстом правне норме, али не и са њеним смислом и циљем. Дакле, тек пошто је предвидео одговорност за понашања супротна правним нормама, законодавац може предвидети одговорност и за поједина понашања у складу са нормом, у супротном институт забране злоупотребе права не би имао неког нарочитог смисла сам по себи.

Размотримо сада чињенично стање. Да ли је наш законодавац у ЗОО РС унео одредбу којом забрањује злоупотребу права? Јесте. Да ли би та одредба имала икакав самостални значај уколико се не предвиђа одговорност за понашања супротна правним нормама? Следећи горе изнету логику можемо доћи само до одговора који је негативан. Зашто онда норме које се односе на противправност не постоје у нашем ЗОО РС? Верујемо зато што је законодавац, следећи или барем осећајући исту логику, сматрао да се подразумева да се одговорност у првом реду везује за противправна понашања.

2. О предмету противправности према ЗОО РС и исправности понуђеног решења

2.1. Предмет противправности према ЗОО РС

Бавећи се институтом противправности, нарочито ако га сматрамо за самосталан услов одговорности, не можемо а да се не запитамо шта је предмет овог правног института, односно шта је то што је противправно. У бити, могућа су два одговора на ово питање.

Први, нешто старији, али никада у потпуности превазиђен одговор је да је противправна штета, то јест последица нечијег деловања. Стање произведено нечијим деловањем је, према овом становишту, то које правни поредак не одобрава. Оно је то које је, према овом схватању, противправно, но други могући и у теорији све присутнији став је да је радња та која је противправна.

Без уласка у теоријске расправе, ваља нам се осврнути на норму ЗОО РС, нарочито уколико прихватимо претходно изнети став да је противправност постављена као услов одговорности за штету чланом 16. ЗОО РС. Врло је занимљиво утврдити, из те перспективе, за коју се

концепцију определио наш законодавац. То је, верујемо, посебно битно са становишта правне теорије која жели да утврди исправност и квалитет понуђеног решења, а у контексту одабира најквалитетнијих решења за будући Грађански законик.

Наш први утисак при читању поменутог члана ЗОО РС је да се законодавац одлучио за концепцију о противправности штетне радње. Сличан утисак имаће вероватно сви они који овај члан буду посматрали као условљавање одговорности противправношћу, јер се на почетку каже да је свако дужан да се уздржи *поступка* [нагласио аутор С. Р.] којим се другоме може проузроковати штета. Произлази да, уколико се такав поступак ипак учини и поред изричите законске забране, такав поступак није сагласан праву, односно противправан је и испуњен је услов да се постави питање одговорности за штету. Поступак, односно радња, је оно на шта је законодавац, тако барем на први поглед делује, ставио нагласак и он је тај у односу на који се процењује евентуална (против)правност.

Такав закључак и такво резонување било би, најблаже речено, преурањено, јер није у обзир узета цела норма и контекст у којем се овде употребљава израз „поступак“. Законодавац, наиме, у наставку норме каже да су одређени поступци забрањени само ако се њима проузрокује штета другоме. Ако штете као последице нема, онда нема ни противправности са становишта грађанског права, чак ни ако је радња која је предузета у супротности са словом закона. Такво нам резонување, међутим, не пружа довољно основа да одемо у другу крајност и да закључимо да је ЗОО РС усвојио концепцију противправности штете као последице.

Ако се законодавац није одлучио ни за једну од две могуће концепције, остаје питање каква је природа овог решења. Да ли ЗОО РС нуди неко ново решење? Наш одговор на ово питање је негативан. Законодавац не нуди никакво ново решење, већ на извештан начин левитира између познате две концепције. Наиме, „гравитационе силе“ обе концепције подједнако су јаке, па ниједна од њих није у стању да законодаца привуче ка себи у потпуности, те их он, лебдећи у простору између њих, на вешт начин обједињује.

И заиста, пажљивом анализом поменутог начела установићемо да је законодавац учинио то на крајње занимљив начин. Произлази из поставке норме да нити поступак који се забрањује може бити противан грађанском праву колико нема за последицу штету, нити се може поставити питање одговорности за штету уколико она није последица људског деловања.

2.2. (Не)исправност решења понуђеног у ЗОО РС?

Законодавац, комбинујући теорију о противправности радње и противправности последице, ствара врло занимљиву симбиозу према којој је за грађанску одговорност потребно да и радња и последица буду противне правним нормама – само једно или само друго није довољно за заснивање одговорности. Овакво решење не може да остави теоретичара равнодушним и просто захтева испитивање његове исправности. Како ни ми нисмо у стању да одолимо том искушењу, нарочито зато што смо и сами присталице таквог размишљања, потрудили смо се да у наставку рада испитамо то решење из нешто другачијег угла, то јест без уласка постојећу, верујемо добро познату, аргументацију. У ту ћемо сврху презентовати аргументе против концепције о притвправности само последице и против концепције о противправности само радње, те успутно указати и на потребу обједињавања ове две концепције и превазилажења њихових појединачних мањкавости.

Против концепције у којој се не води рачуна о радњи већ се противправност штете као последице посматра као довољан услов за заснивање грађанске одговорности постоје два озбиљна аргумента која ваља имати у виду. Пре свега, постојање штете са становишта грађанског права нема никакву „тежину“ *per se*, то јест само по себи. Она, штета, постаје интересантна са становишта грађанског права само уколико је настала као продукт људског деловања. Уколико је штета настала као последица неких објективних околности, условно речено независних од човека, нема места ни позивању некога на одговорност за ту штету, јер терет такве штете, по природи ствари, сноси сам оштећени.

Такође, морамо се запитати шта добијамо уколико је радња сагласна праву, а последица те радње није. Да ли у том случају има места одговорности? Свакако да има, али у тим ситуацијама напуштамо терен противправности и неправа и прелазимо у ону област коју, сада већ традиционално, називамо „сивом зоном“ између права и неправа. У тој зони егзистира институт забране злоупотребе права.

Овај институт, иако се декларишемо као његове присталице, будући да је, по нама барем, од огромног правнополитичког значаја, напомнимо још једном, у ЗОО РС има тек споредни, или боље рећи секундарни значај. Он је тек продужетак норме која санкционише оно понашање и ону последицу која је противна праву. То значи да инкорпорација института забране злоупотребе права у правни поредак има смисла само ако законодавац веже одговорност прво за понашање које је контрерно правној норми. Само онда може се конструисати

одговорност и за она понашања која су у складу са текстом правне норме уколико последица тог понашања одудара од текста или смисла правне норме.

Овакво резонување наводи на закључак да је законодавац исправно поступио условљавајући грађанску одговорност противправношћу и радње и последице, но са таквим закључком не треба журити. Потребно је пре тога, потпуности излагања ради, преиспитати исправност концепције о противправности радње као довољном услову за заснивање грађанске одговорности.

У претходном делу рада, подсетимо се, напоменули смо да противправност у свом најопштијем значењу представља стање супротно одређеној правној норми, али упозорили смо да овај институт има својих особености у свакој грани права. У том смо контексту даље рекли, позивајући се на у теорији опште прихваћен став, да са становишта грађанског права противправност преставља кршење, не сваке, него само оне норме која за циљ има спречавање наступања штете. Из тога произлази закључак да то што је једна радња супротна правној норми и као таква противправна, не значи аутоматски да је противправна и са становишта грађанског права. Да би са становишта грађанског права та радња била противправна неопходно је да њен резултат буде штета која је, подразумева се, такође непожељна са становишта правног поретка. Противправна радња, дакле, сама по себи није довољна за заснивање грађанске одговорности. Она постаје довољан услов само онда када је праћена и штетом као последицом.

Најзад, том смислу морамо се упитати, из угла грађанског права наравно, какав би правнополитички смисао уопште имала норма која забрањује одређено понашање и прописује одговорност за њега уколико то понашање не шкоди ни на који начин ни појединцу ни широј заједници. Такву је норму тешко замислити, али и ако успемо да је замислимо, та би норма, како са становишта правне политике, тако и са становишта правне технике била потпуно бескорисна, јер не можемо, то јест можемо, али не би било целисходно, да једно понашање забранимо без икаквог разлога.

3. Концепција и облик противправности *de lege ferenda*

У нашој је правној теорији поодавно указано на значај Грађанског законика и потребу његовог скоријег доношења, а у циљу постављања својеврсне „брране“ надлазећем трећем таласу турбоглобализације. Уважавајући, не само правни, већ и национални значај једног овако

комплексног акта, Влада Републике Србије оформила је посебну Комисију за израду овог акта.

Комисија је у прве две књиге, а оне су за нас од посебног значаја, понудила оквирни предлог концепције Грађанског законика и преднацрт дела који се односи на облигационе односе. У обе књиге предложене су бројне новине у складу са саврменим тенденцијама, али и уз пуно уважавање наше вишевековне правне традиције, што је свакако за похвалу.

Међутим, оно што није за похвалу је то што многа питања, међу њима и питање противправности, на пример, уопште нису решена или бар нису решена на задовољавајућ начин. Прецизније, у вези овог и неких других питања нема никаквих одступања од постојећих решења у ЗОО РС. Иако ми у потпуности подржавамо начин на који је питање противправности у ЗОО РС решено, нарочито усвојену концепцију овог института, верујемо да не би шкодило да у новом Грађанском законiku буде инкорпорирано прецизније решење. Штавише, иако ми верујемо искрено у исправност нашег, у претходном делу рада понуђеног тумачења, прецизније решење је неопходно јер постојеће одредбе ЗОО РС које се на противправност односе заиста нуде могућности и за битно другачија тумачења.

На који је начин приступити решавању тог проблема? Верујемо да постоје два начина. Први је увођење одељка под називом услови одговорности за штету који би садржао описану симбиозу противправности радње и противправности последице, уз прецизирање односа противправности као услова са различитим основима одговорности у нашем праву.

Други начин је измена формулације у начелу забране проузроковања штете, а измена би требала да се односи само на почетак реченице. Наиме, уколико законодавац каже да је *зобрањено* [нагласио аутор С. Р.] понашање којим се другоме проузрокује штета, сматрамо да је успешно обавио задатак, иако бисмо ми предност ипак дали првом начину.

Закључна разматрања

Прихватајући утицај романске правне традиције, наш законодавац није међу услове одговорности за штету уврстио и противправност, барем не као самосталан услов и свакако не под тим именом. Ипак, уз пуно уважавање и другачијих мишљења, али и чињенице да та вероватно није била интенција творца ЗОО РС, морамо констатовати да је наше мишљење битно другачије. Ми, наиме, међу начелима ЗОО

РС, тачније у начелу забране проузроковања штете, видимо изричит захтев законодавца за противправошћу као (пред)условом за заснивање грађанске одговорности.

Вођени таквим размишљањем које, узгред, потврђују и други аргументи поред у раду изнетих, решили смо да овај рад посветимо анализи предмета противправности. Јако је било битно испитати став законодавца по том питању. Чини се да је законодавац, у том вечитом двоумљу између противправност радње и противправности резултата, „одиграо“ тактички јако добро уводећи у ЗОО РС одредбу која се налази на самом прелазу између ове две теорије.

Притом, ово решење није никаква вештачка симбиоза две постојеће теорије. Напротив, оно је, иако сигурно није савршено, у стању да издржи бројне критике које се могу засебно упутити на рачун обе у теорији права присутне концепције. Мада, у контексту поменуте несавршености тог решења, осећамо потребу да упозоримо да се при изградњи правних аката који ће убудуће регулисати ову проблематику мора водити рачуна у којој ће се мери постојеће решење прихватити. Другим речима, ваља уважити инспиративност и квалитет овог решења, али му свакако у систематици акта треба дати нешто другачије место, а све то уз унеколико прецизнију формулацију која неће остављати толико места за различита тумачења.

Srdan Radulović, LL.B.

PhD student

Faculty of Law, University in Priština,

temporarily located in Kosovska Mitrovica

***Dilema between the unlawfulness of an act
and the unlawfulness of damage***

Summary

The legal institute of unlawfulness has never stopped intriguing legal experts from the first moment it was introduced. This is confirmed by the fact that unlawfulness is regularly a subject matter of debate in civil law theory. Even though legal theorists have been dealing with this problem for centuries, it might be interesting that they have failed to respond to some essential questions. One of those questions is whether unlawfulness is a requirement for civil liability and when. Today, it may be the right time to ask and answer this question particularly having in mind the current intense activities on creating our Civil Code.

At first glance, our current law does not seem to recognize unlawfulness as a condition for establishing liability for damages, but a deeper analysis has yielded a completely different answer. In this context, starting from the claim that unlawfulness is explicitly set out as a requirement for establishing civil liability, the author focuses on analyzing what concept of unlawfulness has been accepted by the Serbian legislator. Surprisingly, the analysis has revealed that the legislator was extremely creative and original. Namely, combining two leading theories about unlawfulness, the legislator has created a most interesting concept of unlawfulness which may not be most accurate but which, in the author's opinion, must be part of the aforementioned Civil Code.

Key words: *unlawfulness, unlawfulness of action, unlawfulness of damage, conditions for civil liability, standards in Obligation Relations Act (RS).*