

*Michael R. Will, QUELLEN ERHÖHTER GEFAHR* (Rechtsvergleichende Untersuchungen zur Weiterentwicklung der deutschen Gefährdungshaftung durch richterliche Analogie oder durch gesetzliche Generalklausel.), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980, XXXII + 360 str.

Да наднаслов не казује да је по среди књига из правне серије познатог немачког издавача јуристичке литературе, по самом наслову („Извори повишене опасности“) не би се могло знати ради ли се о некој студији из технологије, политике, заштите на раду или слично. Но већ нас поднаслов доводи у сам центар збивања: обавештава да аутор проучава питање како даље развијати објективну одговорност за штету од опасне ствари и делатности, да ли у судској пракси, аналогном применом постојећих казуистичких прописа, или у законодавству, увођењем генералне клаузуле у законик. Мада то наслов не каже, аутор разматра још једну алтернативу (с. 243 и д.): да ли у законодавству уредити ову област енумеративном методом или методом генералне клаузуле. Опредељује се у оба случаја за ту другу могућност. Предлаже да се у немачки Грађански законик уведе (као § 835) генерална клаузула следеће садржине: „Ако је извором повишене опасности усмрћен човек или повређено његово тело или здравље, ималац тог извора дугује накнаду штете“. Ради се о супсидијерној генералној клаузули, јер се њеним увођењем не би дирало у већ постојеће (у законик и посебним законима) одредбе за поједине случајеве, него само омогућила заштита у свим оним случајевима, који нису покривени постојећим одредбама (с. 327 и д.). Не предвиђа, надаље, вишу силу као општи основ искључења одговорности (с. 304). Противи се и томе да се унапред лимитира одговорност, да се одреди максимални износ до кога се штета надокнађује (с. 319). За узакоњење је редукционе клаузуле: ако је штета неуобичајено висока, суд може смањити обавезу накнаде (како у случају субјективне, тако и објективне одговорности) уколико би накнада пуне штете представљала тешку неправду за туженог (с. 322 и д.). Та четири предлога чине језгро ауторовог ангажмана.

1. Као што умножавање извора опасности карактерише и исток и запад, и сиромашне и развијене земље, тако их карактерише и то да односе поводом штета насталих из таквих извора опасности не могу савладати класичним системом субјективне одговорности. Али се пореци знатно разликују по начину како уређују те односе. Примењујући упоредни метод, аутор издваја четири типа: — енумеративни законодавни метод, праћен у судској пракси аналогном применом казуистичких одредби на неуређене случајеве (Аустрија), — постојање законске норме само за понеки случај опасности, а склоност судске праксе да широким формулацијама уведе генералну клаузулу о одговорности без кривице у свим случајевима повишене опасности (англо-америчко право, француско право, мешовити систем Квебека и Луизијане), — увођење генералне клаузуле од стране законодавца (СССР, Мексико, Италија), и — енумеративни метод у законодавству а одбијање судске праксе да појединачне норме аналогно примени на друге случајеве повишене опасности (Немачка).

У Аустрији (којој је посвећена III глава, с. 69-114) законодавац је нешто храбрије него у Немачкој реаговао на последице техничког развоја, али не много одлучније. При новелирању Грађанског законика, одбио је да уведе генералну клаузулу. Пракса је дуго одбијала да постојеће одредбе аналогно примени. Но после II светског рата, док је законодавац и даље остао доследан енумеративној методи, пракса је (од 1947.) кренула путем аналогije са одредбама о објективној одговорности за штете од аутомобила и железнице. У литератури је тај пут заговоран и раније. Законом признати случајеви одговорности без кривице схваћају се, не као изузеци, већ као израз општег принципа објективне одговорности. Старија литература била је против објективне одговорности првенствено због тешкоће, која постоји и данас, да се јасно разграниче опасне делатности и ствари од оних које то нису. Оно што је одлучило у прилог аналогije било је неоправдано различито третирање битно сличних случајева и подједнако опасних извора — у једнима признавање а у другима непризнавање заштите. Аутор показује да су неосновани разлози који се традиционално наводе у прилог забране аналогije: с једне стране, принцип *singularia sunt extendenda* (при чему се објективна одговорност поима као изузетак), а с друге стране, али повезано с првим, став да аналогна примена значи стварање права, чиме се огрешује о принцип поделе власти (задирући у прерогативе резервисане за законодавца). На основу аустријског искуства, аутор оцењује да је аналогна примена могућ пут развијања објективне одговорнос-

ти, којег се не може одбацити тврдњом да нужно претерано проширује случајеве одговорности без кривице.

У англо-америчком, француском, квебекском и праву Луизијане (којима се аутор бави у IV глави, с. 115-148), готово да уопште нема норми о објективној одговорности за штете из извора повишене опасности (изузимајући оне које су уведене као последица приступања међународним споразумима). Но пракса је јасно испољила склоност ка генералној клаузули. У англо-америчком праву деликт *negligence*, (творевина праксе) представља, слично као у немачком праву, формулу која прикрива једним делом и случајеве одговорности без кривице. Праву генералну клаузулу о објективној одговорности створио је највиши суд Енглеске у случају *Rylands v. Fletcher*. У САД припремано је али није донето посебно законодавство о објективној одговорности. Ту је велики утицај извршила генерална клаузула, садржана у *Restatement of Law*, Америчког института за право (мада не од почетка, када је оцењена као мртворођиче, већ 60. година). Трајније решење проблема објективне одговорности очекује се од законодавца. — У Белгији 1871. а у Француској 1896. пракса претвара чл. 1389 француског Грађанског законика у генералну клаузулу о објективној одговорности. Припремани су посебни прописи, али нису донети. Систем одговорности за штету чувара ствари (*gardien*) оптерећен је жртвовањем правне сигурности, што аутор сматра неизбежном последицом усвајања једне тако неодређене генералне клаузуле. Систем одговорности *gardien-a* доживео је опречне оцене. Умногome се заговара законодавна интервенција у области одговорности за штете из извора повишене опасности. — Заједничко је за англо-америчко и француско право да су преседан *Rylands v. Fletcher* и теорија одговорности *gardien-a* имали брзу и успешну каријеру, али им је заједничко и то да су уследиле и супротне одлуке (у случају *Read v. Lyons*, одн. у Француској у случају *Franck*). Заједничко је и то да разграничење опасне од неопасне делатности представља велики проблем. Термин опасна ствар одн. делатност одбачен је у први мах, да би му се данас опет вратило. — У Квебеку и Луизијани измешани су су елементи енглеског и француског решења.

Италија (V глава, с. 150-192), СССР (VI глава с. 193-232) и Мексико (VII глава, с. 233-241) чине групу земаља чији закони садрже одредбе о одговорности за штете од опасне делатности одн. из извора повишене опасности. Но док је у друге две земље то генерална клаузула о објективној одговорности за те штете, у Италији је то генерална клаузула о претпостављеној кривици за те штете. Полазиште законика из 1942. је традиционално: субјективна одговорност је принцип, а објек-

тивна изузетак. Случајеви такве одговорности предвиђени су у посебним законима, а неки у самом законнику. У време кодификовања нису били сазрели услови за објективну одговорност за штете из повишене опасности, па су се заступници субјективне и заступници објективне концепције нашли на компромисној формули о претпостављеној кривици за такве штете (чл. 2050). Мада је одредба критикована у иностраној литератури, потврдила се у пракси мноштвом (више стотина) пресуда донетих на основу ње. Аутор приказује практични живот те одредбе, анализирајући с једне стране домен опасних делатности, како је одређен у пракси, а с друге, испитујући с колико се строгости у пракси одређује појам потребне пажње у опхођењу с опасним стварима (која ослобађа одговорности). — У совјетском законнику из 1922. по први пут се у свету јавља генерална клаузула о објективној одговорности за штете настале из извора повишене опасности (чл. 404), и то равноправно с генералном клаузулом о субјективној одговорности, и то, што је посебно интересантно, по принципу претпостављене кривице, Генерална клаузула праћена је каталогом примера ради наведених случајева опасних делатности. Испрва је она подстакла судове, нарочито ниже на широкогрудо тумачење појма опасне делатности, што су онда покушали виши судови да зауставе. Основни проблем био је одредити који извор представља повишену опасност. Мада, је генерална клаузула законско решење, у литератури се ни до данас није смирила расправа о томе да ли је бољи систем генералне клаузуле или систем енумерације. У прилог енумерације а против генералне клаузуле наводе се познати аргументи (произвољност у одређивању појма опасне делатности, и то да објективна одговорност по природи својој треба да је изузетак). Но животност генералне клаузуле, закључује аутор, показује се и после пола века праксе. — Мексичка клаузула, из законика донетог 1932., спорна је што се тиче порекла: да ли представља кодификовање француске праксе или копију совјетске клаузуле, или ни једно ни друго. Од посебности издваја се то што виша сила не искључује одговорност, а с друге стране, одређен је максималан износ до кога се одговара објективно за штету из извора повишене опасности. Пратећи праксу и реаговања у теорији, аутор и у погледу ове клаузуле закључује да је одиграла корисну улогу.

Немачко решење (приказано у прве две главе књиге, с. 1-39, с. 41-68) заједничко је дело законодавца и праксе: законодавац је поступао искључиво казуистичком методом, а пракса је упорно одбијала аналогију. Законодавни енумеративни пут започео је 1838. (одговорност железнице). Следио му је низ посебних прописа. Развој објективне одговорности аутор при-

казује кроз четири генерације, које означавају промене у овој материји, не приближавајући је уопште јединственом уређењу. Прописи се множе, али без органске везе, и несистематски: од случаја до случаја разликују се претпоставке одговорности, границе одговорности, разлози искључивања одговорности постојање или непостојање лимита, максималног износа накнаде, а да тим међусобним разликама нема оправдања. Зато је нетачна и тврдња, којом се брани енумеративни принцип да једино казуистички одређени случајеви објективне одговорности пружају потребну извесност о условима одговорности. Аутор наглашава да енумеративни метод, чак и када се примењује са много више ажурности него у Немачкој, увек већ по својој природи нужно остаје иза техничког развоја. Тај недостатак (одсуство заштите при појави нових опасности изазваних техничким развојем) осетио се не само зато што је законодавац каснио, већ и зато што је пракса са своје стране упорно одбијала да на те случајеве аналогно примени постојеће прописе. Врховни суд се херметички затворио спрам сваке аналогije. Није био спреман да на подручју објективне одговорности учини оно што је учињено већ одавно на подручју субјективне: да пређе пут од енумеративног метода до метода генералне клаузуле. Но будући да се пракса није могла оглушити о потребе живота, а да је упорно заступала став о забрани аналогije, ширила је подручје објективне одговорности стварањем прикривених случајева те одговорности. Формирала је низ случајева такве одговорности под плаштом субјективне одговорности: тако, постављала је толико претеране захтеве у погледу понашања туженог, да је туженом готово немогуће било да буде пажљив, па је готово увек одговарао због непажње; затим, реализовала је идеју да оштећени мора да трпи штету, али има право на накнаду због жртве коју чини; надаље, олакшавајући оштећеном положај тако што је олако узимала да су остварени поједини елементи, потребни за обавезу накнаде штете, растерећивала га је или му ублажавала терет доказа (примена *prima facie* доказа); потом, обрнула је терет доказа о постојању кривице. И ови, у ствари прикривени облици објективне одговорности, бујали су без међусобне везе, не творећи органску целину, а праћени неправданим међусобним разликама. Због тога је сразмерно мали практични значај и оних прописа о објективној одговорности, који постоје: странке ретко заснивају одштетне захтеве на њима, а много чешће на субјективној одговорности, постижући на тај начин жељени циљ. Правна наука није имала никакав утицај на сав тај развој. Све до II светског рата, у име правне сигурности, подржавала је праксу и одбијала аналогну примену. Један од њених аргумена-

та био је и тај да не постоји чврста и јасна гаранција између опасне и неопасне ствари, па да је једино законодавац позван да о њој одлучи. Упорно је уступајала и у томе да је у природи објективне одговорности да представља изузетак, а да се изузеци не смеју проширивати аналогijом. Критиковала је, мање или више, кријумчарење објективне одговорности у облику субјективне као начин да се оштећеном пружи заштита, а одобравала је резултат — пружање заштите. Било је и усамљених гласова да је постојећа ситуација добра. Од 60. тих година заговара се у литератури аналогна примена.

Након што је тако приказао постојеће стање и предисторију немачког решења, аутор *de lege ferenda* (о чему читамо у глави VIII, с. 243-284) није ни за то да се решење тражи у пракси, аналогном применом постојећих казуистичких прописа, нити за то да се настави са еnumerативним законодавним методом, него је за увођење генералне клаузуле. Не прихвата тврдњу да би увођење генералне клаузуле било погрешан потез већ зато што би се тиме прекинуло са устаљеним стилем правничког рада у Немачкој. Нетачност тврдње да је еnumerативна метода својствена немачком правном кругу, показује наводећи примере да је пракса у неким областима, па управо и у области одштетног права, пробила казуистичка ограничења, уводећи генералну клаузулу. Први предлог да се у Немачкој генералном клаузулом уреди објективна одговорност за штете из извора повишене опасности старији је од стотину година, а најближи је био остварењу у времену када је била планирана опсежна ревизија грађанског права (1938.). Почев од времена када је у Нацрту закона о изменама и допунама прописа Грађанског законика о накнади штете (објављен 1967., израђен деценију раније) кулминирало опредељење за еnumerативни начин, и баш као опозиција том опредељењу, све су бројнији и гласнији заступници генералне клаузуле. Средњим, компромисним путем кретао се предлог да се озаконе само неспорни случајеви објективне одговорности, а даљи развој да тече аналогном применом с тим прописима. Аутор наводи све до сада предложене формације генералне клаузуле (међусобно различите како у погледу дефинисања повишене опасности, тако и у погледу обима одговорности, максимирања износа накнаде, разлога искључења одговорности), приказујући њихове недостатке. Сматра неадекватним да се одговорност везује уз појмове „опасне снага“, „опасна ствар“, „опасно предузетништво“, „опасни уређај“, „постројење“ и „опасна делатност“ (који се јавља и у низу иностраних права — СССР, САД, Италија, Етиопија, ДДР). Једнако погрешним оцењује то што се (неретко, па и у нас у 300) заједно употребљавају изрази „опасна ствар“ и опасна

делатност", и што се, схваћени као синоними, у употреби замењују. Определује се за то да се оба елемента (опасна ствар и опасна делатност) обухвате једним вишим појмом — „извор опасности" (изразом који има одређену традицију у немачкој правној терминологији, не у законској). Њеме би се избегли непотребни спорови оног типа: да ли је нпр. мотор опасна ствар или је његова употреба опасна делатност. Обједињавање је умесно јер тешко да се било која делатност обавља без употребе неке ствари, и да било која ствар изазива штету без икакве људске делатности. Будући да се не би свака штета, настала из неког извора опасности, накнађивала по систему објективне одговорности, потребно сужење постиже се додавањем придева извор „повишене" опасности. Употреба тог придева, сматра, не атакује на правну сигурност верујући да би и немачка пракса формирала типичне групе случајева повишене опасности, указује при томе на упоредноправно искуство. Наиме, уопште није спорно да су извори повишене опасности по среди онда када опасност надилази просечну опасност, када је тако неуобичајена или тешко савладива, а штета тако учестала или висока, да се употреба извора опасности може допустити само уз обештећење евентуалне жртве. Формирајући тако елементе за генералну клаузулу, аутор ипак (у закључку, с. 327) не предлаже, због правно-политичких разлога, да се укину постојећи бројни прописи за посебне случајеве, и да се на њихово место постави само генерална клаузула. Сматра да такав предлог не би имао изгледа на успех, с обзиром на велики законодавни ангажман којег изискује. Зато предлаже генералну клаузулу само као супсидијерну (са формулацијом коју сам навео напред).

2. Определивши се тако у погледу дилеме: еnumerативни метод или метод генералне клаузуле, аутор се окреће проблему више силе (глава IX, с. 285-304). У упоредноправној законодавној традицији учвршћен је став да се само по себи разуме да виша сила искључује објективну одговорност. (што се тиче поредака који су приказани, није тако једино у Мексику). У немачкој литератури данас се сматра да виша сила искључује објективну одговорност, а у швајцарској, да то решење треба напустити. У немачкој пракси изузетно је мало случајева ослобођења од одговорности из тог разлога, а у швајцарској пракси, за последњих сто година није забележен ни један. Аутор сматра да је излишно у генералној клаузули наводити вишу силу као разлог искључења одговорности. Историјском и компаративном методом показује да је практична корисност тог појма у обрнутој сразмери са његовом теоријском проблематичношћу. У Немачкој је већ у прошлом веку тај појам критикован као неподесан да буде разлог искључења одговорности. Ње-

гова проблематичност јасно се испољила у сукобу субјективне концепције (која је историјски старија) и објективне концепције више силе (настала као реакција на субјективну). Објективна концепција указивала је на несигурност која прати субјективну концепцију, будући да ова отвара сувише простора суђењу по правичности. Средње, компромисно становиште преузело је од објективног учења обележје спољног порекла догађаја, а од субјективног, обележје неотклоњивости. Пракса је почетком века прешла са субјективног на објективно становиште, али је појму више силе додала и нова обележја (да се ради о догађају који није чест, који је неуобичајен, тако да се због тога није могао предвидети). Но и ово је решење критиковано, јер мањка било какав критеријум за одређивање учествовати. Неодређеност тако одређеног појма више силе аутор показује на примерима из праксе. Критика, усмерена на одбацавање више силе, да би поопштрила објективну одговорност, настојала је да вишу силу замени неотклоњивим догађајем као блажим појмом. Није успела. И тај појам ствара тумачу сличне проблеме као појам више силе, а судови и овде, као и код више силе, настоје да рестриктивним тумачењем отежају ослобађање од одговорности. Испитујући однос више силе и узрочне везе, аутор закључује да што је опасност већа, то је мања могућност за садејство више силе. Код изразитих опасности (попут атомске енергије), приближава се нули. Пошто су тако виша сила и повишена опасност у комплементарном односу, нема потребе да прописи изричито говоре о вишој сили. Екстремно ретко се може догодити да заједно постоје повишена опасност и виша сила. Аутор зато закључује да виша сила у правничкој свести заузима више места него што то одговара правној стварности.

3. Аутор сматра непримереним и да се одреди максималан износ, до кога се одговара за штете, настале из извора повишене опасности (чиме се бави у глави X, с. 305-326). Лимитирање одговорности нити је прирођено суштини објективне одговорности, нити је сврсисходно. Тезу да објективна одговорност нужно, по својој природи мора бити лимитирана, аутор побија наводећи следеће: дуго, деценијама пошто је уведена, објективна одговорност уопште није била лимитирана, а када је лимит уведен, учињено је то из посебних разлога; затим, указује да постоје како случајеви објективне одговорности без лимита, тако и случајеви лимитиране субјективне одговорности; критикује, потом, и одбацује разлоге којима се лимит оправдава (став да се лимитирањем компензира то што лице одговара иако није криво, дакле да правичност захтева лимит; став да једино лимитирање пружа извесност лицима у погледу ризика које за

њих може да представља предузимање одређене делатности; став да су опасне делатности у интересу свих људи, па и оштећеног, те овај зато треба да сноси део штете, што се управо постиже лимитирањем; став да без лимитирања не би била могућа ни функција осигурања). Као што дакле није иманентно објективној одговорности, тако лимитирање није ни сврсисходно: лимит најчешће није постављен довољно високо, па у пракси, када штета надилази лимитирани износ, пребацује се активност странака на доказивање кривице или подељене одговорности; лимитирање изискује стални рад законодавца на прилагођавању (повећавању) суме промењеним приликама (инфлацији): лимитирање није у складу са системом генералне клаузуле — исти лимит треба да важи за врло различите изворе опасности, па и оне непознате, који ће се тек појавити.

4. Аутор ипак сматра да је и практично и теоријски тешко оправдати објективну одговорност за штете из извора повишене опасности, која не би била ни на који начин ограничена, па се зато (у истој, X глави, с. 322 и д.) залаже за једну општу клаузулу о редуковању одговорности из разлога правичности (заједничку и за субјективну и за објективну одговорност). Свесан је да таква редукциона клаузула повлачи одређену правну несигурност, поготово што је спорно које елементе узети у обзир при смањивању износа накнаде. Ипак, у поређењу са унапред максимираним износом накнаде, ова редукциона клаузула мање је зло, а добра искуства с њом, нарочито у швајцарској пракси, охрабрују на исто решење у Немачкој.

Приказао сам само основне правце ауторовог интересовања. Рад међутим нуди упоредноправним сладокусцима обиље интересантних детаља. Упоредноправни домен, којег је аутор подвргао испитивању толики је да се мора истаћи да оно што је он успео да учини сам, обично је резултат тимског рада. Исто важи и у погледу мере у којој је проникао у сваки од слојева правног живота (законодавство, праксу, теорију). Примењујући упоредну методу, аутор не преузима механички неку од солуција из упоредног права, већ, како и сам истиче на више места, не очекује од упоредне методе решење, него пре разјашњење, боље уочавање проблема, изоштравање свести о њему, као и преглед могућих решења. Своје одређење увек исцрпно образлаже.

За читаоца у нашој земљи књига представља ризницу упоредноправних података, какву наша специјализована литература из области одштетног права не садржи, а с друге стране ризницу проблема, међу којима многи нису уопште били уочени и расправљани у нас. Што се тиче Немачке, мада није прва монографија о објективној одговорности у тамошњој литера-

тури, књига има више изгледа него друге и да буде запажена, и да изврши утицај (што донекле показује већ уследеле рецензије). За Немачку је наице, књига од додатног интереса, будући да се појавила у време када је у току рад на ревизији облигационоправних одредаба Грађанског законика, а материја објективне одговорности, којом се књига бави, једна је од оних које ће сигурно бити ревидиране.

Ваља нагласити да се књига чита с интересовањем и зато што је писана полетно, живим и богатим језиком, а ипак без штете по прецизност мисли. Не само због заступаних ставова, него и због начина како су презентовани, књига никога не може оставити равнодушним.

*Владимир В. Водинелић*