

Јаков Радишић*

ПРОТИВПРАВНОСТ КАО ЗАСЕБАН УСЛОВ ГРАЂАНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ

У овом раду је реч о томе како немачки, швајцарски и аустријски правници тумаче противправности штејне радње као засебан услов грађанске одговорности, који се разликује од кривице. После уводног дела, следи најпре излагање схватања наведених правника о појму противправности, затим о врстама противправности, о међусобном односу појединих врста противправности, о начину доказивања противправности, и о односу противправности и кривице.

Кључне речи: *Противправности. – Кривица. – Штејна. – Одговорности због штејне.*

А. УВОД

1. Као потпуно изграђен институт грађанског права, противправност је дело немачких правника.¹ Учење о противправности као засебном услову грађанске одговорности који се разликује од кривице, прихваћено је још у Швајцарској² и Аустрији³. Оно није остало само у сфери теорије, него је „пресађено“ и у одговарајуће законе ових трију земаља.⁴ У томе је њихова специфичност у односу на грађанске законике осталих европских земаља и САД.

2. На разлику између кривице и противправности у грађанском праву први је указао чувени немачки правник Јеринг (Jhering): „Свако осећа разлику између захтева власника према трећем савесном држаоцу његове ствари и захтева покраденог лица према

* Др Јаков Радишић, редовни професор универзитета.

1 Erwin Deutsch, *Haftungsrecht*, erster Band: *Allgemeine Lehren*, Köln, 1976, стр. 192.

2 Von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht*, Band I, Lieferung 2, Zurich, 1979, стр. 408 и даље; Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, erster Band: *Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Zürich, 1995, стр. 166 и даље.

3 Helmut Koziol, *Oesterreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: *Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien, 1980, стр. 89 и даље.

4 Видети § 823 немачког Грађанског законика (скраћено: BGB), члан 41 швајцарског Закона о облигацијама и § 1294 аустријског Општег грађанског законика.

лопову. У првом случају ради се једино о егзистенцији спорног права,... моменат субјективне кривице за овај захтев није битан, он има за предмет само незаконитост стварног стања у личности туженог. Међутим, за тужбу против лопова битно је да она почива на прекору, на свесној, хотимичној повреди нашег права.⁵ Ту Јеринг прави разлику између објективне и субјективне противправности, коју ће његови следбеници доцније кориговати.

3. Јерингово учење постало је убрзо владајуће у Немачкој, Швајцарској и Аустрији, чији су правници противправности ограничили на објективно вређање норме, док су субјективне елементе урачунали у кривицу⁶. С друге стране, међу Јеринговим следбеницима дошло је ускоро до расцепа око питања предмета противправности, тј. онога за шта се суд о противправности везује. По једнима, противправност се односи на резултат човековог понашања, а по другима – на само понашање.⁷ Сем тога, приликом описивања противправности, једни полазе од личности починиоца штете (субјективна теорија), а други од кршења правне норме (објективна теорија). То, међутим, није од већег практичног значаја, па се стога судови не придржавају доследно ни једног ни другог становишта.⁸ Треба истаћи да се ни питање односа између противправности и кривице не поима на исти начин.⁹ Напослетку, нема јединственог гледишта ни о томе да ли је противправност претпоставка одговорности само по основу кривице или објективне одговорности.¹⁰

4. Тешко да би се могло рећи да је неко друго правно питање изазвало више недоумица и различитих ставова међу правницима Немачке, Швајцарске и Аустрије него што је то учинило питање противправности. О њему су написане многе књиге, а о чланцима и краћим студијама да и не говоримо. Онај ко би се подухватио да укаже на све искреле проблеме и гледишта што су о томе исказана, тај би морао написати повећу књигу. Циљ овог рада је много скромнији. У њему ће бити дат само сумаран преглед основних проблема учења о противправности, из којег читаоци могу понешто разумети, а много више наслутити. Детаљнију обраду укупне проблематике препуштам писцима докторских дисертација.

5 Rudolf von Jhering, *Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, стр. 4 и даље.

6 Deutsch, *истио*, стр. 111.

7 Hein Kötz, *Deliktsrecht*, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1979, стр. 55 и даље.

8 Guhl/Merz/Kummer, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 6. Auflage, Zürich, 1972, стр. 174.

9 Видети о томе Karl Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, erster Band: *Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Zürich, 1975, стр. 135 и даље.

10 О томе Emil W. Stark, „Gedanken zur Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung bei den Gefährdungshaftungen“, у: *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70 Geburtstag*, Köln, 1999, стр. 349 и даље.

Б. ПОЈАМ ПРОТИВПРАВНОСТИ

1. Дефиниције овог појма веома су кратке и једноставне. Каже се да противправност означава негацију права,¹¹ а противправним се сматра оно што противречи праву.¹² У том широком значењу овај појам се употребљава у различитим гранама права, али кад је реч о накнади штете, он се користи у ужем смислу. Пошто правни поредак хоће да реагује на шкођење другоме, противправност подразумева кршење норми које, директно или индиректно, забрањују наношење штете.¹³ Такве правне норме не налазе се само у облигационом праву него у целом правном поретку, укључујући и начело неписаног права по коме онај ко створи или одржава опасно стање мора да предузме и потребне мере заштите. Противправно је, дакле, свако кршење правних забрана или запозвести.¹⁴ Све норме понашања значајне за грађанску одговорност даду се свести на низ општих забрана: да се никоме не одузима живот, не вређа телесни интегритет и право личности, да се не штети својина или државина, да се не поступа противно начелу савесности и поштења, да се поштују правила струке, и да се не стварају опасности од штете које се даду избећи.¹⁵

2. Са противправношћу се изједначава и повреда добрих обичаја, али уз ограничења да обавеза на накнаду штете настаје само ако је штета узрокована намерно. У томе се види допуна права на обештећење, која се односи на случајеве у којима није повређено ни субјективно право нити законски пропис али наше осећање права захтева да се призна дужност надокнаде.¹⁶ Но, пошто је већина интереса заштићена правним прописима или је отеловљена у субјективним правима, за супсидијарну одговорност због кршења добрих обичаја остаје мало места. Ту, на пример, спадају: подстрекавање другог да прекрши своју уговорну обавезу према трећем; шкођење другоме пропуштањем упозорења на опасност; самоиницијативно давање другоме погрешног савета; недавање обавештења што га налаже начело савесности и поштења; неосновано одбијање да се закључи уговор о услугама од животног значаја.¹⁷

11 Ofinger, *истио*, стр. 128.

12 Erwin Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 3. Auflage, Köln, 1995, стр. 43.

13 То је гледиште присталица тзв. *објективне теорије противправности*, која се данас сматра владајућом. Међутим, присталице *субјективне теорије противправности* сматрају да је свако наношење штете другоме противправно, уколико се не заснива на посебном овлашћењу починиоца (Von Tuhr/Peter, *истио*, стр. 408).

14 Ofinger, *истио*; Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, 6. Auflage, Berlin, 1976, стр. 275.

15 Ofinger, *истио*, стр. 130.

16 Von Tuhr/Peter, *истио*, стр. 416.

17 *Истио*, стр. 416–417.

В. ВРСТЕ ПРОТИВПРАВНОСТИ

І. Противправност понашања

1. По једном схватању, у деликтном праву је реч искључиво о чињењу и нечињењу које је противно заповестима и забранама правног поретка. У том смислу може се говорити једино о противправним радњама, не и о противправним резултатима радњи.¹⁸ Правни поредак може налагати и забрањивати само одређено понашање, не и одређени резултат који се потом, под конкретним околностима, остварује независно од могућности утицаја извршиоца радње. Ако је нека радња допуштена, упркос опасности са којом је скопчана, она не може накнадно постати противправна зато што је из ње проистекла штета.¹⁹ Противправно може бити не само понашање које је резултат или стање изазвало, него и оно које на њих није реаговало (на пример, толерисање рупе на улици у коју неко може упасти).²⁰ Ово гледиште имало је одувек већинску подршку правника у Аустрији,²¹ а у новије време и у Немачкој.²²

2. Противправност се састоји у кршењу правне норме, али често и у повреди туђег субјективног права. Међутим, то није нужна претпоставка противправности. Онај ко својом кривицом прекрши пропис правног поретка, дужан је да накнади из тога произишлу штету иако није повредио субјективно право оштећеног. Тако, на пример, не постоји субјективно право појединца да од другог захтева да не фалсификује исправе, него постоје само законски прописи који због тих радњи одређују казне и тиме их забрањују. Онај ко се огреши о прописе, има да накнади штету коју је неко претрпео верујући у тачност исправе.²³ Ту се кривица починиоца штете односи на дело које је законом забрањено а не на шкођење оштећеном, које је често сасвим непредвидљиво. Иста је ситуација у случају штете узроковане претњом или преваром, али и у случају прекорачења дозвољене брзине кретања возила, што је довољно да возач одговара за све штете које би из тога произишле.²⁴

3. Међутим, за противправност понашања није довољно кршење било које норме; мора се радити о норми чији је циљ да баш од настале штете сачува управо оштећеног, јер се он налази у подручју које се нормом штити. Ако норма служи неком другом

18 Koziol, *истио*, стр. 90.

19 Ernst von Caemmerer, „Wandelung des Deliktsrecht“, u: Ernst von Caemmerer, *Gesammelte Schriften*, Tübinge, 1968, стр. 543.

20 Deutsch, *истио*, стр. 44.

21 Koziol, *истио*.

22 Kötz, *истио*, стр. 57–58.

23 Von Tuhr/Peter, *наведено дело*, стр. 415.

24 *Истио*.

циљу, тада не може бити говора о противправности у смислу одговорности за штету.²⁵ Ево за то једног примера: Противно полицијским прописима о шумама, општина је предала купцу непосечено стабло, уместо да га сама посече и преда посечено. Купац је посекао стабло, али је приликом његовог пада био тешко повређен и усмрћен један радник. Од општине је захтевана накнада штете узроковане убиством. Да би општина одговарала због овог удеса, њен поступак треба да је противправан, тј да је њиме прекршена забрана убијања. Савезни суд Швајцарске је сматрао да општина није прекршила ту забрану; она се огрешила једино о полицијске прописе о заштити шума, који служе другом циљу, не служе заштити живота људи.²⁶

4. Противправност понашања не представља никакве субјективне захтеве: није нужно знање или могућност знања за норму или за њено кршење, јер би то било претерано. Да би разјаснили ту тврдњу, немачки правници наводе пример из судске праксе: Саобраћајни знак за првенство у возњи, који је постављен на раскрсници, био је у критичном тренутку заклоњен камионом. Возач аутомобила који се креће према раскрсници, иако не може да уочи знак, поступа ипак противправно ако се према њему не управља.²⁷ Возача не оправдава став да човек не може бити везан нормом коју не зна или не може да спозна. Јер то гледиште не води довољно рачуна о чињеници да суд о противправности делује у корист трећих. Лице које користи своје право предности у возњи поступа сагласно прописима. Возач који вози према раскрсници и који је дужан да сечека, макар и да не зна за ту своју обавезу, поступа противправно ако се о ту обавезу оглуши. То је израз принципа поверења у противправност.²⁸

II. Противправност резултата

1. У ранијој немачкој теорији владало је схватање да се суд о противправности односи претежно на штетни резултат, тј. на изазивање неког стања које правни поредак не одобрава.²⁹ Овакво схватање било је условљено тиме што ВГВ одређена добра човекова означава као *йравна добра*, гарантујући им правну заштиту. Према § 823, став 1 ВГВ, у таква добра спадају: живот, тело, здравље, слобода, својина и друга права. Реч је, дакле, о личним добрима и стварним правима, укључујући и државину.³⁰ Пошто су

²⁵ *Исио*, Oftinger, *наведено дело*, стр. 131.

²⁶ Oftinger, *исйо*, стр. 131. фуснота бр. 23

²⁷ Deutsch, *исйо*, стр. 45.

²⁸ *Исио*.

²⁹ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auflage, Berlin, 1979, стр. 467; Kötz, *исйо*, стр. 55.

³⁰ Видети Palandt / Thomas, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 40. Auflage, München, 1981, Kommentar zum § 823, стр. 815.

у питању правна добра која уживају апсолутну правну заштиту, немачки и швајцарски правници сматрају да је њихова повреда противправна сама по себи (*per se*). Таква квалификација не зависи уопште од тога како је повреда изазвана. И кад је узрок било људско понашање којим се не крши никаква посебна норма, захват у правна добра је противправан, осим ако постоје нарочити разлози који га оправдавају (на пример, шкођење законитим вршењем јавне власти, нужном одбраном, уз пристанак оштећеног итд.).³¹ Али то гледиште не следе аустријски правници, јер држе да само прекршај норме понашања заснива противправност. По њима, суд о противправности је могућ једино на основу свеобухватног одмеравања интереса, јер шкођење туђим добрима у стању је само да индикује противправност.³²

2. Теорија о противправности резултата почива на правној норми само утолико што једино правном нормом неко човеково добро може бити признато за правно добро. Није, међутим, потребан неки нарочит правни пропис који одговарајуће добро одређује као правно добро; довољним се сматра ако је добро ма којом законском одредбом, на пример, неким чланом кривичног законика, заштићено од штете која је у конкретном случају наступила.³³ Кад у грађанском закону није прописана заштита као што је она по § 823, став 1 BGB, о њеном постојању могло би се закључити из општих вредности које правни поредак изричито или прећутно признаје. Упркос тој замршености, карактер неког добра као правног добра даде се релативно лако одредити, док разлике у мишљењима настају само у случају кад се питање кривице „комбинује“ са питањем противправности.³⁴ Квалификација конкретне штете као повреде правног добра не ствара никакве тешкоће ни у пракси. Изузетак чине само случајеви у којима је реч о питању да ли пристанак на учешће у спортском такмичењу или на операцију обухвата из тога насталу штету. Одлуке о томе скопчане су са тешкоћама сличним онима са којима су повезане и одлуке које се тичу прекорачења нужне одбране или прекорачења јавних овлашћења од стране полиције.³⁵

3. Треба рећи да је теорија о противправности резултата била у моди особито у првим годинама важења BGB, али да њу данас не подржавају многи намачки правници; они су присталице новијег гледишта по коме противправно може бити једино човечије по-

31 Ofinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, erster Band: *Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Zürich, 1995, стр. 175; Fikentscher, *ucūo*, стр. 275.

32 Koziol, *ucūo*, стр. 94.

33 Stark, *Festschrift für Erwin Deutsch*, стр. 354; Kunscher, у: Geigel/Schlegelmilch, *Der Haftpflichtprozess*, 22. Auflage, München, 1997, глава 25, тачка 4 и даље.

34 Stark, *ucūo*.

35 *Icūo*, стр. 354–355.

нашање, не и његов резултат или природно стање.³⁶ Тврде да није противправан штетни резултат, него људско понашање које је до тога довело. На пример: сувише брза вожња и незатрпане рупе на путу доведу до телесне повреде. Противправна није сама телесна повреда, него опасно понашање људи које је њој претходило, чињење или нечињење.³⁷ Поборници овог схватања нарочито истичу да појам противправности, схваћен чисто у односу на резултат, води ка неоправданом проширењу радњи које би у смислу деликтног права биле вредноване као „противправне“, ако не и као „непажљиве“. Сходно томе, ваљало би сматрати противправним и догађаје који су се одиграли далеко пре штетне радње. На пример: произвођач аутомобила, електричних справа, опасних оруђа и медикамената поступио би безброј пута „противправно“ ако његов производ који је уредно произведен, у рукама неког другог, постане доцније узроком какве штете.³⁸ Да би таква понашања унапред искључиле, присталице новијег учења ограничиле су функционално противправност која се односи на резултат. По њима, противправни су, најпре, захвати који непосредно претходе штети и против којих је дозвољена нужна одбрана или судска мера заштите. Сем тога, противправни су и удаљени или посредни захвати који су израз занемаривања пажње у највећој мери. Ако, на пример, произвођач аутомобила конструише аутомобил са грешком у систему кочења, или ако трговац оружјем прода познатом убојници нож који се даде препознати, тада они обојица поступају противправно, уколико рђаве кочнице услове доцније саобраћајни удес, односно уколико ножем буде неко убоден. Али увек ваља водити рачуна о томе да атрибут „противправан“ не заслужује сам резултат, него опасно понашање.³⁹

III. Субјективно обојена противправност

У једном ужем подручју живота, противправности могу бити својствени и одређени субјективни елементи. Тада је противправно искључиво оно понашање које је уследило намерно или из нехата, или са знањем субјекта понашања за околности које заснивају противправност, односно да је он за њих барем морао знати. Таква је ситуација, на пример, у случају оспоравања правног посла због противправне претње, код накнаде штете због неморалног понашања, и код савесног стицања својине од неовлашћенога.⁴⁰

36 Видети особито Caemmerer, *наведено дело*, стр. 543–544; Deutsch, *истио*, стр. 44.

37 Deutsch, *истио*.

38 Larenz, *истио*, стр. 467–468.

39 Deutsch, *истио*.

40 *Истио*, стр. 45.

IV. Однос једне према другој врсти противправности

Све изложене врсте противправности могу се десити истовремено; оне једна другу не искључују. На пример: Возач аутомобила који се прекомерном брзином приближава раскрсници и ту узрокује саобраћајни удес, поступа противправно у вишеструком смислу: претерана брзина кретања противречи норми понашања која брзину вожње у граду ограничава на 50 km, док је опасно приближавање туђем аутомобилу противправно са становишта опасности за конкретно туђе правно добро.⁴¹ Ако једна противправност треба да отпадне, остаје друга. Ево за то примера из судске праксе: Земљорадник је запалио коров у својој њиви, па се ватра проширила и захватила шуму која је била удаљена 115–160 метара од места паљења ватре. Врховни земаљски суд је одбио одговорност земљорадника за штету на шуми, јер је Уредбом о заштити шума било прописано да се ватра не сме палити на удаљености мањој од 100 метара од шуме. Међутим, Савезни врховни суд Немачке осудио је земљорадника због нехатне повреде туђе својине, на основу § 823, став 1 BGB. Тиме је речено да и понашање које је у складу са Уредбом о заштити шума може бити противправно због захвата у својину.⁴²

Г. ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА ПРОТИВПРАВНОСТИ

Будући да је одговорност због штете условљена противправношћу, њу треба да докаже онај ко обештећење захтева. Нису, међутим, ретки случајеви у којима сам штетни догађај индикује противправност у толикој мери да терет доказивања падне на онога ко је штетну радњу извршио или се од радње није уздржао. То је нарочито случај кад су у питању апсолутно заштићена правна добра. Стога, на пример, лице које нанесе телесну повреду другоме има да докаже да је то учинило у нужној одбрани или штитећи своје оправдане интересе.⁴³ У том погледу веома је илустративан следећи случај из праксе немачких судова: Приликом покушаја да се попне на задњу платформу трамваја који је полазио са станице, путник је пао и задобио тешку телесну повреду. Није било могуће утврдити да ли је он почео да се пење у трамвај пре него што је кондуктер дао знак за полазак или после тога. У првом случају, ваљало би сматрати да је кондуктер поступио непрописно, јер није смео звонити док се путник не попне у трамвај. У другом случају, требало би закључити да је кондуктер поступио прописно кад је

41 *Исио*, стр. 45–46.

42 *Исио*, стр. 46.

43 Deutsch, *Haftungsrecht*, стр. 209.

дао сигнал за покрет. Путник је тужбом тражио накнаду штете од предузећа за саобраћај. Успех тужиоца зависио је од тога да ли је кондуктер нанео њему штету противправно. Врховни земаљски суд је удовољио тужбеном захтеву, а велико веће Савезног врховног суда Немачке потврдило је ту пресуду. Разлог: саобраћајно предузеће сноси терет доказивања да је његов кондуктер поступио сагласно прописима о саобраћају, али оно тај доказ није пружио.⁴⁴

Д. ОДНОС ПРОТИВПРАВНОСТИ И КРИВИЦЕ

І. Функција појма противправности

1. Појам противправности схвата се као чисто нормативни појам, који одређује његова функција у редовним приликама. Тако се нека радња означава „противправном“ ако с обзиром на њен спољашњи изглед, без обзира на унутрашњи однос извршиоца, противречи заповести или забрани правног поретка, и коју није требало извршити. Али, то је само привремени суд о неваљаности конкретне радње. Коначан суд о њој није могућ без вођења рачуна и о унутрашњем одношају извршиоца према своме делу, тј о кривици. Остаје, наиме, могућност да радња, иако је противправна, буде ипак опростива. Не само казна, него, по правилу, и накнада штете претпоставља и противправност и кривицу.⁴⁵ Сем тога, од „противправног“ напада допуштена је нужна одбрана, а у грађанском праву извесна овлашћења на одбрану и могућност заштите путем тужбе суду надовезују се *једино* на противправне захвате у државину или у правну сферу власника. Према томе, по BGB, појам противправности испуњава одређену функцију у систему заштите добара.⁴⁶

2. Функција негативне *йравне* квалификације одређеног понашања или шкођења (што представља основни суд вредности) опажа се преко појма „противправност“. Једино он (а не појам кривице) одређују које начине понашања и које последице понашања правни поредак не одобрава.⁴⁷ Тамо где противправност недостаје, одговорност по основу кривице не долази у обзир макар да су етичка начела прекршена. На пример: Довођење конкурента лојалном конкуренцијом до фактичког стечаја, због чега његови радници бивају изложени опасности да остану без посла, многи

⁴⁴ Наведено по Deutsch-u, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, und Schmerzensgeld*, стр. 47-48.

⁴⁵ Larenz, *исџо*, стр. 467.

⁴⁶ *исџо*.

⁴⁷ Oftinger/Stark, *наведено гело*, стр. 16.

људи би сматрали неморалним. Међутим, са становишта права то није за осуду, и зато нема места деликтној одговорности. Само ако је стечај конкурента изазван намерно и ако су при том коришћене методе којима се вређају добри обичаји, настаје обавеза да се штета надокнади.⁴⁸ С друге стране, ако противправност постоји, дужност накнаде штете може настати и без кршења етичких начела. На пример: Неко унесе у Швајцарску повређену животињу и при том заобиђе прописану ветеринарску контролу. Он жели да лечи животињу и да је негује, што се сматра моралним чином. Али, он ипак поступа противправно и одговоран је за евентуалне штетне последице ширења какве болести.⁴⁹

3. Из оваквог промишљања швајцарски правници ће закључити да правни поредак задржава за себе одлучујућу реч у односу на основну оцену неког понашања или његовог шкођења. Стога, према владајућем схватању, неодобравање које је повезано са кривицом не може се односити на основни суд вредности. Ако неодобравање понашања и шкођења другоме проистиче из противправности, било би то „дупло шивено“ ако би из појма кривице следовало неко друго, допунско неодобравање.⁵⁰ Изузетак од тога представља једино случај кад правни поредак указује сам на добре обичаје, као што је учињено у чл. 41, став 2 швајцарског Закона о облигацијама. Јер ако би етичко неодобравање било саставни део појма кривице, општа правила о накнади штете једва да би имала смисла.⁵¹ Неодобравање или замерање повезано са кривицом води само ка приписивању штетног понашања, али се оно не односи на основни суд вредности о томе понашању. Оно је ограничено на то да искључи одговорност по члану 41, став 1 швајцарског Закона о облигацијама, ако недостаје предвидљива могућност шкођења коју кривица претпоставља.⁵² Без могућности те спознаје – кривице нема. Шкођење које није предвидљиво не води ка одговорности по основу кривице. С друге стране, спознаја не мора обухватити детаље каузалног исхода, али шкођење трећем, као последица одређеног понашања *in concreto*, треба да изгледа сигурно, вероватно или могуће.⁵³

4. Крајњи је закључак да појмови „противправност“ и „кривица“ врше различите функције у праву које се тиче накнаде штете. Кривица одлучује о томе да ли стварање одређеног узрочног односа са штетом треба приписати одређеном лицу; док

48 *Исио*.

49 *Исио*.

50 *Исио*, стр. 16 и 198.

51 *Исио*, стр. 16.

52 *Исио*, стр. 18.

53 *Исио*, стр. 193.

противправност одлучује о томе да ли у случају кад постоји основ одговорности као што је, на пример, кривица, из тога произлази одговорност.⁵⁴

II. Противправност и кривица као координирајући појмови

1. Према схватању немачких, швајцарских и аустријских правника, противправност и кривица чине координирајуће појмове, који се међусобно допуњавају. Кривица у смислу грађанског права има се као укорљиво понашање човеково, тј као понашање које заслужује прекор или осуду. Она се своди на недостатак воље код извршиоца радње, на кршење правних обавеза услед недовољног управљања вољом или понашањем у складу са вољом.⁵⁵ Питање кривице се поставља тек пошто се утврди да постоји противправност, јер правни поредак нема разлог да укорева некога ко се понашао сасвим у складу са њиме. Кратко речено, кривица претпоставља противправно понашање. Једино је кривица оштећеног могућа и без противправности, али она и није кривица у правом (техничком) смислу. Будући да не постоји обавеза да се не шкоди властитим добрима, занемаривање својих интереса не може бити противправно. Права кривица је прекор због шкођења другоме, а не самоме себи.⁵⁶

2. Имајући у виду чињеницу да су противправност и кривица координирајући појмови, неки швајцарски и немачки правници противправност означавају као објективну страну кривице, а кривицу као субјективну страну противправности.⁵⁷ Међутим, координација ових појмова не постоји у области објективне одговорности. Стога се поставило питање да ли је објективна одговорност уопште условљена противправношћу шкођења другоме. Аустријски правници на то питање одговарају негативно,⁵⁸ док немачки и швајцарски имају о њему различита мишљења. Једни сматрају да противправност као прекор правног поретка може да погоди само човека, јер једино човек, односно његово понашање подлеже праву. За објективну одговорност, која се везује за опасне ствари и опасне делатности, питање противправности је ирелевантно. Противправност је услов одговорности само за кривицу, било да се она доказује или претпоставља. Штета и узрочна веза довољни су услови објективне одговорности.⁵⁹ Овом гледишту супротстављају се, међутим,

54 *Истѿо*, стр. 198 и 199.

55 Видети Fikentscher, *наведено дело*, стр. 278; Koziol, *истѿо*, стр. 117; Oftinger/Stark, *истѿо*, стр. 190 и 192.

56 Koziol, *истѿо*, стр. 234–235.

57 Oftinger, *наведено дело*, стр. 135.

58 Koziol, *истѿо*, стр. 91.

59 Stark, *Festschrift für Erwin Deutsch*, стр. 349.

они немачки и швајцарски правници који сматрају да је одговорност без кривице условљена тзв. *Објективном противправношћу*.⁶⁰ Они свој став заснивају на гледишту по коме противправност не подразумева искључиво понашање које је у нескладу са нормом, него и повреду правних добара као такву.⁶¹

III. Кривица и свест о противправности

1. Међу спорна питања о односу између противправности и кривице спада и питање да ли кривица обухвата свест о противправности штетног резултата. Другим речима, хоће ли штетник одговорати по основу кривице у случају кад предвиди штету као сигурну или могућу последицу свога понашања али не и њену противправност? Ако већ дође до повреде нормe понашања, тада се поставља питање мора ли онај ко је то учинио знати за ту повреду? Свест о противправности недостаје, на пример, у случају кад штетник не зна за ново правило саобраћаја па зато изазове штету, или кад оштети туђу ствар мислећи да је она његова.⁶²

2. Практични значај овог питања није велики, али није ни занемарљив. Правници који стоје на становишту да укорљивост чини битно обележје појма кривице склони су да свест о противправности третирају као претпоставку одговорности. Међутим, томе гледишту упућене су озбиљне примедбе. Тако је речено да би укључивање свести о противправности у појам кривице изискивало да оштећени докаже и тај њен елемент. Оштећени би морао сносити ризик штетниковог непознавања права. Тачније: он би остао без надокнаде у случају кад није у стању да докаже да је штетник знао за противправност свога понашања и његових последица, или да их је барем сматрао могућим.⁶³ Починилац штете, пре свога дела треба да се обавести о његовом правном вредновању. Ако неко, на пример, буде законито нападнут а сам тај напад пограшно сматра противправним па у том уверењу почне да се брани и нанесе штету нападачу, тада код њега недостаје свест о противправности властите радње. Међутим, заблуда не искључује његову кривицу нити противправност његове радње, и зато је дужан да штету надокнади.⁶⁴ Стога би ваљало закључити: спознаја противправности није нужан састојак кривице; заблуда о праву не ослобађа од одговорности, али ослобађа оправдана заблуда о развоју стања ствари које се може очекивати.⁶⁵

60 Oftringer, *исцјо*, стр. 135.

61 Опширније о томе видети Stark, *Festschrift für Erwin Deutsch*, стр. 350 и даље.

62 Oftringer/Stark, *исцјо*, стр. 196.

63 *Исцјо*, стр. 197.

64 *Исцјо*.

65 *Исцјо*.

Ђ. ЗАКЉУЧАК

1. Немачки, швајцарски и аустријски правници убедљиво су показали да противправност и кривицу као појмове треба двојити, јер они имају различите улоге у праву које се тиче кривичне и грађанске одговорности. Суд о противправности и суд о кривици, упркос њиховој блискости, јесу ипак два различита суда. У грађанском праву противправност означава кршење законских, уговорних и моралних дужности, што је имало за последицу штету. Те дужности нису и не морају бити посебно утврђене, него ваља полазити од опште забране наношења штете другоме (*neminem laedere*). Таква забрана изричито је прописана у члану 16 нашег Закона о облигационим односима: „Свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета.“ Кршење те забране нема карактер противправне радње само уколико је учињено под изузетним околностима које противправност искључују.

2. Кривица је унутрашњи однос починиоца штете према својем делу. Она претпоставља његову противправну радњу, јер без такве радње кривица није могућа. Штавише, кривица се не даде друкчије ни утврдити осим преко противправне радње. Тачније: противправна радња представља индицију кривице, њену спољашњу манифестацију. Међутим, кривица се не поистовећује са противправном радњом, него чини њену *надградњу*. Она је грешка у вољи одређеног лица, јер је оно допустило себи понашање које је требало да избегне и које је могло избећи. Кривица претпоставља и способност расуђивања, док противправну радњу може да изврши и лице које такву способност нема. Стога, противправност и кривица су појмови који се разликују не само у формалном него и у материјалном смислу.

Jakov Radišić*

UNLAWFULNESS AS A SEPARATE CONDITION FOR CIVIL LIABILITY ACCORDING TO GERMAN, SWISS AND AUSTRIAN LAWS

Summary

Jering was the first one to point out the difference between unlawfulness and fault, and it was in the mid-19th century. His teaching was soon accepted by German, Swiss and Austrian jurists, but they also happened to

* Jakov Radišić, Ph. D., Full Professor of the University..

interpret it in different ways. However, those differences in interpretation are of theoretical rather than practical value.

Further in the text there are given differing opinions on unlawfulness in civil law, types of unlawfulness, relationships between various types of unlawfulness, and bases for proving unlawfulness. A separate section of the text is dedicated to the relationship between unlawfulness and fault. It is specifically explained that unlawfulness and fault as notions have to be differentiated, because they are different not only in formal, but material sense as well. Their role in law regarding liability for damage is different. Fault is decisive in determining whether the establishing of a causal relationship with damage should be attributed to a certain individual. On the other hand, unlawfulness is decisive in determining whether it leads to liability when there are grounds for it, such as fault, for example. Hence, the obligation to pay damages depends both on the unlawfulness of a harmful act and the fault of the wrong-feasor, except in case of objective liability.

Key words: *Unlawfulness. – Fault – Damage. – Liability for damages.*

Jakov Radišić*

L'ILLICEITE EN TANT QUE CONDITION DE LA RESPONSABILITE CIVILE DANS LE DROIT ALLEMAND, SUISSE ET AUTRICHIEN

Résumé

La distinction entre illicéité et faute a été relevée pour la première fois par Ihering, et ce vers le milieu du XIXe siècle. Si sa doctrine a été rapidement acceptée par les juristes allemands, suisses et autrichiens, ils l'ont interprétée de différentes façons. Toutefois, ces différences ont une valeur beaucoup plus théorique que pratique.

Dans la suite du texte l'auteur expose tout d'abord les différents points de vue sur la notion d'illicéité en droit civil, les différents types d'illicéité, le rapport d'une illicéité par rapport à une autre et le champ des preuves établissant l'illicéité. Une partie de ce travail est consacrée en particulier au rapport entre l'illicéité et la faute. On y trouve notamment une explication de la nécessité de procéder à une distinction entre l'illicéité et la faute, en tant que notions, car elles diffèrent aussi bien au sens formel que matériel. En matière de droit qui concerne la responsabilité pour les dommages, elle ont des rôles différents. C'est la faute qui décide si l'établissement d'un lien de cause à effet avec le dommage doit être attribué à une personne concrète-

* Jakov Radišić, professeur de l'Université de Belgrade.

te, alors que l'illicéité décide, lorsqu'il existe un fondement de responsabilité, comme c'est par exemple le cas de faute, si une responsabilité en découle. Par conséquent, l'obligation de dommages-intérêts est conditionnée aussi bien par l'illicéité de l'action préjudiciable, que par la culpabilité de son auteur, sauf lorsqu'il s'agit d'une responsabilité objective.

Mots-clés: *Illicéité. – Faute. – Dommage. – Responsabilité pour les dommages.*

Jakov Radišić*

RECHTSWIDRIGKEIT ALS BESONDERE VORAUSSETZUNG DER SCHADENSERSATZPFLICHT NACH DEUTSCHEM, SCHWEIZERISCHEM UND ÖSTERREICHISCHEM RECHT

Zusammenfassung

Auf den Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden wies zunächst Ihering hin, und zwar Mitte des 19. Jahrhunderts. Seine Lehre war sehr bald von deutschen, schweizerischen und österreichischen Juristen angenommen, aber es zeigte sich bald, dass sie von ihnen auf unterschiedliche Weise wird.

Im weiteren Text folgt zunächst die Darstellung verschiedener Standpunkte hinsichtlich des Begriffs der Rechtswidrigkeit im Zivilrecht, der Arten der Rechtswidrigkeit, des Verhältnisses einer Art der Rechtswidrigkeit zu der anderen und des Beweisungsfeldes der Rechtswidrigkeit. Da wird insbesondere die Auffassung ausgelegt, dass die Rechtswidrigkeit und das Verschulden zu differenzieren sind, denn sie sind nicht nur im formellen, sondern auch im materiellen Sinne unterschiedlich. Ihre Rolle im Recht, das sich auf die Haftung für Schaden bezieht, ist unterschiedlich. Das Verschulden ist in dem Sinne ausschlaggebend, ob die Herstellung eines bestimmten Kausalverhältnisses zum Schaden einer bestimmten Person zuzurechnen ist; dagegen ist die Rechtswidrigkeit in dem Sinne ausschlaggebend, ob in dem Fall, wenn die rechtliche Grundlage für Schuldfähigkeit wie z. B. das Verschulden besteht, daraus auch die Haftung hervorgeht. Daher ist die Schadensersatzverpflichtung durch Rechtswidrigkeit der schädlichen Handlung und durch Verschulden des Täters bedingt, es sei denn, es handelt sich um objektive Schuldfähigkeit.

Hauptwörter: *Die Rechtswidrigkeit. – Das Verschulden. – Der Schaden. – Die Haftung für den Schaden.*

* Jakov Radišić, Professor der Universität.