

*Др Јожеф Салма, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

РЕФОРМЕ, ХАРМОНИЗАЦИЈА И РЕКОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКИХ ЗАКОНИКА У ОБЛАСТИ ДЕЛИКТНОГ ПРАВА

Сажетак: У раду се разматрају хармонизација правила вануговоне (деликтне одговорности) у светлу европске доктрине и судске праксе. Указује се на иницијативе за кодификацију основних начела европског деликтног права, као и на нову и повећану улогу упоредног права у области истрашживања заједничких европских правила, као и конвергентних и дивергентних елемената основних института унутрашњег деликтног права. Улога колизионог међународног приватног права се задржава на пољу хармонизацијом необухваћених дивергенција унутрашњих правила деликтног права различитих правних система

Кључне речи: Хармонизација уговорне и вануговоне одговорности, кодификација начела европског деликтног права, доктрина европског деликтног права

- Основне тенденције -

I

**– Хармонизација путем доктрине и праксе - Нова улога
компаративног грађанског права – Иницијативе у погледу европске
кодификације деликтног права**

Грађанско деликтно право (вануговона одговорност), као и уговорна одговорност су у савременом европском праву домени не само хармонизације, већ су и могућа област заједничке (европске, супранациоанлане) кодификације. Доктринарне, односно званичне иницијативе у правцу кодификације су дате било у виду партикуларног кодекса предвиђеног само за деликтно право, било у виду да се деликтно право инкорпорише у састав целовитог кодекса европског приватног права. Наравно, у погледу основних начела, односно, конвергентних института.¹ Европска доктрина о деликтном праву, на челу са Christianom Bar-om² и Irenom Klauer³, сматра да је деликтна одговорност, обзиром на високу конвергенцију унутрашњих права, могући домен заједничке кодификације. Истина, пре свега у начелима. Домен заједничког, у грађанском деликтном праву, директно не дира у национална законодавства, будући, да се начела изводе из конвергентних принципа унутрашњег права, важећих унутрашњих грађанских кодекса. У том погледу се деликтно право (као и принципи контрактуралног, уговорног права) разликује од породичног права, пошто је потоње готово у целини домен националног законодавства, због посебности, утицаја обичајног права. Постоје схватања да је због заједничког тржишта, слободног кретања капитала и рада, потребно одмах приступити кодификацији целовитог грађанског права (Jürgen Basedow)⁴, тиме и

¹ Међународни Институт за уједначење приватног права (UNIDROIT) је најпре израдио по један модел - закон за област приватног и за област трговинског контрактуралног права, који обухватају основна начела. (В. нпр. Bánrévi Gábor, A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga, 3. kiadás, PPKE JÁK, Budapest, 2003, str. 23-27). Европски парламент је донео закључак (2001. г.) којим позива Европски Савет да започне послове на изради Европске Кодификације Приватног права. В. Prof. Dr. Hein Kötz, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, Perspektiven eines gemeineuropäischen Zivilrechtes-Kodifizierung eines europäischen Zivilrechtes, Jursiten Zeitung, Nr. 6/ (März) /2002, str. 257,259-260; J. Basedow, Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid, Eur. Rev. Of Private Law, 2001, str. 35.V. Prof. Dr. Vékás Lajos (urednik), Az európai közösségi elemek a magyar magán- és kereskedelmi jogban, - Заједнички елементи у мађарском приватном и трговачком праву, KJK-KERSZÖV, Jogi és Üzleti Kiadó, Budapest, 2001, str. 29. В. i: Giannantonio Benacchio, Az Európai Közösség magánjoga (Приватно право Европске Заједнице), Polgári jog, kereskedelmi jog (Грађанско право. Трговачко право) – превод на мађарски: Prof. Dr. Földi András, и Dr. Csizmadia Norbert - Osiris Kiadó, Budapest, 2003, str.21.-27.

² Bar, Christian, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, I том: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesmatrechtsordnungen, München, C.H. Beck, Ius commune Europeum, 1996, II. том: Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Berteidigungsgründen, C.H. Beck, München, 1999.

³ Irene Klauer, Europäisierung des Privatrechtes, Nomos Verlagsgesellschaft, I. Auflage, Baden-Baden, 1998.

⁴ Jürgen Basedow, Codification of Privat law in teh European Union:The Making of a Hybrid, Eur. Rev. Private Law, 201, str.35.

деликтног права. Поготово што интензивирање промета доводи и до контрактуралних и вануговорних штета за чију ефикасну накнаду нису више довољна само унутрашња правна правила, односно правила колизионог права. Постоје и противници, који сматрају да досадашња искуства о заједничким кодификацијама, на плану контрактуралног права и контрактуралне одговорности указују на недостатке заједничких кодекса који се састоје у томе да садрже пуке генералне клаузуле које мало доприносе циљу који је постављен: тј. стварању система конзистентних норми који би на целом европском простору нудио заједничке и поуздане регулативе. Заједничким кодификацијама и њиховој начелности често приговарају енглески теоретичари, иако је евидентно да је иначе енглеско право склоно генералним клаузулама. Управо такве примедбе износи Basedow. У *Principles of European Contract Law* је управо реч о споју генералних клаузула. У чл. 201 ст. 1 (слично §-у 242. BGB-a) се предвиђа, да уговорне стране "must act in accordance with good faith and fair dealing" - поштују сагласност у складу са добрим обичајима и савесности, а штета се мора надокнадити, ако је једна страна поступила "contrary to good faith and fair dealing", тј. противно савесности и поштења. Немачки аутори (који су иначе склони прецизном и детаљном регулисању) напротив, немају ништа против оваквих генералних клаузула.⁵

II

Подручја конвергенције и дивергенције института унутрашњег деликтног права

Током XIX., и почетком XX. века доношењем грађанских кодекса /Code civil 1804- fr., AOGZ (аустр.), 1811, BGB (нем.), 1896/1900, OR, 1912 (Шв.) Codice civile, 1942 (ит.)/, дошло је до раздвајања кривичне и грађанске одговорности, које у каснофеудалним кодексима још нису сасвим диференциране. Основа разликовања се створила начином инкриминације: кривична одговорност се прописује методом специјалне инкриминације, минуциозним прописивањем дела и санкција, за разлику од грађанске инкриминације која је општа, заснована на општеважећем начелу забране противправног проузроковања штете другом. Из разлике у инкриминацији проистиче и различито схватање о појму противправности и кривици. Противправност у материји кривичне одговорности је фундаментални разлог у заштити поретка, где наравно спада и заштита имовинског и телесног интегритета. Грађанскоправна инкриминација је заснована на заштити приватног интереса, такође лица и имовине, али са становишта нагласка на санкције ради успостављања деликтом нарушених приватних интереса. Грађанско правна одговорност се отада заснива на првенству реститутивног принципа, уз примену осталих принципа, као што је превенција, а кривично право задржава као основно полазиште начело о казни, са применом идеје превенције и преваспитања.

⁵ Упор. Prof. Dr. Hein Kötz, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, *Juristen Zeitung*, 6/2002, März 2002, str. 261.

Грађанскоправна санкција не може да задире, по цивилистичком схватању у личност, личну слободу, за разлику од кривичног права, које основну санкцију задржава у виду лишења слободе.

Генерална конвергенција (подударност) унутрашњих кодификација (следствено римскоправним основама института, као и разним спонтаним узајамним рецепцијама између самих кодификација XIX. и XX. века) се запажа у области услова и врсте грађанскоправне одговорности, основа одговорности, врсте штете, облика и мере накнаде штете. У свим унутрашњим системима грађанског права се констатује, да постоје општи и заједнички услови грађанске одговорности. То су: проузроковање штете (умањење туђе имовине, повреда физичког или психичког интегритета), проптивправност и узрочност. Ови услови су заједнички и за субјективну и за објективну одговорност. Посебни услови су такође конвергентни и везани су за субјективну одговорност. Поред општих услова, у материји субјективне одговорности, потребна је и кривица.

Иако су услови грађанске деликтне одговорности институционално идентични, постоје и разлике у појединим кодификацијама. Те разлике се одражавају и на *врсте одговорности*. Француски Code civil (1804) до данас није одустао од *субјективне* одговорности. Немачки BGB (1894/1900) пак поред субјективне, познаје и *објективну* одговорност. Истина, француска судска пракса, екстензивном интерпретацијом одредбе о деловању ствари прихвата објективну одговорност. У случају да деликт није проузрокован људском радњом, већ деловањем ствари, посебно опасне ствари (нпр. деловање животиње, рушење зграде, сл.) без директног учешћа људске делатности (*quasi-délits*)⁶ већ у другој половини XIX века уводи се објективна одговорност. На тај начин, без текстуелне измене Code civila, и у француском праву је призната објективна одговорност. Конвергенција настаје не само подударношћу текста закона, већ и путем *еволуције судске праксе*. Судска пракса је дакле део хармонизације. Немачко партикурано законодавство, нарочито Закон о железницама, већ у 30.-им годинама, са доцнијим изменама у 70-им годинама, уводи објективну одговорност, тако да је BGB, који *expressis verbis* уводи објективну одговорност, за штете од опасних ствари и делатности, већ имао своју подлогу у ранијим законским прописима.⁷

Синтези доприноси и сама *доктрина*, путем изградње заједничких појмова и откривања заједничких елемената истоимених института, али у новије време и *европско законодавство*. У европској *доктрини* је то најпре учињено у

⁶ Code civil, Titre IB, Chapitre II, Des délits et des quasi-délits, art. 1384: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.” – Не одговара се за штету насталу простим деловањем ствари по себи, али настаје одговорност за њих од стране оних који за њих брину. Code civil, art. 1386: „Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.” - Власник одговара за штету проузроковану од рушевине која је настала услед неодржавања или од недостатака у конструкцији.

⁷ В. Е.А. Kramer, das Prinzip de objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, AcP, 171, 1971, s. 422; В. Wilburg, Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung in Schadenersatzrecht, Festschrift Richard Honig, Göttingen, 1970, str. 79; Deutsch, Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht, Festschrift Richard Honig, Göttingen, 1970, str. 33.

осамдесетим годинама путевима *упоредног* европског грађанског права (нпр. у радовима Konrada Zweigerta⁸). Крајем XX. века, почев од прве половине 90-их година (Maastricht, 1992) на помолу је и заједничка (наднационална) *доктрина европског деликтног права* (H. Kötz⁹, Christian Bar), чија је позитивноправна основа у створеним парцијалним прописима (Смернице и Упутстава) Европског Парламента и Савета који се односе на уговорно и вануговорно деликтно право, посебно у области заштите потрошача¹⁰, осигурања имовине и лица, заштите животне средине.

Иако је идеја о заштити личности обуваћена правилима одштетноправне одговорности, *накнада материјалне и нематеријалне штете* су дуго били одвојено посматрани, због посебности, како због последица деликта тако и у погледу врсте штете, критеријума одмеравања накнаде, односно обештећења. Еволуција законодавства је показала да грађанскоправна инкриминација једнако и једнаковредно треба да штити како личност тако и имовину. Сама инкриминација, или начин предвиђања противправности¹¹, дакле треба да буде заједничка и за материјалну и за нематеријалну штету, ондосно да обухвата забрану проузроковања повреде како туђег имовинског, тако и личног (фзичког и психичког) интегритета, здравља, односно личних неимовинских права.¹² Посебно је спорна повреда туђег интереса који се налази на средини два појма, ондосно и једног и другог. По немачком и аустријском праву (ABGB, BGB) штета је сваки негативни уштрб који се може изразити у новцу.¹³ Но ипак је остало спорно да ли је

⁸ K. Zweigert- H.-J. Puttfarcken, Rechtsvergleichung, 1978., K. Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, *Rebels Zeitschrift für internationales Privatrecht*, 15 (1949/50), s. 5.

⁹ Hein Kötz, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981. str. 481.

¹⁰ EG Richtlinien über missbrauchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, 1993. Овај начелни пропис ЕУ забрањује у области потрошачких уговора одредбе којима се могу злоупотребити, заобићи законом гарантована права потрошача. В. нпр. Günter Weick, *Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik*, *Juristen Zeitung*, 9/2002, str. 443.

¹¹ Münzberg, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, str. 76; Nipperdey, *neue Juristische Wochenschrift*, 57, 1777. Разликује с објективан и субјективна противправност, на коју разлику је указао још Јеринг (Ihering). Повреде сагласне праву не доводе до одговорности (нпр. учињене у крајњој нужди), док субјективна противправност напротив, доводи до одговорности. (В. Jauernig, id dr., *BGB, Kommentar*, C.H. Beck, München, 1979, 1997, str. 863).

¹² По одредби §-а 1293 АОГЗ: „Штета је сваки губитак (уштрб), који се некеме проузрокује у његовој имовини, правима или личности. Од тога се има разликовати изгубљена добит коју би неко по редовном току ствари онсовано очекивао.“ По §-у 1294 АОГЗ (извори штете): „Штета настаје или из противправне радње или пропуштања другог; или на основу случаја. (В. *Kodex des Östererichischn Rechts, Bürgerliches Recht*, Wien, Orac, 1990, ABGB, str. 104.)

¹³ В. Dr. Helmut Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Dritte neubearbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 21. Littvaski, *Neuere Entwicklungen zum Schadensbegriff unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, Rechtstheorie*, 1984, s. 171. Mertens, *der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, 1967. (Заступа становиште о тзв. природној штети, тј. да је штета и онај уштрб, који се не може исказати у новчаној вредности). F. Mommsen, *Die Lehre von dem Interesse*, 1855. Helmut Koziol, *zum Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, *ZfRv*, 1969, str. 22. (Koziol заступа становиште о нормативном појму штете). Постоје различите новије теорије о штети, нпр. економско схватање које штетом сматра само онај губитак који се може исказати у умањењу имовине. (Helmut Koziol, *österreichisches Haftpflichtrecht*, I. Wien, Manz, 1997, str. 25). Наравно, разликују се примарна, непосредна штета,

могућ општи појам штете, тј. да ли појам штете обухвата поред имовинске и неимовинску штету. Другим речима, остало је спорно, да ли се штета може интегрисати у један јединствени појам, имајући у виду да неимовинска штета настаје повредом личности, личних права, моралног или телесног интегритета личности, а материјална штета је повреда, умањење туђе имовине. Проблем накнаде се код материјалне штете у принципу не поставља, основни циљ је повраћај нарушене имовинске равнотеже, а облици накнаде се испољавају у повраћају у пређашње стање путем тзв. натуралне накнаде (поправка ствари замена ствари), или новчане накнаде (мерене према тржишној вредности уништене или оштећене ствари у време доношења одлуке). При томе постоје разлике у законодавствима у погледу мере накнаде. Већина полази од принципа потпуности накнаде, што значи да накнада увек подразумева обавезу исплате и просте штете (*damnum emergens*) и изгубљену добит (*lucrum cessans*). Ипак има изузетака, одступања, као што је случај са важећим, у том погледу неизмењеним текстом Аустријског општег грађанског законика (OAGZ, 1811). У случају намерне кривице се примењује принцип потпуности накнаде, али у случају нехата штетника, оштећеник има право само на просту штету. Разлике у појединим грађанским законима се показују на плану неимовинске штете. Док се по једном методу неимовинска штета прописује на општи начин, у смислу повреде физичког или психичког интегритета, у виду физичког, психичког бола и страха, уз извесну операционализацију типичних или специфичних случајева, дотле други, избегавају опште одређење, наводећи само типичан круг случајева. Нпр. немачки BGB наводи повреду личности, телесног интегритета, и здравља.¹⁴ Иако су по свим законима данас признати облици новчане накнаде и извесни облици неновчане сатисфакције, заправо није једнак приступ према накнади неимовинске штете. Немачки BGB и теорија говоре о новчаној сатисфакцији, уместо накнаде штете, наглашавајући тим изразом сврху којој та накнада треба да служи. Новчана накнада дакле, у стварности и није накнада, већ сатисфакција, болнина на коју оштећени има право, уместо накнаде, која и најчешће није могућа, због стварне инкомпензацибилности највећег броја неимовинске штете. Француско схватање је ближе појму накнаде, јер је новац компензација за доммаге морал (моралну штету). То разликовање је од значаја за утврђивање висине новчане сатисфакције. Немачко схватање је ближе субјективном критеријуму, тј. томе да се накнада одмерава према значају који

последична штета или накнадно наступела штета из истог почетног узрока. (Koziol, *Haftpflichtrecht*, Wien, 1997, *op. cit.*, стр. 18.). Дискусија се води око тога да ли је рођење нежељеног детета правно штета у смислу да се мајци призна право на накнаду издржавања од произвођача мањкавих средстава за заштиту од трудноће. (Koziol, *Haftpflichtrecht*, Wien, 1997, *op. cit.*, стр. 29).

¹⁴ Према §-у 823. ст. 1. немачког BGB-а „ко намерно или из нехата противправно повреди нечији живот, тело, здравље, слободу, својну или слично право, дужан је другоме да тако прузроковану штету надокнади.“ По ст. 2 истог члана „ова обавеза настаје и за онога који повреди законе који штите друге циљеве.“ Видан је покушај, да се имовинска и неимовинска штета дефинише јединствено, али и диференцирано, путем врсте повређених добара, али у сваком случају путем јединствене обавезе накнаде, у виду новчане накнаде односно, новчане сатисфакције (B. Jauernig, *Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Bollkommer, BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, mit Erläuterungen*, C.H. Beck, München, 1979, 1997 стр. 822-823.).

повређено неимовинско добро има за оштећеног, по његовом схватању. Према француском схватању, новчана накнада за неимовинску штету се приближава објективном схватању: тј. утврђује се који је значај повређеног нематеријалног добра према општем мишљењу, односно процењено у међусобном поређењу значаја разних облика неимовинске штете. (Нпр., није исти значај увреде и умањења опште животне способности). Објективни критериј цењен кроз значај повређеног добра допуњава се и допунским критеријумима интензитета и трајања, посебно код физичког бола и страха.

Заједнички су и појмови *одговорности за своје и туђе радње*.¹⁵ Правило је да се одговара за сопствене радње. Али је било неопходно да се одговара, изузетно, за туђе радње, као што је одговорност родитеља и старатеља за радње деликтно апсолутно неспособне деце, или деликтно неспособних лица, одговорност васпитно образовних установа за деликтне радње деце док се налазе код њих на чувању и васпитању, одговорност предузећа за штете проузроковане радом радника или органа трећим лицима, одговорност државе или државних органа за штете проузроковане незаконитим радом или злоупотребом службене дужности, одговорност државе за неосновано лишење слободе неправилном судском пресудом, контрактуални пренос одговорности путем осигурања од одговорности.

Постоје и заједничка правила о подели одговорности према општим правилима и тзв *посебни случајеви одговорности* за штету (будући да код посебних случајева од факта зависи који ће се облик одговорности применити, да ли објективна или субјективна, контрактуална или деликтна). Бројни су посебни случајеви, као што су одговорност за штете у спорту, штете од дивљих и домаћих животиња, штете настале од грађевина рушењем или падом материјала, твз. штете и професионалних делатности, нпр. одговорност медицинских установа лекара и особља штете у поступку лечења болести, штете због повреде трговинских обичја, штете поводом гаранција за исправно функционисање техничких производа, уопште штете у области заштите потрошача, штете од терористичких аката, атомске штете, еколошке штете, и др. Карактеристике законодавства у области посебних случајева грађанске одговорности су у томе што се ове области по правилу регулишу регулисању посебним законима. Разлог је у томе, што се сматра да је овај домен у развоју, подрвгнут променама. Има и настојања, да се бар у основним елементима посебни случајеви одговорности инкорпоришу у грађански законик¹⁶.

¹⁵ В. нпр. § 1313 АОГЗ: Не одговара, у принципу за противправну радњу других онај који својом радњом није допринео, осим у законом одређеним случајевима. (Kodex des Bürgerlichen Rechtes, ABGB, Ogas, Wien, 1990. str.105.).

¹⁶ Нпр. у рекодификационим основима за Нови Мађарски Грађански законик, редакција од 2001(I), и 2002(II). године, Будимпешта, припремио академик prof. dr. Békás Lajos, претседник Комисије за рекодификацију МГЗ, основане одлуком Владе 1998. године. В. ближе и ауторов рад: József Szalma, *Rekodifikation des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1959 (begonnen im Jahre 1998)*, *Анали правног факултета у Будимпешти, са радовима на страним језицима – Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica, Tomus XLI-XLII, 200-2001, str.54-80*; као и у књизи: *Kodifikáció, Tanulmányok (kodifikacija, Studije)*, Szalma József, *A polgári jog kodifikációjának általános módszerei – О општим методима кодификације грађанског права*, *Правни факултет у Будимпешти, Budapest, ELTE ÁJK, 2002, str. 40-69.*

Однос имећу *контрактуалне и деликтне одговорности* је различито постављен у англосаксонском и континенталном праву.. По англосаксонском праву ове две области су у потпуности одвојене, остварују се по засебним правилима. За разлику од тога, у земљама континенталног европског права, контрактуална и деликтна одговорност нису строго одвојена, имају заједничка правила.¹⁷ Однос је решен тако, да се на контрактуалну одговорност примењују правила деликтног права, ако за уговорну одговорност није прописано што друго и специјално. Додуше, бројна су специјална правила преко којих се уговорна одговорност релативно ипак одваја. У материји уговорне одговорности противправност се испитује према обавезама предвиђеним у уговору. Осим тога, искристализовало се правило да уговорна одговорност наступа повредом уговорне обавезе, односно самим неизвршењем, неблаговременим извршењем или делимичним извршењем, ако је у уговору предвиђено целовито извршење, - и то независно од тога да ли је повредом уговора наступила нека штета на страни савесног уговорника.¹⁸ Уведено је и правило о апстрактној штети, о негативном и позитивном уговорном интересу, а пеналима, а дуго се примењује и правило о уговорној казни. У материји деликтне одговорности нема одговорности, ако није дошло до штете (осим код еколошких штета, тј. опасности од штете за неодређени круг лица путем земљишних, ваздушних или водних имисија). У материји контрактуалне одговорности се применује правило о *презумираној кривици*. Сматра се да онај који је повредио уговор, је уједно, и самим тим, и крив, сноси кривицу за штету која је настала након повреде уговора. У принципу, највећи број законодавстава (нпр. француско право) полази у материји деликтне одговорности од доказане кривице, при чему терет доказивања сноси оштећени, тужилац у праници ради накнаде штете. Има и закона (нпр. наш ЗОО) који и код материје деликтне одговорности презумирају кривицу: сматра се да онај који је својом радњом проузроковао штету, уједно и крив, с тим да се ова претпоставка може оборити. *Терет доказивања* о непостојању кривице сноси штетник. Контрактуално искључење или ограничење одговорности је карактеристично за уговорну одговорност, али се допушта и у материји деликтне одговорности, осим у случају телесног оштећења или оштећења здравља, или проузроковања смрти.¹⁹

¹⁷ Поводом првог Новог Нацрта MGZ (2002) посвећеног деликтног прва, који је израдио Prof. Dr. Lábady Tamás, професор Правног факултета у Печују, на међународном саветовању у Мишколцу одржаном у јулу 2003. године (уз истакнуте професоре са правних факултета из Будимпеште, Сегедина, Печуја, са учешћем новосадских професора цивилног права – проф. Др. Јожеф Салма, проф. Др. Душан Николић, проф. Др. Магдолна Сич, доц. Др. Раденка Цветић као и професора цивилног права из Словачке ПФ Кошице-Kassa) су истакнуте примедбе, и од стране домаћих аутора, да се у нацрту (нпр. prof. Dr. Bíró György, Prof. Dr. Miskolczy Bodnár Péter, Miskolc) строго одваја деликтна од контрактуалне одговорности, за разлику од важећег текста MGZ, који прихвата уобичајену примену правила деликтног права у случају да закон не пропише што друго за контрактуалну одговорност. У том смислу је важећи текст подржан.

¹⁸ B. Leontin-Jean Constantinesco, *Inexécution et faute contractuelles en droit comparé, droit Française, Allemand, Anglaise*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Libairie encyclopedique, Bruxelles, 1960.

¹⁹ В. ближе а конвергентним и дивергентним схватањима улоге кривице по појединим кодификацијама и у доктрини европских земаља, рад аутора, Szalma József, *Alanyi és tárgyi felelősség (Subjektívna i objektívna odgovornost)*, Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum

Кривица (Schuld, Vorwerfbarkeit, нем.; faute imputabilité, фр.) је у грађанском праву еволуирала. У почетку, током прве половине XIX. века у европској доктрини је схваћена на готово иднетичан начин као у кривичном праву, субјективно, као свестан однос учиниоца према деликтној радњи и последицама. Сагласно томе је настало и степеновање кривице на намеру и нехат²⁰, са различитим мерама одговорности по појединим степенима кривице²¹, тек се за намеру одговарало за целину штете. Тако, према АОГЗ-у, за намерну штету учинилац, деликвент, одговара по начелу о потпуној одговорности, тј. одговара и за просту штету и за изгубљену добит. У случају нехата, штетник одговара само за просту штету.²² У том праву се прихвата пенални, уместо реститутивног система, система потпуности накнаде, јер је степен кривице штетника меродаван за висину одмеравања накнаде. Закон пре брине о "казни учиниоца" коју одмерава према степену његове кривице – тако што онај "ко је више крив", одговара за већу штету, – него о обештећењу оштећеног. Принцип потпуности накнаде штет је прихваћен у Швајцарском Закону о облигацијама (OR, 1912). Он значи да штетник одговара за сву штету и онда ако је штета проузрокована немаром. Тај став се образлаже, тиме, да је деликтно приватно право установљено не за кажњавање штетника, већ за заштиту оштећеникове имовине и личности уз његово пуно право на потпуно обештећење. Законодавства (кодификација европских земаља) настала на прелазу између XIX. и XX века (напр. Швајцарски Закон о облигационим односима, 1911, немачки BGB, 1900) објективизирају кривицу.²³ Доктрина настала по њиховим правилима, сматра да

Budapestiensis de Rolando Eötvös Nominatae, tomus XXXVIII-XXXIX (ann.2001-2002), str. 21-67 – Анали Правног факултета у Будимпешти у којима се радови објављују на мађарском језику са резимеима на енглеском, француском и немачком језику, József Szalma, professeur à l'Université de Novi Sad, - Sur la responsabilité subjective et objective, - Aspects de la culpabilité avec un attention particulière à les dispositions réelles du Code civil hongrois et à leur recodification, ibid, str. 67.

²⁰ R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, en droit Française - civil, administratif, professionnel, procedural Paris, 1951, tom I., str. 211-225. Разликује се 1. кривица без намере (faute involontaire), 2. немар, површноост и незнање; заблуда (l'ignorance et l'erreur), 3. непажња (l'inattention), као и dolus, намера (op. cit., str. 216-220).

²¹ По §-у 1294. АОГЗ, друга реченица, „Противправно проузроковање штете може да настане намерно или ненамерно. Намерно проузроковање штете се дели на злу намеру, када је штетник штету проузроковао са свешћу и хтењем; или се штета може проузроковати пропуштањем –немаром, недостајањем дужне пажње. Оба случаја се називају кривицом.“ А по ст. 1. §-а 1995., свако је овлашћен да од другог тражи накнаду штете која је проузрокована кривицом штетника. Наканда штете се може тражити и у случају повреде уговорне обавезе, или независно од постојања уговра. По ст. 2. овог параграфа одштета се може тражити и у случају ако настане услед намерне повреде добрих обичаја. По §-у 1296. у случају сумње, вреди претпоставка да је штета проузрокована без кривице. (В. Kodex des Bürgerliches Rechtes, Orac, Wien, 1998, Bearb.: Franz Mohr, str.138.)

²² В. § 1324. АОГЗ, према коме: „In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens; ist der Beschädigte voller Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt.“ То јест.: Уколико је штета проузрокована злом намером или упадљивом непажњом, оштећени има право на потпуно обештећење, у осталим случајевима има само право на наканду просте штете. (В. Kodex des Bürgerliches Rechtes, Orac, Wien, 1998, Bearb.: Franz Mohr, str. 142.)

²³ В. нпр. Dr. Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 1980, str. 174. По швајцарском схватању објективизирање кривице се везује само за нехат. Суд овде теба да установи само

је кривица одступање од очекиваног понашања у датој ситуацији. Развили су се и стандарди кривице – пажња доброг домаћина у обичним свакодневним односима, пажња доброг привредника код трговачких односа, и пажња доброг стручњака код професионалних односа. Кривица се утврђује на основу поређења понашања у конкретном случају и ових правних стандарда, при чему одступање значи постојање кривице, независно од тога да ли је штетник хтео радњу и последицу или не. Кривица оштећеника или трећег лица утиче на поделу одговорности. У хипотези објективне дефиниције која не испитује субјективан однос учиниоца према делу и последицама, значај степеновања кривице се релативизира, јер се за штету одговара потуно (тј, и за стварну штету и за изгубљену добит) и поводом најмањег степена кривица за коју се у грађанском праву може неко позвати на одговорност, тј, и у случају нехата. У систему објективизираних кривице значај степеновања кривице се задржава у области регресних права (нпр код регресних парница осигуравајучих друштава вођених према штетнику који је саобраћајни удес изазвао намерно, крајњом непажњом или под утицајем алкохола или опојних средстава), као и код поделе одговорности, ако је по среди кривица самог оштећеног или трећег лица.

Сматра се да су заједничка правила и о условима искључења одговорности, односно противправности, као што су виша сила и случај, нужна одбрана, крајња нужда, само изузетно, допуштена самопомоћ.

Данашње важеће кодификације европских земаља признају, у области деликтне инкриминације (начина прописивања противправности) тзв. опште инкриминационо начело. Тиме се грађанскоправна деликтна инкриминација битно разликује од метода кривичноправне инкриминације, која је у упоредном праву, на основу примене начела нуллум цримен, увек специјална. Смисао заједничке формуле општег, грађанскоправног инкриминационог правила је у следећем: свако је дужан да се уздржи од понашања којим чини штету другоме. -У противном, штетник је дужан да накнади насталу штету. Приликом кодификације немачког BGB се одустало од идеје, да се попут кривичног законодавства, сваки деликт посебно пропише. Разлог за то је био у разлици између заштитних циљева. Установљено је да кривична инкриминација има за циљ заштиту општих интереса, за разлику о грађанског права, које штити приватне, индивидуалне интересе. Разлог опште инкриминације у домену грађанског деликтног права био је и у различитим санкцијама, које проистичу из разлике у заштитним циљевима. Кривично право повреду општих интереса санкционише лишењем слободе, задирањем у основна лична права. Тиме се изражава идеја о казни, о превенцији и преваспитању. Грађанскоправна санкција има за основни циљ да се успостави пређашње стање, пре свега у деликтом нарушеној имовинској равнотежи, односно путем пружања сатисфакције у случају деликта којим је повређен физички и психички интегритет личности, значи да компензира повреду индивидуалних, приватних интереса. Приоритет има натурална накнада, када је она могућа, али и право на избор чак

то, да је код штетника недостајала према ситуацији захтевана мера пажње, а не и субјективно хтење радње и последице. (Guhl, *ibid*, *op. cit.*, str.175).

иако је могућа натурална ретитуција, и то у виду новчане накнаде. Избор се тада препушта оштећеном.

Узрочност као услов одговорности се сматра такође институцијом заједничког права, која је изграђена у доктрини друге половине XIX. и током XX. века. За штету одговара онај чијом је радњом она проузрокована. Узрок се по теорији услова сматра свака радња или пропуст који је неопходан да наступи штета, али се правно сматра да се има узимати у обзир непосредан, ближи, адекватан или доминантан узрок. Узрок има и функцију услова одговорности (без њега нема одговорности) и указивања на одговорно лице.²⁴ У случају конкуренције или кумулације услова редукује се одговорност, од више конкурената за одговорност, на један од њих. Тада наима, у условима конкуренције више носилаца деликтне радње неће сваки од њих одговарати, већ само онај чија је радња доминантна. Применом теорије о кумулацији услова врши се подела одговорности између више носилаца радње од који је свака несумњиво допринела штети, а подела се врши сразмерно уделу у проузроковању или сразмерно кривници. Постоје и теоријски ставови по којима би се у случају више учесника у проузроковању требало применити генерална претоставка о пасивној солидарности, бар у примарној парници, а у секундарној парници, у регресном спору правило о подели одговорности између солидарног дужника који је у примарној парници обавезан на исплату штете и осталих солидарних садужника који у првој парници нису били тужени, сразмерно доприносу у проузроковању штете. Такво решење се предвиђа у рекодификационим начелима новог MGZ (I.-2001, II.-2002). У немачком праву почев од 90-их година се у области еколошких штета код проузроковања од стране више имитената не презумира солидарност, већ се полази и у примарној парници од подељене одговорности (имитент плаћа). Пренос ризика са потенцијалног штетника на осигураваача на основама добровољног осигурања се проширује већом понудом врсте осигурања од потенцијалних ризика. Тенденције ка свеопштем осигурању од свих потенцијалних ризика, које су исказане у делима André-a Tunc-a²⁵, познатог француског теоретичара, која су се појавила у седамдесетим годинама XX. века, нису прихваћене у унутрашњим правима европских земаља, али су утицале на учвршћивање постојећих домена, случајева обавезног осигурања, нарочито у саобраћају. Власници моторних возила на основу тога, се морају осигурати од одговорности за штете нанете трећим лицима у саобраћају од ризика смрти, телесног и здравственог оштећења, оштећења и губитка пртљага. Данас се у неким транзиционим земљама, услед пораста разних ризика од штета, насталих

²⁴ В. нпр. W. R. Prosser, *Kausalzusammenhang und Fahrlässigkeit*, Köln, 1958. В. Немачу и француску литературу, in: Szalma József, *Okozatosság és polgári jogi felelősség*, (Узрочност и грађанска деликтна одговорност, на крају књиге са резимеом на немачком језику), Универзитет у Мисколцу, Правни факултет, Фондација Новотни за развој цивилног права, 2000. г., као и стр.159-182 истог дела.

²⁵ В. Projet Tunc. A. Tunc, *Tort Law and moral Law*, Cambridge, 1972, str. 255; *ibid*, *Les recents développements des droits angalis et américain sur le relation de causalité entre la faute et le damage*, 1953, str.5; *ibid*, *The 20 h century development and funktion of the law of torts in France*,1965, s. 1090; *ibid*, *Accidents de la circulation: faut au risque?* – Paris,1982, s.103-105.

наглим развојем саобраћаја, и различитим опасним делатностима, које су запажене у западним земљама у седамдесетим годинама, - уводе нови домени обавезног осигурања од одговорности за поједина ризична занимања или делатности, ондосно занимања и професије које носе високе ризике у погледу могућности проузрокавања штете. Обавезом преноса одговорности на основу уговора о осигурању, у случајевима реализације ризика осигурања, тј. наступања осигураног случаја, уз плаћање одговарајуће премије заштићују се како интереси трећих лица, којима се омогућава лако и брзо обештећење, тако и самих носилаца ових професија.²⁶ Тако нпр., у Мађарској, прописима о адвокатури²⁷, о обављању здравствених услуга²⁸ прописима о јавном бележничтву,²⁹ прописима о самосталним судским извршитељима,³⁰ прописима о заступницима у области проналазаштва (1995:XXXII), о лицима која обављају послове пореске инспекције, послове давања савета из области пореских прописа (1997:LV.), и др., - је предвиђено обавезно осигурање од одговорности за штете настале приликом обављања ових професија, поводом појединих прописаних ризика од штета, својствених тим професијама.

Одговорност државе за штету незаконитим радом државних органа и злоупотребом власти проистиче из начела о равноправности свих субјеката пред цивилним законом, па и органа државне власти и најзад и саме државе, као и правила о општој забрани проузроковања штете другом.³¹ Сталешка држава није била подвргнута праву, у њој је судска власт била у рукама привилегисаног слоја грађана. Органи правосуђа и управе нису могли бити тужени за накнаду штете у случају злоупотребе права. Често су судили по дискреционом нахођењу и по грађанским и по кривичним деликтима. Прописи нису били прецизни у области деликата. И у времену тзв. диригованог социјализма, због схватња да је држава апсолутно суверена и непогрешива, и праведна, држава није могла бити тужена због деликата које су њени службени органи проузроковали. Шта више и сама држава је проузроковала деликте, укидајући приватну својину: одузимала је попут колективне казне, мерама национализације, без накнаде. Шта више, чинила је колективне одмазде према грађанима, "казном" лишења живота преко "преких судова", или без њих, без икакве гаранције правосудног пута, права на одбрану и пристојно суђење. (Тога је било и у тзв. II. Југославији, на почеци њеног стварања). Нота бене, у бив. Југославији је доношењем ЗОО и ЗКП допуштена тужба ради

²⁶ В. нпр. Ujváriné Antal Edit, Felelősségtan (Теорија о проузроковању штете), Novotni Kiadó, Miskolc, 2002., str. 37.

²⁷ В. §. 10. ст. 1. XI. Закона Мађарске о адвокатури од 1998. године. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban (Заштита оштећеног у области осигурања од одговорности), diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, str 92-95.

²⁸ В. § 108 Закона о здравственој заштити бр. CLIV. DR. Мађарске. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban, diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, str.90.

²⁹ § 10 XLII. Закона Мађарске о јавном бележничтву од 1991. године. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban, diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, str.96.

³⁰ В. § 236. ст. 1. LIII. Закона Мађарске о принудном судском извршењу. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban, diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, str.100-102.

³¹ Упор.: R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, en droit Française – civil, administratif, professionnel, procedural, Paris, 1951, том I- Responsabilité des personnes publiques pour abus de droit, str. 277. таč. 218.

накнаде штете у случају неосноване осуде, али ти прописи нису имали ретроактивно важење, важили су само за случајеве који су настали после ступања на снагу тих закона. Према правилу француског устава, својина не застарева. Сваки прекид својинског континуитета актима национализације ради остваривања законом дефинисаних општих интереса, мора бити пропраћен потпуним обештећењем власника. Са становишта цивилног друштва, акти национализације, секвестрација и сл. имају карактер деликта (нецивилне) државе према правилима претходне (civilne) државе о гаранцији својинског континуитета, пошто је у нецивилној држави дошло до одузимања својине, без накнаде. Из незастаривости својине проистиче и морална обавеза реформских земаља у правцу обештећења сукцесора раније насилно прекинуте својине. Отуда су реформске земље, уз продајну приватизацију тзв. новоствореног друштвеног капитала (тј. у погледу ненационализоване имовине), примењивале и прописе донете у циљу потпуног или делимичног обештећења, ранијих власника национализоване имовине. То је била гаранциона залога у погледу исправљања прекида својинског континуитета, и да ће се на тај начин створити поверење, да законито стечена својина, гарантована у новим реформским уставима, бити не само пука обећања, са поновном претњом национализације без накнаде. Тешкоће нису мале, али постоје методе којима се уз најмање оптерећење садашњих генерација исправи неправда у мери у којој је то уопште могуће.

Да ли одговорност државе за штету ограничава "суверенитет" државе? По цивилистичком схватању, односно по схватању о подвргнутости администрације (државних органа) општим правним прописима, - не. Основни услов правности државе, јесте, да је држава због грађана, а не орбнито, грађани због државе. Отуда, ако држава гарантује лични и имовински интегритет, што је нужно за постизавање особине правности државе, држава не може да буде неодговорна за њене органе, који несавесним поступањем, путем злоупотребе власти или неким противзаконитим понашањем, дакле неосновано повреди личне слободе и права, телесни или имовински интегритет грађана. То значи, да су и држава и државни органи подвргнути праву, и не смеју да проурокују на противправан начин штету грађанима. Ако је до тога дошло, држава одговара за насталу штету. У грађанскоправним односима дакле држава није носилац суверенитета, не може се *excipiat*, лиштити одговорности, позивањем на суверенитет, од одговорности за штету коју је њен орган грађанину проузроковао на противправан начин. Не може управо из разлога, што је донела одговарајуће грађанскоправне кодексе и законе, у којима гарантује равноправност и законитост, и који везују и органе државне власти, односно државу.

Хармонизација немачког БГБ-а у области уговорне и вануговорне одговорности за повреду права потрошача предвиђањем контроле садржаја уговора у погледу клаузула о злоупотреби права потрошача. Под утицајем европских смерница, немачки ВГВ је темељно измењен. Измене су ступиле на снагу 1. јануара 2002. године. Измене се односе на бројне одредбе, а у области вануговорне и уговорне одговорности су значајне одредбе којима се продужавају рокови застарелости потраживања из повреде потрошачких уговора. Европска

смерница о заштити потрошача из 1993. године, забрањује клаузуле којима се злоупотребљавају права потрошача. У изменама се предвиђа могућност судске контроле садржаја оних потрошачких уговора који су једнострано формулисани, посебно општих услова пословања, од стране предузетника, који се тичу допуне §-а 305. BGB. Коментари измена критикују измене, јер није јасно, да ли се контрола садржаја уговора у погледу клаузула о злоупотреби права потрошача односи и на садржај уговора, изван општих услова пословања.³²

III Закључне напомене

Деликтно право је једна од области грађанског права чији су институти (услови, основи, врсте одговорности), регулисани традиционалним грађанским законима (Code civil, немачки BGB, аустријски AOGZ, швајцарски OR). Претежно су институти деликтног права ових законика конвергентни, на основу рецепције, на основу интерпретације доктрине и еволуције суске праксе. Међутим, у појединостима постоје и разлике (нпр. различити рокови застарелости потраживања из деликта, схватање о улози степена кривице у одмеравању висине штете, и др.).

Стварањем заједничког тржишта, нарочито после Maastrichtskog споразума о формирању ЕУ(1992), који предвиђа слободан промет капитала, робе и рада, поставило се питање не само заједничких начела уговорног права, која су већ формулисана у форми модела-закона за грађанско и трговачко уговорно право UNIDROIT-а, као и Projekat Ole-a Lando-а, већ и правила, начела уговорне и вануговорне (деликтне) одговорности. Ствара се европска доктрина о деликтном праву, чија је позитивноправна основа у смерницама ЕУ које се за сада односе на поједине области уговорне и вануговорне одговорности. Постоје и иницијативе за кодификацију (начела) деликтног права на нивоу Европе, или за кодификацију деликтног права унутар целовитог кодекса европског грађанског права. Правила колизионог права не решавају сва питања која се постављају у домену деликтног права у новим условима ЕУ-а. Настају смернице уније, које налажу хармонизацију и у овој области, па се у мери у којој је дошло до хармонизације, уједно сужава домен примене унутрашњих колизионих правила међународног приватног права. Мења се улога упоредног грађанског права у домену утврђивања конвергенција и дивергенција права и у погледу превазилажења разлика. Међутим, националне кодификације које регулишу институте деликтне одговорности у појединостима (у домена који се не тичу заједничког права –*aquis communautaire*), остаје недирнуте.

³² B. Prof. Dr. Günter Weick, Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik, Juristen Zeitung, Nr. 9/2002, str.443-444. Аутор упућује критике према појединим формулацијама измена, истичући не толико конзистентност, колико и некономичност норми, у смислу njihove претеране бројности, али не ретко на уштрб прецизности.

Под утицајем европских смерница, нарочито на плану заштите потрошача, долази до хармонизације одредаба појединих Грађанских законика (немачки BGB са изменама које су ступиле на снагу 1. јануара 2002. године). Измене се у области контрактуалне одговорности појављују на плану судске контроле садржаја уговора – дела који је једнострано формулисан од стране предузетника, а нарочито општих услова пословања, односно контроле клаузула које имају за циљ злоупотребу, одн. заобилажење права потрошача.

*Jozef Salma, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Reforms, Harmonization and Recodification of Civil Codes in Matters of Torts

Abstract

The author analyzes major tendencies of development in European and domestic law of torts, finding a considerable level of convergence between some of its basic institutes (conditions, grounds, types of liability) as they are formulated in Civil Codes of 19th and 20th century (French Civil Code of 1804, German BGB of 1896, Austrian AOGZ of 1811 and Swiss OR of 1912), which is the result of reception, doctrine and caselaw. (E.g. different statutes of limitations, degree of fault as factor for determining compensation, etc.).

After the common market had been created, especially after the Maastricht Treaty (1992) which stipulates freedoms of free circulation of capital, goods and labour, few questions of contract law became relevant: not only principles of contract law already formulated in the Model Law for civil and commercial law of the UNIDROIT, as a project of Ole Lando, but also rules on contractual and delictual liability. There is the emergence of new European doctrine on torts which is based on EU directives relevant for certain areas of contractual and delictual liability. There are also initiatives for codification of (principles) of law of torts on European level, or to have codification of the law of torts within the comprehensive code of European civil law. Rules on conflicts of laws and jurisdictions cannot cover all issues of civil liability within EU as such. There are EU directives which direct harmonization in this area of law which proportionally reduce domain for the application of the conflicts of laws rules. Comparative civil law becomes relevant for determining the level of convergence and divergence of different legal systems. However, national codifications, which regulate certain rules of law of torts, changed only to the extent in areas which belong to *aquis communautaire*.

EU directives, especially in the area of consumers protection, led to the harmonization of a few civil codes (German BGB with amendment which came into force on 1 January 2002). Rules on contractual liability were amended in order to increase power of courts to interfere with contracts which are unilaterally formulated by employers, when they may result in the abuse or circumvention of consumers' rights.