

Доц. др Срђан Радуловић

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

ПРОБЛЕМ ДВОСТРУКОГ ПАРАДОКСА ВАЖЕЋЕГ ОДШТЕТНОГ ПРАВА

Правни односи – изузетак у том смислу нису ни односи који су регулисани правилима одштетног права – настају, мењају се и престају онда када су се у свакодневном животу оствариле одређене правне чињенице. С обзиром на њихово конститутивно дејство, пажњу теорије права посебно привлаче оне чињенице које се називају условима одговорности за проузроковану штету. Пажљивом анализом противправности као једног од услова одговорности за штету (која је као извор права и сама парадоксална) може се уочити постојање два особена, међусобно врло тесно повезана правна парадокса.

С једне стране, наиме, противправност у оквиру одштетног права уједно је и шири и ужи појам од појма противправности у општем смислу. С друге стране, „вршење субјективног права“, посматрано кроз призму забране злоупотребе субјективних права, може бити и разлог искључења противправности, следствено и одговорности за штету, али и један од услова одговорности. Заинтригирани овим парадоксима засебно, али и њиховом међусобном повезаношћу, у раду представљамо резултате самосталног теоријско-емпиријског истраживања које има циљ да подстакне дискусију у погледу питања која су у настојањима да се оконча процес доношења грађанске кодификације у Републици Србији остала по страни.

Кључне речи: Штета; Противправност; Услови одговорности за штету; Искључење противправности; Злоупотреба права; Конституенси злоупотребе права.

1. УВОД

У ред питања о којима се, чини нам се, недовољно дискутује у савременој теорији облигационог права спада и питање услова од-

говорности за штету. Конкретније, остала су спорна, самим тим и отворена за дискусију и данас, питања везана за број услова (нарочито у зависности од конкретног основа одговорности), слојевиту правну природу чињеница од којих зависи заснивање или изостанак одговорности, затим и она питања која су непосредно везана за класификацију услова. Ова – ништа мање и друга питања која за сада остају по страни – занимљиво је, спадају у ред елементарних када говоримо о одштетном праву. Ако их формулишемо као елементарна, то би даље, требало да значи да о овим питањима, њиховој исправној формулацији, али и одговорима постоји минимум консензуса, те да одговори на ова питања заиста формирају општу поставку на нивоу аксиома.¹

Из те перспективе може да изненади то да управо око ових питања и даље нема пуног консензуса, те да дискусија изостаје као да су сва питања у потпуности разрешена. Ово тим пре изненађује јер наука облигационог права, рећи ћемо то у маниру Томаса Куна, није ушла нити у фазу кризе, нити у фазу револуције.

Додуше, сасвим објективан разлог због којег дискусија изостаје може се наћи у томе што се највећи део спорних питања која смо поменули решава, да тако кажемо, на позитивноправном нивоу. И заиста, из те рећи ћемо нормативне перспективе, изузетно је необично да консензус може да изостане, без обзира на теоријскоправна неслагања, али и без обзира на непостојање општег дела грађанског законика у Републици Србији који би већину тих неслагања разрешио *макар формирањем парадигматског оквира* [нагласио С. Р.].

Наиме, правне норме које посматрамо – мислимо на норме које чине грану одштетног права – тим пре јер су оне по свом карактеру најчешће императивне – морале би да понуде потпуне одговоре на постављена питања.² Идеално би било да те одговоре понуде непосредно. Ипак, сматрамо, сасвим прихватљиво било би да се до одговора може доћи макар посредно, то јест с ослонцем на оне опште, али и неке специјалне технике тумачења права.

¹ На темељу овако формираних поставки, дедукцијом то јест дедуктивним методама, као најпоузданијим, могу се извући конкретни ставови – најпоузданији, јер су дедуктивно формиран ставови, логичким жаргоном речено, у истим ситуацијама увек тачни.

² Недостатак грађанског законика у Републици Србији, не само дела који регулише одговорност за штету, већ и општег дела законика, у највећој мери, успешно је превазиђен кроз одредбе Закона о облигационим односима – ЗОО РС, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

2. ПРВИ ПАРАДОКС

Управо на терену посредних закључака, изведених кроз употребу техника тумачења позитивног права, наилазимо на бројне могуће интерпретације дела одштетног права који је посвећен оним чињеницама које доводе до заснивања или изостанка одговорности за насталу штету. Посматрајући у том контексту постојеће ставове, затим и могућа тумачења правних норми, једно питање нам се учинило посебно занимљивим из перспективе овог рада – питање броја услова одговорности.

2.1. Поставка проблема

Да би правни однос између оштећеног и штетника, то јест одговорног лица, настао уопште – неопходно је да постоји нормативни оквир која за одређене чињенице из свакодневног живота везује конститутивно облигационоправно дејство. Правно-технички термин који се користи за означавање укупности поменутих чињеница јесте „услови одговорности за штету“.

Нашу пажњу нарочито је привукло питање броја услова одговорности за насталу штету. Наиме, готово да није спорно да се у ред услова одговорности за насталу штету убрајају, најпре, постојање штете као последице,³ затим и постојање везе узрочно-последичног карактера између настале штете и радње одређеног лица. И поред отворених питања, како око одређења појма штете, тако и око опредељења теорије узрочности, сматрамо како у правној теорији, али и у судској пракси нема недоумица око тога да се испуњење ова два услова захтева у сваком конкретном случају, то јест да ова два услова спадају ред сталних, односно обавезних услова одговорности за штету.⁴⁵

Такође, висок степен консензуса постоји и око тога да је кривица један од услова одговорности. Ипак, за разлику од претходна два услова, постојање кривице као чињенице захтева се изричито само у оним ситуацијама када је и основ одговорности кривица. Ово из разлога што кривица није релевантан елеменат, без обзира на то да ли стварно постоји и који је њен степен, у оним случајевима када

³ Слично је и у *Common Law* системима, с тим што ваља водити рачуна о употреби израза *Tort* и *Wrong* будући да они нису синоними. Упор. J. Salmond, *Law of Torts, a treatise on the English Law of Liability for Civil Injuries*, London 1907, 7, фн. 4.

⁴ Вид. Ј. Радишић, *Облигационо право – општи део*, Београд 2004, 196.

⁵ Исправност овог става, сматрамо, није компромитована ни у оним случајевима када се узрочност претпоставља, јер пребацивање терета доказивања са оштећеног на штетника не мења ништа у томе да се постојање адекватне узрочне везе захтева.

се одговорност заснива на „створеном, одржаваном и/или контролисаном ризику“. Исто важи и у оним, не тако честим у пракси, али правно-политички веома значајним ситуацијама када је основ одговорности „правичност“. Будући да се у побројаним случајевима неће утврђивати остварење неког стандарда понашања, као ни постојање комбинације интелектуалног и вољног елемента на страни учиниоца штете, она се може означити повременим или евентуалним условом одговорности.⁶

Међутим, једно питање, никада до краја расправљено, јесте и да ли је, те уколико јесте, противправност један од услова одговорности за штету са становишта позитивног права. Мада свестан потенцијално врло различитих интерпретација норми које ову материју регулишу, аутор чврсто стоји најпре на ставу да противправност јесте услов одговорности за штету и то независно од основа одговорности, а затим и на ставу да је захтев за противправношћу недвосмислено исказан у позитивном одштетном праву (намерно не кажемо изричито).

Аругментацију става да је захтев за противправношћу исказан (макар посредно) налазимо раштркану унутар ЗОО РС, иако се у двоумљу између романског и германског односа према овом захтеву законодавац, чини се очигледно, определио за романску концепцију.⁷ Њих налазимо, најпре, у оквиру чињеница које чине да, у случају остварености неке од њих, једно иначе недозвољено понашање, али само у том у конкретном случају, дакле не и апстрактно, постане допуштено.⁸ Ове чињенице, иако их законодавац не именује на овај начин, заиста представљају разлоге који искључују, то јест елиминишу противправност. Сасвим исправно препозната потреба за нормирањем ових чињеница, указује недвосмислено на то да се захтев за противправношћу заправо подразумева и то чак као природан елемент одговорности.

Исто се може закључити и из опредељења законодавца да у ред основних начела уведе институт забране злоупотребе субјективних права.⁹ Наиме, правило којим се као недопуштено означава понашање које је, мада формалноправно исправно, у супротности са вишим принципима које правни поредак претендује да заштити, игра

⁶ *Ibid.* Међутим, нисмо сасвим сигурни у то да се кривица, мада је то могуће учинити аргументовано, и треба означити повременим условом одговорности. Могуће је, наиме, рећи и да је она сталан услов одговорности, будући да се њено постојање захтева увек када основ одговорности није реализација створеног, одржаваног и контролисаног ризика или потреба за остваривањем идеала правичности.

⁷ Вид. З. Стипковић, *Противправност као претпоставка одговорности за штету*, докторска дисертација, Загреб 1988, 33–41.

⁸ Вид. ЗОО РС, члан 161–163.

⁹ Вид. ЗОО РС, члан 13.

многоструку улогу у правном поретку. Међутим, посматрано из перспективе одштетног права, овај правни институт служи као коректив *потенцијалне несавршености законодавчеве интерпретације противправности* [нагласио С. Р.].

Као корективни институт, забрана злоупотребе субјективних права из перспективе одштетног права нема готово никаквог самосталног значења. Увођење ове забране има смисла само онда када се противправност као услов одговорности изрчито предвиди законом или барем подразумева као природни елемент одговорности. Тек када смо дефинисали која су понашања противна праву, има смисла рећи да су недопуштена и нека понашања, иако су она формалноправно сасвим исправна, само због њихове циљне несавршености.¹⁰

Законодавац, с друге стране, каже да је свако дужан да се уздржи оног понашања којим се штета може проузроковати.¹¹ Додаје након тога и то да је, за случај да једно лице штету проузрокује другоме, оно штету дужно и да надокнади.¹² Прво и друго правило односе се, делује сасвим јасно, као диспозиција и као санкција. Примарно правило о уздржавању од проузроковања штете је императивног карактера и њиме законодавац поставља захтев чије остварење гарантује секундарним правилом. Све и да секундарно правило о обавези надокнаде проузроковане штете не сматрамо санкцијом у правом смислу те речи,¹³ мада аутор никако не одриче карактер санкције овом правилу, стоји да секундарно правило у контексту примарног има смисла само уколико су она јасно повезана оним што теорија права назива претпоставком санкције. Шта би онда у нашем случају била претпоставка санкције?

Претпоставка санкције била би формулисана као понашања која су, не у својој суштини, већ у последици супротни примарном правилу. Прецизније, претпоставка санкције била би исказана у виду понашања које за последицу има штету која је правно релевантна. Аутор је склон да се у овом тренутку запита: шта би претпоставка санкције овако формулисана била него противправност и то баш као услов одговорности за штету у најужем смислу те речи?

¹⁰ Вид. С. Радловић, *Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос*, докторска дисертација, Косовска Митровица 2015, 85–86.

¹¹ Вид. ЗОО РС, члан 16.

¹² Вид. ЗОО РС, члан 154, став 1.

¹³ О Аквиллијевом закону и разлозима због којих аутори сматрају да је доношењем овог закона надокнада штете изгубила казнену природу вид. Д. Николић, *Појам грађанскоправне санкције*, докторска дисертација, Београд 1994, 102 и даље; С. Цигој, „Грађанска одговорност“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, т. 1, Београд 1978, 400.

Међутим, управо правило које допуњује примарно и секундарно, и повезује их, а које ми сматрамо захтевом за противправношћу, ма колико се логичним чинило, функционише битно другачије у односу на појаве које су означене истим називом, а које се срећу у другим гранама права. Управу на терену одабране терминологије долазимо у контакт са првом ситуацијом коју смо означили као парадокс, а која је продукт разлике која настаје на релацији општег као свеобухватног и специфичности посебног.

Појам противправности, без обзира на то да ли га дефинишемо у општем или посебном смислу – тешко нам је и замислити логичку заснованост другачијег приступа – може се спознати само кроз одређење појма којем представља антипод, а то је правност. Каже се да је правност хипотетичка особина права која нам омогућава да скуп правила која смо означили правом диференцирамо као особена у укупности друштвених норми.¹⁴ Овај спецификум, заправо, представља захтев у најужем смислу те речи од стране државне власти упућен свим субјектима потчињеним тој власти да се заједнички живот одвија уз поштовање правних норми, конкретније диспозиција, уз претњу секундарним правилом у виду санкције за случај непоштовања примарног правила, а чија је примена „загарантована“ физичком принудом над којом управо држава има монопол.

Противправност, произлази из тога, представља поступање, које се јавља у облику позитивне радње или пропуштања, а које је супротно захтеву израженом у диспозицији правне норме: Другим речима, она подразумева стање супротно оном које је кроз диспозицију правне норме пројектовано, те својеврсни суд вредности кроз који ће се процењивати прихватљивост различитих модела понашања.¹⁵

На основу општег одређења појма противправности, појам противправности у грађанском праву би морао бити интерпретиран као ужи. И заиста, уколико противправност у општем смислу представља кршење било које норме правног карактера, противправност на терену грађанског права требало би да буде сведена на кршење тачно одређене групе правних норми. Односно, противправност у ужем смислу требало би да буде круг унутар круга који описује противправност у општем смислу.¹⁶

¹⁴ Вид. Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци, Нови Сад 1992, 141.

¹⁵ Ј. Радишић, „Противправност као засебан услов грађанске одговорности“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-4/2001, 547. Упор. Ј. Радишић, (2004), 220 и даље.

Такође упор. Е. Olšar, *Studie o protivpravnosti (se zvláštím zretelem k pravu trestnímu)*, Прага 1940, 8–9; Ђ. Сибиновић, *Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправда*, Београд 2006, 11 и даље; З. Стипковић, (1988), 34; С. Цигој, *Одшкодинско право*, Љубљана 1960, 34.

¹⁶ Вид. С. Радловић, (2015), 35–40.

Међутим, будући да се противправност у грађанском праву односи на кршење норми које за циљ имају спречавање настанка штете, произлази да се она односи на кршење, не само правних норми, већ и оних норми попут обичајних, сталешких, спортских и других норми које за циљ имају спречавање настанка штете.¹⁷ Будући да ове норме нису правне у најужем то јест претходно опредељеном смислу те речи, чини се да круг на који се односи грађанскоправни појам противправности није круг унутар круга који опредељује општи појам противправности.¹⁸ Ово као да указује да је противправност у грађанском смислу, с једне стране ужи, а с друге стране шири појам у односу на противправност уопште, што само по себи представља парадокс.

2.2. Могућа интерпретација

Ни у оквиру друштвених наука, ма колико предмет њиховог проучавања био специфичан, па и апстрактан, поготово у односу на предмет природних наука, није уобичајено да се једна појава у односу на другу односи истовремено и као њен део и као њен заједнички именилац. Стога, на први поглед прихватљивим одговором – да се противправност у општем и противправност у грађанскоправном смислу односе као два круга која се секу, у овом тренутку тешко да можемо бити задовољни.

Нама се пре чини да је поставка проблема погрешна. Наиме, могуће решење је да је општи појам противправности погрешно одређен, то јест да је сувише уско постављен. Другим речима, уколико пођемо од тога да се он не односи нужно на кршење правних норми у најужем смислу, већ свих норми којима држава, стајући иза њих монополом физичке принуде, даје карактер правне, могли бисмо да круг општег појма противправности проширимо довољно да обухвати и круг противправности у грађанском праву.

Друго могуће тумачење, затим и разрешење постављеног проблема, налазимо у томе да је општи појам противправности сасвим коректно опредељен, али да је појам противправности у грађанском праву погрешно постављен. Тако, уместо схватања по којем је појам противправности у грађанскоправном смислу израз који означава кршење свих норми које за циљ имају спречавање настанка штете, па чак и оних норми које су неправног карактера, може се једноставније рећи да се он односи на кршење само једне норме – генералне норме којом се забрањује проузроковање штете другоме. Другим речима, може се за противправне узети свако понашање и/или последица која је супротна основном начелу ЗОО РС.

¹⁷ Вид. Ј. Радишић, (2004), 220–223.

¹⁸ Детаљније вид. С. Радуловић, (2015), 35–40.

Оба тумачења конкуришу као исправна. Прво је прихватљиво због тога што право, данас је то модерном правнику јасно, није прост скуп правних норми, већ много више од тога, чак и онда када је питање формалних извора права опредељено најуже могуће. Друго решење је, међутим, прихватљиво зато што је понуђеним опредељењем противправности у грађанском праву омогућено да се у трагању за противправношћу не излази ван граница права свођењем овог појма на неисправност, тим пре јер кршење одређених правила неправног карактера која за циљ имају спречавање настанка штете суштински и није питање противправности, већ узрочности [нагласио С. Р.].

Управо због опасности претераног ширења појма права, па самим тим и општег појма противправности, иако још једном напомињемо како стојимо на становишту да право није прост збир правних норми, склонији смо другом решењу. Ово решење парадокса, појам противправности у грађанском праву сужава, односно уводи га у опсег круга који описује општи појам противправности, без компромитовања основних поставки гране права којој институт припада.

3. ДРУГИ ПАРАДОКС

Правни институт забране злоупотребе субјективних права, упркос оштрој критици „еволуционистичке правне школе“,¹⁹ постао је и опстаје као део позитивноправног поретка,²⁰ иако од стране правне теорије, па чак и од судске праксе из које је потекао,²¹ никада није у потпуности прихваћен. Овај правни институт се ретко, или барем не довољно често, посматра као институт одштетног права, што не изненађује ако имамо у виду његову omnipotentност, која је тим пре изражена ако имамо у виду недостатак општег дела грађанског законика о којој смо говорили. Међутим, у оним случајевима када се он посматра у контексту одштетног права, а нарочито када се одштетно право посматра кроз призму овог правног института као правног стандарда којим се врши оптимизација законског текста,²² можемо доћи до врло занимљивих сазнања. Будући да се у пројекцијама будућег грађанског права не одустаје од сасвим јасно изражене намере да овај

¹⁹ Вид. Ж. Перић, „Један поглед на еволуционистичку правну школу“, *Гласник краљевске српске академије* 74/1908, 142 и даље.

²⁰ Вид. ЗОО РС, члан 13.

²¹ Вид. V. Bolgar, “Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in legal Doctrine“, *Louisiana Law Review: Special Issue*, 35, 5/1975, 1015–1030; В. В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд 1997, 48–55; J. Kueto-Rua, “Abuse of Rights“, *Louisiana Law Review: Special Issue*, 35, 5/1975, 965–966.

²² Вид. М. Марковић, „Генералне клаузуле (фрагментарна скица за студију о правном стандарду)“, *Зборник радова правно-економског факултета у Нишу* 7/1968, 12.

правни институт остане његов део,²³ научно посматрано, али и друштвено, сасвим је оправдано указати на парадокс који у одштетном праву у вези с овим институтом настаје међу условима одговорности за штету.

3.1. Поставка проблема

Уколико прихватимо претходно изнет став да је захтев за противправношћу, било посредно или непосредно, истакнут од стране законодавца с циљем заснивања одговорности за штету, категорија чињеница која је означена као разлози искључења противправности, особито је занимљива. Наиме, ако за сада по страни оставимо, по нашем мишљењу, спорно питање да ли је та листа „затворена“, међу чињеницама које доводе до тога да једна, апстрактно посматрано недопуштена радња, следствено томе и последица те радње, постану допуштене у конкретном случају, спада и тзв. вршење свог права.

Наиме, према правилу *qui iure suo utitur neminem laedit*, титулар одређеног субјективног права слободан је, макар у начелу, да то своје право или конкретно овлашћење врши ради задовољења својих признатих интереса, чини се и по цену повреде туђих правних добара или на праву заснованих интереса. Другим речима, ако би једно лице вршењем свог права штету (у најужем смислу те речи) проузроковало, за ту штету не би одговарало уз једноставно образложење – титулар права није радио нешто што је недопуштено већ, напротив, нешто на шта је изричито био овлашћен. Штета, иако и даље непожељна последица, губи правни значај уколико титулар права успешно истакне приговор вршења сопственог права одштетном захтеву титулара оштећеног добра.

Ова идеја, мада добрим делом архаична, провејава и позитивним правом Републике Србије кроз институт забране злоупотребе субјективних права. И у нашем позитивном праву, наиме, важи начелно правило да за штету неће одговарати онај ко је исту проузроковао вршећи своје субјективно право. Но, да би вршење свог права постало „извињавајућа“ околност, то јест да би овај приговор био искоришћен успешно, неопходно је да друга страна, то јест оштећени, не успе у покушају да докаже како вршење субјективног права није имало одређени квалитет у конкретном случају. Другим речима, вршење права биће околност која искључује противправност, самим тим и одговорност за насталу штету, само онда када је једно лице вршило своје право тако да тиме не компромитује циљ који је конкретним овлашћењем пројектован.

²³ Вид. члан 12 Преднацрт грађанског законика Републике Србије (28. 05. 2019).

Упор. Грађански законик Републике Србије – радни текст припремљен за јавну расправу с алтернативним предлозима (29. 05. 2015), чл. 20.

С једне стране, дакле, вршење субјективног права, истина само под одређеним условима, у стању је да учини да одговорност за настану штету изостане. С друге стране, исти правни институт који промовише вршење права као основ за ослобођење од одговорности у стању је да фигурира управо као један од услова одговорности.

Наиме, законодавац обавезу да се надокнади штета условљава противправношћу. Међутим, свој захтев (увођењем забране злоупотребе субјективних права у облику који пропагира тзв. спољашња теорија злоупотребе)²⁴ коригује утолико што судији омогућава да санкционише и лице које се понашало у складу с овлашћењима која су му кроз субјективно право поверена, уколико је своје право вршило не асоцијалан, несолидаран, неморалан или на други начин који не доприноси остваривању циља права.²⁵ Пренесено на терен одштетног права, уколико је вршењем свог права титулар компромитовао циљ због којег је право признато, а као последица тога настала, не нека друга неугодност која је правно релевантна, већ штета у најужем смислу те речи, титулар права биће обавезан судском одлуком да насталу штету надокнади у складу с важећим принципима надокнаде штете.

3.2. Могућа интерпретација

Из претходног дела могли смо закључити следеће: институт забране злоупотребе субјективних права, онако како је формулисан у ЗОО РС, омогућава судији, с једне стране, да уважи приговор вршења сопственог права и за допуштено у конкретном случају огласи одређено понашање које је начелно недопуштено, али и да, с друге стране, у неком другом случају, лице које је штету нанело вршећи своје право обавезе да штету надокнади, иако оно није радило ништа што је противно праву. Други парадокс одштетног права, о којем у раду говоримо, налазимо у томе што исти правни институт фигурише, у зависности од случаја, и као услов одговорности и као чињеница која елиминише један од услова одговорности, самим тим и одговорност за настану штету. Но, како се тај парадокс и његов опстанак образлажу?

Уколико по страни за сада оставимо то што оваква поставка баца ново светло на противправност као „сталан“ услов одговорности, затим и облик

²⁴ Вид: А. Алишани, „Начело забране злоупотребе права“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини* 1996, 48 и даље; В. В. Водинелић, (1997), 195 и даље.

²⁵ Упор. М. Константиновић, „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982, 269; М. Марковић, „Злоупотреба права“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, т. 3, Београд 1978, 1008 и даље; Н. Перић, *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство*, докторска дисертација, Београд 1912, 13 и даље.

у којем је евентуално усвојена,²⁶ одговор на ово питање можемо пронаћи у квалитету вршења права. Да ли ће вршење одређеног субјективног права, уколико је из њега произашла штета као последица, у конкретном случају бити извињавајућа околност или управо разлог због којег се одговара, зависи од тога да ли начин на који је вршено право доприноси остваривању законодавчвих пројекција изражених кроз правну норму.

Законодавац, заиста, претендује да правном нормом и субјективним правом које из ње произлази створи простор за остваривање и заштиту признатих интереса одређених категорија лица. Међутим, законодавац увек, чак и кад то није непосредно изражено, нормом пројектује идеје и принципе које кроз ту норму жели да заштити, а да би у томе успео, неопходно је да управо субјективно право које из норме проистиче ограничи.²⁷ Свакако, идеја је сасвим оправдана, но проблем је у томе што из читавог низа разлога законодавчева пројекција може бити несавршена и недовољно јасна титулару права, али и адресату норме.²⁸

С циљем превазилажења потенцијалног проблема у виду неуједначене судске праксе, правна теорија, која начелно уважава објективну²⁹ варијанту забране злоупотребе права,³⁰ понудила је излаз у виду тзв. конституенаса забране злоупотребе права. Каже се да „[...] конституенси забране злоупотребе права представљају конкретизацију општих

²⁶ Оваква поставка односа противправности и забране злоупотребе права показује, или да противправност није сталан услов одговорности (али не зато што се њено присуство не захтева када је основ одговорности створени, одржавани или контролисани ризик или правичност у ширем смислу, већ зато што уместо противправности некада као услов фигурира злоупотреба права), или да противправност јесте сталан услов одговорности али у облику противправности штете као последице, а не радње. Но, ово промишљање захтева да буде засебан предмет неког од наредних радова. Вид: Ј. Радишић, (2004), 196. Упор: Ј. Радишић, (2001), 547 и даље.

²⁷ Вид. Р. Лукић, *Теорија државе и права – теорија права*, Београд 1976, 178.

²⁸ Намерно правимо разлику у овом тренутку између титулара права и адресата норме, првенствено из разлога што верујемо како, у контексту злоупотребе права, титулар права и адресат норме којом се злоупотреба забрањује, није иста особа.

Вид. С. Радуловић, „Одрицање у корист формалног права – изградња ефикасније забране злоупотребе субјективних права“, *Правни живот* 2/2019.

²⁹ Комисија за израду Грађанског законика, занимљиво је, одлучила је у тренутно доступној верзији акта да не одустане од превазиђене субјективне варијанте забране злоупотребе права, те исту комбинује са објективном, иако је објективна у себи обухвата, или барем не искључује. Ми у овој норми не видимо покушај изналажења „трећег пута“, но такав став захтева засебну анализу. Вид. члан 12 Преднацрт грађанског законика Републике Србије (28. 05. 2019). Упор. А. Алишани, (1996), 47.

³⁰ Будући да се уштрб који неко трпи од злоупотребе права, говоримо на реалном плану, нити повећава у присуству, нити смањује у одсуству зле намере, главни је разлог зашто је субјективна варијанта овог института, након деценија доминације, превазиђена објективном. Вид. Р. Лукић, (1976), 179.

формула којима се злоупотреба забрањује и имају за циљ да онемогуће арбитрерност и самовољу суда“.³¹ Суштински, конституенси забране злоупотребе права представљају виђење правне теорије о томе како законодавац третира субјективно право, разлоге поверавања овлашћења одређеној групи субјеката, (не)променљивост обима истих, као и циљеве које жели њима постићи. Из перспективе нашег рада, још важније, они представљају спремност правне теорије да уважи чињеницу да законодавац кроз забрану злоупотребе права признаје сопствену несавршеност, самим тим и чињеницу да законодавац није заинтересован за голу примену права, већ за то да право претвори у вредност.

Дакле, да сумирамо, забрана злоупотребе права коју законодавац уводи с једне стране, видови забране злоупотребе права које је конституисала теорија права с друге стране, а затим случајеви конкретизације начела забране злоупотребе права унутар ЗОО РС, указују на то да постоји врло жива и плодносна комуникација на релацији законодавац – теорија права. Оно што изостаје је активније учешће судске праксе у тој комуникацији које се може наслутити из недостатка озбиљније судске праксе формиране с позивањем на стандард изражен у виду забране злоупотребе субјективних права. Но, без обзира на то, оно што је извесно јесте да постоји висок степен консензуса између кључних актера у настанку права да је квалитет вршења права, изражен у виду конституенса забране злоупотребе права, кључни моменат од којег зависи хоће ли вршење права имати адекватан квалитет да се претвори у извињавајућу околност уколико као резултат вршења права настане штета.

4. ЗАКЉУЧАК

Претходно описане ситуације, за потребе овог рада означене као парадокси одштетног права, бацају сасвим ново светло на основне институте одштетног права, као и институте који својим делом припадају овој грани права. Једном препознати, посматрани парадокси, најпре засебно, а нарочито први парадокс у контексту другог, пружају могућност за извођење најразличитијих закључака, свакако у зависности од интерпретације елемената који их чине.

Ипак, аутор се одлучио да се, барем за сада, уздржи од давања закључака. Сем у ретким ситуацијама када би закључке наговестио, аутор се одлучио да понуди могуће логичко разрешење поменутих парадокса. Главни разлог изостанка закључака лежи у чињеници да је у току израде рада, иако претходно спроведено истраживање није указивало на њега, аутор открио и трећи парадокс. Овај се парадокс не од-

³¹ Р. Ковачевић-Куштримовић, „Домен примене начела забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Правни факултет Универзитета у Нишу 1996, 21.

носи на одштетно право непосредно, већ на институт противправности уопште чији се домаћај шири са проширењем домаћаја права, иако би требало да буде супротно, с обзиром на то да је противправност облик неправда, а не права. Но, како је овај институт у својој општој, али и конкретној варијанти био у средишту нашег интересовања и то као један од услова одговорности за штету, природно је да овај парадокс има утицаја на тумачење претходно описаних парадокса. Управо зато, аутор, до разрешења и трећег парадокса, остаје резервисан по питању извођења закључака и остаје задовољан хеуристичким и класифика-торским моментом у раду.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Алишани, Алајдин, „Начело забране злоупотребе права“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини* 1996.
2. Bolgar Vera, “Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in legal Doctrine“, *Louisiana Law Review: Special Issue*, 35, 5/ 1975.
3. Водинелић В., Владимир, *Такозвана злоупотреба права*, Београд 1997.
4. Карбоније, Жан, *Правна социологија*, Сремски Карловци, Нови Сад 1992.
5. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, „Домен примене начела забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 1996.
6. Константиновић, Михаило, „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982.
7. Kuetto-Rua Julio, “Abuse of Rights“, *Louisiana Law Review: Special Issue*, 35, 5/1975.
8. Лукић, Радомир, *Теорија државе и права – теорија права*, Београд 1976.
9. Марковић, Миливоје, „Генералне клаузуле (фрагментарна скица за студију о правном стандарду)“, *Зборник радова правно-економског факултета у Нишу* 7/1968.
10. Марковић, Миливоје, „Злоупотреба права“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, т. 3, Београд 1978.
11. Николић, Душан, *Појам грађанскоправне санкције*, докторска дисертација, Београд 1994.
12. Olšar, Erich, *Studie o protivpravnosti (se zvlastnim zretelem k pravu trestnimu)*, Prazе 1940.
13. Перић, Живојин, „Један поглед на еволуционистичку правну школу“, *Гласник краљевске српске академије* 74/1908.
14. Перић, Нинко, *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство*, докторска дисертација, Београд 1912.

15. Радишић, Јаков, *Облигационо право – општи део*, Београд 2004.
16. Радишић, Јаков, „Противправност као засебан услов грађанске одговорности“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-4/2001.
17. Радловић, Срђан, „Одрицање у корист формалног права – изградња ефикасније забране злоупотребе субјективних права“, *Правни живот* 2/2019.
18. Радловић, Срђан, *Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос*, докторска дисертација, Косовска Митровица 2015.
19. Salmond, John, *Law of Torts, a treatise on the English Law of Liability for Civil Injuries*, London 1907.
20. Сибиновић, Ђорђе, *Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправда*, Београд 2006.
21. Стипковић, Златан, *Противправност као претпоставка одговорности за штету*, докторска дисертација, Загреб 1988.
22. Цигој, Стојан, Грађанска одговорност, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, т. 1, Београд 1978.
23. Цигој Стојан, *Одшкодинско право*, Љубљана 1960.

Правни извори

1. Грађански законик Републике Србије – радни текст припремљен за јавну расправу с алтернативним предлозима (29.05.2015), <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 06. 06. 2019;
2. Закон о облигационим односима – ЗОО РС, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003;
3. Преднацрт грађанског законика Републике Србије (28. 05. 2019), https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 06. 06. 2019.

Assistant Professor Srđan Radulović, LL.D.

Faculty of Law, University of Priština with temporary seat
in Kosovska Mitrovica

DOUBLE PARADOX OF CURRENT TORT LAW

Summary

Relations between legal subjects – relations created under Tort Law are not exception in this sense – are created, modified and ended when so-called legal facts come to light in everyday life. Due to their constitutive effect, theory of law is especially interested in group of facts called “conditions of

liability for caused damage”. A careful analysis of unlawfulness which is, author has no doubts about that, one of previously mentioned conditions of liability for caused damage, reveals the existence of two very different, but closely related, legal paradoxes.

On the one hand, in context of Law of Tort, unlawfulness as a term is at the same time wider in one sense and narrower in other sense then the concept of unlawfulness in the general sense (as negation of Law). On the other hand, the so-called exercise of individual right, in context of the prohibition of abuse of subjective rights, in a number of situations may at the same time be “the reason” for exclusion of unlawfulness (and consequently exclusion of liability for caused damage), but also one of conditions of civil liability.

Intrigued by these paradoxes (author points out that there is the third or even fourth paradox), both separately and in their interconnectedness, in this paper author presents results of independent theoretical and empirical research which aims to raise and stimulate discussion regarding the issues that have been set aside during process of codification of Civil Law in Republic of Serbia.

Key words: *Damage; Unlawfulness; Conditions of liability for caused damage; Exclusion of unlawfulness; Abuse of rights; Constituents of abuse of rights.*