

ПРЕИСПИТИВАЊЕ ОСНОВА УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ: ПРАВНА ТЕОРИЈА И СУДСКА ПРАКСА

Прегледни чланак

doi: 10.7251/SPM1548155P

Апстракт: У овом раду аутор се бави преиспитивањем основа уговорне одговорности за штету, односно правне природе одговорности за повреду уговорне обавезе, узимајући у обзир досадашњу доктринарну баштину и релевантну судску праксу. Зашто неко одговара за проузроковану штету? Иако се у правној литератури истиче да дужник одговара на основу претпостављене кривице због повреде уговора, конструкција уговорне одговорности према одредбама Закона о облигационим односима (ЗОО), нарочито имајући у виду чл. 263. ЗОО, учинила је дискутабилним питање основа уговорне одговорности, без обзира на степене кривице који се наводе у чл. 266, ст. 2. ЗОО. Заснован на расправном начелу, у раду се обрађује субјективно и објективно схватање у погледу основа уговорне одговорности, износе се аргументи за једно и друго схватање, те се критички освијетљују поједини ставови. Свако разматрање се настоји поткријепити примјерима из судске праксе. Иако у домаћој правној литератури и судској пракси превладава субјективно схватање основа уговорне одговорности, све више се апострофира схватање о објективном основу одговорности због повреде уговора, па се настоје приказати новија схватања и с тим у вези реафирмисање и редифинисање неких појмова и института облигационог права, као што је кривица. Настоји се цјеловито обрадити постављени истраживачки проблем тако што ће се исти на нов и специфичан начин

* Дипломирани правник, мастер грађанског права; судијски приправник у Основном суду у Приједору.

анализирати кроз дискусију, сублимирати и на научни начин презентовати, уз давање одређених закључака и приједлога.

Кључне ријечи: *основ уговорне одговорности, уговорна одговорност за штету, правна природа уговорне одговорности, правна теорија и судска пракса*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА О УГОВОРНОЈ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

Уопштено говорећи, уговорна одговорност за штету је вид имовинске или грађанске одговорности, а имовинска одговорност је само дио ширег, генусног појма правне одговорности или одговорности уопште.¹ Грађанскоправна одговорност за штету се даље грана на деликтну (неуговорну или вануговорну) и уговорну (контрактуалну) одговорност. Уговорна одговорност за штету² (одговорност за повреду уговора, одговорност за повреду обавезе, одговорност за повреду облигације, одговорност за кршење уговорне дисциплине) јесте одговорност због повреде неке обавезе из раније постојећег уговорног или другог облигационоправног односа. Два најзначајнија дијела облигационог права – уговорно и одштетно право, на пољу уговорне одговорности, имају заједничку, додирну тачку. Ријеч је о пољу на којем се уговор и остали извори облигација испреплићу са проузроковањем штете као посебним извором облигације. К. Јовичић сматра да је уговорна одговорност ужа од појма одговорности за повреду уговора.³ Синтагма „уговорна одговорност“ не презентује на прави начин суштину овог института, али да је тај назив уобичајен,

¹ Вид. шире Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 7; Јаков Радишић. *Облигационо право - општи део*. (Номос, Београд, 2004), 181-182.

² Користе се још називи: одговорност за повреду уговора, за повреду обавезе, за повреду облигације, за кршење уговорне дисциплине итд.

³ Вид. више Катарина Јовичић. „Однос захтева за накнаду штете због повреде уговора о продаји робе са другим правним средствима повериоца”, *Страни правни живот*, бр. 1/2013, 79-95.

краћи и оперативнији, а и најчешће су повреде обавеза из уговора.⁴ Због тога нема препрека да се користи синтаagma „уговорна одговорност за штету“ знајући да се ради о одговорности за штету насталу због повреде сваке постојеће обавезе, дакле обавезе настале и из неког другог основа (извора) облигација, а не само уговора (нпр. стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље).⁵ Али, није адекватан назив уговорна одговорност за накнаду штете, јер је суштина одговорности у накнади штете, па је ријеч накнада сувишна.⁶ На пољу уговорне одговорности, дужником се назива лице које је прекршило обавезу и које дугује накнаду штете, а повјериоцем лице које има право захтијевати накнаду штете, јер је остало вјерно уговору, без обзира на њихов статус у облигационом односу који је прекршен.⁷ Правила о уговорној одговорности за штету садржана су у Глави III ЗОО⁸ под називом „Дејства обавеза“, Одељку 1. под називом „Повериочева права и дужникове обавезе“, Одсеку 1 под називом „Право на накнаду штете“. Дакле, у члановима 262-269. ЗОО законодавац је разрадио правила о уговорној одговорности, у ужем смислу, а у ширем смислу и члановима који слиједе, закључно са чл. 294. ЗОО, али и неким другим одредбама ЗОО које су, систематски посматрано, у вези са проблематиком

⁴ Живомир Ђорђевић. *Коментар Закона о облигационим односима*. (уредници Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић), (Културни центар Горњи Милановац - Правни факултет Крагујевац, 1980), 757. Борис Визнер. *Коментар Закона о обвезним односима, друга књига*. (Загреб, 1978), 1071.

⁵ Живомир Ђорђевић. *Коментар Закона о облигационим односима*. (Културни центар Горњи Милановац - Правни факултет Крагујевац, 1980), 757; Борис Визнер. *Коментар Закона о обвезним односима, друга књига*. (Загреб, 1978), 1071; Бранисалава Апостоловић. „Накнада нематеријалне штете због повреде уговора“, *Билтен судске праксе*, (Интермекс, Нови Сад, бр. 3/2011), 185.

⁶ Вид. Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 14.

⁷ *Ibid*;

⁸ *Закон о облигационим односима – ЗОО* („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

уговорне одговорности.⁹ Правила у уговорној одговорности за штету представљају посебна правила, за разлику од правила о деликтној одговорности као општих правила, која се примијењују на терену уговорне одговорности на основу чл. 269. у случају када правилима о уговорној одговорности није шта друго одређено. Иначе, ЗОО не познаје термине уговорна и деликтна одговорност, већ су они плод правне теорије.

У посљедње вријеме се даје одговарајући значај уговорној одговорности за штету. Данашњи уџбеници облигационог права обрађују као посебну област уговорну одговорност, за разлику од раније литературе у којој су се поједина питања са терена уговорне одговорности обрађивала у оквиру појединих поглавља, односно других института облигационог права, нарочито код компарације деликтне и уговорне одговорности. Томе су допринијели и модерни друштвено - правни токови у овој области. На појединим факултетима се уговорна одговорност за штету изучава као посебан предмет. Све то говори о значају који има уговорна одговорност у облигационом праву, без обзира да ли су у питању грађанскоправни или привредноправни уговори.¹⁰ Иначе, институт уговорне одговорности за штету се може разграничити у односу на друге институте облигационог права у погледу којих постоји могућност потраживања накнаде штете, као што је деликтна одговорност,¹¹ предуговорна одговорност и ништавост уговора.¹²

⁹ О садржини уговорне одговорности за штету вид. Дејан Пилиповић. *Уговорна одговорност за нематеријалну штету, мастер рад*, (Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014), 9-10.

¹⁰ Неки француски теоретичари негирају постојање уговорне одговорности за штету. Вид. Philippe Remy. „La 'responsabilite contractuelle': histoire d'un faux concept“, *Revue trimestrielle de droit civil*, бр. 2/1997, 323; наведено према: Марија Караникић Мирић. *Објективна одговорност за штету*. (Београд, 2013), 47.

¹¹ О сличностима и разликама између деликтне и уговорне одговорности вид. Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 384-392 и Јаков Радишић. *Облигационо право - општи део*. (Номос, Београд, 2004), 185-187. Према Ј. Радишићу и уговорна одговорност је деликтна, с обзиром на теорију јединства кривице.

¹² Вид. више Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 9-10.

Претпоставке или услови за постојање уговорне одговорности за штету су: постојање пуноважне обавезе која није извршена; проузроковање штете повјериоцу; узрочна веза између повреде обавезе и настале штете и противправност.¹³ До повреде обавезе долази када дужник не испуни обавезу (уопште или у свему како она гласи) или задоцни са њеним испуњењем, што би на пољу деликтне одговорности било адекватно појму штетне радње. Повреда обавезе подразумијева и повреду законских одредби, које се примјењују кад странке нису поједина питања регулисале уговором.¹⁴ Обавеза на накнаду штете представља секундарну садржину облигационог односа¹⁵ и некада се јавља уз основну обавезу, а некад умјесто ње. У правној теорији се истичу двије концепције неизвршења уговора: прва, унитарна или свеобухватна према којој се свако непоштовање уговора сматра неизвршењем, што је веома блиско објективној уговорној одговорности и друга концепција заснована на законом предвиђеним облицима неизвршења обавезе, која је у примјени у нашем ЗОО.¹⁶ За уговорну одговорност је карактеристично претходно постојање облигационоправног односа и његова пуноважност, тј. да није ништав или поништен у законском року ако је ријеч о рушљивом правном послу, те неопходност проузроковања штете повјериоцу. Штета је губитак који неко претрпи на својим правно заштићеним добрима, тј. умањење повјериоачеве имовине или спречавање повећавања исте, као и наношење другог физичког или психичког бола или страха.¹⁷ Повјерилац је дужан да докаже постојање обавезе која није извршена (али, према И. Јанковцу, не треба да докаже да

¹³ Штета и узрочна веза су општи услови уговорне одговорности, а раније преузета обавеза посебна претпоставка. Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 421. Вид. и Јожеф Салма. *Облигационо право*. (Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, Нови Сад, 2007), 455.

¹⁴ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 11.

¹⁵ Јаков Радишић. *Облигационо право - општи део*. (Номос, Београд, 2004), 185.

¹⁶ Катарина Јовичић. „Одређење појма неизвршења уговора, с освртом на неизвршење уговора о продаји робе“, *Страни правни живот*, бр. 1/2014, 71.

¹⁷ Вид. чл. 155. ЗОО.

дужник није извршио обавезу),¹⁸ штету и узрочну везу између повреде обавезе и штете.¹⁹ Он треба доказати ону узрочну везу која је нормална и природна посљедица онакве повреде уговора каква се десила, тј. која се очекивала с обзиром на редовни ток ствари, па не смије бити ријеч о некој посредној, сувише далекој посљедици.²⁰ Није потребно да повјерилац доказује противправност, јер је она обухваћена повредом уговора, па с тога и не представља посебну претпоставку.²¹ Такође, неопходно је да не постоје околности које искључују дужникову одговорност, а све околности које иду у прилог дужнику, он их је дужан доказати. У правној теорији се истиче да се претпоставља да је дужник, у контексту уговорне одговорности, одговоран за повреду обавезе, а дужник је увијек одређен као друга уговорна страна. Путем споразума страна може се интервенисати на обим уговорне одговорности, у складу са законским правилима.²² Чл. 266. ЗОО регулише обим накнаде штете причињене повредом уговора, али се обим уговорне одговорности не исцрпљује у овим одредбама. Првим ставом се говори о предвидивој штети која се накнађује, која штета је материјалне природе. Судска пракса је богата случајевима досуђивања имовинске штете настале повредом уговорне обавезе, како обичне

¹⁸ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 25.

¹⁹ Вид. слично у пресуди Врховног суда Србије, Рев. 2962/97 од 15.09.1997. године.

²⁰ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 38-40. Вид. одлуку Врховног суда Републике Хрватске, II Рев. 73/98 од 06.06.2000. године.

²¹ О осталим разлозима за овакво становиште вид. Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 41-44.

²² Тако је чл. 264. и 265. ЗОО регулисано уговорно проширење, ограничење и искључење одговорности. Умјесто свих вид. Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*, (Пословна политика, Београд, 1993), 363-383. Марија Караникић Мирић. „Ограничења одговорности за штету у српском праву”, *Анали Правног факултета*, бр. 1/2012, 244-273.

штете,²³ тако и измакле добити.²⁴ Питање накнаде нематеријалне штете је спорно и интересантно.²⁵ Предвидиве штете су оне штете које је штетник могао предвидјети у вријеме закључења уговора. Битна је објективна могућност предвиђања, али не и то да ли је дужник то стварно учинио.²⁶ Ове штете се односе на штете које нормално наступају по редовном току ствари као неизбјежна последица повреде уговора, као и штете које су наступиле ван редовног тока ствари, али су због посебних околности дужнику ипак биле познате.²⁷ Сматра се да правило о предвидивости штете води поријекло из енглеског права, односно да је установљено у водећем случају *Hadley v. Baxendale* из 1854. године.²⁸ Предвидивост штете се оцјењује са објективног становишта дужника (доброг домаћина, доброг привредника и доброг стручњака). У другом ставу се говори о превари, намјери и крајњој непажњи. О утицају степена кривице на обим накнаде штете и правилима терета доказивања у том случају, биће ријечи касније. Приликом одлучивања о висини накнаде, суд ће водити рачуна о одређеним законским моментима (добитку који је настао за повјериоца, предузимању разумних мјера ради смањења штете, правилима о

²³ Вид. одлуку Врховног суда Словеније, II Ипс. 15/85 од 07.03.1985. године. Наведено према: Хасо Тајић и Владимир Симовић. *Закон о облигационим односима – четврт вијека судске праксе - избор судских одлука од 1980. до 2005.* књига прва. (Сарајево, 2006). 644.

²⁴ Вид. рјешење Врховног суда Србије, Прев. 32/06 и Спзз. 9/06 од 22.02. 2006. године.

²⁵ О могућности накнаде нематеријалне штете због повреде уговора и *de lege ferenda* приједлозима, *pro et contra* аргументима, као и објективном концепту нематеријалне штете вид. Дејан Пилиповић. *Уговорна одговорност за нематеријалну штету, мастер рад*, (Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014), 43-111.

²⁶ Јаков Радишић. *Облигационо право - општи део*. (Номос, Београд, 2004), 204.

²⁷ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 350. Вид. одлуку Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 2975/98, од 29. 5. 2002. године, *Избор одлука 1-15/2003 и Домаћа и страна судска пракса 1/2004*.

²⁸ О чињеничном супстрату спора и одлуци суда вид. Eisenberg, Melvin Aron. „The Principle of *Hadley v. Baxendale*“, *California Law Review*, бр. 80-3/1992, 563-564.

обавјештавању или нотификацији и кривици повјериоца или лица за које он одговара за штету).²⁹

2. ДИСКУРС О ОСНОВУ УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

2.1. Шта се подразумејева под основом уговорне одговорности?

Основ одговорности треба разликовати од претпоставки одговорности, које представљају чињенице које морају егзистирати да би наступила уговорна одговорност. Под основом одговорности се подразумејева разлог грађанске одговорности, односно зашто закон позива штетника на одговорност.³⁰ Да би лице које је проузроковало штету заиста и одговарало, неопходно је да постоји правни разлог обавезивања или како се то назива у уговорном праву – кауза.³¹ Конкретно, у области уговорне одговорности, основ уговорне одговорности даје одговор на питање зашто је, уз постојање кумулативно испуњених потребних претпоставки, дужник одговоран за штету повјериоцу проузроковану повредом уговорне обавезе.³² Зашто дужник одговара за штету повјериоцу? На овом терену, узимајући у обзир специфичности уговорне одговорности, идентификујемо предмет овог рада.

2.2. Постављање истраживачког проблема

Предмет овог рада није проучавање уговорне одговорности за штету уопштено, односно свих њених елемената и аспеката.

²⁹ Вид. чл. 266, ст. 3. и 4. ЗОО, чл. 268. ЗОО и чл. 267. ЗОО.

³⁰ Јожеф Салма. *Облигационо право*. (Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, Нови Сад, 2007), 453.

³¹ Бранко Морант. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 376.

³² Дејан Пилиповић. *Уговорна одговорност за нематеријалну штету, мастер рад*, (Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014), 10.

Због тога смо дали преглед најзначајнијих карактеристика овог вида грађанскоправне одговорности, који има карактер уводног излагања, односно упознавања са тематиком уговорне одговорности за штету. У овом раду ће бити стављен акценат на преиспитивање или проучавање основа уговорне одговорности. Другим ријечима, преиспитује се правна природа одговорности за повреду уговорне обавезе, узимајући у обзир правнотеоријска схватања и судску праксу. Најчвршћа подлога за дискусију о основу уговорне одговорности за штету налази се у неодређивању тог основа од стране законодавца у ЗОО. Симптоматично је одређивање извињавајућих или либераторних околности у чл. 263. ЗОО, чије дефинисање све више упућује на елементе више силе.³³ С друге стране, законодавац говори о квалификованим облицима кривице у чл. 266, ст. 2. ЗОО, који је у вези са обимом накнаде штете. Иако се у правној литератури истиче да дужник одговара на основу претпостављене кривице због повреде уговора, конструкција уговорне одговорности према одредбама ЗОО учинила је дискутабилним питање основа уговорне одговорности. Истина је да законодавац нигдје не спомиње кривицу као основ накнаде штете због повреде уговорне или друге имовинскоправне обавезе. Да ли је онда кривица основ уговорне одговорности или дужник може одговарати и у њеном одсуству? Због свега наведеног, посебан осврт ће бити учињен ка разматрању чл. 263. ЗОО и више силе, као и кривице у грађанском праву, а у контексту расправе о основу уговорне одговорности.

³³ Те околности не можемо назвати екскулпирајуће, јер законодавац не спомиње кулпу (кривицу) као разлог зашто дужник одговара повјериоцу за штету на пољу уговорне одговорности, како је то изричито одређено на терену деликтне одговорности.

2.3. Субјективни или објективни основ уговорне одговорности: правна теорија и судска пракса?

Претходно је потребно навести два система: први – систем субјективне одговорности, у којем се одговара на основу претпостављене или доказане кривице и други – систем објективне одговорности, у којем се одговара без обзира на кривицу, односно одговара се због неких других разлога (због проузроковања штете од опасне ствари или опасне дјелатности, због ризика итд.). У првом систему, дужник се може ослободити одговорности доказујући да није крив, док у другом виша сила искључује уговорну одговорност. Први је заступљен у аустријском, швајцарском и њемачком праву, а други у француском праву.³⁴ У англосаксонском правном систему дужник се ослобађа уговорне обавезе ако је испуњење уговора осујећено (*frustration of the contract*), како је то установљено у водећем случају *Paradine v. Jane* из 1647. године.³⁵ У условима савременог друштвено – техничког развоја, кривица се, као основ одговорности, показала као недовољна и нејака да обухвати нове случајеве, па правна наука и јуриспруденција морају одступати од догме да се одговорност увијек заснива на кривици.³⁶

У нашем праву постоји дихотомија правних схватања о основу уговорне одговорности. О (претпостављеној) кривици као основу уговорне одговорности за штету позитивно су се изјашњавали Слободан Перовић,³⁷ Оливер Антић,³⁸ Јаков Радишић,³⁹

³⁴ Вид. шире Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 94-103. У француском праву се изједначава виша сила и случај.

³⁵ Уговор је осујећен ако је извршење обавезе постало немогуће или ако је ипак могуће, али би због измјењених околности дошло до суштинске промјене у односу на првобитно преузету обавезу. Guenter Heinz Treitel. *The Law of Contract*. (London, 1983), 648.

³⁶ Слободан Перовић. „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живот*, бр. 3-4/2004, 42-43.

³⁷ *Ibid*; 23.

³⁸ Оливер Антић. *Облигационо право*. (Београд, 2011), 420-421.

³⁹ Јаков Радишић. *Облигационо право*. (Номос, Београд, 2004), 185.

Бранко Мораит,⁴⁰ Жожеф Салма⁴¹ и други. За разлику од њих, Александар Јакшић и Срђан Стојановић се изричито изјашњавају у прилогу објективне одговорности за штету изазвану закашњењем у испуњењу обавезе.⁴² О објективној уговорној одговорности говори и Марија Караникић Мирић.⁴³ Владимир В. Водинелић сматра да уговорна одговорност некада може бити објективна, а некада субјективна. У случају када је она објективна, уговорна одговорност се ублажава на начин да дужник одговара само за предвидиву штету у моменту закључења уговора, док ће сасвим другачија ситуација бити када на страни дужника постоје одређени степени кривице.⁴⁴ Неки аутори сматрају да је уговорна одговорност објективна под одређеним околностима.⁴⁵

Субјективном основу одговорности одговара форма или облик субјективне одговорности.⁴⁶ Кривица је основ и услов одговорности у материји субјективне одговорности. Иако одговорност због кривице има коријене још у римском праву и дуг развојни пут конструисан на удаљавању од става да сам факт проузроковања штете повлачи одговорност,⁴⁷ принцип субјективне одговорности је заузео важно мјесто у систему грађанског права тек у 19.

⁴⁰ Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 424.

⁴¹ Жожеф Салма. *Облигационо право*. (Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, Нови Сад, 2007), 464 и 544.

⁴² Александар Јакшић и Срђан Стојановић. *Елементи за једно уговорно право*, (Београд, 1995), 188-189.

⁴³ Марија Караникић Мирић. *Објективна одговорност за штету*, (Београд, 2013), 45-62.

⁴⁴ Вид. Владимир Водинелић. *Грађанско право: Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, (Службени гласник, Београд, 2012), 492.

⁴⁵ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 385.

⁴⁶ Жожеф Салма. *Облигационо право*. (Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, Нови Сад, 2007), 453. У области деликтне одговорности поред одговорности због кривице, постоје и одговорност због створеног, одржаваног или контролисаног ризика (објективна одговорност или одговорност независно од кривице) и одговорност због правичности.

⁴⁷ Анте Ромац. *Римско право*. (Народне новине, Загреб, 1987), 270-271. Драгомир Стојчевић. *Римско приватно право*. (Београд, 1978), 198.

вијеку.⁴⁸ Такође, уговорна одговорност се према нашем старом праву заснивала на кривици дужника. Српски грађански законик из 1844. године је одређивао у чл. 801, који се примјењивао у уговорним и вануговорним односима, да се обавезе на накнаду штете неко може ослободити само ако докаже да се штета није десила његовом кривицом, него случајно.⁴⁹ Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године у чл. 541. је говорио о намјери, грубој непажњи и обичној непажњи у контексту уговорне одговорности.⁵⁰ Аустријски Општи грађански законик из 1811. године у чл. 1295, ст. 1. је предвиђао да свако има право да захтијева накнаду штете од штетника коју му је овај својом кривицом нанио, било да је штета проузрокована тиме што је прекршена нека уговорна дужност или независно од уговора.⁵¹

У правној теорији се сматрало да се одговорност дужника за свако неизвршење или неуредно извршење раније преузете обавезе заснива на претпостављеној кривици дужника.⁵² *Ratio legis* овог схватања се налази у природи уговорних односа у којем уговорне стране улазе на основу своје слободне воље, па због тога и обавезе које преузимају требају поштовати.⁵³ Теоријска база на којој се у потпуности може заснивати идеја о кривици као основу одговорности представља идеја о јединству кривице, а тиме и јединству грађанскоправне одговорности. Проучавајући дјела Ј. Радишића, може се рећи да овај аутор може својим стваралачким опусом бранити идеју о томе да се повреда уговорне или друге постојеће обавезе заснива на кривици. Суштина се налази у повреди раније постојеће обавезе, макар било ријеч о општој обавези уздржавања од нешкођења другоме, или релативној обавези која је

⁴⁸ Јаков Радишић. *Облигационо право*. (Номос, Београд, 2004), 191.

⁴⁹ Вид. чл. 801, *Грађански законик за Краљевину Србију*, фототипско издање са оригинала из 1939. године, Београд 1990.

⁵⁰ Вид. чл. 541, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору – ОИЗ*, фототипско издање са оригинала из 1888. године, Обод, Цетиње, 1980.

⁵¹ Вид. § 1295, *Аустријски грађански законик* (превео Драгољуб Аранђеловић), II издање, Просвета, Београд, 1921.

⁵² Бранко Морант. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 423.

⁵³ *Ibid.*

карактеристична за уговорну одговорност.⁵⁴ У крајњем случају, могућ је правац размишљања који би водио ка проналажењу основа одговорности дужника у самом неизвршењу или неуредном извршењу уговора, тј. принципу објективне одговорности дужника. Тако Ј. Салма наводи схватање да је „довољно да је дошло до повреде уговора, тј. до (скривљеног) неизвршења, нарочито када су у уговору за неизвршење или неблаговремено извршење стране унапред предвиделе неки вид апстрактне штете која се плаћа и када штета није наступила“.⁵⁵ Када би се сматрало да се основ уговорне одговорности налази у самом проузроковању штете, тада поједини аутори предлажу да се основ постојања одговорности налази у другим разлозима као што су изневјеравање повјерења повјериоца у дужника, недржање задате ријечи и слично.⁵⁶ Неопходно је пронаћи оправдање за објективну уговорну одговорност дужника за штету, јер одређено оправдање постоји и када је у питању објективна деликтна одговорност (штетник је ималац опасне ствари или вршилац опасне дјелатности). Као прилог објективном схватању наводе се и ослобађајуће околности из члана 263. ЗОО. У Скици за законик о облигацијама и уговорима било је одређено да се дужник ослобађа обавезе да накнади штету ако докаже да је био спријечен да испуни своју обавезу неким случајем више силе или којим другим страним узроком за који он не одговара, чиме је пропагирана пооштрена, односно објективна одговорност дужника, па се дужник не би могао ослободити одговорности доказујући да није крив за неиспуњење обавезе.⁵⁷ ЗОО из 1978. године је у чл. 263. дјелимично прихватио овакву концепцију у погледу ослобођења од одговорности дужника. У овом члану се налази разлог за дискусију у погледу основа уговорне одговорности. У правној теорији се истиче да је напуштен

⁵⁴ Јаков Радишић. *Облигационо право*. (Номос, Београд, 2004), 185.

⁵⁵ Јожеф Салма. „Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2011, 87.

⁵⁶ Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 423.

⁵⁷ Чл. 208. Скице за законик о облигацијама и уговорима: Михаило Константиновић. *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, (Београд, 1969).

систем субјективне одговорности у области уговорне одговорности за штету, али да није прихваћен ни систем објективне одговорности.⁵⁸ Међутим, који је онда основ уговорне одговорности, односно ако се не ради ни о субјективном, а ни објективном основу, да ли се уопште може говорити о мјешовитом схватању? На основу изложеног, произлази да не може. Чланом 263. ЗОО је предвиђено да се „дужник може ослободити одговорности за штету ако докаже да није могао испунити своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих послје закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи“.⁵⁹ Из законске формулације цитираног члана једноставно је одређивање терета доказивања, што се може изразити ставом из образложења једне одлуке суда: „*Терет доказа да су околности које га ослобађају од одговорности наступиле послје склапања уговора, преузима дужник*“.⁶⁰ Околности које ослобађају одговорности дужника обухватају елементе појма више силе, а виша сила је ослобађајућа околност за штете које се разрјешавају према теорији објективне одговорности.⁶¹ Сматра се да виша сила, схваћена као спољашњи догађај који дужник није могао спријечити, отклонити нити избећи, ипак искључује одговорност дужника за повреду обавезе.⁶² Уколико одређене околности које су квалитативно сличне поимању више силе искључују уговорну одговорност дужника, тим прије дужникову одговорност искључује виша сила. Ријеч је о догађајима

⁵⁸ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 121.

⁵⁹ Вид. одлуку Врховног суда Србије, Рев - 2962/97 од 15.09.1997. године. Према: Хасо Тајић и Владимир Симовић. *Закон о облигационим односима – четврт вијека судске праксе - избор судских одлука од 1980. до 2005*, књига прва. (Сарајево, 2006), 641.

⁶⁰ Истакао аутор Д. П., као и даље у тексту код цитирања појединих ставова из образложења судских одлука. Вид. Виши привредни суд Хрватске, Пж – 78/1887 од 09.01.1979. године.

⁶¹ Бранко Моравит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 423.

⁶² Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 124-125; Живомир Ђорђевић. *Коментар Закона о облигационим односима*. (Културни центар Горњи Милановац - Правни факултет Крагујевац, 1980), 761.

који се не могу приписати кривици дужника, а који могу бити разноврсни. Овакав став је присутан и у судској пракси: „Немогућност испуњења обвезе, односно немогућност испуњења обвезе у року, мора бити посљедица околности насталих последице склапања уговора, које су наступиле мимо воље дужника и његова понашања. Оне могу бити вањског подријетла као нпр. поплава“.⁶³ Ако се одређени догађај може приписати дужнику, он ће бити крив за неизвршење обавезе. Тако је „комунална радна организација у обвези да надокнади потрошачу штету насталу неиспоруком плина, кад је та неиспурука, унаточ уведеним редуцијама, резултат њезиног пропуста у пружању услуге“.⁶⁴ „Као виша сила сматра се радња трећег лица због које дужник није могао извршити уговорну обавезу, ако тај догађај није могао спречити, отклонити или избећи“.⁶⁵ „Дужник не одговара за штету ако није могао испунити своју обавезу (испоруку плина) због ратних догађаја, који су настали након склапања уговора јер их није могао спријечити, отклонити или избећи“.⁶⁶ У овом случају ваља имати на уму да мора постојати узрочна веза између догађаја који је окарактерисан као виша сила и немогућности испуњења обавезе.

Представници схватања о субјективном основу уговорне одговорности истичу да иако дјелује да постоји законско упориште и теоријска могућност за објективно схватање, ипак се сматра да би било престрого некога осудити на накнаду штете само због тога што је уговорна страна, а имајући у виду бројност склапања уговорних односа.⁶⁷ Зато се говори о кривици као основу уговорне

⁶³ Врховни суд Хрватске, Рев - 1654/80 од 27.11.1980. године, *Хрватска правна ревија*, бр. 10/2004, 21.

⁶⁴ Врховни суд Републике Хрватске, Рев. 2178/91 од 08.01.1992. године. Хасо Тајић и Владимир Симоновић. *Закон о облигационим односима – четврт вијека судске праксе - избор судских одлука од 1980. до 2005*, књига прва. (Сарајево, 2006), 640.

⁶⁵ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 125.

⁶⁶ Високи трговачки суд Републике Хрватске, Пж - 3547/93 од 29. 11. 1994. године, *Збирка рјешидби*, бр. 3/13.

⁶⁷ Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 423.

одговорности, при чему се та кривица претпоставља. Дакле, ни они не могу оспорити теоријско – нормативну подлогу за схватање о уговорној одговорности без обзира на кривицу. Већ сама дискусија о основу уговорне одговорности и ослобађајућим околностима из чл. 263. ЗОО чини могућим и оправданим такву конструкцију. Раније је истицано да се систем претпостављене кривице као корективни систем „састоји у томе што се полази од самог проузроковања штете и када је утврђено да је одређено лице проузроковало штету, оно се већ на основу тога сматра кривим за настајање штете“.⁶⁸ Само претпостављање кривице води објективизацији одговорности. Чини се да би објективна уговорна одговорност довела до јачања уговорне дисциплине међу уговорним странама, па стога не би било престога некога осудити на накнаду штете јер је уговорна страна, већ би то имало за последицу већу приврженост страна испуњењу уговора у свему како гласи.

С друге стране, сматра се да чл. 263. ЗОО не искључује постојање субјективне одговорности. Наиме, ако је дужник могао спријечити, отклонити или избјећи околности које су испуњење његове обавезе учинили немогућим,⁶⁹ а тако није поступио, онда је он крив за повреду уговора јер се није понашао онако како је требало.⁷⁰ И. Јанковец представља аргументе за претпостављену кривицу као основ уговорне одговорности, без обзира на неке „објективне околности“⁷¹ из чл. 263. ЗОО које онемогућавају доношење једноставног закључка о постојању субјективне уговорне одговорности. Наведени аутор сматра да је потврда његовом схватању правно начело облигационог права из чл. 18. ЗОО које говори о томе да је учесник у облигационим односима, у извршењу својих

⁶⁸ Стеван Јакшић. *Облигационо право*, општи дио, (Сарајево, 1953), 249.

⁶⁹ Вид. више Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 116-117. За уговорну одговорност од значаја је само накнадна објективна немогућност испуњења обавезе. Ивица Јанковец. *Коментар Закона о облигационим односима* (уредник Слободан Перовић), (Савремена администрација, Београд, 1995), 589.

⁷⁰ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 119.

⁷¹ Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 423.

обавеза, дужан поступати са пажњом која се у правном промету захтијева у одговарајућој врсти облигационих односа, па ако не поступа са таквом пажњом сматра се да је такав учесник крив за повреду облигационог односа. Како је чл. 262, ст. 4. ЗОО предвиђено када ће дужник одговорати иако није скривио немогућност испуњења обавезе, то би значило да ће дужник који је скривио немогућност испуњења обавезе одговорати за штету. У овоме виде невољу присталице објективне одговорности. Даље истиче, у случају објективне деликтне одговорности у чл. 177. ЗОО одређено је да се ималац опасне ствари ослобађа одговорности ако докаже да штета потиче од неког узрока који се налази ван ствари, а чије се дејство није могло предвидјети, ни избјећи или отклонити. Код навођења ослобађајућих околности у чл. 263. ЗОО, када је у питању уговорна одговорност, не тражи се постојање узрока ван ствари, тј. нису садржани у законској формулацији чл. 263. ЗОО сви елементи више силе. Такође, код уговорне одговорности није предвиђена непредвидивост као елемент више силе, о којој се говори у чл. 177, ст. 1. ЗОО.⁷² Овим аргументима се може додати још један који је у вези са теоријским схватањима „више силе“ (*vis maior*). Наиме, постоји теорија која се ослања на правила о одговорности за штету на основу кривице приликом одређивања појма више силе, па исту одређује као сваки догађај који се ни уз највећу пажњу стране није могао предвидјети ни отклонити. Али, егзистира и објективна теорија више силе коју карактерише непредвидивост, несавладивост и спољашњост одређеног догађаја који има карактер више силе. Постоје правни писци који сматрају да ЗОО и савремена права прихватају субјективно - објективну концепцију више силе.⁷³ Ова теоријска размишљања, нарочито субјективно схватање више силе, говори о томе да постојање више силе као разлога за искључење одговорности за штету нужно не поништава постојање кривице као основа уговорне одговорности,

⁷² Вид. за наведене аргументе Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 119. Упор. са чл. 208. Скице за законик о облигацијама и уговорима.

⁷³ Илија Бабић. *Лексикон облигационог права*. (Београд, 2008), 412-413.

већ да се релативизују поларно оријентисани ставови.⁷⁴ Да ли је онда, на неки начин, могућа коегзистенција или повезаност између више силе и кривице у контексту предмета расправе? Кривица није ништа друго до повреда постојеће обавезе, па такав став о кривици не допушта разликовање скривљене од нескривљене повреде, па је свака повреда скривљена у том случају.⁷⁵ Наведена коегзистенција се огледа у дефинисању више силе као одсуства кривице. Још раније је Тодор Ачански промовисао неке идеје из француске правне теорије према којима постоји знак једнакости између више силе и непостојања кривице, те је овако правно резонување примјењиво само у области уговорне одговорности.⁷⁶ Међутим, како М. Караникић Мирић запажа, овакво дефинисање кривице не прави разлику између одговорности по основу кривице и без обзира на кривицу.⁷⁷

У једној ранијој судској одлуци се наводи да је: „*одредбом чл. 263. ЗОО прихваћен субјективни критериј ослобађајућих околности, у том смислу да су то околности које дужник није могао спријечити, отклонити ни избјећи, те да су настале након склапања уговора*“.⁷⁸ Тиме се додатно аргументује теза о субјективним елементима основа уговорне одговорности, без обзира на дискутабилни карактер ослобађајућих околности. Дакле, у законским одредбама које се односе на уговорну одговорност није

⁷⁴ Субјективно поимање више силе је изложено критици, а којем некада нагињу и судови. Марија Караникић Мирић. *Објективна одговорност за штету*. (Београд, 2013), 58.

⁷⁵ Марија Караникић Мирић. *Објективна одговорност за штету*. (Београд, 2013), 55.

⁷⁶ Тодор Ачански. „Виша сила“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (уредник Обрад Станковић *et al.*), Том 3, (Службени лист, Београд, 1978), 732.

⁷⁷ Марија Караникић Мирић. *Објективна одговорност за штету*. (Београд, 2013), 45.

⁷⁸ Врховни суд Хрватске, II Рев – 96/86 од 06.11.1988. године, *Преглед судске праксе*, бр. 40/62. Поједини коментатори ЗОО сматрају да се ради о субјективно - објективном критеријуму за ослобађање дужника од уговорне одговорности. Живомир Ђорђевић. *Коментар Закона о облигационим односима*. (Културни центар Горњи Милановац - Правни факултет Крагујевац, 1980), 762.

изричито предвиђена кривица као основ одговорности, већ се о њој мора посредно закључивати анализом релевантних законских одредби. Несумњиво је да ће дужник одговарати за повреду уговора у случају када је крив,⁷⁹ али постоје аутори који наводе да ће одговарати без обзира на његову кривицу ако нису испуњени услови из чл. 263. ЗОО за искључење његове одговорности.⁸⁰ Одређени степени кривице које законодавац наводи у чл. 266, ст. 2. ЗОО упућују на егзистенцију субјективног основа уговорне одговорности. С друге стране, према становишту објективне теорије, квалификовани облици кривице из ст. 2, чл. 266. ЗОО, нису ништа друго него елементи за поштрену одговорност за штету који конструирају ситуацију када дужник одговара и за непредвидиву штету, а не само предвидиву. То у француском праву називају једином правом уговорном одговорношћу.⁸¹ Квалификовани облици кривице утичу само на повећавање обима уговорне одговорности, па они не морају представљати индикатор који ће детерминисати основ уговорне одговорности. Једном ријечју, они не представљају препреку да се уговорна одговорност заснује без кривице дужника.⁸² Ради тога дјелују збуњујуће ослобађајуће околности из чл. 263. ЗОО, јер се поставља питање: зашто законодавац није предвидио доказивање од стране дужника да није крив као начин за ослобађање његове одговорности, ако је имао у виду кривицу као основ уговорне одговорности? Можда нам судска пракса даје одговор на ово питање: *„Правило о ослобађању од одговорности за штету која је садржана у овом члану представља изузетак од општег правила садржаног у члану 154. став 1. ЗОО, у коме је предвиђено да лице које проузрокује штету другом није дужно да*

⁷⁹ „Наручилац радова има право, ако је извођач крив за неиспуњење уговора о грађењу, да захтијева накнаду штете...“ Врховни суд Босне и Херцеговине, Пж. 397/87 од 24.03.1988. године, *Билтен Врховног суда Босне и Херцеговине*, бр. 2-30/1988.

⁸⁰ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 122. О томе ће бити ријеч када је у питању случај (*casus*). *Ibid*; 126.

⁸¹ Марија Караникић Мирић. *Објективна одговорност за штету*. (Београд, 2013), 47.

⁸² *Ibid*; 62.

је накнади ако докаже да је штета настала без његове кривице“.⁸³ Међутим, треба имати на уму да је код субјективне деликтне одговорности кривица као основ одговорности изричито предвиђена законом. Како се сматра да је и на пољу уговорне одговорности у принципу ријеч о субјективној одговорности, због тога се за њу може рећи да има карактер изузетка о којем говори наведена пресуда. Правни писци истичу да се дужник не може ослободити одговорности доказујући да није крив.⁸⁴ Исто се наводи и у једној пресуди Врховног суда Србије: „У случају штете проузроковане неизвршењем уговорне обавезе дужник обавезе не може се ослободити одговорности доказујући да није крив, већ се може ослободити одговорности само у складу са правилом садржаним у члану 263. наведеног закона“.⁸⁵ Управо је ово доказ судске праксе да се дужник не може ослободити уговорне одговорности доказујући да није крив, а доказивање непостојања кривице на страни штетника је ослобађајућа околност за штете које се разрјешавају према теорији субјективне одговорности, па је логичан закључак да он не одговара по основу кривице.

Изгледа да је правно резоновање о субјективном основу уговорне одговорности у складу са ставом судске праксе која се темељи на ЗОО из 1978. године. Тако је у једној судској одлуци наведено: „Одговорност за накнаду штете настале повредом дужности уредног испуњења обавезе, заснива се на претпостављеној кривици лица које је такву повреду учинило па је за оштећење права на накнаду штете довољно да оштећени докаже постојање штете и узрочну везу између претрпљене штете и

⁸³ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2962/97 од 15.09.1997. године. Наведено према: Гордана Станојчић. *Актуелна судска пракса из облигационог права*. (Београд, 2006), 391.

⁸⁴ Ивица Јанковец. *Коментар Закона о облигационим односима*. (Савремена администрација, Београд, 1995), 596.

⁸⁵ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2962/97 од 15.09.1997. године. Према: Гордана Станојчић. *Актуелна судска пракса из облигационог права*. (Београд, 2006), 391.

повреде обавезе“.⁸⁶ М. Караникић Мирић критикује уреднике база судских одлука, јер у сентенцама означавају уговорну одговорност као субјективну, а да заправо образложење судске одлуке иде у потпуно другом правцу.⁸⁷ Разумијевање за то налазимо у јакој теоријској „индоктринацији“ о субјективном основу уговорне одговорности. Судови западају у логичку замку, они полазе од почетне констатације о претпостављеној кривици дужника, а завршавају са вишом силом као ослобађајућом околношћу. Због тога резонување које има подлогу у претпостављеној кривици као основу уговорне одговорности недостаје логичка кохерентност, конзистентност и консенквентност.⁸⁸ Проблем за овакво схватање налази се у нераздвајању кривице за неиспуњење обавезе од кривице за немогућност испуњења обавезе, односно повреде обавезе од немогућности испуњења, док је у Скици за законик о облигацијама и уговорима то фино раздвојено.⁸⁹ Зато С. Перовић каже да тамо гдје је ЗОО одступио од Скице, углавном је погрешно.⁹⁰

За судове је мање битна теоријска расправа о томе шта представља основ уговорне одговорности, иако је она у практичном смислу од значаја у погледу доказивања, као и у погледу околности за ослобађање од одговорности, као што слиједи из изложених пресуда. Судови примијењују позитивно право, па је у погледу ослобађајућих околности ситуација јасна, јер је изричито предвиђена ЗОО, док не постоји посебан захтјев за расправом и доказивањем у пресудама шта чини основ уговорне одговорности, али га судови почетно означавају као претпостављену кривицу.

Приликом утврђивања основа уговорне одговорности споминјала се претпостављена кривица. Међутим, како се дефинише

⁸⁶ Врховни суд Републике Црне Горе, Рев - 35/95 од 26.04.1995. године, *Билтен Врховног суда Црне Горе* за 1995. годину.

⁸⁷ Марија Караникић Мирић. *Објективна одговорност за штету*. (Београд, 2013), 56.

⁸⁸ Вид. *Ibid*; 59-60.

⁸⁹ Вид. детаљније ово образложење: *Ibid*; 60-62.

⁹⁰ Слободан Перовић. „Стручно мишљење о нацрту Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске књ. I, Општи део, са стањем 28. јануара 2003.“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/2003, 13.

кривица и који су њени облици у области уговорне одговорности? Неки аутори кривицу диференцирају према процесном (претпостављена и доказана кривица) и материјалноправном критеријуму (поједини степени кривице - намјера и непажња).⁹¹ Потом се традиционално истиче да је за деликтну одговорност била карактеристична доказана кривица, а за уговорну претпостављена или презумирана кривица, те да се обје врсте одговорности данас заснивају на претпостављеној кривици, ради јачања заштите оштећеног и начела репарације.⁹² Кривица за повреду уговора постоји на страни дужника који се није понашао са потребном пажњом доброг домаћина или доброг привредника па је тиме проузроковао штету повјериоцу. Још од времена Јустинијановог права кривица у грађанскоправном смислу се степенује на: намјеру (*dolus*) и непажњу или немар (*culpa*), а непажња се даље дијели на: грубу непажњу (*culpa lata*) и обичну непажњу (*culpa levis*).⁹³ Намјеру и крајњу непажњу ЗОО изричито наводи у чл. 265. и 266. ст. 2, што се сматра доказом да је законодавац имао у виду кривицу као основ уговорне одговорности. Облици кривице нису дефинисани посебним одредбама ЗОО, већ се они препознају кроз наведене законске чланове.

Намјера се сматра најтежим обликом кривице у грађанском праву, као што та улога у кривичном праву припада умишљају. У грађанском праву се не прави разлика између директног и евентуалног умишљаја. Дужник поступа са намјером када свјесно и вољно не извршава своју уговорну обавезу,⁹⁴ што укључује два битна елемента: интелектулни и вољни.⁹⁵ Међутим, за разлику од вануговорне одговорности код које је жеља за проузроковањем штете интегрисана у појам намјере, то није случај код уговорне

⁹¹ Јожеф Салма. *Облигационо право*. (Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, Нови Сад, 2007), 547.

⁹² *Ibid*; 544. Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 429.

⁹³ Анте Ромац. *Римско право*. (Народне новине, Загреб, 1987), 271.

⁹⁴ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 127.

⁹⁵ Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 427.

одговорности, јер није од значаја да ли је дужник желио да проузрокује штету неиспуњењем или задоцнењем у испуњењу своје обавезе.⁹⁶ На основу изнесеног, логично је да се намјера као облик кривице процјењује према субјективном критеријуму.

Постоје и другачије правно схватање појма кривице у грађанском праву, а тиме и намјере као њеног најтежег облика. Наиме, кривица у грађанском праву не представља погрешно стање свијести и воље, већ погрешно поступање (социјални факт), односно непоступање онако како се основано очекивало од разумног и пажљивог човјека у датим околностима.⁹⁷ Зато је за дефинисање кривице у грађанском праву кључно испитивање непажње, јер грађанско право гледа спољашње понашање штетника за разлику од кривичног које истражује унутрашње, психичко стање учиниоца.⁹⁸ Овакав метод просуђивања кривице (*in abstracto*) има предности у односу на поимање кривице као психичког односа. Сматра се да је ово мјерило објективно и да се због тога повећава правна сигурност. Затим, знатно се олакшава доказивање, јер се суд не мора упуштати у испитивање замршених питања психичких процеса, већ суд тада упоређује штетничково поступање са понашањем разумног и пажљивог човјека. У правној теорији се наводи да се на овај начин подстиче друштвени напредак. Овакво схватање кривице “чини непотребним да се, у правни систем субјективне деликтне одговорности, уноси општа прет-

⁹⁶ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 127.

⁹⁷ Вид. више у монографији и предговору исте Миодрага Орлића: Марија Караникић Мирић. *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*. (Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009).

⁹⁸ *Ibid*; 10. Данас се све више тежи ка објективизираном схватању кривице, за разлику од психолошког схватања, па се тако зачетником овог првог схватања код нас сматра М. Константиновић, а оно је имало одјека у француском, енглеском и њемачком праву. *Ibid*; 10-11.

поставка о кривици неког лица, јер она мења карактер одговорности, а на плану процесног права ремети примену основног начела да тужилац треба да докаже све што тврди“.⁹⁹

За разлику од намјере, непажња (немарност или небрига) је нижи степен кривице и представља пропуштање дужне пажње. Штетник је поступао из непажње онда када се није понашао као разумно и пажљиво лице и често се пореди са свјесним и несвјесним нехатом у кривичном праву.¹⁰⁰ На пољу уговорне одговорности, непажња постоји када дужник није пажљив онолико колико је потребно да би обавезу испунио у свему како гласи. У оптирању између субјективног и објективног критеријума за оцјену непажње, у нашем праву је прихваћено мишљење да је мјеродаван објективни критеријум.¹⁰¹ Код уговорне одговорности, то мјерило је предвиђено чл. 18. ЗОО, јер се од уговорних страна тражи пажња „доброг домаћина“, „доброг привредника“ и „доброг стручњака“.¹⁰²¹⁰³ Овај критеријум претпоставља правни стандард помоћу којег се процјењује непажња: како би се понашало друго разумно лице да се налази на мјесту дужника у погледу испуњења обавезе. *Груба или крајња непажња* постоји када се дужник не понаша онако како би се понашао иоле пажљив човјек.¹⁰⁴ Ријеч је о претјераној немарности код које се не улаже ни толика пажња коју улаже најпросјечнији човјек, те се због тога груба непажња изједначава са намјером.¹⁰⁵ Најблажи степен кривице је *обична непажња*, која подразумеијева грешке у понашању које се могу

⁹⁹ Истакнуте предности су наведене према: Миодраг Орлић. „Есеј о кривици – у грађанском праву“, *Правни живот*, бр. 1-2/2009, 179-198.

¹⁰⁰ Јаков Радишић. *Облигационо право*. (Номос, Београд, 2004), 217.

¹⁰¹ *Ibid*; 217-219.

¹⁰² Она се примијењује када је обавеза дужника везана за обављање његове професионалне дјелатности. Ријеч је о повећаној пажњи. Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 129.

¹⁰³ *Ibid*; 126.

¹⁰⁴ *Ibid*; 127.

¹⁰⁵ Анте Ромац. *Римско право*. (Народне новине, Загреб, 1987), 271. Према И. Јанковцу то изједначавање постоји због посљедица одговорности. Вид. Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 127.

свакоме десети.¹⁰⁶ Још у класичном римском праву у области уговорне одговорности створено је тзв. утилитетно правило по којем је страна која је од правног посла имала корист, строже одговарала од стране која није имала такву корист.¹⁰⁷ У вези с тим, поједини аутори наводе одговорност дужника за најмању непажњу (*culpa levissima*), ако је уговор закључен у његовом интересу и наводе примјер послугопримца у погледу чувања ствари које су предмет уговора о послузи.¹⁰⁸ У правној теорији се наводе степени кривице: *culpa levis in abstracto* и *culpa levis in concreto*. Први подразумева лаку непажњу која постоји када неко у раду, односно извршавању своје обавезе није употребио онај степен пажње који употребљава просјечан човјек.¹⁰⁹ Други се одређује према оној пажњи коју он улаже у својим властитим пословима, односно ако у испуњењу своје обавезе не поступа на начин као и у случају коришћења или управљања властитим стварима.¹¹⁰ Поједини аутори наводе крајњу непажњу, као међустепен који се налази између грубе непажње и намјере.¹¹¹ Међутим, могуће је да се ради о језичкој недоумици, јер се у чл. 262, ст. 2. говори о крајњој непажњи. С друге стране постоје аутори који наводе крајњу и грубу непажњу као синониме.¹¹² Степеновање кривице је од значаја за обим накнаде штете. У случају да дужник причини штету повјериоцу намјерно или из крајње непажње или преваром (чл. 266, ст. 2. ЗОО) имаће право на накнаду целокупне материјалне

¹⁰⁶ *Ibid*;

¹⁰⁷ Анте Ромац. *Римско право*. (Народне новине, Загреб, 1987), 271.

¹⁰⁸ Ивица Јанковец. *Уговорна одговорност*. (Пословна политика, Београд, 1993), 127. Оливер Антић. *Облигационо право*. (Београд, 2011), 469.

¹⁰⁹ Анте Ромац. *Римско право*. (Народне новине, Загреб, 1987), 271.

¹¹⁰ *Ibid*;

¹¹¹ Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 425. Б. Мораит сматра да ће дужник одговарати за грубу непажњу, односно грубу несавјесност на коју се, према овом аутору, односи чл. 266, ст. 1. ЗОО, док се за лаку пажњу не одговара у случају повреде облигације. Бранко Мораит. *Облигационо право*. (Комесграфика, Бања Лука, 2010), 425-426.

¹¹² Вид. Јаков Радишић. *Облигационо право*. (Номос, Београд, 2004), 219. Абедин Бикић. *Облигационо право*, опћи дио, (Сарајево, 2007), 216. Петар Кларић и Мартин Ведриш. *Грађанско право*, (Загреб, 2008), 598.

штете (предвидиве и непредвидиве). На основу изложеног закључује се да се у првом ставу ради о штети проузрокованој обичном непажњом. У коментару ЗОО чији су редактори Б. Благојевић и Б. Круљ, наводи се да одредбе другог става члана 266. ЗОО могу изазвати забуну у погледу поимања „накнаде целокупне штете“, јер се не зна да ли се цјелокупна штета односи на обичну штету и измаклу добит или обухвата и неку другу штету.¹¹³ У складу са начелом интегралне накнаде, већи степен кривице дужника брише само границу између предвидиве и непредвидиве штете. Дужник доказује да штету није било могуће предвидјети, а у другом ставу посебне околности доказује повјерилац, па ако их не докаже имаће право на накнаду само предвидиве штете. На терену теорије која заступа становиште о објективном карактеру уговорне одговорности, излишно је вршити елборацију кривице, већ се степени кривице искључиво посматрају у вези са обимом уговорне одговорности, а не с основом одговорности.

ЗАКЉУЧАК

Уговорна одговорност је одговорност због повреде уговорне или друге имовинске обавезе. Основ уговорне одговорности представља разлог обавезивања дужника на накнаду штете. У домаћој правној теорији преовладава став о претпостављеној кривици као основу уговорне одговорности. Један дио теоретичара сматра да се на основу одредби ЗОО може конструисати схватање о одговорности дужника без обзира на кривицу. С тим у вези је одређивање извињавајућих или либераторних околности у чл. 263. ЗОО, чије дефинисање све више упућује на елементе више силе. С друге стране, законодавац говори о квалификованим облицима кривице у чл. 266, ст. 2. ЗОО. У ЗОО се не одређује изричито основ

¹¹³ Добросав Митровић. *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Борислав Благојевић и Врлета Круљ). (Савремена администрација, Београд, 1980), 668.

уговорне одговорности. Конфузију о основу уговорне одговорности донио је ранији југословенски законодавац. Иако је ЗОО изузетно квалитетан закон, начелно треба избјегавати неке неодређености које доводе до мјешовитих схватања и концепција и које могу бити извор различитих тумачења, па чак водити и правној несигурности. О томе треба водити рачуна у будућим измјенама грађанског законодавства, нарочито у погледу свеобухватне регулативе грађанскоправне области у праву Републике Србије, али и Републике Српске и БиХ. Ниједном аргументационом оквиру, било да се залаже за уговорну одговорност засновану на кривици или без обзира на кривицу, се не може одузети ваљаност и за наведена гледишта се не може рећи да су неутемељена. Оба налазе нормативно – теоријску подлогу у самом ЗОО. Можда овакво стање најбоље осликава закључак да је у питању нека средња варијанта, мјешовита објективно – субјективна концепција, уз опаске које смо дали у погледу оваквих конструкција. У контексту основа уговорне одговорности, образложења судских одлука започињу позивањем на одговорност дужника на темељу претпостављене кривице, а разматрајући у конкретним случајевима либераторне разлоге из чл. 263. ЗОО сасвим улазе на терен објективне одговорности за штету. Судска пракса сматра вишу силу околношћу која ослобађа дужника одговорности за „уговорну“ штету. Надаље то води логичкој неподударности, јер је познато да се дужник на терену субјективне одговорности ослобађа исте екскулпацијом, односно доказујући да није крив, а да је виша сила ослобађајућа околност на пољу објективне одговорности. Дужник ће одговарати када је крив, без обзира да ли је ријеч о субјективном или објективном основу одговорности, али је разлика у томе да ли ће одговарати у одсуству кривице – код субјективне одговорности неће, а код објективне хоће и тада. На правцу другачијих размишљања за разлику од традиционалних схватања јесте и дефинисање кривице, као погрешног поступања (социјалног факта).

Dejan Pilipović*, MA

THE RE-EXAMINING OF THE BASIS OF CONTRACTUAL LIABILITY FOR DAMAGE: LEGAL THEORY AND LEGAL PRACTICE

Abstract

In this paper the author deals with the review of the basis of contractual liability for damages or legal nature of the liability for breach of contract, taking into account the current doctrinal heritage and the relevant legal practice. Why is someone responsible for damage? Although the legal literature points out that the debtor responds based on the presumed fault for breach of contract, construction of contractual liability under the provisions of the Law on Obligations (ZOO), especially in view of Article 263 ZOO, has made the question regarding the basis of contractual liability dubious, regardless of the fault degree referred to in Article 266 paragraph 2 of the ZOO. Based on the polemic principle, the paper discusses subjective and objective understanding of the basis of contractual liability, gives arguments for both stands as well as critical evaluation of certain attitudes with matching examples from legal practice. Although in the domestic legal literature and legal practice prevails subjective understanding of basis of contractual liability, the objective basis of liability for breach of contract is more and more in focus and that is why the recent views and subsequently reaffirmation institutes of contract law are presented, for example fault. The intention is to fully show the researched problem by analyzing it in a new and specific way through discussion, summarized and presented in a scientific manner, giving some conclusions and suggestions.

Key words: *basis of contractual liability, contractual liability for damages, the legal nature of the contractual liability, legal theory and jurisprudence*

* Bachelor of Laws, Master in Civil Law; Prentice at Basic Court in Prijedor.

ЛИТЕРАТУРА

Уџбеници, монографије, коментари и чланци:

1. Антић, Оливер. Облигационо право. Београд, 2011.
2. Апостоловић, Бранислава. „Накнада нематеријалне штете због повреде уговора“, Билтен судске праксе (уредник Ђура Томаш), Интермекс, Нови Сад, бр. 3/2011.
3. Ачански, Тодор. „Виша сила“, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада (уредник Обрад Станковић et al.), Том 3, Службени лист, Београд, 1978.
4. Бабић, Илија. Лексикон облигационог права. Београд, 2008.
5. Бикић, Абедин. Облигационо право, опћи дио, Сарајево, 2007.
6. Визнер, Борис. Коментар Закона о обвезним односима, друга књига. Загреб, 1978.
7. Водинелић, Владимир. Грађанско право: Увод у грађанско право и општи део грађанског права, Службени гласник, Београд, 2012.
8. Ђорђевић, Живомир. Коментар Закона о облигационим односима. (уредници Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић), Културни центар Горњи Милановац - Правни факултет Крагујевац, 1980.
9. Eisenberg, Melvin Aron. „The Principle of Hadley v. Baxendale“, California Law Review, бр. 80-3/1992.
10. Јакшић, Александар и Стојановић, Срђан. Елементи за једно уговорно право, Београд, 1995.
11. Јакшић, Стеван. Облигационо право, општи дио, Сарајево, 1953.
12. Јанковец, Ивица. Коментар Закона о облигационим односима (уредник Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд, 1995.
13. Јанковец, Ивица. Уговорна одговорност. Пословна политика, Београд, 1993.

14. Јовичић, Катарина. „Однос захтева за накнаду штете због повреде уговора о продаји робе са другим правним средствима повериоца”, Страни правни живот, бр. 1/2013.
15. Јовичић, Катарина. „Одређење појма неизвршења уговора, с освртом на неизвршење уговора о продаји робе“, Страни правни живот, бр. 1/2014.
16. Караникић Мирић, Марија. „Ограничења одговорности за штету у српском праву”. Анали Правног факултета, бр. 1/2012.
17. Караникић Мирић, Марија. Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
18. Караникић Мирић, Марија. Објективна одговорност за штету. Београд 2013.
19. Кларић, Петар и Ведриш, Мартин. Грађанско право, Загреб, 2008.
20. Константиновић, Михаило. Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969.
21. Митровић, Добросав. Коментар Закона о облигационим односима (уредници Благојевић, Борислав и Круљ, Врлета). Савремена администрација, Београд, 1980.
22. Момчиновић, Хрвоје. „Уговорна одговорност за штету“. Одговорност за штету, Инжињерски биро д.д., Загреб, 2006.
23. Мораит, Бранко. Облигационо право. Комесграфика, Бања Лука, 2010.
24. Орлић, Миодраг. „Есеј о кривици – у грађанском праву“, Правни живот, бр. 1-2/2009.
25. Перовић, Слободан. „Основ уговорне и деликтне одговорности“, Правни живот, бр. 3-4/2004.
26. Перовић, Слободан. „Стручно мишљење о нацрту Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске књ. I, Општи део, са стањем 28. јануара 2003.“, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/2003.

27. Пилиповић, Дејан. Уговорна одговорност за нематеријалну штету, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.
28. Радишић, Јаков. Облигационо право - општи део. Номос, Београд, 2004.
29. Ромац, Анте. Римско право. Народне новине, Загреб, 1987.
30. Remy, Philippe. „La 'responsabilite contractuelle': histoire d'un faux concept“, *Revue trimestrielle de droit civil*, бр. 2/1997.
31. Салма, Јожеф. „Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2011.
32. Салма, Јожеф. Облигационо право. Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2007.
33. Станојчић, Гордана. Актуелна судска пракса из облигационог права. Београд, 2006.
34. Стојчевић, Драгомир. Римско приватно право. Београд, 1978.
35. Тајић, Хасо и Симовић, Владимир. Закон о облигационим односима – четврт вијека судске праксе - избор судских одлука од 1980. до 2005, књига прва. Сарајево, 2006.
36. Treitel, Guenter Heinz. *The Law of Contract*. London, 1983.

Законски текстови:

1. *Аустријски грађански законик* (превео Драгољуб Аранђеловић), II издање, Просвета, Београд 1921.
2. *Грађански законик за Краљевину Србију*, фототипско издање са оригинала из 1939. године, Београд 1990.
3. *Закон о облигационим односима – ЗОО* („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља).
4. *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору* – ОИЗ, фототипско издање са оригинала из 1888. године, Обод, Цетиње 1980.

Судске одлуке:

1. Високи трговачки суд Републике Хрватске, Пж - 3547/93 од 29. 11. 1994. године, *Збирка рјешидби*, бр. 3/13.
2. Виши привредни суд Хрватске, Пж – 78/1887 од 09.01.1979. године.
3. Врховни суд Хрватске, Рев - 1654/80 од 27.11.1980. године, *Хрватска правна ревија*, бр. 10/2004.
4. Врховни суд Босне и Херцеговине, Пж. 397/87 од 24.03.1988. године, *Билтен Врховног суда Босне и Херцеговине*, бр. 2-30/1988.
5. Врховни суд Хрватске, II Рев – 96/86 од 06.11.1988. године, *Преглед судске праксе*, бр. 40/62.
6. Врховни суд Републике Хрватске, Рев. 2178/91 од 08.01.1992. године.
7. Врховни суд Републике Црне Горе, Рев - 35/95 од 26.04.1995. године, *Билтен Врховног суда Црне Горе* за 1995. годину.
8. Одлука Врховног суда Словеније, II Ипс. 15/85 од 07.03.1985. године.
9. Одлука Врховног суда Републике Хрватске, II Рев. 73/98 од 06.06.2000. године.
10. Одлука Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 2975/98, од 29. 5. 2002. године, *Избор одлука 1-15/2003 и Домаћа и страна судска пракса 1/2004*.
11. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2962/97 од 15.09.1997. године.