

„СКИЦА” МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

Први део овог прилога представља нешто скраћени чланак, објављен у часопису „Гледишта” (бр. 10 из 1969.), који на предлог Редакције дајем, придружујући се обележавању доношења Закона о облигацијама и одавању почаста једном професору, који је на све нас, посебно на правнике наше генерације, оставио неизбрисив утицај.

I

Једна од најважнијих и најчаснијих дужности правника је учествовање у стварању права. Та дужност данас у нашем систему права није само привилегија одабраних експерата чији је задатак да преточе вољу највиших органа у параграфе; она припада широком кругу лица, често и лаика, који учествују у оном што се назива нормативна делатност радних организација. На жалост, закашњавајући за потребама живота, што је општа одлика нашег школства, наставни програми правних факултета не предвиђају као посебну дисциплину методологију и технику стварања норми, иако о томе постоји знатна литература.⁽¹⁾

Кодификовање права је обично велики догађај у животу једног народа. Наполеон је свој Грађански законик сматрао делом достојним веће славе од победе у четрдесет битака. Овај законик заиста, заједно са аустријским, немачким, швајцарским грађански законима, чини камен темељац не само правне већ и културне историје. За Јустинијанов кодекс је речено да је највише читана, коментарисана и цитирана књига у историји науке, једно од најзначајнијих дела у историји европске цивилизације.⁽²⁾ Већ овде наилазимо на једну неправду — неправду у самим називима ових зборника. Јустинијанов *Codrus iuris civilis* носи

(1) Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, Paris, 1930; Savatier, *L'art de faire les lois — Bonaparte et le Code civile*, Paris, 1917; Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne*, чланак у „*Le Code civil, livre du centenaire*, t. II, Paris, 1904; Косовек, *Four principles of legislation*, *Studi filosofico-giuridici*, II, Milano, 1929. Од домаће литературе наводимо: Лукић, О неким проблемима кодификације, Архив, 1954/2; Поповић, Приручник о нормативним актима радних организација, Београд, 1968; Вуковић, Нормирање правних прописа, Загреб, 1966; Место и улога нормативне делатности радних организација у правном систему СФРЈ, материјали са симпозијума у Опатији, Београд, 1967.

(2) Предавање М. Казера на Универзитетском институту за европске студије, Торинио, 1961.

име императора који је наредио да се направи кодекс. Свакако да није за потцењивање визионарство владара који се одлучи на кодификовање, схватајући стварне или измишљене потребе времена. Али се Јустинијан није знојно дугих година рада над огромним зборником који носи његово име. У односу на Наполеонов кодекс, ова неправда је нешто мања, јер је први конзул и учествовао у раду законодавне комисије, при чему му се опрашта што није био ни на половини седница. Каже се како је био присутан „готово на половини седница законодавне Комисије”. Судбина стваралаца кодификација је да, радећи нешто што је и одговорно и тешко и значајно, остану анонимни. И заиста, ко, осим стручњака, зна за Трибонијана, Порталиса, Хубера? Изузетак је, можда, име Богишића, творца црногорског Имовинског законика, које ужива заслужену репутацију. Ова неправда само је део општег клањања науке политици, које је утолико мање разумљиво што је конципирано у перфекту и плусквамперфекту. Однос људи од духа и људи од моћи показује и случај Волтера који је позиван на дворе да би за обедом забављао владаре и принчеве својом оштром духовитошћу. Тај гигант XVIII века био је забављач људи који су, сем изузетака, били интелектуални пигмеји.

Већ више година или, још тачније, већ више деценија код нас се говори о потреби кодификације грађанског права. Још у старој Југославији постојао је „правни федерализам најгоре врсте”, јер је сваки део од кога је Краљевина СХС створена задржао своје пређашње право. А ти делови су били: две самосталне државе (Србија и Црна Гора), три покрајине из домена важења Аустријског грађанског законика, али свака са својим специфичним варијантама (Хрватска, Словенија са Далмацијом и Босна са Херцеговином) и Војводина, у којој је примењивано мађарско право. Црква је имала знатну надлежност у породичном праву, тако су муслимани могли имати више жена, а католици су се могли женити само једно женом без права на развод. Казанова из Земунa могао је избећи плаћање издржавања за ванбрачно дете ако би трамвајем прешао у Београд, где Србијански грађански законик забрањује истраживање ванбрачног очинства. Покушаја унификације је било, али они на нивоу законика нису никада приведени крају.

Федеративно уређење после ослобођења пружило је могућност за разумну комбинацију јединства и различитости у правном систему. У последњих двадесет и пет година развитак нашег права показао је динамику којој тешко да има равне. Због великих промена у нашем друштву, и традиционално стабилни делови правног поретка, као што је Устав, били су два или три пута из корена мењани. Стога се с правом оклевало у кодификовању грађанског права, а и данас има мишљења да је доношење цивилног кодекса преурањено. С друге стране, све је очигледније да је за суд и праксу неопходно нормативно регулисање имовинских односа на систематски начин. Препреку кодификацији имовинског права, поред динамике односа, представља и лутање наше теорије у неким основним питањима. Нарочито је велика подељеност цивилиста у гледању на институт социјалистичке својине. То ипак не

спречава да се облигационо право, тај „најтехничкији“ део права, кодификује. Професор Правног факултета у Београду Михаило Константиновић добно је год. 1960. задатак да направи преднацрт Закона о облигацијама. Он је одлучио да резултат свог рада објави као сопствени пројекат („Скицу“) законика о облигацијама и уговорима.

Михаило Константиновић је један од великана наше правне мисли који спаја велику ерудицију са ванредним педагошким способностима. Његова предавања се памте и подражавају. После дисертације из Римског права, објављене у Француској⁽²⁾ ово је његово најобимније дело. Његови чланци, којих није било много нити су велики по броју страница, расправљају неке кључне проблеме и права су мала ремек-дела правничке прозе.

Константиновић је имао знатног удела у нашем законодавству, нарочито породичном (Закон о браку, Закон о старатељству, Закон о односима родитеља и деце, Закон о усвојењу), Закон о наслеђивању, који је хваљен и у нашој и у страниј литератури, његово је дело. Закон о застарелости потраживања такође се може приписати њему: на седници Скупштине предлог овог закона је усвојен уз измену једне једине речи.

Скица за законик обухвата облигације не само класичног грађанскоправног домена (имовински односи грађана у промету) већ и оног што се назива послови привредног права. Такав је случај и са италијанским *Codice civile*, као и швајцарски Закоником о облигацијама. Преко хиљаду чланова подељено је на два дела: облигације, у коме је реч о настанку, дејству и престанку обавеза, и уговори, посвећен појединим пословима.

Законик је, према дефиницији, „потпун систем правних норми који регулише једну правну грану или једну област друштвених односа“. То је, дакле, систем, правни оквир за читаву област друштвених односа. Потребно је много времена, напора и знања да би се одгонетнуло све оно што је служило аутору као узор или као инспирација, да би се ушло у нити које везују његове делове, да би се наслутило учинак који би његова евентуална примена имала у пракси. Писати приказ значи располагати бар оноликим знањима којима аутор располаже иако је код нас чест случај да се приказ јавља као прво огледање у науци, да приказе пишу асистенти професорима, што је још горе — својим професорима. Такву оцену и коментар ова књига заслужује и вероватно ће је добити, јер су неки наши правни часописи покренули акцију у том смислу. (Нажалост, ово очекивање од пре десет година тек се сада, поводом ступања на снагу Закона о облигационим односима, остварило) Овде ћемо се ограничити на извесне утиске о самој скици и на размишљања која се односе на кодификацију нашег грађанског права уопште.

Оно што најпре пада у очи, то је језик овог зборника. Језик параграфа не мора да буде досадно сув, како се то обично мисли. Има,

(2) *Le periculum rei venditae en droit romain*, 1923.

додуше, и таквих текстова. Немачки BGB, писан у једно послереволюционарно време, поседује сву гламазну тежину и досадну прецизност параграфа које су писали експерти за експерте. Насупрот томе, Наполеонов законик, издавач револуције, има изванредно течну и разумљиву реченицу. Стендал је тврдио да је сваког јутра, пре но што би почео да пише, узимао Code Napoléon да би се инспирисао сажетошћу и лепотом фразе. И ова скица је један од текстова који се лако читају и разумеју. Наш познати ентузијаст за нарочито стваралаштво и крајпуташе, песник Бранко В. Радичевић, пун је хвале за њен језик. И поред те читљивости и питкости, осећа се да иза сваког става, чак и иза многих речи, стоји дуго размишљање, да су прсти аутора превртали и Вука, и Дачичића, и Богишића у потрази за најбољим и најизворнијим изразима. Како се једноставно и лепо може говорити о сложеним питањима, уз највећу могућу економију речи, нека послужи као пример чл. 168:

1. Правило је да се нико не може обогатити без основа на туђи рачун.

2. И по томе: Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан вратити га кад је то могуће, а иначе накнадити вредност постигнутих користи.

3. По истом општем правилу: Ко се неосновано користиовао туђим, дужан је накнадити вредност постигнутих користи.⁽⁴⁾

Константиновић је себи знатно отежао задатак држећи се два принципа: 1) у једном ставу може бити само једна реченица; 2) нигде нема упућивања на други члан или пропис. Заиста, неки законници су прави лавиринти због упућивања које је често вишеструко, јер се у параграфу на који се текст позива упућује даље на један или више других параграфа. Тако смо принуђени да листамо тамо и овамо, да памтимо делове мозаика који чини једно једино правило. Истих начела се аутор држао и у Закону о наслеђивању, али је овде њихова примена била много тежа јер је текст скице неколико пута већи.

Скица, поред тога, садржи много термилошких новина. У овом погледу се може упоредити са Богишићевим Закоником, само што је Богишић радио у време када је требало наћи у народном језику термине или их створити у духу језика. Његов стваралачки замах имао је пред собом неограђено поље одсуства устаљене правне терминологије. Скица, међутим, затиче називе који су укоренили те је потребна знатно већа смелост да би се у њих дирало. Поклон је замењен одређеним и лепшим називом дар (поклон може асоцирати и на поклоњење); уместо двосмисленог послуга (кућна послуга, нпр., и послуга у смислу римског *commodatum*-а) налазимо посуда или наруч; уместо туђице кооперација — сарадња у пољопривреди. Турцизам ортаклук замењен је изразом привредно удружење грађана, а ортак се назива удруженик.

(4) Нажалост, у коначној верзији Закона ове одредбе су замењене другим, ни из далека толико лепим.

Последње може послужити као илустрација како је понекад тешко наћи прави назив. У Хрватској се употребљава удруга. Доситеј је писао: „Орао и лисица учинили су међу собом дружество.“ Тридесет година касније исправио је то место: „...договре се и согласе“. Међутим, Вук је био другачијег мишљења: „Србин би рекао удруже се, здруже се“ (Српске народне приповијетке, Бгд., 1969, стр. 10). Израз привредно удружење грађана изгледа нам најближи овом Вуковом „удруже се“. Међу терминолошке новине можемо убројити и уговорник, сауговорник. Поред тога што боље звуче, чини се да боље одговарају суштини, јер уобичајени називи уговарач, сауговорац асоцирају на трајну или учесталу функцију. Сличног је карактера и назив осигурач употребљен уместо осигуравајући завод. Осигуравајући завод је комбинација једног русизма — завод и глаголског придева изведеног из трајног облика (осигуравати). Уговор је о осигурању, не о осигуравању, а теоријски је могуће да се као његова странка, која прима премију осигурања, јави и неко други осим завода. На претресању скице било је примедби да се овај назив употребљава за означавање других ствари (електрични осигурач), што нам се не чини довољно оправданим разлогом.

Пред нарочитим тешкоћама налазио се аутор када је требало наћи реч за ознаку ситуације у којој је и власник у традиционалном смислу и титулар тзв. права коришћења, какво је предузеће које има нека овлашћења над средствима у друштвеној својини. Суштину ових овлашћења наша теорија још није дефинитивно одредила и аутор је срећно избегао контроверзе позајмивши једну реч из Божишићевог Законика — имаоник. Имаоник би, према томе, био грађанскоправни сопственик и титулар социјалистичког права својине. Неки изрази су преузети са других говорних подручја: обвеза (уместо уобичајеног обавеза), страна уговорница, уместо странка. Тиме је у извесном смислу остварено приближавање српске и хрватске правне терминологије. Није се инсистирало на лингвистичком пуританизму и народном термину по сваку цену. Неки страни називи су задржани: комисион, агенција, ревизија, ликвидација, stare del credere итд. Настојало се на концизном и јасном изражавању. То се види већ из наслова појединих одељака. Уместо гломазног „уговор о купопродаји“, наслеђеног из пандектистике (*emptio-venditio*), налазимо једноставно „продаја“.

Једна од основних особина скице је тежња да се обезбеди еквивалентност престација. Између начела: *pacta sunt servanda*, на једној страни, и правичности у односима између странака, често је ово друго односило превагу. Навешћемо само неколико примера. Кооперанти у пољопривреди могу тражити ревизију уговора ако дође до знатнијег повећања цене пољопривредних производа. Ово је само једна конкретизација принципа да се уговори могу раскинути или изменити због промењених околности (*clausula rebus sic stantibus*) садржаног у ст. 103. и 104. Сличног је карактера и право закупца земљишта за обрађивање да захтева смањење закупнине када је због временских неприлика: мраза, града, суше, поплаве и сл. смањен принос за више од једне четвр-

тине (чл. 543). Занимљиво је да слично правило постоји још у римском праву, где је такође закупца могао да тражи смањење закупнине због слабе жетве. Суд је уопште добио широко овлашћење да интервенише у име правичности. До сада је таква могућност постојала једино за несразмерну уговорну казну, што закон предвиђа, и за капару, што је дело судске праксе. Скица ово правило проширује на низ нових случајева — видети чл. 664, 787, 829, 950, 955. и друге. То су толико велика овлашћења да им тешко има равних у упоредном законодавству. Англосаксонски систем, у коме иначе суд има велику улогу у стварању права, познаје доста скучен и још недовољно уобличен појам *economic distress* (у слободном преводу: економска принуда). Француски судови су одиграли велику улогу у прилагођавању Наполеоновог законика новим потребама. И у швајцарском праву стваралачка улога суда и могућност интервенције су широко постављене. Скица се, међутим, не задржава на уопштеним формулацијама, већ предвиђа низ конкретних овлашћења.

Настојање да се спречи искоришћавање другог види се и у томе што је прихваћен и институт неоснованог обогаћења и *actio de in rem verso* (чл. 168). Теоријски веома занимљив и често расправљан принцип неоснованог обогаћења у пракси заузима далеко скромније место од оног које има у науци. Он се ипак примењује а у послератној судској пракси био је један од основних метода за регулацију права на обештећење жене из ванбрачне заједнице.

Скица напушта један анахронизам који се састоји у реалној форми уговора. Принцип да је уговор закључен тек када је предмет уговора предат, последица је прве санкције ове категорије контраката, засноване на неоснованом обогаћењу. Кондикција се може употребити само ако је ствар прешла у имовину дужника. Овај нацрт законика се определио за консенсуални облик и код традиционално реалних уговора: зајма, послуге, оставе, на сличан начин на који то чини Швајцарски законик о облигацијама. Међутим, и поред опредељивања за једноставност и неформализам, у случају осигурања предвиђен је писмени облик уговора, иако се у пракси ови уговори закључују простим споразумом. Вероватно се у овом случају аутор приклонио потреби да само закључење уговора и његова садржина буду извесни и поуздани.

Појмови случај и виша сила спојени су у један: случај више силе. Овакво спајање је и оправдано. Теорија доста јасно разликује ова два појма, али их је готово немогуће у животу разлучити, а правне последице су готово исте.

Могле би се набројати и друге особености овог зборника које се већ и површним прегледом запажају, али ћемо их оставити по страни.

Каква је вредност појединих решења, какав значај има ова књига у целици за нашу правну науку и праксу? Већ на почетку изразили смо сумњу да се на та питања овде може поуздано одговорити. Ипак ћемо указати на околност која је несумњиво значајна. Познато је колики је број питања о којима нема позитивноправних прописа, нарочито из домена облигационог права. Према казивању неких колега-судија, у оваквим случајевима судови су почели да консултују скицу и да

примењују њена решења. Колико нам је познато, једино су римски правници класичног периода, и то само одабрани, имали привилегију да њихове књиге имају снагу закона. Ако саме судије, а то су они којима је законик у првом реду намењен, примењују одредбе једног приватног пројекта зборника, то је велико признање њеном аутору и сатисфакција за неспоразуме које је можда имао на другој страни и због којих је, вероватно, и одлучио да свој рад за законодавне органе објави на начин како је то учинио.

Посебно је питање колико ће овај зборник имати утицаја на будући тзв. цивилни кодекс. Одговор на ово питање још је низвеснији, јер то зависи не само од унутрашњих својстава и квалитета скице већ и од других околности. У првом реду од тога која ће концепција кодификације преовладати.

Садашњи наш тренутак карактерише велики број недоумица које се односе на грађански законик. Најпре она основна — да ли уопште постоје сазрели услови за кодификацију или треба још причекати? Затим, да ли један јединствени кодекс или неколико посебних зборника? О тим и о другим питањима веома се живо у последње време расправља на скуповима и у часописима. Иако су то значајна питања, чини нам се да је основни проблем ипак на другој страни. Он се састоји у односу према устаљеним категоријама грађанског права. Једна група правника, додуше мања, али утицајна, тврди да наш цивилни кодекс треба да буде плод новог самоуправног друштва, у коме ће сва оригиналност наших облика управљања привредом и расподеле добара наћи одговарајуће место. Нарочито се инсистира на томе да право радника на плодове рада мора прожимати све односе и читав цивилни кодекс. Већини цивилиста, која сматра да наш грађанскоправни систем не може бити да се удаљи од традиционалних института, замера се да су конзервативни, оптерећени категоријама римског права и да не воде рачуна о нашој стварности и њеним потребама, које се не могу задовољити застарелим шаблонима.

У свакој револуцији присутна је тежња да се раскине са прошлошћу, да се све изнова почне. Нису ли Французи покушали да уведу ново рачунање времена и да постојеће називе месеци замене други (*fruktidor, brimer, tergidor* итд.). У нечему се и успело — метар и децимални систем мера пример су за то. Тако је било повике и на рамско право и пандектистичку традицију, која је ишла од Молијеровог исмевања правника који муцајући рецитију Папинијана и Помпонија до мишљења неких цивилиста да би се требало ослободити наслеђа прошлости и створити нешто заиста ново. Приликом редакције Наполеоновог законика, победила је умерена линија. Редактори овог кодекса су рекли да се не може олако одбацити римско право које је „цивилизovalo Европу“ и да „већина оних који осуђују римско право онолико огорчено колико и олако, грде оно што не познају“. (4) Наравно да је и Декларација

(4) Le Code civile, livre du centenaire, I, Paris, 1904, стр. 13.

права човека и грађанина дала боју овој кодификацији, али је добар њен део, нарочито онај „техничког“ карактера, био заснован на традицији.

Између буржоаске и социјалистичке револуције постоји једна значајна разлика. Револуција грађанског сталежа је обично завршни чин једног процеса чији је корен у привреди, она уклања политичко здање феудализма и ствара ново које ће одговарати економским односима који највећим делом већ постоје. Насупрот томе, бар у досадашњем току историје, социјализам је ишао управо обрнутим путем — није се из економије стварала политика, него је пролетаријат најпре тријумфовао у освајању власти а затим путем ње прелазио на експроприсање експропријатора и стварање нових својинских односа. При оваквом реду ствари, закони, као акти власти, постају инструмент за преображај друштва. Законодавци, слично филозофима Платонове идеалне државе, постају немари новог друштва у складу са постулатима једне теорије и идеологије. Ипак, уколико је ово тачно када се има у виду један период непосредно после револуције, касније закони постају све мање „стваралачки“, а и у то рано револуционарно време, њихова моћ није апсолутна. Приликом редакције Грађанског кодекса РСФСР из 1922. комисија је добила изричито задатак да „је нужно енергично се борити против покушаја примене принципа римског права на својске односе совјетске државе“. Показало се да је овакву директиву било лакше дати него спровести у дело. Када је био завршен, Кодекс је садржао велики број традиционалних грађанскоправних института. Нови Грађански законик из 1964. год., после педесет година постојања совјетске државе и напора које је уложила правна наука, још у већој мери усваја оне уставне које већ две хиљаде година постоје и регулишу имовинске односе везане за коришћење добара и њихов промет.

Слична настојања да се раскине са традицијом постоје и код нас.⁽⁵⁾ Нема сумње да неки институти, у првом реду својина, треба и морају да носе печат југословенског самоуправног друштва. Поред института који су везани за суштину и карактер једног друштва, правни систем познаје и многа тзв. техничка правила. Техника уопште, иако су друштвени оквири различити, има неке универзалистичке црте. Начин узимања отисака прстију у Москви вероватно се не разликује од оног у Вашингтону. Тако је и са правом. Облигационо право је најтехничкији део права. И поред тога што је римско друштво било робовласничко, римско облигационо право је могло да се примењује и у феудалној Византији и у средњовековној Италији и у буржоаским државама зато што оно регулише односе слободних људи у промету добара. Класично облигационо право није право ни робовласника, ни феудалаца, ни капиталиста, већ је право промета. Један продавац, без обзира на то да ли живи од рада робова, или је презадужени племић, или фабрикант, или социјалистичко предузеће, има одређену улогу у

(5) Саветовање о основним начелима цивилног кодекса, одржано 7, 8 и 9. маја 1969. Стенографске белешке (реч Л. Гершковића, Б. Благојевића).

промету, одређена права и обавезе. Разлике у овом домену могу постојати, али су оне пре последица историје и амбијента него што су везане за друштвено-економски систем. Вероватно да је већа разлика између англосаксонског и италијанског грађанског права него између мађарског и италијанског.

Начин на који неки чланови наших највиших законодавних тела говоре о грађанском законнику наводи на закључак да они у њему виде друго име за устав.

Против овакве концепције наведено је доста аргумената.⁽⁶⁾ Најјачи је свакако овај: ма колико биле јасне премисе оваквог поимања цивилног кодекса, заступници његови остају крајње нејасни када треба дати конкретна решења.

Можда би било добро да на крају чујемо један савет историје, а историја је често била учитељица живота (*magistra vitae*). У сличној ситуацији када је требало приступити кодификацији грађанског законика, Наполеон је рекао: „Завршили смо роман револуције; треба да започнемо њену историју, да видимо шта је реално и могуће у примени принципа, а не шта је спекулативно и хипотетично. Следи данас неки други пут значило би филозофирати, а не владати.“⁽⁷⁾

* *
*

Горњи редови написани су пре једне деценије. Данас, када после толико година труда и после четири варијанти нацрта коначно имамо текст Закона о облигацијама, као природно намеће се упоређење *скице* са *Законом*, а самим тим и оцена доприноса М. Константиновића овом значајном кодификаторском подухвату. Наравно, да би се подробно ушло у све сличности и разлике два законска текста, а нарочито да би се упоредила и оценила сва одступања, у једном законском тексту од преко хиљаду чланова, потребан је напор и обим једног магистарског или докторског рада. Овде су изнети само неки утишци.

Од иницијативе за израду нацрта, тачније преднацрта Закона о облигацијама, коју су дали Цемал Биједић, Јосип Хрнчевић и Никола Срзентић, прошло је деветнаест година. Најпре је посао поверен професору Константиновићу, који је, с прекидима, радио на овом пројекту до 1968. године. *Скица за законик о облигацијама* објављена је 1969. године, када је и написан први део овог прилога, као њен приказ. После тога је рад на пројекту преузела једна комисија (Поткомисија Заједничке комисије свих већа Савезне скупштине).

Поткомисија је објавила неколико варијанти нацрта закона: прва, из 1974. била је најобимнија, имала је 1120 чланова, друга, из априла

⁽⁶⁾ Видети нарочито реферате и дискусију на поменутом саветовању: М. Бартоша, Ж. Борђевића, Д. Стојановића.

⁽⁷⁾ *Le Code civil du centenaire*, I, стр. XXVII.

1976. 1033 члана (и 53 додата који су се односили на банкарске послове), из септембра исте године — 1108, да би у коначној верзији обим износио 1109 чланова. Већ из ових података се може наслутити колико је било напорног рада, колико разлика у ставовима и колебања. У току рада су повремено тражена мишљења од појединаца и институција.

Важна околност која, је утицала на рад Поткомисије и која је наметнула неке разлике у односу на *скицу*, представља доношење новог Устава и Закона о удруженом раду. Већ су Амандмани одузели савезним органима право на доношење тзв. цивилног кодекса. То је налагало решавање у самом *Закону о облигацијама* неких општијих питања за које се првобитно мислило да ће бити обухваћена цивилним кодексом.

Промена неких елемената нашег уставног поретка, нова подела надлежности између федерације и република, довели су до знатних одступања у односу на *скицу*.

Закон о удруженом раду је у више погледа утицао на Закон о облигационим односима.⁽⁶⁾ Два закона чине целину, нека питања која улазе у шире подручје облигационих односа решава или додирује Закон о удруженом раду, а термилошке и друге новине овог Закона преузео је и Закон о облигационим односима.

Када је *скица* била завршена и поднета Савезној скупштини, прва реакција неких чланова надлежне законодавне комисије, судећи према стенографским белешкама, била су да је то добар законодавни текст, али сувише „класичан“, да недовољно одражава неке специфичности нашег политичког и правног система. Вероватно је ова процена у великој мери утицала на рад Поткомисије, односно радне групе и да је дала печат ставу према *скици*.

Ако пођемо од поменутих околности: од промене у нашем уставном поретку, доношења нових решења неких проблема који су основни у нашем правном систему, као и незадовољства дела комисије неким ставовима *скице*, можемо очекивати велике разлике између прве верзије, коју је дао професор Константиновић, и коначног текста *Закона о облигационим односима*. Поготову ако се узме у обзир протек од десет година у једном друштву које спада међу најдинамичније у свету. Међутим, Поткомисија, касније Група за израду овог закона, иако у неким варијантама нацрта није помињала име Михаила Константиновића,⁽⁷⁾ пошла је од *скице*, чак бисмо рекли да је изблиза пратила њен текст, тако да већина промена делује као енклаве, као глосе. Вероватно да однос свих чланова није био исти (било је чак мишљења да *скицу* треба напустити и направити сасвим нови текст), али у целини гледано, став комисије је у знаку једног хипокритског компромиса два опречна става: она је пошла од *скице*, али је истовремено, како нам се чини,

⁽⁶⁾ Закон о облигационим односима, издање Службеног листа, Београд, 1978., стр. 9 — 12 (предговор С. Перовића).

⁽⁷⁾ У варијанти од јула 1974. последњи пасус уводних напомена тврди да се радило „на основу познате Скице ред. професора универзитета др Михаила Константиновића“, а сличну формулацију садржи и први пасус варијанте из априла 1976.: „на основу скице проф. Константиновића“.

настојала да се што више удаљи од ње. Тако је настао један хибридни законски текст, који већ називима појединих уговора одаје двострукост ауторства, у коме има неусклађених решења, у коме се одступање од првобитног нацрта често огледа у небитним терминолошким иновацијама. Дешавало се да Комисија измени неко правило које је садржала скица, али остави неизмењено друго правило, које је за ово органски везано.

* *
*
* *

И поред свих промена, оправданих или неоправданих, крајњи резултат садржи бар половину текста скице, а и у члановима који се разликују често су решења иста, али су нешто другачије формулисана. Ове разлике и новине можемо поделити у три групе: неопходне, прихватљиве и оне треће, које нам се не чини ни неопходним ни прихватљивим.

У *неопходне измене* спадају у првом реду оне које непосредно проистичу из новог Устава. Члан 281. став 1. тачка 4 Устава даје овлашћење да „федерација преко савезних органа уређује основе облигационих односа (општи део облигација) и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга“. Тиме што је укинута право федерације да доноси грађански законик (цивилни кодекс) и што је надлежност у области облигационог права сужена на општи део облигација и на послове везане за промет робе и услуга, знатно је измењена концепција Закона о облигационим односима. Она је углавном сужена на послове промета, али у извесном смислу и проширена, јер је требало обухватити неке елементе за које се мислило да ће наћи места у грађанском законикју. Тако се, примера ради, у Закону говори о услову и року (чл. 75 — 78), о манама воље (чл. 60 — 66).

Важну новину представља одељак који носи назив: „Основна начела“ (чл. 1 — 25). Таква једна новина у складу је са неким тенденцијама нашег законодавства. Извесна општа начела садржала је и скица, али их овде има знатно више. Она могу представљати неки општи путоказ за понашање странака у промету или корисну допуну посебних правила, нарочито приликом тумачења Закона.

Будући да њихово регулисање није више у надлежности федерације, већ је препуштено републикама, из Закона су изостављене одредбе које говоре о поклону (дару), посуди (наручу), привредном удружењу грађана (ортаклуку), сарадњи у пољопривреди, уговору о доживотном издржавању, доживотној ренти и опклади.

Постоје измене и допуне које су *корисне или прихватљиве*. Овде спада један број нових уговора, за које је скица сматрала да спадају у неке шире оквире (нпр. уговор о делу). То су уговор о лиценци, који је заиста у последњој деценији постао чест и важан посао, затим уговор о грађењу, уговор о контроли робе и услуга. Полазећи од све већег значаја коју добија туризам у нашој привреди, и у жељи да Закону у већој мери да посебна, југословенска обележја, Комисија и Скупштина

су чак три главе посветили пословима везаним за ову врсту делатности: главу 24. (о организовању путовања); 25. — посреднички уговор о путовању, и 26. — уговор о ангажовању угоститељских капацитета. Око последњих глава, које говоре о банкарским пословима, као да је било колебања. У неким нацртима, нпр. оном из априла 1976., ови послови су додати као прилог, уз напомену да је то илустрација могућег регулисања ове материје. Сада они чине главу 32., 33., 34., 35., 36., 37. и 38. Закона.

* *
*

Да укажемо на нека одступања од скице у којима не видимо неко побољшање.

Пођимо од терминологије, иако то, наравно, није ствар од превасходне важности. Скица је предвиђала законик о облигацијама, а изгласан је Закон о облигационим односима. Већ у наслову двоструко одступање. Нису нам познати разлози због којих наши законодавни експерти примењују скромни назив закона на текстове који и по обиму и по значају не могу бити друго до „правни акти којим се на исцрпан начин регулише читава област друштвених односа“, односно законик, кодификација. Радна група за овај текст готово редовно у уводним објашњењима говори о „кодификацији нашег облигационог права“ (Нацрт из 1974.), тај „закон“ има преко хиљаду чланова — све то наводн на закључак да је реч о кодексу, о законнику. Тиме се, додуше, остварује терминолошка доследност, јер је и кодификација удруженог рада такође „закон“. Могући разлог лежи и у првобитној концепцији по којој је требало донети један „цивилни кодекс“ у оквиру кога би постојали поједини закони.

Разлика је и у другом делу назива. „Облигациони односи“ уместо „облигације“ је израз који је више у складу са једном тенденцијом опширности и стилске расплинутости која се, нажалост, може запазити у нашој законодавној техници. Можда се желело рећи да Закон обухвата комплексне односе у којима су облигације само један елемент, али овакав назив звучи плеонастички, јер се и сама облигација дефинише као однос: правни однос између две странке, од којих једна ита. Као што плеонистички делују називи „Пословник о раду...“, јер је у дефиницији пословника већ садржано да је то „правилник о раду“. Довољно је „Пословник Скупштине“ или „Пословник Савета“ ита.

Постоји још једна формална разлика. Док скица има следеће називе за веће и мање целине: *део, одељак, глава, одсек, Закон* се служи нешто другачијим називима: *део, глава, одељак, одсек*. Како видимо, замењено је место другом и трећем називу. Да ли је *одељак* термин вишег ранга од *главе*, тј. да ли постоје одељци који се даље деле на главе или је обрнуто — то је у извесном смислу ствар конвенције. Па ипак, ако се пошло од једног преднацрта, не видим неки разлог за ову промену, осим оног двоструког односа према скици, о коме је напред било речи.

Иначе, у погледу форме Закон се држао неких начела које је професор Константиновић спровео не само у скици, него и у неким другим законодавним пројектима на којима је радио. И овде сваки члан има свој назив, сваки став углавном садржи једну реченицу, нема упућивања на други члан. Ако је већ усвојен један добар принцип, а то је: нема упућивања на други део Закона, штета што је учињено једно одступање, које није било неопходно: у чл. 54, који говори о уговорима правног лица, у ставу два упућује се на став 1 (!).

Неке термилошке новине скице су усвојене. Уговор је о продаји, а не купопродаји (глава 7.), путници су трговински, а не трговачки (члан 75 скице и члан 97 Закона), што је свакако оправдано, јер припадају трговини, а не трговцима. Нису прихваћени: *обвеза* (уместо обавеза), *уговорник* (уместо уговарач). Назив који употребљава скица: *опозивање дужникових правних послова* замењен је са *побијање дужникових радњи*. Редакторима се исто тако више допало: *пословодство без налога*, које, додуше и скица алтернативно ставља у заграду, али даје предност називу: *незвано вршење туђих послова*. *Пословодство* је ружна и неадекватна реч, али је *вршење* германизам који је доста чест у нас. Можда би: *незвано обављање туђих послова* највише одговарало. Ако водимо рачуна о традицији, назив који употребљава скица се чешће среће од *пословодства без налога*.

Постоји још једно значајно одступање Закона од скице у погледу назива. Скица је сваки одељак именовала врстом посла о коме је реч, испуштајући оно традиционално: *уговор о...* Једино се код уговора о делу одустало од овога, јер је аутор, по свој прилици, осећао да ће само једна реч: *дело* звучати чудно и неодређено, што није случај са продајом, зајмом, оставом и другим трансакцијама. Коначни текст Закона о *облигационим односима* је оставио овакве, скраћене називе за све уговоре које је преузео из скице, пропуштајући да усагласи термилошки и називе за оне послове које је додао, тако да на једној страни имамо: продају, зајам, оставу, закуп, налог, комисион, а на другој: уговор о грађењу, уговор о лиценци, уговор о трговинском заступању, уговор о контроли робе и услуга. Тиме је разбијена једнообразност једне концепције, која је за похвалу, а осим тога откривена двострукост извора овог законског текста. Редактори су иначе настојали да термилошки и стилски усагласе нове делове са оним што је преузето из скице, али им је овај „шав“, који спаја две целине, промакао.

* * *

*

Сваки закон, па и онај који је мањег обима од овог, представља један систем чији су поједини делови вишеструко међусобно повезани. Опште одредбе дају оквир и допуњују оне из посебног дела, прописи о камати чине интегрални део одељка о зајму. Преузевши један део скице и додајући му нове чланове, редактори су некад губили ово из вида тако да су неки прописи остали неусаглашени. Тако члан 29 прави

разлику између дозволе и одобрења на тај начин што сагласност која се даје пре закључења посла назива дозволом, а ону накнаду — одобрење. То као да заборављају чланови 57 и 58 који за претходно дату сагласност употребљавају назив одобрење, иако је, према чл. 29 требало да стоји: дозвола.

Постоји исто тако несклад између члана 538 и 479.

У скици је у члану 407 било предвиђено када ће се сматрати да ствар има недостатке, с тим што се различито поступало када се ради о уговорима у привреди. Тај члан је чинио целину са чланом 479. Комисија је изменила и скратила члан 407 (који чини чл. 479 Закона о облигационим односима), али је пропустила да изврши одговарајућу измену у члану 479. скице, него га је целог преузела у члан 538 Закона, иако је став 1. тог члана требало брисати, јер се не слаже са изменама и скраћеницама у члану 407 скице.

Члан 158 Закона дефинише кривицу: „Кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом”. Таква дефиниција није довољна ни прецизна. Иако је то субјективна одговорност, у грађанском праву, за разлику од кривичног, појам кривице је објективно обоејн. Не улази се у интимни свет учиниоца, не испитују се трауме из младости, комплекс и сл., већ се полази од неких стандарда, модела понашања са којима се упоређује понашање штетника. Тај модел може бити и само понашање штетника у некој другој ситуацији, нпр. када обавља сопствени посао, његов однос према сопственим стварима (culpa levis in concreto). Стога је боља дефиниција коју даје скица у члану 127: „При просуђивању да ли је лице које је проузроковало штету криво или не, то јест да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло очекивати у датим околностима.”

Међу новине спадају и чланови од 74. до 78. Редактори су, као што је напоменуто, настојали да сачувају језгровитост и друге особине стила, како би додани делови у том погледу чинили јединство са осталим текстом. Добрим делом они су то и успели. Међутим, члан 74, став 1 гласи: „Уговор је закључен под условом ако његов настајак или престанај зависи од неизвесне чињенице”. Да ли због тежње ка концизности или из неког другог разлога, овде је испуштен битан елемент дефиниције услова као „будуће неизвесне околности.”

Исто тако је нов део који говори о манама воље. Нова концепција Закона и другачија подела надлежности између република и савезних органа оправдавају уношење ових чланова. Али је њихово место одмах иза чланова који говоре о сагласности воља, а не иза одредаба о предмету, основу и способности. Овако је остављен као целина део преузет из скице, па су додати одељци о манама воље, а нешто даље, о услову и року.

У члану 107 Закона, после првог става, који одговара члану 80 скице, комисија је додала један нови став, који гласи: „Ако је забрана била мањег значаја, а уговор је извршен, забрана се не може истицати.” Чини се да је реч забрана сувише категорична, да има императивни

карактер тако да није никако у складу са неким неважним, мање значајним стварима. Какав би то посао био који би законодавац истовремено и забрањивао, а ипак, ако је извршен, и толеришао?

Од члана 234. до 261. Закон говори о хартијама од вредности као једном облику једностране изјаве воље. Емисија хартија на доносиоца представља случај настанка обавезе једностраном изјавом воље, али не и издавање хартија на име или по наредби, те им није било места у овом одељку.

Члан 428 Закона преузео је текст члана 351 скице уз додавање једне речи (потраживања) која више смета и збуњује, него што доприноси бољем разумевању текста. Упоредимо:

„Отпуштањем дуга и новацијом између дужника и једног повериоца смањује се солидарна обвеза за онолико колико износи део тог повериоца“ стоји у члану 351 скице.

„Отпуштањем дуга и преновом између дужника и једног повериоца смањује се солидарна обвеза за онолико колико износи део тог потраживања повериоца“ — коригује горњи текст Закон.

У члану 519 вероватно се поткрала грешка, те стоји: „Преузимање ствари се састоји у преузимању потребних радњи...“ Очигледно је реч о *предузимању*, а не *преузимању*.

Редактори су из неких разлога, који нису довољно јасни, сажели три става члана 331 скице у два става члана 410 Закона о облигацијама. У ствари, очи су изоставили други став који говори о престанку обавезе код факултативних облигација када предмет постане немогућ због догађаја за који дужник не одговара. Ипак им се, вероватно техничком омашком у трећем ставу, који говори о немогућности извршења због кривце дужника, поткрало оно „не“ из другог става, тако да он сада гласи: „Кад предмет обавезе постане немогућ услед догађаја за који дужник не одговара...“ А треба: дужник одговара. Заиста крупна погрешка која може задати невоља и теорији и пракси.

Закон је наслов осмог одсека прве главе скратио тако да он сада гласи: *Општи услови уговора*, иако није реч у уговорима уопште, него о формуларним уговорима, што *скица* јасно одређује. Већ у првом члану овог одсека Закон говори о општим условима садржаним у „формалном“ уговору, а требало је рећи: *формуларном уговору*.

* * *

Можда су повод — одавање почasti аутору *скице*, поштовање које према њему осећамо, дали опорији, критичнији тон овом прилогу. Сам угао гледања: упоређење *скице* и *Закона о облигационим односима* намегао је више трагање за манама, него изношење врлина, којих несумњиво има. Као што су и неки недостаци готово неизбежни у тако обимном кодификаторском делу, које ће ипак означити крај неизвесности и несрећности у једном важном домену правних, самим тим и људских односа.

др Обрад Станојевић

РЕЗЮМЕ

„Проект” Михаила Константиновича

Первая часть статьи представляет собой несколько сокращенный перечень — разбор проекта Кодекса об облигациях, который десять лет тому назад объявил Михаил Константинович, в настоящее время профессор Юридического факультета на пенсии. В ней особое признание отдается автору, так как он учел все современные тенденции в облигационном законе, дал изложение на ясном и точном языке с очень солидной законодательной техникой так, что — к примеру сказать — в каждом положении содержится одно предложение, любая статья имеет свое название и нет ссылок к другим предписаниям.

Вторая часть посвящена анализу Закона об облигационных отношениях и в первую очередь влиянию проекта Константиновича на окончательный текст Закона, сопоставлению тех решений, которые между собой отличаются, к тому же констатируется, что необходимо было совершить некоторые изменения в связи с тем, что в это время произошли ограничение компетенций федерации и перенос солидной части договоров в компетенции республик (подарки, обслуживающий персонал, договор о пожизненном содержании и другие).

С другой стороны, из-за отказа от принятия Гражданского кодекса Закон включил в свои статьи и регулировку некоторых общих вопросов как н.п.р. условие, срок, недействительные правовые дела и общие начала югославского облигационного закона.

В то время как для одного числа перемен (общий объем перемен не превышает 50%) можно найти оправдание, то о некоторых других существует мышление, что они являются лишними или что даже ухудшают первобытный текст. Так на пр. нет согласования в терминологии — для дел, перенятых из проекта употребляются сокращенные понятия — продажа, заем и т.д. а для тех, которые позднее прибавили — договор о строительстве, договор о лицензии, и т.д. Комиссия совершила некоторые изменения (на пр. отклонила различное делопроизводство при недостатках предмета в договорах между гражданами и теми, которые заключаются в хозяйстве), но кое-где не согласовала и другие статьи, органически связанные с этим предписанием. Также можно сделать упрек и дефинициям некоторых понятий (условие, вина, одобрение), для которых проект дал, как считает автор, лучшие решения.

Но несмотря на эти недостатки, неизбежные при такой объемной кодификационной работе (которую автор скромно и неадекватно называет законом) это значительный вклад в наше законодательство, отклоняющий одну большую пустоту в наших предписаниях.

A SUMMARY

The „Sketch“ of Mihailo Konstantinović

The first part of the article represents a slightly shortened review of the Law on obligations which was published by Mihailo Konstantinović some ten years ago; he is a retired professor of the Law Faculty. Due respect has been paid to the author Konstantinović for his taking into account the new tendencies in obligation law, because of the clear and concise language he used, and has very good legislative technique, so that, for example, each paragraph contains one sentence, each article has a title, there is no reference to another provision et...

The second part is devoted to an analysis of the Law on Obligation Relations, primarily to the impact of the project of professor Konstantinović on the final text of the Law, the comparison of the solutions which differ among one another. It has been asserted that a number of alterations were necessary, among other reasons because there has been a narrowing down of the competence of the federation whereby a number of contracts have been transmitted (handed don) to the socialist republics (gift, use, contract of lifelong support etc.). On the other hand, since the passing of the Civil Code has been abandoned, the Law has incorporated the regulative provisions on some general questions in its articles, such as conditions, validity in valid legal business operations, and finally some general principles of Yugoslav obligation law.

While there is justifiable reason for a number of amendments (not exceeding 50%), it is considered that some others are superfluous or what is even more, a deterioration of the initial text. The terminology is inconsistent — for certain business activities taken over from the draft, an abbreviated form is used — such as sale, loan etc.; and for the added terms: *contract* of construction, *contract* of licence etc... The committee has made some amendments (such as elimination of differences of procedure for defects of goods under contracts between citizens and the ones concluded between commercial enterprises), but has omitted to bring into accord other articles, organically related to that article. Objections can also be made to the definitions of some concepts (condition, guilt, permission) for which the draft has provided, in the author's opinion, better solutions.

In spite of all these deficiencies, which are unavoidable in the realisation of such a huge work of codification (which the legislator modestly and inadequately calls *law*), this is a significant contribution to our legislature, eliminating a large emptiness in our law.

RÉSUMÉ

„L'esquisse" de Mihailo Konstantinović

La première partie de l'article représente un compte rendu abrégé de l'esquisse du Code des obligations, publié il y a dix ans par Mihailo Konstantinović, professeur à la Faculté de droit, actuellement en retraite. Dans cet article l'hommage est rendu à l'auteur pour avoir pris en considération les tendances contemporaines dans le droit des obligations, pour la clarté et la concision de son langage, l'excellente technique législative, de sorte que, à titre d'exemple, dans chaque alinéa est contenue une phrase, chaque article porte un nom, il n'y a pas de références à une autre prescription.

La deuxième partie est consacrée à l'analyse de la Loi relative aux rapports d'obligation, et en premier lieu à l'influence du projet de Konstantinović sur le texte définitif de la Loi, à la comparaison entre les solutions qui diffèrent. Il a été constaté qu'un certain nombre de changements était indispensable, entre autres, parce qu'il en est résulté que la compétence de la fédération a perdu son ampleur, par suite de quoi une grande partie du contrat est transmise à la compétence des républiques fédérées (le don, le prêt, le contrat de pension alimentaire viagère). D'autre part, vu qu'on a renoncé à l'adoption du Code civil, la Loi a introduit dans ses articles la réglementation de certaines questions générales, telles que la condition, le délai, les affaires juridiques non valables et les principes généraux du droit des obligations yougoslave.

Tandis que pour une partie des modifications (et le nombre total des modifications ne dépasse pas 50%) on peut trouver la justification, on considère que certaines autres sont superflues ou même qu'elles signifient l'aggravation du texte original. Ainsi la terminologie n'est pas coordonnée — pour les affaires qui sont prises de l'esquisse on emploie le terme raccourci — la vente, l'emprunt etc., et pour celles qui sont ajoutées: *le contrat* de construction, *le contrat* de licence etc. La Commission a effectué certaines modifications (elle a éliminé la procédure différente, par exemple, pour les défauts de la chose dans les contrats entre les citoyens et ceux qui sont conclus dans l'économie), mais parfois elle a omis de coordonner les autres articles, qui sont organiquement rattachés à cette prescription. De même on peut reprocher aux définitions de certaines notions (condition, faute, autorisation) auxquelles, selon l'avis de l'auteur, l'esquisse a donné de meilleures solutions.

Or, malgré ces défauts, qui sont inévitables dans une oeuvre de codification aussi volumineuse (que le législateur appelle modestement et de manière inadéquate *la loi*), c'est une contribution très importante à notre législation, qui élimine un grand vide dans nos prescriptions.