

# АНАЛИ

## ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ



---

Година LI

UDC 34/35

БЕОГРАД 2003.

(јул–децембар)

Број 3-4

YU ISSN 003-2565

## **САДРЖАЈ**

### **ЧЛАНЦИ**

Слободан Перовић, Стручно мишљење о нацрту Закона о облигационим односима Федерације БИХ/Републике Српске књ. I, Општи део, са стањем 28. јануара 2003. - - - - -	324–416
Драган М. Митровић, Аутономија као појам и облик – О смислу, врстама и домашајима аутономије - - -	417–440
Миодраг Орлић, Припремни споразуми у облигационом праву - - - - -	441–489
Томас Мајер, Измене одредби о застаревању у немачком Грађанском законику - - - - -	490–530

### **ПРИЛОЗИ**

Атила Фењвеш, О стању хармонизације уговорног права у Европској унији - - - - -	531–542
--	---------

### **ПРАВНА КУЛТУРА И ЈЕЗИК**

Милош Луковић, Извори терминологије Општега имовинског законика - - - - -	543–593
--	---------

---

## **ПРИКАЗИ**

Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspective* Preface William A. Schabas (Oxford University Press, New York, 2003, XVIII + 258, ISBN: 0-19-925162-2) (Ивана Крстић) - - - - - 594–601

Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, *Les obligations* (Dalloz, 8e éd., 2002) (Горан Георгијевић) - - - - - 601–616

## **IN MEMORIAM**

Др Боривоје Познић (1914–2003) (Момир Милојевић) - - - 617–620

Сенима професора Познића  
(Весна Ракић–Водинелић) - - - - - 621–623

Др Димшо Перић (1954–2003) (Момир Милојевић) - - - 624–626

Мр Добрила Љубибратић (Момир Милојевић) - - - - - 627–628

## **ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА**

Избори наставника и сарадника Правног факултета у  
Београду од 1. јула до 31. децембра  
2003. године - - - - - 629–630

Одбрањене докторске дисертације од 1. јула до 31. децембра  
2003. године - - - - - 630

Одбрањене магистарске тезе од 1. јула до 31. децембра  
2003. године - - - - - 631

**ПРЕГЛЕД ПРЕТПЛАТНИКА** - - - - - 632–634

Slobodan Perovic\*

GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME ZUM  
OBLIGATIONSGESETZESENTWURF FÜR DIE  
FÖDERATION BOSNIEN UND HERZEGOWINA /  
REPUBLIKA SRPSKA  
Buch II, Einzelne vertragliche Schuldverhältnisse,  
Stand 20.1.2003

*Die gutachterliche Stellungnahme zu diesem Entwurfsteil, die sich auf die einzelnen Obligationenverträge bezieht, erstreckte sich zunächst auf allgemeine Fragen und anschließend auf jeden einzelnen Vertrag, der von diesem Gesetz erfasst wird (50). Ein besonders Augenmerk wurde auf die Verträge des autonomen Handelsrechts vom Aspekt aus gelenkt, ob diese im Rahmen dieser Kodifizierung erfasst oder durch andere Gesetze geregelt werden sollten, oder ob sie vielleicht, mit lediglich einem Hinweis auf die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts, der Handelspraxis überlassen werden sollten. Was die einzelnen Obligationenverträge anbelangt, so wurde jeder einzelne im Entwurf vorgesehene Vertrag begutachtet und mit zahlreichen Bemerkungen und Beanstandungen versehen, welche in komparativer, fachlicher und wissenschaftlicher Hinsicht in diesem Teil des Obligationenrechts begründet sind.*

Schlüsselbegriffe: *Obligationsverträge. – Verkauf. – Miete. – Versicherung. – Bankgeschäfte.*

## I. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

Gegenstand dieses Gutachtens ist der Obligationsgesetzesentwurf der Föderation BuH/Republika Srpska, Buch 2, Einzelne vertragliche Schuldverhältnisse, mit dem Stand zum 20.1.2003.

---

\* Dr. Slobodan Perovic, Professor für Schuldrecht und Vorsitzender des Juristenverbands, Serbien und Montenegros

УДК 340.134:347.4(497.6)

Слободан Перовић\*

СТРУЧНО МИШЉЕЊЕ О НАЦРТУ ЗАКОНА О  
ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА ФЕДЕРАЦИЈЕ  
БИХ/РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

књ. II, Поједини уговорни облигациони односи,  
са стањем 20. јануара 2003.  
Београд, 1. април 2003.

*Предмет стручног мишљења је Нацрт закона о облигационим односима Републике Српске/Федерације БиХ, књ. II, Поједини уговорни облигациони односи са стањем 20. 01. 2003. године. Овај део Нацрта обухвата поједине облигационе уговоре (50) међу којима се регулишу како класични поједини уговори (продаја, размена, најам, даровање, послуга, уговор о делу, оснива, уговор о грађењу, превоз, усклађивање, комисион, трговачко заснивање, штедишија, осигурање, доживотно издржавање, ортаклук, банкарски послови), шако и неки поједини уговори који су израз савремених поштреба (послови на кућним вратима, кредитни уговор, уговор о праву потврдено стапавања, лизинг, франшизинг, уговор о у послењу, уговори из областим штуризма). Стручно мишљење у овом делу обухвата најпре описане штетања као што су структура и сафжина, именоване и неименоване уговори, једноставни и мешовити уговори, а затим следи комбинациони преузимање као и штетање уговора аутономног трговачког права и утицаја директиве ЕУ на ову матерiju. После описаног штетања стручно мишљење је дато конкретно код свих појединих уговора који су обухваћени овим Нацртом.*

Кључне речи: *Облигациони уговори. – Продаја. – Надам. – Осигурање. – Банкарски послови.*

## I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Предмет овог стручног мишљења је Нацрт Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске, књ. 2, Поје-

---

\* Др Слободан Перовић, професор Облигационог права и председник Удружења правника Србије и Црне Горе.

I.1. Die Vergleichspunkte dieses Gutachtens stellen alle Quellen dar, die bereits in dem vom Autor am 15. Februar 2003 (S. 1 bis 7) verfassten Gutachten zum Allgemeinen Teil (Buch 1) dieses Entwurfes mit Stand 28.1.2003 genannte wurden, und die sich auf das Gesetz über Obligationsverhältnisse (1978), Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts (1998), zahlreiche Abkommen der UN, Errungenschaften der Rechtswissenschaft, Anforderungen der Praxis, Stil und sprachliche Kohäsion des Gesetzes beziehen.

I.2. Wenn also von Vergleichspunkten dieses Gutachtens die Rede ist, das sich auf den die *einzelnen Vertragsverhältnisse* bearbeitenden zweiten Teil des Entwurfs bezieht, wird hier auf den oben genannten Teil des Gutachtens zum Allgemeinen Teil des Entwurfs hingewiesen, um eine unnötige Wiederholung des aus gleichem Anlass bereits Gesagten zu vermeiden.

I.3. Dennoch wird in diesem Gutachten den komparativen Lösungen mehr Platz eingeräumt, insbesondere in den Schuldrechten, die zur Zeit in den ehemaligen jugoslawischen Republiken gelten – Slowenien, Kroatien, Mazedonien, Serbien und Montenegro. Dies erfolgt aus dem Grunde, weil sie sich in dem territoriellen Umfeld der Föderation BuH/Republika Srpska befinden, was auch gewisse Auswirkungen auf die Lösungen im Entwurf haben kann, nicht *ipso facto*, sondern lediglich im Sinne einer Art von Indikation.

I.4. All das bezieht sich entsprechend auch auf den Teil des oben genannten Gutachtens, in dem folgende Fragen besprochen wurden: umfassende oder konzise Form, Ausmaß metajuristischer Kriterien, Reihenfolge der Obligationsquellen, Prinzip der einheitlichen Regelung, Stil und sprachliche Kohäsion, Systematik (S. 7–21).

## II. ALLGEMEINE FRAGEN

### II.1. Struktur und Inhalt

Jedes Gesetz über Obligationsverhältnisse bzw. die entsprechenden Teile einer Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbücher beinhalten traditionell neben einem allgemeinen Teil der Obligationen auch den Teil über *einzelne Verträge*. Da sind vor allem die klassischen benannten Verträge seit dem Römischen Recht bis heute und eine große Zahl einzelner Verträge, die für den modernen Waren- und Dienstleistungsverkehr im Bereich der Unternehmerschaft und der Handelbeziehungen charakteristisch sind.

дини уговорни облигациони односи, са стањем на дан 20. II 2003. године.

I.1. Тачке поређења овог стручног мишљења чине сви они извори који су наведени у стручном мишљењу о Нацрту овога закона у погледу његовог Општег дела (књ. I), са стањем на дан 28. I 2003, а које је аутор сачинио 15. фебруара 2003. године, и које се односе на Закон о облигационим односима (1978), Скицу за Законик о облигацијама и уговорима (1969), Начела европског уговорног права (1998), бројне конвенције УН, тековине правне науке, потребе праксе, стил и језичку кохезију закона.

I.2. Стога, када је реч о тачкама поређења овог стручног мишљења које се односи на други део Нацрта посвећен појединим уговорним односима, овде се чини упућивање на означени део стручног мишљења о Општем делу Нацрта овога закона, а све ради тога да би се избегло непотребно понављање онога што је већ речено истим поводом.

I.3. Ипак, у овом стручном мишљењу биће више места дато компаративним решењима, нарочито оних облигационих закона који данас важе у бившим југословенским републикама – Словенији, Хрватској, Македонији, Србији и Црној Гори. Ово стога што се оне налазе у територијалном окружењу Федерације БиХ/Републике Српске, што може имати извесног утицаја и на решења Нацрта, разуме се, не *ipso facto* већ само у смислу неке врсте индикације.

I.4. Све то сходно се односи и на онај део поменутог стручног мишљења где су изложена питања: опширност или концизност, суседне области, уџбеничке дефиниције – толерантна мера, количина метаправних критеријума, редослед извора облигација, принцип јединственог регулисања, стил и језичка кохезија, систематика.

## II. ОПШТА ПИТАЊА

### II.1. Структура и садржина

Традиционално, сваки Закон о облигацијама, односно одговарајући делови Општег грађанског законика, садржи, поред општег дела облигација, још и онај део који је посвећен *појединим уговорима*. Ту су, пре свега, класични именовани уговори од римског права до данас, а затим велики број појединих уговора који су карактеристични за савремени промет робе и услуга у области предузетништва и трговинских односа.

Es stellt sich die Frage, auf Grund welcher Kriterien ein Vertragsverhältnis sich dazu qualifiziert, besonders geregelt zu werden und dadurch seinen Platz im besonderen Teil des Gesetzes zu bekommen. In anderen Worten ist es fraglich, ob jedem Vertragstyp dieser Platz gebührt, oder nur derjenige, der sich durch seine Bedeutung dazu qualifiziert hat, in diese gesetzliche Komposition aufgenommen zu werden. Diese Qualifikation wird ihm vom Gesetzgeber eingeräumt. Des weiteren stellt sich die Frage, wie ist die rechtliche Stellung der Verträge, die diese Qualifikation und gesetzliche Typologie nicht bekommen haben, und wie ist ihr Verhältnis zu den Verträgen, die den Inhalt des besonderen Teils des Obligationengesetzes darstellen.

Die Antwort auf diese Fragen geben wissenschaftlich begründete Kenntnisse und komparative Erfahrungen über die benannten (nominanten) und unbenannten (innominanten) Verträge.

## II.2. Benannte und unbenannte Verträge

Benannte Verträge sind diejenigen Verträge, die wegen ihrer Bedeutung und Häufigkeit im Rechtsverkehr durch das Gesetz besonders vorgesehen und geregelt sind, und deren Bezeichnung durch das Gesetz selbst bestimmt ist. Das sind größtenteils klassische Verträge mit den Bezeichnungen Kauf, Pacht, Schenkung, Vollmacht, Miete usw. Benannt sind jedoch auch der Vertrag über Unterhalt auf Lebenszeit, Versicherungsvertrag, Transportvertrag usw. Sie treten im Rechtsverkehr regelmäßig und am häufigsten auf. Sie werden im Gesetz detailliert durch dispositive oder zwingende Normen geregelt.

Unbenannte (innominante) Verträge sind diejenigen Verträge, die durch das Gesetz nicht besonders geregelt und nicht besonders bezeichnet sind, da sie im Rechtsverkehr seltener vorkommen oder gemischten Charakters sind, die jedoch ihren Eigenschaften und ihrem Inhalt nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts entsprechen. Diese Verträge können auf Grund der Willensautonomie von den Parteien wirksam geschlossen werden, soweit sie den zwingenden Vorschriften, der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten nicht widersprechen. Diese allgemeine Regel ist heute in der Rechtsvergleichung akzeptiert; so sieht z.B. das italienische Bürgerliche Gesetzbuch (Art. 1322) vor, daß die Parteien auch Verträge schließen können, die nicht zu den besonders vorgesehenen Vertragstypen mit besonderem Rechtsregime zählen, soweit auf die Wahrnehmung von Interessen gerichtet sind, die gemäß der Rechtsordnung schutzwürdig sind. Des weiteren sind laut des gleichen Gesetzes alle Verträge, auch wenn sie nicht zu den besonders vorgesehenen Vertragstypen zählen, gemäß den in diesem Gesetz enthaltenen allgemeinen Bestimmungen wirksam.

Der Inhalt der unbenannten Verträge wird von den Parteien selbst bestimmt, sei es durch eine Kombination einiger im Gesetz geregelter Verträge (wie z.B. Vertrag über Hoteldienstleistungen) oder durch Bestimmung eines völlig neuen, von jeglichen benannten Verträgen unabhängigen

Поставља се питање: на основу ког критеријума један уговорни однос стиче квалификацију да буде посебно регулисан и да на тај начин нађе своје место у посебном делу Закона? Другим речима, да ли сваки тип уговора заслужује то место, или само онај који се својим значајем квалифицира да уђе у законску композицију? Ту квалификацију му даје законописац односно законодавац. И надаље, какав је правни статус оних уговора који нису добили ту квалификацију и законску типологију и какав је њихов однос према оним уговорима који чине садржину посебног дела Закона о облигацијама?

Одговор на ова питања дају научно утемељена знања и компаративна искуства о именованим (номинантним) и неименованим (иноминантним) уговорима.

## II.2. Именовани и неименовани уговори

Именовани (номинантни) уговори су они који су због своје важности и учесталости у правном промету, законом посебно предвиђени и регулисани и чији је назив самим законом одређен. То су углавном класични уговори који носе називе: купопродаја, закуп, поклон, пуномоћство, зајам, итд. Али, именовани су такође и уговор о доживотном издржавању, уговор о осигурању, уговор о превозу, итд. Они се у правном промету редовно и најчешће јављају. Њих Закон детаљно регулише диспозитивним или императивним нормама.

Неименовани (иноминантни) уговори су они који нису посебно законом регулисани нити названи посебним именом, пошто се у правном промету ређе јављају или су мешовитог карактера, али који по својим својствима и садржини одговарају општим правилима уговорног права. Ове уговоре, с обзиром на принцип аутономије воље, странке могу пуноважно закључивати, уколико нису супротни императивним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. То опште правило данас је прихваћено у компаративном праву; тако на пример, италијански Грађански законик (чл. 1322) предвиђа да странке могу закључивати и уговоре који не спадају у посебно предвиђене типове уговора који имају посебан правни режим, уколико су управљени на остварење интереса који заслужују заштиту сходно правном поретку. И даље, према истом закону, сви уговори, чак и ако не спадају у посебно предвиђене типове уговора, производе правна дејства према општим одредбама садржаним у овом закону.

Садржину неименованих уговора одређују саме странке, било комбинацијом неких законом регулисаних уговора (нпр. уговор о хотелским услугама), било сасвим новом садржином независном од ма ког именованог уговора. Неке врсте неименованих уговора

Inhalts. Einige Arten der unbenannten Verträge treten im Verkehr häufiger auf, so daß sie durch die praktische Anwendung nach einer bestimmten Zeit typisch werden, eine eigene Bezeichnung erhalten, und sogar durch das Gesetz geregelt werden, wodurch sie zu benannten Verträgen werden (z.B. Verlagsvertrag, Vertrag über sog. städtische Besorgungen, Vertrag über Safe, Kontokorrent, Ausstellungsvertrag usw.). So hat das Gesetz über Obligationsverhältnisse (1978) Verträge aus dem Bereich der touristischen Verträge geregelt (Vertrag über Organisation von Reisen, Reisevermittlungsvertrag, Vertrag über Einsatz gastwirtschaftlicher Kapazitäten – Allotment); Vertrag über Waren- und Dienstleistungskontrolle, Bankgarantie, Bankdeposit und andere Verträge, daher sind es nach diesem Gesetz benannte Verträge.

Die Einteilung der Verträge in benannte und unbenannte stammt aus dem Römischen Recht, das grundsätzlich nur die Verträge kannte, die durch besondere Klage nach dem *ius civile* vorgesehen und sanktioniert waren. Auf Grund der Regel, daß die alleinige Übereinstimmung der Willen (*solo consensu*) keine Obligation begründet, genossen alle Verträge, die die vorgesehenen Formenfordernisse nicht erfüllten (mit Ausnahme der vier gegen Ende der Republik entstandenen Konsensverträge: *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* und *mandatum*), keinen Rechtsschutz, d.h. die Durchführung solcher Verträge konnte nicht einklagt werden. Wenn jedoch eine der Parteien ihre Verpflichtung aus einem solchen Vertrag in Erwartung der *bona fides* des anderen Teils dennoch erfüllt hatte, und dieser andere Teil die Erfüllung seiner Verpflichtung ablehnt, gab der Prätor durch *condictio ob rem dati* oder durch *actio doli* dieser Partei die Möglichkeit, das Geleistete zurückzuerhalten. Später wurde auch durch Einwirkung des Prätoren *actio in factum* begründet, und dann auch *actio civilis incerti*, mit deren Hilfe die Partei, die ihre Verpflichtung aus einem solchen Vertrag erfüllt hatte, auch die Erfüllung der Verpflichtung des anderen Teils verlangen konnte. Dies bedeutete praktisch, daß diese *pacti* zu *contracti* geworden sind, und nur weil sie keinen eigenen Namen hatten, bekamen sie die Bezeichnung unbenannte (innominante). Es sind also zweiseitig verpflichtende (synalagmatische) Verträge, bei denen eine Partei ihre Verpflichtung erfüllt (z.B. eine Sache übergeben hat) und in diesem Moment das Recht zur Klage auf Erfüllung der Verpflichtung der anderen Partei erlangt hat. Von den Konsensverträgen unterschieden sie sich danach, daß die Rechte und Pflichten nicht mit dem Zeitpunkt der Willensübereinstimmung über die wesentlichen Vertragselemente entstanden, sondern erst durch die Erfüllung der Verpflichtung einer Partei. Das Justinianische Recht kennt verschiedene Arten der unbenannten Verträge, die in vier Kategorien eingeteilt waren: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* und *facio ut facias*. Einige unbenannten Verträge waren bedeutsamer und traten häufiger auf, so daß sie im Laufe der Zeit ihre besonderen Bezeichnungen bekommen haben. Das sind der Tausch (*permutatio*), Verkaufsauftrag (*aestimatum* oder *contractus aestimatorius*) und Prekarium (*precarium*).

Diese Evolution der unbenannten Verträge in kürzesten Stichworten legt der Autor dieses Gutachtens hier nur deshalb dar, damit heute die Kategorie der unbenannten und benannten Verträge besser verstanden wird,

јављају се у промету чешће тако да кроз практичну примену и кроз одређено време постају типични, добијају свој назив, па чак се и законом регулишу, у ком случају постају именовани (нпр. издавачки уговор, уговор о тзв. градским набавкама, уговор о сефу, контокоренту, уговор о изложби, итд.). Тако је Закон о облигационим односима (1978) регулисао уговоре из области туризма (уговор о организовању путовања, посреднички уговор о путовању, уговор о ангажовању угоститељских капацитета – алотман); уговор о контроли робе и услуга; банкарску гаранцију, банкарски новчани депозит и друге уговоре – што значи да су, према овом закону, то именовани уговори.

Подела уговора на именоване и неименоване потиче из римског права, које је, у принципу, познавало само оне уговоре који су били предвиђени и санкционисани посебном тужбом по *ius civile*. С обзиром на правило да се из просте сагласности воља (*solo consensu*) не рађа облигација, уговори који нису испуњавали предвиђене захтеве форме (изузев четири консенсуална уговора настала пред крај Републике – *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* и *mandatum*) нису уживали ни правну заштиту, тј. није се тужбом могло захтевати извршење таквих уговора. Међутим, ако је једна страна ипак извршила своју обавезу из таквог уговора рачунајући на *bona fides* друге странке, а ова друга одбија да изврши своју обавезу, претор је путем *condictio ob rem dati* или путем *actio doli* пружао могућност таквој странци да поврати оно што је дала. Доцније се, такође, захваљујући деловању претора, установила *actio in factum*, а затим и *actio civilis incerti* помоћу које је странка која је извршила своју обавезу из оваквог уговора могла да захтева и испуњење обавезе друге странке. То је практично значило да су ови *pacti* постали и *contracti*, и само зато што нису имали своје посебно име, добили су назив неименовани (иноминантни). То су, дакле, двострано обавезни (синалагматични) уговори код којих је једна страна извршила своју обавезу (нпр. предала ствар) и тим моментом стекла право на тужбу за извршење обавезе друге стране. Од консенсуалних уговора разликовали су се по томе што права и обавезе нису настајали у моменту сагласности воља о битним елементима уговора, већ тек извршењем обавезе једне странке. Јустинијаново право познаје разне врсте неименованих уговора који су били свrstани у четири категорије: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* и *facio ut facias*. Неки од неименованих уговора били су значајнији и чешће су се јављали, па су током времена добили своје посебне називе. То су: замена (*permutatio*), продајни налог (*aestimatum* или *contractus aestimatorius*) и прекариј (*precarium*).

Еволуцију неименованих уговора у најкраћим цртама, аутор овог стручног мишљења износи само ради тога да би се данас боље разумела категорија неименованих и именованих уговора која чини

welche das Kriterium und den Gehalt des besonderen Teils des Obligationengesetzes darstellt. Hat also diese Einteilung, die im Römischen Recht sehr bedeutend war, auch heute eine Bedeutung? Der Formalismus als allgemeiner Grundsatz des Vertragsrechts im alten Rom hat heute dem Konsensualismus als allgemeinem Grundsatz des Vertragsrechts seinen Platz eingeräumt. Die Regel „*ex nudo pacto obligatio non nascitur*“ ist durch die Regel „*ex nudo pacto oritur actio*“ ersetzt worden. Die Parteien können neben zahlreichen durch das Gesetz vorgesehenen Ausnahmen grundsätzlich Verträge durch einfache Willensübereinstimmung schließen.

Außerdem erlaubt das moderne Prinzip der Vertragsfreiheit (der Willensautonomie) neben seinen Beschränkungen den Parteien, alle Arten zulässiger Verträge zu schließen, ungeachtet der Frage, ob diese Verträge einem traditionellen – benannten – Vertragstyp entsprechen, oder es sich um unbenannte Verträge handelt. Die Parteien in einem solchen Vertrag haben Recht auf gerichtlichen Schutz ungeachtet der Bezeichnung des Vertrages, und gleich ob er benannt oder unbenannt ist. Von diesem Blickpunkt her hat diese Einteilung also nicht die Bedeutung, die sie im Römischen Recht hatte.

Trotzdem ist diese Einteilung auch heute von gewissem Interesse. Ist ein Vertrag gesetzlich als besonderer benannter Vertrag geregelt, so befreit das die Parteien von der detaillierten Regelung ihres Vertragsverhältnisses. Es genügt, wenn sie sich über die wesentlichen Elemente eines benannten Vertrages einigen, damit auf eine ganze Reihe ihrer rechtlichen Beziehungen die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen dispositiven Charakters angewandt werden. Es ist also nicht notwendig, daß sich die Vertragsparteien über die Fragen einigen, die durch das Gesetz bereits geregelt sind; wichtig ist nur, daß sich die Parteien über einen Vertragstyp geeinigt haben, der das Attribut eines benannten Vertrages trägt. Andererseits wenn die Parteien einen unbenannten Vertrag geschlossen haben, dann werden die vereinbarten Klauseln angewandt, so wie sie von den Parteien vorgesehen sind, natürlich unter der Voraussetzung, daß durch einen solchen Vertrag nicht die zwingenden Vorschriften, die öffentliche Ordnung und gute Sitten verletzt werden. Mangels solcher Klauseln finden die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts Anwendung. Demgemäß ist vom Standpunkt der Vertragsfreiheit und der Rechtswirkung des Vertrages im Sinne der Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Umstand, ob die Parteien einen benannten oder unbenannten Vertrag geschlossen haben, irrelevant, denn beide Vertragskategorien fallen unter den gemeinsamen Nenner der Institute der öffentlichen Ordnung, zwingender Vorschriften und guter Sitten. Der Vorteil liegt nur darin, daß die Parteien bei einem benannten Vertrag, nachdem sie sich über seine wesentlichen Elemente geeinigt haben, alles weitere (naturalia oder accidentalia negotii) den ergänzenden dispositiven, für diesen Vertragstyp vorgesehenen gesetzlichen Normen überlassen, während sie bei unbenannten Verträgen, die meistens gemischte Verträge sind, ihr Vertragsverhältnis detailliert regeln müssen, und mangels einer solchen Regelung überlassen die Parteien ihr Vertragsverhältnis den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, weil ihr konkreter Vertrag zu keinem besonderen unbenannten Vertragsverhältnis zählt.

критеријум и обухват посебног дела Закона о облигационим односима. Дакле, као веома значајна у римском праву, има ли ова подела неког значаја данас? Формализам, као општи принцип уговорног права у старом Риму, уступио је данас место консенсуализму као општем принципу уговорног права. Правило „ex nudo pacto obligatio non nascitur“, замењено је правилом „ex nudo pacto oritur actio“. Странке у принципу могу закључивати уговоре простом сагласношћу воља уз бројне изузетке законом предвиђене.

Поред тога, савремени принцип слободе уговарања (аутономије воље), уз сва ограничења, допушта странкама да закључују све врсте допуштенih уговора, без обзира да ли ти уговори одговарају неком традиционалном типу уговора, тј. именованом, или су у питању неименовани уговори. Странке из таквог уговора имају право на судску заштиту без обзира на назив уговора и без обзира да ли је он именован или неименован. Са те тачке гледања, дакле, ова подела нема значај који је имала у римском праву.

Ипак, ова подела и данас пружа известан интерес. Ако је један уговор законом регулисан као посебан именован уговор, онда то ослобађа странке да детаљно регулишу свој уговорни однос. Довољно је да се сагласе о битним елементима неког именованог уговора, па да се на читав низ њихових правних односа примене одговарајуће законске одредбе диспозитивног карактера. Дакле, није нужно да се уговорне стране сагласе о оним питањима која су законом регулисана, битно је само да се странке сагласе о типу уговора који носи атрибут именованог уговора. Напротив, ако су странке закључиле један неименован уговор, онда се на њега примењују стипулисане клаузуле онако како су их странке предвиделе, разуме се, под претпоставком да таквим уговором нису повређене императивне норме, јавни поредак и добри обичаји. У недостатку оваквих клаузула, примењују се општа правила уговорног права. Према томе, са гледишта слободе уговарања и правног дејства уговора у смислу његове пуноважности или ништавости, ирелевантна је околност да ли су странке закључиле именован или неименован уговор, јер обе категорије уговора долазе под заједнички именитељ установе јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја. Погодност је само то, што странке код именованог уговора, пошто су се сагласиле о његовим битним елементима, препуштају све остало (naturalia ili accidentalia negotii) допунским диспозитивним законским нормама које су предвиђене за тај тип уговора, док код неименованих уговора који су најчешће мешовити уговори, морају детаљно регулисати свој уговорни однос, а у недостатку овог регулисања, странке свој уговорни однос препуштају општим правилима уговорног права, јер њихов конкретни уговор не припада посебно именованом уговорном односу. Дакле, мешовити уговори данас најчешће чине поље неименованих уговора, али

Gemischte Verträge bilden heute also am häufigsten das Gebiet der unbenannten Verträge, wenn jedoch auf diesem Gebiet ein gemischter Vertrag häufig im Rechtsverkehr auftritt, kann auch er die Eigenschaft eines benannten Vertrages erlangen, soweit der Gesetzgeber es für erforderlich hält. In diesem Sinne ist es für die Zwecke dieses Gutachtens notwendig, kurz auch auf den Begriff der einfachen und gemischten Verträge zurückzukommen, damit wir mit einer breiteren Sichtweite auf die konkreten Verträge eingehen können, die der Gegenstand dieses Gutachtens sind.

### II.3. Einfache und gemischte Verträge

Der Inhalt der einfachen Verträge besteht nur aus den Vertragselementen, die für einen bestimmten Vertragstyp charakteristisch sind. Die Leistung aus diesen Verträgen kann nicht in andere Elemente gegliedert werden, die für andere Verträge charakteristisch wären, denn solche Elemente gibt es hier einfach nicht. Es sind also Verträge, die in den meisten Fällen benannt sind, und die nach ihrem Inhalt nur einen bestimmten Vertragstyp darstellen. Solche Verträge sind z.B. Kauf, Pacht, Darlehen, Verwahrung, Schenkung usw.

Im Gegensatz zu den einfachen Verträgen besteht der Inhalt eines gemischten Vertrages aus Elementen zweier oder mehrerer einfacher Verträge, die jedoch so verbunden sind, daß sie einen einheitlichen Vertrag darstellen. Der Inhalt dieser Verträge stellt also eine Einheit dar, aber im Gegensatz zu den einfachen Verträgen ist sie von Elementen anderer Verträge zusammengesetzt, so daß diese Elemente meist erkennbar sind. So ist z.B. der Pensionsvertrag ein gemischter Vertrag, dessen Inhalt aus Elementen von Pachtvertrag, Kaufvertrag, Verwahrungsvertrag oder Werkvertrag besteht. Der Vertrag über die Organisation von Reisen besteht auch aus Elementen mehrerer Verträge (Werkvertrag, Transport, Kauf, Vollmacht), wie es auch mit dem Allotment der Fall ist. Die Elemente der gemischten Verträge sind nicht gesondert, nebeneinander aufgestellt, sondern stellen alle zusammen den Inhalt eines neuen Vertrages dar, in dem eine Partei die Durchführung einer einheitlichen Leistung verlangen kann, obwohl sie aus Elementen mehrerer Verträge zusammengesetzt ist, und die andere Partei hat die Leistung zu erfüllen.

Das Kombinieren von Elementen verschiedener Vertragsarten in einen Vertrag ist zulässig und möglich auf Grund des Bestehens der Kategorie der unbenannten Verträge, was bedeutet, daß die Parteien die verschiedensten Verträge schließen können, ohne daß diese gesetzlich besonders geregelt sein müssen. Sie unterliegen alle den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts. Deshalb zählen die gemischten Verträge gewöhnlich zu den unbenannten Verträgen, wodurch ihre Anzahl unbegrenzt ist, obwohl sie auch gesetzlich geregelt werden können, was jedoch selten der Fall ist.

Von den gemischten Verträgen ist die *Verbindung* zweier oder mehrerer Verträge zu unterscheiden, wobei jeder dieser Verträge seine recht-

када се на том пољу неки од мешовитих уговора учестало јавља у правном промету, онда и он може добити својство именованог уговора, уколико то за потребно оцени законописац односно законодавац. У том смислу, потребно је укратко се задржати и на појму једноставних и мешовитих уговора, како бисмо ширим погледом могли да обухватимо конкретне уговоре који чине предмет овог стручног мишљења.

### II.3. Једноставни и мешовити уговори

Садржина једноставних уговора састоји се само од оних елемената који су карактеристични за један одређен тип уговора. Престацију ових уговора није могуће рашчлањавати на неке друге елементе који би били својствени неким другим уговорима, јер таквих елемената овде једноставно нема. То су, дакле, уговори који су у већини случајева именовани и који по својој садржини представљају само један одређени тип уговора. Такви су нпр. купопројаја, закуп, зајам, остава, поклон, итд.

За разлику од једноставних, мешовит уговор је онај чија се садржина састоји од елемената два или више једноставних уговора, али који су тако сједињени да представљају један јединствен уговор. Садржина ових уговора, дакле, представља једну целину, али за разлику од једноставних уговора, она је састављена од елемената неких других уговора, тако да се ти елементи углавном могу препознати. Тако нпр. уговор о пансиону је мешовит уговор чија се садржина састоји од елемената уговора о закупу, купопројаји, остави или уговора о делу. Уговор о организовању путовања такође се састоји од елемената више уговора (уговор о делу, превозу, купопројаји, пуномоћству), што је случај и са уговором о ангажовању угоститељских капацитета – уговор о алотману. Елементи мешовитих уговора нису посталјени засебно, један поред другог, већ сви зајдно представљају садржину новог уговора, у коме једна страна има право да захтева извршење једне јединствене престације иако је она састављена од елемената више уговора, а друга страна је дужна да ову престацију изврши.

Комбиновање елемената разних врста уговора у један уговор допуштено је и могуће је због постојања категорије неименованих уговора, што значи да странке могу да закључују најразноврсније уговоре а да ови нису посебно законом регулисани. Сви се они покоравају општим правилима уговорног права. Због тога мешовити уговори обично и долазе у ред неименованих уговора и њихов број је зато неограничен, мада и они могу бити, додуше ретко, законом регулисани.

Од мешовитих уговора потребно је разликовати спајање два или више уговора који сваки за себе задржавају своје правне

lichen Eigenschaften behält und eine gesonderte Einheit bildet. Zu einer solchen Verbindung von Verträgen kommt es gewöhnlich deshalb, weil der Abschluß eines Vertrages den Abschluß eines anderen Vertrages mit sich bringen kann, bzw. bei dem Abschluß eines Vertrages kann das Bedürfnis zum Abschluß eines anderen Vertrages zwischen den gleichen Personen eintreten, um ein Endziel zu erreichen, das von den Parteien angestrebt wird (z.B. der Verkäufer hat dem Käufer einen Pkw verkauft und überreicht, und gleichzeitig verpachtet er ihm die Garage). Die Verträge sind gleichzeitig zustande gekommen, sind jedoch keine gemischten Verträge, denn jeder von ihnen stellt einen gesonderten Vertrag dar, für den besondere Regeln sowohl hinsichtlich des Vertragsschlusses (z.B. Formerfordernisse) als auch hinsichtlich der Erfüllung gelten.

Eine ähnliche Situation ist es, wenn zwei oder mehrere Verträge gegenseitig *bedingt* sind, z.B. der Kauf einer Sache ist bedingt durch den Kauf oder die Pacht einer anderen Sache zwischen den gleichen Personen. Hier hängt die Wirksamkeit des einen Vertrages von der Wirksamkeit des anderen Vertrages ab, aber sie zählen nicht zur Kategorie der gemischten Verträge, weil sie ihre Selbständigkeit behalten, und auf diese Verträge werden die Regeln angewandt, die für die einschlägige Vertragsart charakteristisch sind (z.B. wenn der Kauf einer unbeweglichen Sache durch den Kauf einer beweglichen Sache zwischen den gleichen Personen bedingt war, ist für den Abschluß des ersten Vertrages die Schriftform erforderlich, während es für den zweiten nicht der Fall ist).

Eine solche Bedingtheit des einen Vertrages durch den anderen ist von einem *Optionsvertrag* oder einer *Option* zu unterscheiden. Beim Optionsvertrag bestimmen die Parteien die Bedingungen eines anderen Vertrages zwischen ihnen, so daß eine der Parteien berechtigt sein wird, innerhalb einer bestimmten Frist von der anderen Partei den Abschluß dieses Vertrages zu verlangen. Das Optionsrecht kann nicht nur durch Vertrag sondern auch durch Gesetz oder Testament begründet werden. Fälle des Optionsrechts bestehen z.B. beim Verkauf mit Vorkaufsrecht (wozu bei der Analyse der Art. 650–660 des Entwurfs mehr gesagt wird), Verkauf mit Wiederkaufsrecht (Art. 643–649), Verkauf mit Wiederverkaufsrecht an den Verkäufer und in anderen Fällen.

Bei einfachen Verträgen stellt sich nicht die Frage, welche Regeln bei der Regelung der durch den Vertrag errichteten Verhältnisse angewandt werden. Für jeden einfachen Vertrag bestehen besondere Regeln, die darauf angewandt werden, wie z.B. bei Kauf, Darlehen, Pacht, Verwahrung usw., und mangels besonderer Regeln werden die allgemeine Regeln des Vertragsrechts angewandt. Bei gemischten Verträgen stellt sich jedoch die Frage ihrer Rechtsnatur, da der Inhalt dieser Verträge aus verschiedenen Elementen einzelner Verträge besteht, die sich nach ihrer Rechtsnatur voneinander unterscheiden. Daher kommt die Frage, ob auf einen gemischten Vertrag die Regeln aller Verträge angewandt werden, deren Elemente vertreten sind, oder nur einige davon, wenn ja – welche, oder ob andere, von den Regeln der einzelnen Verträge unabhängige Regeln angewandt werden; z.B. welche Formvorschriften werden angewandt, wenn der gemischte Vertrag aus Ele-

карактеристике те представљају засебне целине. До спајања уговора обично долази због тога што закључење једног уговора може да повуче за собом и закључење неког другог уговора, односно поводом закључења једног уговора може се јавити потреба за закључењем неког другог уговора између истих лица, а то све да би се остварио крајњи циљ коме странке теже (нпр. продаја је продао и предао купцу путнички аутомобил, а истовремено му је дао гаражу у закуп). Уговори тада настају истовремено, али они нису мешовити јер сваки од њих представља посебан уговор за који важе посебна правила, како у погледу закључења (нпр. захтеви форме), тако и у погледу извршења.

Сличан је случај и када су два или више уговора међусобно условљени; нпр. купопродаја једне ствари условљена је купопродајом или закупом друге ствари између истих лица. Овде пуноважност једног уговора зависи од пуноважности другог уговора, али они ипак не спадају у категорију мешовитих уговора, пошто задржавају своју самосталност те се на них примењују она правила која су својствена одређеној врсти уговора (нпр. ако је купопродаја неке непокретне ствари била условљена купопродајом неке покретне ствари између истих лица, онда је за закључење првог уговора потребна и писмена форма, док за други није).

Овакво условљавање једног уговора другим треба разликовати од опционог уговора или опције. Код опционог уговора странке утврђују услове неког свог другог уговора тако да ће једна од њих имати право да у одређеном року захтева закључење тога уговора од друге стране. Право опције може се засновати не само уговором већ и законом и тестаментом. Случајеви права опције постоје нпр. код продаје са правом прече куповине (о чему ће бити више речи код анализе чл. 650–660 Нацирта), продаје са правом откупа (чл. 643–649 Нацирта), продаје са правом препродаје продавцу, као и у другим случајевима.

Код једноставних уговора не поставља се питање која ће се правила применити у регулисању односа које је уговор произвео. За сваки једноставни уговор постоје посебна правила која се на њега примењују, као што је то нпр. код купопродаје, зајма, закупа, оставе и сл., а у недостатку посебних правила примењују се општа правила уговорног права. Међутим, код мешовитих уговора поставља се питање њихове правне природе, будући да се садржина ових уговора састоји од различитих елемената појединих уговора који су међу собом по својој правној природи различити. Отуда настаје питање које ли се на мешовит уговор применити правила свих уговора чији су елементи заступљени или само нека од њих и која, или ће се применљивати нека друга правила независна од правила за поједине уговоре – нпр. која ће се правила у погледу

menten eines formellen und informellen Vertrages besteht, oder wenn ein gemischter Vertrag aus Elementen zweier oder mehrerer formellen Verträge besteht, deren Formen nicht identisch sind, z.B. die eine ist die Schriftform, und die andere ist die Form einer öffentlichen Urkunde. Die auf einen gemischten Vertrag bezogene kumulative Anwendung aller Regeln der einzelnen Verträge wird oft nicht möglich sein, da sich diese Regeln nach ihrem Charakter unterscheiden, so daß sie sich oft gegenseitig ausschliessen. Eine solche Anwendung kommt bei der Verbindung mehrerer Verträge zustande, von denen jeder für sich eine vollständige Einheit darstellt, aber solche Verträge werden, wie bereits oben angedeutet wurde, nicht durch den Begriff der gemischten Verträge erfasst.

Alle diese Gesichtspunkte müssen vom Gesetzgeber bei der Entscheidung, ob ein gemischter unbenannter Vertrag in die Welt der einzelnen benannten Verträge eingeführt wird, besonders berücksichtigt werden. Um so mehr weil unterschiedliche theoretische Auffassungen zur Antwort auf die Frage, welche Regeln auf gemischte Verträge anzuwenden sind, bestehen. So vertritt die Absorptionstheorie den Standpunkt, daß ein Element eines gemischten Vertrages die anderen absorbiert und auf den gesamten Vertrag die für dieses Vertragselement geltenden Regeln anzuwenden sind. Das wird der Fall sein, wenn ein Element offensichtlich wesentlich für den Vertrag ist, so daß er andere, für den Vertrag weniger bedeutende Elemente absorbiert. Die Anwendung dieser Theorie ist im Gesetz über Obligationsverhältnisse (1978) in dem Teil zu bemerken, in dem die Frage des Verhältnisses des Werkvertrages zum Kaufvertrag geregelt wird. Nach diesem Gesetz gilt ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, eine bestimmte bewegliche Sache aus seinem eigenem Material anzufertigen, im Zweifel als Kaufvertrag. Nach einigen bürgerlichen Gesetzbüchern (österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch, § 960) ist ein Verwahrer, der mit einem anderen Geschäft betraut wird, das sich auf die verwahrte Sache bezieht, als Bevollmächtigter zu betrachten. Nach der Theorie der Causa ist die Natur eines gemischten Vertrages nach dem Charakter seiner Causa zu bewerten, während nach der Kombinationstheorie alle wesentlichen Elemente zu berücksichtigen sind, und durch ihre Kombination gemeinsame Regeln ermittelt werden sollen, die insgesamt und einheitlich auf den gemischten Vertrag anzuwenden sind. Nach der Kreationstheorie ist die Frage einem Gericht zu überlassen, das nicht formell an die für einzelne Verträge geltenden und sich gegenseitig widersprechenden Regeln gebunden wäre, sondern unabhängig davon nach dem Grundsatz der Billigkeit die geeignetsten Lösungen für jeden konkreten Fall ermitteln würde. Damit verbunden ist auch die Theorie der Analogie, nach der das Gericht die Regeln auf einen konkreten gemischten Vertrag unter Berücksichtigung der analogen Bewertung eines anderen Vertrages anzuwenden hat, der bereits durch Gesetz geregelt ist.

#### II.4. Komparative Übersicht

Wie bereits in den einleitenden Bemerkungen (I.3.) dargestellt wurde, wird hier eine Übersicht des besonderen Teiles der Obligationengesetze in den ehemaligen jugoslawischen Republiken gegeben, und zwar nur im Sinne einer

форме применити ако се мешовити уговор састоји од елемената формалног и неформалног уговора, а која ако се мешовити уговор састоји од елемената два или више формалних уговора али чије форме нису исте (рецимо, једна је писмена, а друга је форма јавне исправе). Кумулативна примена свих правила појединих уговора која би се односила на један мешовити уговор често неће бити могућа, пошто су та правила различита по свом карактеру, толико да се некада чак и узајамно искључују. Таква примена се остварује код спајања више уговора који сваки за себе представља потпуну целину, али такви уговори, као што је већ назначено, не улазе у појам мешовитих уговора.

Све ово мора бити стављено под посебну пажњу законописца приликом одлучивања да један мешовити неименовани уговор буде уведен у свет појединих именованих уговора. Ово тим пре јер постоје различита теоријска схватања у одговору на питање која правила треба применити на мешовите уговоре. Тако, теорија апсорпције сматра да један елемент мешовитог уговора апсорбује друге, те се на цео уговор примењују правила која важе за тај елемент уговора. То ће бити случај када је у уговору један елемент очигледно битан, до те мере да апсорбује друге елементе који су од мање важности. Примена ове теорије опажа се у Закону о облигационим односима (1978), у делу у коме се регулише питање односа уговора о делу са уговором о купопродаји. Према овом закону, уговор којим се једна страна обавезује да изради одређену покретну ствар од свог материјала сматра се у сумњи као уговор о купопродаји. Према неким грађанским законицима (аустријски Грађански законик – параграф 960), ако је оставопримцу наложен и други посао који се на поверијену ствар односи, онда ће се он сматрати као пуномоћник. По теорији каузе, природу мешовитог уговора треба ценити по карактеру његове каузе, док по теорији комбинације треба узети све битне елементе и њиховим комбиновањем доћи до заједничких правила која би се као скупна и јединствена примењивала на мешовит уговор. По теорији креације, питање треба препустити суду који не би био формално везан правилима која важе за поједине уговоре а која се међусобно противстављају, већ би независно од њих, по правичности изналазио најподеснија решења за сваки конкретан случај. С тим у вези је и теорија аналогије, по којој ће суд применити правила на један конкретан мешовити уговор с обзиром на аналогну оцену неког другог уговора који је већ законом регулисан.

#### II.4. Компаративни преглед

Као што је већ истакнуто у уводним напоменама (I.3), овде ће се дати приказ посебног дела облигационих закона у бившим југословенским републикама, и то само у смислу неке врсте инди-

Art von Indikation im Hinblick auf die Anzahl und die Arten einzelner Verträge, die den besonderen Teil des Gesetzes bilden, also ohne eine Lösung nahelegen zu wollen, sondern mehr als Information. Diese Übersicht zeigt, daß die heutige Gesetzgebung in den ehemaligen jugoslawischen Republiken und jetzigen selbständigen Staaten hinsichtlich der Materie der Schuldverhältnisse hauptsächlich (fast gänzlich) an der Systematik und dem Inhalt der Bestimmungen des Gesetzes über Obligationsverhältnisse von 1978 festgehalten hat, wobei bestimmte Ergänzungen hinsichtlich einiger benannter Verträge aufgenommen worden sind, die das genannte Gesetz nicht enthalten hat. In diesem Sinne wird hier die Zahl und Systematik der einzelnen Verträge in den Schuldrechten Sloweniens, Kroatiens, Mazedoniens, Serbiens und Montenegros, und dann die vorgeschlagenen Regelungen im Entwurf für die Föderation BuH/Republika Srpska mit dem Stand 20.1.2003 dargestellt.

II.5. Das Obligationsgesetzbuch von Slowenien, das seit dem 1. Januar 2002 angewandt wird. Der besondere Teil umfasst folgenden Verträge: 1) Kaufvertrag mit besonderen Arten: Verkauf mit Vorkaufsrecht; Kauf auf Probe; Verkauf nach Muster oder Modell; Verkauf mit Spezifikation; Verkauf mit Eigentumsvorbehalt; Ratenzahlungsverkauf; Akkreditivverkauf; 2) Tauschvertrag; 3) Verkaufsauftrag; 4) Schenkungsvertrag; 5) Vertrag über Vermögensverteilung zu Lebenszeiten; 6) Vertrag über Unterhalt auf Lebenszeit; 7) Vertrag über Nießbrauch auf Lebenszeit; 8) Vertrag über Darlehen; 9) Vertrag über Leihe; 10) Vertrag über Pacht (Miete); 11) Werkvertrag; 12) Bauvertrag; 13) Transportvertrag; 14) Lizenzvertrag; 15) Verwahrungsvertrag; 16) Lagerungvertrag; 17) Vertrag über Vollmacht (Mandat); 18) Kommissionsvertrag; 19) Vertrag über Handelsvertretung; 20) Vermittlungsvertrag; 21) Speditionsvertrag; 22) Vertrag über Waren- und Dienstleistungskontrolle; 23) Vertrag über Organisation von Reisen; 24) Reisevermittlungsvertrag; 25) Vertrag über Allotment; 26) Versicherungsvertrag; 27) Partnerschaftsvertrag; 28) Sozietät; 29) Bürgschaft; 30) Anweisung – Assignation; 31) Vergleich.

Vergleichung. – Hinsichtlich einzelner Verträge, die im Gesetz über Obligationsverhältnisse (1978) vorgesehen waren, sieht das Obligationsgesetzbuch von Slowenien die gleiche Typologie vor, wobei diese Liste noch durch folgende Verträge ergänzt wird: Schenkungsvertrag, Vertrag über Vermögensverteilung zu Lebenszeiten, Vertrag über Unterhalt auf Lebenszeit, Vertrag über Nießbrauch auf Lebenszeit, Leihvertrag, Partnerschaftsvertrag, Akkreditivverkauf. Die Bankverträge wurden nicht aus dem Gesetz über Obligationsverhältnisse übernommen, darauf finden besondere Vorschriften Anwendung.

кације у погледу броја и врсте појединих уговора који чине посебни део закона, дакле, без сугестије, а више ради информације. Тада преглед показује да се данашње законодавство у бившим југословенским републикама, а сада самосталним државама, у погледу материје облигационих односа, углавном (скоро потпуно) држало систематике и садржине одредаба Закона о облигационим односима из 1978. године, с тим што постоје извесне допуне у погледу одређених именованих уговора које поменути закон није садржавао. У том смислу овде ће се изложити број и систематика појединих уговора у облигационим законима република Словеније, Хрватске, Македоније, Србије и Црне Горе, а затим предложена решења у Нацрту Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске са стањем 20. I 2003. године.

II.5. Облигацијски законик Словеније, који се примењује од 1. јануара 2002. године. Посебни део обухвата следеће уговоре: 1) уговор о продаји са посебним врстама: продаја са правом прече куповине; куповина на пробу; продаја по узорку или моделу; продаја са спецификацијом; продаја са задржавањем права својине; продаја са оброчним отплатама цене; акредитивна продаја; 2) уговор о размени; 3) продајни налог; 4) уговор о поклону; 5) уговор о расподели имовине за живота; 6) уговор о доживотном издржавању; 7) уговор о доживотном уживању; 8) уговор о зајму; 9) уговор о послузи; 10) уговор о закупу (најму); 11) уговор о делу; 12) уговор о грађењу; 13) уговори о превозу; 14) уговор о лиценци; 15) уговор о остави; 16) уговор о ускладиштењу; 17) уговор о пуномоћству (мандату); 18) уговор о комисиону; 19) уговор о трговинском заскупљању; 20) уговор о посредовању; 21) уговор о шпедицији; 22) уговор о контроли робе и услуга; 23) уговор о организовању путовања; 24) посреднички уговор о путовању; 25) уговор о ангажовању угоститељских капацитета (алотман); 26) уговор о осигурању; 27) уговор о ортаклуку; 28) заједница; 29) јемство; 30) упућивање – асигнација; 31) поравнање.

Упоређења. – У односу на поједине уговоре предвиђене Законом о облигационим односима (1978), Облигацијски законик Словеније предвиђа исту типологију појединих уговора као и тај закон, с тим што је његову листу допунио још неким уговорима, а то су: уговор о поклону, уговор о расподели имовине за време живота, уговор о доживотном издржавању, уговор о доживотном уживању, уговор о послузи, уговор о ортаклуку, акредитивна продаја. Што се тиче банкарских уговора, они нису преузети из Закона о облигационим односима; на њих се примењују посебни прописи.

II.6. Република Хрватска је 26. јуна 1991. године донела Закон о преузимању Закона о обvezним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89) као републички закон, са одређеним изме-

II.6. Die Republik Kroatien hat am 26. Juni 1991 das Gesetz zur Übernahme des Gesetzes über Obligationsverhältnisse mit bestimmten Änderungen verabschiedet, die sich nicht auf die Typologie der einzelnen Verträge beziehen. Das Gesetz wurde auch am 29. Dezember 1991 hinsichtlich nur eines Artikels (Erwerb ohne Grund) geändert, also auch diese Änderung bezog sich nicht auf den Teil über einzelne Verträge. Am 30. Dezember 1993 wurde jedoch das Gesetz über Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Obligationsverhältnisse verabschiedet, in dem die *Partnerschaft* geregelt wird (Art. 647a–647ž), die nicht im Gesetz über Obligationsverhältnisse von 1978 enthalten war. Danach erfolgten noch zwei Änderungen und Ergänzungen vom 17. Januar 1996 und 22. Oktober 1999, aber diese Änderungen beziehen sich nicht auf die Typologie einzelner Verträge.

Vergleichung. – Im Verhältnis zu den einzelnen Verträgen, die im Gesetz über Obligationsverhältnisse geregelt waren, sieht das kroatische Schuldrecht die gleiche Typologie der einzelnen Verträge vor, genauer gesagt hat das kroatische Gesetz die formell-rechtlichen Bestimmungen des Gesetzes von 1978 mit einigen Änderungen und Ergänzungen übernommen. Im Teil über einzelne Verträge hat das kroatische Gesetz über Obligationsverhältnisse *lediglich einen* Vertrag hinzugefügt, und zwar den Partnerschaftsvertrag, der im Gesetz von 1978 nicht geregelt war.

II.7. Die Republika Mazedonien hat am 20. Februar 2001 ihr Obligationsgesetz verabschiedet mit Änderungen und Ergänzungen aus dem Jahr 2002, die sich elektronische Mitteilungen (Art. 23a–23b) beziehen, sowie Änderungen und Ergänzungen vom 23. Januar 2003 über den Darlehenszinsatz. Was die einzelnen Verträge angeht, sieht dieses Gesetz folgende Verträge vor: 1) Kaufvertrag mit besonderen Arten: Verkauf mit Vorkaufsrecht; Kauf auf Probe; Verkauf nach Muster oder Modell; Verkauf mit Spezifikation; Verkauf mit Eigentumsvorbehalt; Ratenzahlungsverkauf; 2) Verkaufsauftrag; 3) Tausch; 4) Darlehen; 5) Schenkung; 6) Pacht; 7) Leihe; 8) Werkvertrag; 9) Bauvertrag; 10) Partnerschaftsvertrag; 11) Transportvertrag; 12) Lizenzvertrag; 13) Verwahrung; 14) Lagerung; 15) Auftrag (Vollmacht); 16) Kommission; 17) Vertrag über Handelsvertretung; 18) Vermittlung; 19) Spedition; 20) Vertrag über Waren- und Dienstleistungskontrolle; 21) Vertrag über Organisation von Reisen; 22) Reisevermittlungsvertrag; 23) Vertrag über Allotment; 24) Versicherungsvertrag; 25) Vertrag über Vermögensabtretung zu Lebenszeit; 26) Vertrag über Unterhalt auf Lebenszeit; 27) Garantie (Bürgschaft); 28) Anweisung – Assignation; 29) Bankdeposit; 30) Hinterlegung von Wertpapieren; 31) Laufendes Bankkonto; 32) Safevertrag; 33) Kreditvertrag; 34) Kreditvertrag aufgrund der Verpfändung von Wertpapieren; 35) Akkreditiv; 36) Bankgarantie; 37) Vergleich.

нама које се не односе на типологију појединих уговора. Исти закон је изменењен и 29. децембра 1991. године, у погледу само једног члана (стицање без основа), дакле, и ова измена се није односила на део о појединим уговорима. Међутим, 30. децембра 1993. године, донесен је Закон о изменама и допунама Закона о обvezним односима којим је регулисан ортаклук (чл. 647а–647ж), кога није било у Закону о облигационим односима из 1978. године. Након тога уследиле су још две измене и допуне, од 17. јануара 1996. и 22. септембра 1999. године, али се ни те измене не односе на типологију појединих уговора.

Упоређења. – У односу на поједине уговоре предвиђене Законом о облигационим односима из 1978. године, Закон о обvezним односима Хрватске предвиђа исту типологију појединих уговора, тачније, хрватски Закон о обvezним односима преuzeо је и формалноправно одредбе Закона о облигационим односима из 1978. године, са извесним изменама и допунама. Што се тиче дела о појединим уговорима, хрватски Закон о обvezним односима додао је само један уговор, и то уговор о ортаклуку, који није био предвиђен у Закону о облигационим односима из 1978. године.

II.7. Република Македонија је 20. фебруара 2001. године донела Закон на облигационите односи (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 18, од 5. марта 2001); 2002. године донете су измене и допуне које се односе на електронске поруке (чл. 23а–23б), а од 23. јануара 2003. године измене и допуне које се односе на каматну стопу код зајма. Што се тиче појединих уговора, овај закон предвиђа следеће уговоре: 1) уговор о продаји са посебним врстама: продаја са правом прече куповине; куповина на пробу; продаја по узорку или моделу; продаја са спецификацијом; продаја са задржавањем права својине; продаја са оброчним отплатама цене; 2) продајни налог; 3) размена; 4) зајам; 5) уговор о поклону; 6) закуп; 7) уговор о послузи; 8) уговор о делу; 9) уговор о грађењу; 10) уговор о ортаклуку; 11) превоз; 12) уговор о лиценци; 13) депозит; 14) ускладиштење; 15) налог (пуномоћство); 16) комисион; 17) уговор о трговинском заступању; 18) посредовање; 19) експедиција (шпедиција); 20) уговор о контроли робе и услуга; 21) уговор о организовању путовања; 22) посреднички уговор о путовању; 23) уговор о ангажовању угоститељских капацитета (уговор о алотману); 24) осигурање; 25) уговор о уступању имовине за време живота; 26) уговор о доживотном издржавању; 27) гаранција (јемство); 28) упућивање (асигнација); 29) банкарски новчани депозит; 30) депоновање хартија од вредности; 31) банкарски текући рачун; 32) уговор о сефу; 33) уговор о кредиту; 34) уговор о кредиту на основу залоге хартија од вредности; 35) акредитиви; 36) банкарска гаранција; 37) поравнање.

Vergleichung. – Im Verhältnis zu den einzelnen Verträgen, die im Gesetz über Obligationsverhältnisse von 1978 geregelt waren, sieht das mazedonische Schuldrecht die gleiche Typologie der einzelnen Verträge vor, wobei diese Liste durch folgende Verträge ergänzt worden ist: Schenkungsvertrag, Leihvertrag, Partnerschaftsvertrag, Vertrag über Vermögensabtretung zu Lebenszeit, Vertrag über Unterhalt auf Lebenszeit.

II.8. Die Republiken Serbien und Montenegro wenden das Gesetz über Obligationsverhältnisse von 1978 mit Änderungen und Ergänzungen an. Dieses Gesetz sieht die folgenden einzelnen Verträge vor: 1) Kaufvertrag mit besonderen Arten: Verkauf mit Vorkaufsrecht; Kauf auf Probe; Verkauf nach Muster oder Modell; Verkauf mit Spezifikation; Verkauf mit Eigentumsvorbehalt; Ratenzahlungsverkauf; 2) Tausch; 3) Verkaufsauftrag; 4) Darlehen; 5) Pacht; 6) Werkvertrag; 7) Bauvertrag; 8) Transportvertrag; 9) Lizenzvertrag; 10) Verwahrung; 11) Lagerung; 12) Auftrag; 13) Kommision; 14) Vertrag über Handelsvertretung; 15) Vermittlung; 16) Spedition; 17) Vertrag über Waren- und Dienstleistungskontrolle; 18) Vertrag über Organisation von Reisen; 19) Reisevermittlungsvertrag; 20) Vertrag über Allotment; 21) Versicherungsvertrag; 22) Verpfändung; 23) Bürgschaft; 24) Anweisung (Assignment); 25) Bankdeposit; 26) Hinterlegung von Wertpapieren; 27) Laufendes Bankkonto; 28) Safevertrag; 29) Kreditvertrag; 30) Kreditvertrag aufgrund der Verpfändung von Wertpapieren; 31) Akkreditiv; 32) Bankgarantie; 33) Vergleich.

Vergleichung. – Im Verhältnis zu den Schuldrechten der ehemaligen jugoslawischen Republiken enthält dieses Gesetz im Teil über einzelne Verträge keine Bestimmungen über Schenkung, Leih, Partnerschaft, Unterhalt auf Lebenszeit, Vermögensverteilung zu Lebenszeit.

II.9. Der Entwurf des Obligationengesetzes der Föderation BuH/Republika Srpska (Buch 2, Einzelne vertragliche Schuldverhältnisse, Stand 20.1.2003) enthält folgende Verträge: 1) Kaufvertrag mit den besonderen Arten: Wiederkauf; Vorkaufsrecht; Kauf auf Probe; Verkauf nach Muster oder Modell; Verkauf mit Spezifikation; Verkauf mit Eigentumsvorbehalt; Verkaufsauftrag; Ratenlieferungsvertrag; 2) Tausch; 3) Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge; 4) Teilzeit-Wohnrechteverträge; 5) Kreditvertrag, Kreditvermittlungsvertrag, Verbraucherkreditvertrag; 6) Schenkung; 7) Miete; 8) Pacht; 9) Landpacht; 10) Leihe; 11) Leasing; 12) Werkvertrag; 13) Bauvertrag; 14) Transport; 15) Lizenzvertrag; 16) Franchising; 17) Verwahrung; 18) Lagerung; 19) Dienstvertrag; 20) Geschäftsbesorgungsvertrag; 21) Auftrag; 22) Kommission; 23) Handelsvertretung; 24) Vermittlungsvertrag; 25) Spedition; 26) Vertrag über Waren- und Dienstleistungskontrolle; 27) Ver-

**Упоређења.** – У односу на поједине уговоре предвиђене Законом о облигационим односима из 1978. године, Закон за облигационите односи Македоније предвиђа исту типологију појединих уговора, с тим што је ову листу допунио следећим уговорима: уговор о поклону, уговор о послузи, уговор о ортаклуку, уговор о уступању имовине за време живота, уговор о доживотном издржавању.

II.8. Република Србија и Република Црна Гора примењују Закон о облигационим односима из 1978. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78) са изменама и допунама (*Службени лист СФРЈ*, бр. 39/85, 45/89, 57/89, као и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93). Овај закон предвиђа следеће поједине уговоре: 1) уговор о продаји са посебним врстама: продаја са правом прече куповине; куповина на пробу; продаја по узорку или моделу; продаја са спецификацијом; продаја са задржавањем права својине; продаја са оброчним отплатама цене; 2) размена; 3) продајни налог; 4) зајам; 5) закуп; 6) уговор о делу; 7) уговор о грађењу; 8) превоз; 9) уговор о лиценци; 10) остава; 11) усклађиштење; 12) налог; 13) комисион; 14) уговор о трговинском заступању; 15) посредовање; 16) отпремање (шпедиција); 17) уговор о контроли робе и услуга; 18) уговор о организовању путовања; 19) посреднички уговор о путовању; 20) уговор о ангажовању угоститељских капацитета (уговор о алотману); 21) осигурање; 22) залога; 23) јемство; 24) упућивање (асигнација); 25) банкарски новчани депозити; 26) депоновање хартија од вредности; 27) банкарски текући рачун; 28) уговор о сефу; 29) уговор о кредиту; 30) уговор о кредиту на основу залоге хартије од вредности; 31) акредитиви; 32) банкарска гаранција; 33) поравнање.

**Упоређења.** – У односу на законе о облигацијама бивших југословенских република, овај закон у делу о појединим уговорима не садржи одредбе о уговору о поклону, уговору о послузи, уговору о ортаклуку, уговору о доживотном издржавању, уговор о расподели имовине за живота.

II.9. Нацирт Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Република Српска (књига 2, Поједини уговорни облигациони односи) са стањем на дан 20. И 2003. године, садржи следеће поједине уговоре: 1) продаја са посебним врстама: поновна куповина; прече куповина; куповина на пробу; продаја по узорку или моделу; продаја са спецификацијом; продаја са задржавањем права власништва; продајни налог; уговори о испоруци на рате; 2) размјена; 3) послови на кућним вратима и уговори о продаји на даљину; 4) уговори о праву повременог становиња; 5) кредитни уговор, уговор о посредовању кредита, потрошачки кредитни уговор, уговор о посредовању кредита; 6) даровање; 7) најам; 8) закуп; 9) закуп земљишта; 10) посудба; 11) лизинг; 12) уговор о дјелу; 13) уговор

trag über die Organisation von Reisen; 28) Reisevermittlungsvertrag; 29) Allotment; 30) Versicherung; 31) Vertrag über Unterhalt auf Lebenszeit; 32) Bürgschaft; 33) Anweisung (Assignation); 34) Bankgeschäfte; 35) Bankdeposite; 36) Überweisungsgeschäft; 37) Girogeschäft; 38) Lastschriftgeschäfte; 39) Geschäft über den Einzug von Forderungen durch Einziehungs- und Abbuchungsauftrag; 40) Automatenzahlung; 41) Electronic-Cash-System; 42) Hinterlegung von Wertpapieren; 43) Safevertrag; 44) Kreditvertrag; 45) Kreditvertrag aufgrund der Hinterlegung von Wertpapieren; 46) Akkreditiv; 47) Bankgarantie; 48) Vergleich; 49) Feststellungsverträge; 50) Partnerschaft.

Vergleichung. – Vor allem ist festzustellen, daß der Entwurf eine wesentlich höhere Anzahl einzelner Verträge im Verhältnis zu den Schuldrechten anderer Länder erfasst. Die Zahl der einzelnen Verträge im Entwurf steigt bis auf 50, während die anderen Gesetze etwa 30 einzelne Verträge vorsehen. Fügt man den im besonderen Teil erfassten 869 Artikeln noch die größere Anzahl der Bestimmungen (572) im allgemeinen Teil dieses Entwurfs hinzu, enthält der Entwurf insgesamt 1441 Artikel, was erheblich mehr ist als in anderen Obligationsgesetzen. Diese Tatsache muß jedoch nicht von vornherein etwas Negatives heißen, sofern die Erfordernisse des Rechtsverkehrs in der Föderation BuH eine ausführlichere Regelung der Obligationenverhältnisse und insbesondere der einzelnen Verträge verlangen. Dies muß der Arbeitsgruppe, die diesen Entwurf bearbeitet oder einer anderen zuständigen Stelle verdeutlicht und argumentativ begründet werden. Insbesondere bezieht sich das auf die einzelnen Verträge, die in den anderen Obligationsgesetzen nicht geregelt werden, jedoch in diesem Entwurf vorgesehen sind: Teilzeit-Wohnrechteverträge, Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge, Miete und Pacht als gesonderte Verträge, Landpacht als gesonderter Vertrag, Leasing, Franchising, Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Überweisungsgeschäft, Lastschriftgeschäft, Feststellungsverträge sowie einige weiteren Verträge, die in der obigen Liste der 50 einzelnen Verträge aufgeführt sind. Wenn man der Ansicht ist, daß alle diese Verträge ihren Platz im Entwurf bzw. im Obligationsgesetz der Föderation BuH/RS finden sollen, ist natürlich auch eine eingehendere Analyse der einzelnen Regelungen erforderlich, die im weiteren Text dieses Gutachtens erfolgen wird.

## II.10. Verträge des autonomen Handelsrechts

II.11. Die hohe Entwicklungsstufe der technischen und technologischen Zivilisation sowie die Bedingungen des modernen Marktwirtschaftsmodells, die komplexe und höhere Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit unter verschiedenen wirtschaftlichen Subjekten auf dem Binnen- und Weltmarkt führten insbesondere seit Mitte des 20. Jahrhunderts bis heute zu

о грађењу; 14) превоз; 15) уговор о лиценци; 16) франшизинг; 17) остава; 18) ускладиштење; 19) уговор о упослењу; 20) уговор о обављању послла; 21) налог; 22) комисион; 23) трговачко заступање; 24) уговори о посредовању; 25) отпремање (шпедиција); 26) уговор о контроли робе и услуге; 27) уговор о организовању путовања; 28) посреднички уговор о путовању; 29) уговор о ангажовању угоститељских капацитета (уговор о алотману); 30) осигурање; 31) уговор о доживотном издржавању; 32) јемство; 33) упућивање (асигнација); 34) банкарски послови; 35) банкарски новчани депозит; 36) посао с дознакама; 37) жирални посао; 38) посао с теретницама, 39) посао наплате потраживања путем теретница; 40) плаћање путем аутомата; 41) систем електронског новца; 42) депоновање вриједносних папира; 43) уговор о сефу; 44) уговор о кредиту; 45) уговор о кредиту на основу залога вриједносних папира; 46) акредитиви; 47) банкарска гаранција; 48) поравнање; 49) утврђујући уговори; 50) ортаклук.

Упоређења. – Пре свега, треба констатовати да Нацрт садржи знатно већи број појединих уговора у односу на облигационе законе других земаља. Број појединих уговора у Нацрту пење се на 50, док остали законици предвиђају око 30 појединих уговора. Ако се томе дода и већи број одредаба овог нацрта у општем делу (572) и у посебном делу 869 чланова, онда Нацрт укупно садржи 1.441 члан, што је далеко више у односу на друге облигационе законе. Међутим, сам тај факт не мора унапред значити ништа негативно, уколико захтеви правног промета у Федерацији БиХ захтевају детаљније регулисање облигационих односа, посебно појединих уговора. То треба предпочити и аргументовано оправдати у Радној групи која обрађује Нацрт или на другом компетентном месту. Нарочито се то односи на оне поједине уговоре које други облигациони закони не регулишу а које Нацрт предвиђа, као што су: уговори о праву повременог становаша, послови на кућним вратима и уговори о продаји на даљину, најам као посебан уговор и закуп као посебан уговор, закуп земљишта као посебан уговор, лизинг, франшизинг, уговор о упослењу, уговор о обављању послла, посао с дознакама, посао с теретницама, утврђујући уговори и неки други који су наведени у списку од 50 појединих уговора. Разуме се, уколико се заступа становиште да сви ови уговори треба да нађу места у Нацрту односно Закону о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске, онда је потребна ближа анализа појединих решења, што ће се учинити у даљем тексту овог стручног мишљења.

## II.10. Уговори аутономног трговачког права

II.11. Висок степен развоја техничке и технолошке цивилизације, као и услови савременог модела тржишне привреде који

neuen Vertragsschöpfungen im Bereich der Geschäfts- und Handelsbeziehungen. Diese neuen Verträge stellen eigentlich gemischte Verträge (II.3.) dar, in denen einige Elemente der klassischen benannten Verträge (II.2.) zu erkennen sind, die jedoch derart in eine einheitliche Leistung verschmolzen sind, daß sie besondere Verträge in der Geschäfts- und Handelswelt darstellen.

II.12. In entwickelten Marktverhältnissen vieler Länder hat sich eine originelle Handelspraxis entwickelt, die auf der Grundlage von allgemeinen Bedingungen, Typenverträgen und anderen Formularinstrumenten der wirtschaftlichen Subjekte (der Leistenden und der Empfänger, der Verkäufer und Käufer und deren Assoziationen) eine ganze Reihe neuer Verträge entwickelt und eine Art eigener autonomer Typologie von Wirtschaftsverträgen geschaffen hat. Die Massenproduktion von Waren einerseits, die häufig eine Kooperation von Wirtschaftssubjekten aus den verschiedensten Teilen der Welt voraussetzt, und die Vielzahl der nationalen Rechtssysteme andererseits, die die Effizienz und die Anforderungen des modernen Handels oft be- oder sogar verhindern, führten zur Entwicklung eines autonomen internationalen Handelsrechts, das keine strengen gesetzlichen Zwänge im Sinne der Kasuistik *stricti iuris* verträgt. Dieses Recht ist mehr der breiten Praxis der Produktions- und Verkehrsbeziehungen im Sinne der sog. *lex mercatoria* zugewandt.

II.13. Selbstverständlich schufen die Bedingungen des modernen Marktes (II.11 und II.12) in den vergangenen Jahrzehnten und schaffen auch heute noch eine Vielzahl von Verträgen des autonomen Handelsrechts, die sich durch entsprechende Vertragsblankette, Allgemeine Geschäftsbedingungen, allgemeine und besondere Usancen oder empfohlene Formeln internationaler Agenturen und entsprechender wirtschaftlicher Assoziationen manifestieren. Es ist nicht möglich, alle diese Verträge aufzuzählen, und es ist für den Zweck dieses Gutachtens auch nicht notwendig. Daher sind hier nur die Verträge zu nennen, die für das autonome Handelsrecht typisch sind und zu denen sich die Frage ihrer gesetzlichen Regelung stellt, und zwar: Leasing, Franchising, Factoring, Forfaiting, Time-Sharing, Verträge über Technologietransfer, Verträge über langfristige Herstellungskooperation, Verträge über geschäftstechnische Zusammenarbeit, Verträge über die Ausführung von Investitionsarbeiten und die Lieferung von Investitionsausstattung, sowie viele andere zwischen Wirtschaftssubjekten geschlossene Verträge im Bereich der Waren- und Dienstleistungsverkehrs, insbesondere mit internationalem Element.

II.14. Bei allen diesen Verträgen stellt sich die Frage, ob sie im Sinne der benannten Verträge (II.2.) gesetzlich zu regeln sind, oder ob sie der

захтевају сложене и више облике привредне сарадње између различитих привредних субјеката на домаћем и светском тржишту, довели су, нарочито од друге половине 20. века до данас, до нових уговорних творевина у области пословних и трговачких односа. Ти нови уговори, у ствари, представљају мешовите уговоре (тач. ИИ.3) у којима се препознају неки елементи класичних именованих уговора (тач. ИИ.2), али који су тако сједињени у јединствену преста-цију да представљају посебне уговоре у пословном и трговачком свету.

II.12. У новим тржишним односима у многим земљама развила се оригинална трговачка пракса која је на темељу општих услова, типских уговора и других формуларних инструмената привредних субјеката (давалаца и прималаца услуга, продаваца и купаца и њихових асоцијација) изградила читав низ нових уговора и створила неку врсту своје аутономне типологије привредних уговора. Масовна продукција робе – која често укључује кооперацију привредних субјеката са различитих страна света, с једне стране, и бројност националних правних система који често успоравају или чак и онемогућавају ефикасност и потребе савремене трговине, с друге стране – довела је до развоја аутономног међународног трговачког права које не подноси круте законске стеге у смислу казуистике *stricti iuris*. То право је више окренуто ширини праксе производно-прометних односа у смислу онога што се назива *lex mercatoria*.

II.13. По себи се разуме да су услови савременог тржишта (тач. II.11 и тач. II.12) у прошлим деценијама створили, и да и данас стварају, велики број уговора аутономног трговачког права који се манифестију преко одговарајућих уговорних бланкета, општих услова пословања, општих и посебних узанси или препоручених формула међународних агенција и одговарајућих привредних асоцијација. Све те уговоре није могуће таксативно набројати, а то није ни потребно за сврху овог стручног мишљења. Отуда, овде треба поменути само оне уговоре који су типични за аутономно трговачко право и за које се поставља питање њихове законске регулативе, а то су: лизинг (Leasing), франшизинг (Franchising), факторинг (Factoring), форфетинг (Forfaiting), тајм шеринг (Time sharing), затим уговори о трансферу технологије, уговори о дугорочној производној кооперацији, уговори о пословно-техничкој сарадњи, уговори о извођењу инвестиционих радова и испоруци инвестиционе опреме, и многи други уговори из области промета робе и услуга закључени међу привредним субјектима, посебно са елементом иностраности.

II.14. Код свих ових уговора поставља се питање: да ли их треба законом регулисати у смислу именованих уговора (тач. II.2),

Wirtschafts- und Handelspraxis zur weiteren Entwicklung überlassen werden sollen, natürlich unter der allgemeinen Voraussetzung der Einschränkung der Vertragsfreiheit im Sinne der zwingenden Vorschriften, öffentlichen Ordnung und guten Sitten. Bei der Beantwortung dieser Frage vom Standpunkt der komparativen Übersicht existieren unterschiedliche Auffassungen. Nach der einen Auffassung sollen diese Verträge nicht besonders gesetzlich geregelt (mit Ausnahme einiger Segmente, z.B. Zoll- und Steuervorschriften) sondern im Rahmen der allgemeinen Regeln des Vertragsrechts behandelt werden. Wie oben bereits dargestellt wurde (II.4 und II.8) akzeptieren die Obligationengesetze der ehemaligen jugoslawischen Republiken diesen Standpunkt. Nach der zweiten Auffassung sind diese Verträge gesetzlich zu regeln, und zwar laut einer nach durch besondere Gesetze (z.B. Gesetz über Finanzleasing), und laut der anderen im Schuldrecht bzw. im Bürgerlichen Gesetzbuch, was sehr selten der Fall ist. Nach einer dritten Auffassung ist diese Materie den entsprechenden internationalen Konventionen und Ratifizierungssakten der Mitgliedsstaaten zu überlassen (z.B. Konvention über internationale Finanzleasing) oder den Empfehlungen der entsprechenden internationalen Organisationen und Instituten, wie z.B. UNIDROIT, UNCITRAL oder INCOTERMS-Regeln, die über Modellgesetze oder einheitliche Regeln und andere ähnlichen Instrumente die Angleichung in der rechtlichen Regelung dieser Beziehungen erreichen. Die Entwurfsgruppe für das Obligationengesetz der Föderation BuH/Republika Srpska ist befugt und verpflichtet, eine der genannten Lösungen zu akzeptieren. Zwecks einer umfassenderen Übersicht werden wir uns hier mit den Verträgen befassen, die durch den Entwurf vorgesehen sind, d.h. Leasing (Art. 799–805), Franchising (Art. 923–930), Time-Sharing (Art. 681–687).

II.15. Auf internationaler Ebene ist die Vereinheitlichung der Regeln für Leasinggeschäfte hauptsächlich durch die UNIDROIT Konvention über internationales Finanzleasing erfolgt (Ottawa, 28. Mai 1988). Diese Konvention regelt das Finanzleasinggeschäft, das ein dreifaches Rechtsverhältnis zwischen den Subjekten voraussetzt – Leasinggeber, Leasingnehmer, Lieferant des Leasinggegenstandes. Daher wird diese Art des Leasing auch mittelbares oder indirektes Leasing genannt, im Gegensatz zum sog. operativen (direkten, unmittelbaren) Leasing, das durch die Konvention nicht geregelt wird und im Wesentlichen auf einen modifizierten klassischen Pachtvertrag zwischen zwei Personen – Verpächter und Pächter – zurückzuführen ist. Obwohl auch das Finanzleasing durch Evolution aus dem Pachtvertrag entstanden ist, hat es heute die Attribute eines komplexen ökonomischen und rechtlichen Instituts erlangt, das die Beschaffung moderner Ausrüstung ohne eigenes Kapitalengagement durch eine Kombination von Elementen *der Pacht, des Verkaufs und des Kredits* ermöglicht. Der Leasinggeber schließt nämlich einen Vertrag mit dem Lieferanten des Leasinggegenstandes, auf Grund dessen er das Eigentumsrecht an diesem Gegenstand erwirbt, wobei das alles nach der Spezifikation des Leasingnehmers erfolgt, der das Recht

или их треба препустити привредно-трговачкој пракси да се и даље тамо развијају, разуме се, под општом претпоставком ограничења слободе уговорања у смислу императивних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. У одговору на ово питање, са гледишта компартивног прегледа, постоје различита схватања. По једном схватању, ове уговоре не треба посебно законом регулисати (изузев неких сегмената, нпр. царински и порески прописи) већ их треба третирати у склопу општих правила уговорног права. Као што је истакнуто (тач. II.4 до тач. II.8), облигациони закони бивших југословенских република прихватају ово становиште. По другом схватању, ове уговоре треба законом регулисати, и то: по једним, треба их регулисати посебним законима (нпр. Законом о финансијском лизингу), а по другима, облигационим законом односно Грађанским законом, што је сасвим ретка појава. Према трећем схватању, ову материју треба препустити одговарајућим међународним конвенцијама и акту ратификације од стране држава чланица (нпр. Конвенцији о међународном финансијском лизингу) или препоруци одговарајућих међународних организација и института, као што су UNIDROIT, или UNCITRAL, или INCOTERMS правила, која преко модел-закона или једнообразних правила, или других сличних инструмената, постижу уједначавање у правном регулисању ових односа. Радна група за израду Закона о облигационим односима у Федерацији БиХ/Република Српска има овлашћења и дужност да прихвати једно од поменутих решења. Ради обухватнијег погледа, овде ћемо се још задржати на оним уговорима које Нацир предвиђа, а то су: лизинг (чл. 799–805), франшизинг (чл. 923–930), уговори о праву повременог станововања – Time sharing (чл. 681–687).

II.15. На међународном плану углавном је извршена унификација правила лизинг-посла и то путем UNIDROIT Конвенције о међународном финансијском лизингу (Отава, 28. мај 1988). Ова конвенција регулише посао финансијског лизинга који претпоставља троструки правни однос између субјеката – давалац лизинга, прималац лизинга, испоручилац предмета лизинга. Отуда се ова врста лизинга назива још и посредним или индиректним лизингом, за разлику од тзв. оперативног (директног, непосредног) кога Конвенција не регулише и који се, у суштини, своди на модификовани класични уговор о закупу закључен између два лица – закуподавца и закупца. Мада је и финансијски лизинг настао еволуцијом из уговора о закупу, ипак је он данас стекао атрибуте комплексне економске и правне установе која омогућава прибављање савремене опреме без ангажовања сопственог капитала комбинацијом елемената закупа, продаје и кредита. Наиме, давалац лизинга закључује уговор са испоручиоцем предмета лизинга на основу кога стиче право својине на том предмету, а све према спецификацији

erwirbt, den Leasinggegenstand auf vereinbarte Zeit zu halten und auszunutzen, und verpflichtet ist, dem Leasinggeber das vereinbarte Entgelt in vereinbarten Raten zu zahlen. Ein solcher Vertrag, der sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunders aus den USA auf Europa und außereuropäische Staaten verbreitet hat, ist heute ein wichtiges Instrument der komplexen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit. Hinsichtlich der Frage seiner rechtlichen Regelung bestehen jedoch unterschiedliche Lösungen: Entweder wird er überhaupt nicht geregelt, sonder den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts überlassen, oder er wird durch besondere Vorschriften oder durch ein besonderes Finanzleasinggesetz wie z.B. in Frankreich, Belgien, Russland geregelt. In Serbien ist ein Entwurf eines Finanzleasinggesetzes im Rahmen des Ministeriums für wirtschaftliche Beziehungen mit dem Ausland erarbeitet worden (2002) und befindet sich heute in der Gesetzgebungsprozedur. Der Standpunkt, daß das Leasinggeschäft Gegenstand eines besonderen Gesetzes sein soll, gründet auf zahlreichen Argumenten: Das Leasinggeschäft umfasst bedeutende Aspekte außerhalb des schuldrechtlichen Rahmens (Stellung des Leasinggebers und –nehmers; Aspekte des Zolls, der Steuern und des Rechnugswesens; Erfordernis eines Finanzleasingregisters und andere Aspekte); außerdem stellt ein solches Gesetz eine *lex specialis* dar, d.h. es wird gegenüber anderen Gesetzen vorrangig angewandt; ein solches Gesetz regelt das Institut als Gesamtheit, um so mehr weil viele Segmente des Leasinggeschäfts nicht durch das Obligationengesetz erfasst werden können usw. Schließlich stellt die UNIDROIT Konvention über internationales Finanzleasing eine solide Grundlage für die Vereinheitlichung der Regeln des Leasinggeschäfts dar, wobei zu diesen Regeln gesagt werden kann, daß sie gerade den Bedarf wiederspiegeln, der heute in diesem Bereich des Wirtschaftlebens besteht. Wenn man hier noch die Tatsache hinzufügt, daß diese Konvention auf eine klare und konzise Art und Weise (insgesamt 25 Artikel) den Bereich des Finanzleasing regelt, kann die Frage seiner Regelung durch ein besonderes Gesetz nach dem Modell der genannten Konvention in den Raum gestellt werden.

II.16. Bezuglich des Franchisinggeschäfts ist neben zahlreicher Definitionen dieses Geschäfts die Definition zu beachten, die sich im Entwurf des Modellgesetzes über die Mitteilung von Angaben beim Franchising (2002) des Internationalen Instituts für Unifizierung des Privatrechts in Rom (UNIDROIT) befindet. Obwohl sich dieser Text nicht auf das Franchisinggeschäft insgesamt bezieht, sondern nur auf einen Segment über die vorvertragliche Mitteilung von Angaben über das Franchisinggeschäft, so gibt dieser Text dennoch bedeutende Elemente einer Definition dieses Geschäfts: Franchising bedeutet das Recht, das von einer Partei (Franchisegeber, franchisor) eingeräumt wird, indem sie die andere Partei (Franchisenehmer, franchisee) berechtigt, und von ihr gegen unmittelbares oder mittelbares finanzielles Entgelt das Engagement in Geschäften des Waren- und Dienstleistungsverkaufs auf Grund eines vom Franchisegeber bestimmten Systems fordert, durch welches das Know-How und die Unterstützung erfasst wird; es schreibt im Wesentlichen vor, wie der Geschäftsbetrieb des Franchisenehmers zu

примаоца лизинга који стиче право држања и коришћења предмета лизинга на уговорено време и уз његову обавезу да даваоцу лизинга плаћа уговорену накнаду у уговореним ратама. Такав уговор који се, у другој половини 20. века, из САД проширио и на европске и друге ваневропске земље, данас је значајан инструмент сложених облика привредне сарадње. Међутим, код питања његовог правног регулисања, постоје различита решења: или се уопште не регулише него се препушта општим правилима уговорног права, или се регулише посебним прописима или посебним законом о финансијском лизингу – нпр. Француска, Белгија, Русија. У Србији је израђен Нацирт закона о финансијском лизингу у оквиру Министарства за економске односе са иностранством (2002) и он се данас налази у законодавној процедуре. Гледиште да посао лизинга треба да буде предмет посебног закона заснива се на бројним аргументима: посао лизинга обухвата значајне аспекте изван оквира облигационог права (статус даваоца и примаоца лизинга; царински, порески и рачуноводствени аспекти; потреба постојања регистра финансијског лизинга, и други аспекти); такав закон представља *lex specialis*, што значи да се он приоритетно примењује у односу на друге опште законе; такав закон регулише једну установу у целини, тим пре што многи сегменти лизинг-посла не могу бити обухваћени облигационим законом, и сл. Најзад, UNIDROIT Конвенција о међународном финансијском лизингу представља солидну основу за унификацију правила лизинг-посла, с тим што се за ова правила може рећи да изражавају управо оне потребе које су данас присутне у овој области привредног живота. Ако се томе дода и факт да Конвенција на јасан и концизан начин (укупно 25 чланова) регулише област финансијског лизинга, онда се може поставити питање његовог регулисања посебним законом по моделу те конвенције.

II.16. Када је реч о франшизинг-послу, поред бројних дефиниција овог посла, треба обратити пажњу на дефиницију која се налази у Нацирту модел-закона Међународног института за унификацију приватног права у Риму (UNIDROIT) о давању података код франшизинга (2002). Иако се овај текст не односи на франшизинг-посао у целини, већ само на један његов сегмент који се односи на предуговорно давање података о франшизинг-послу, он ипак даје значајне елементе дефиниције овог посла: франшизинг значи право које даје једна страна (франшизант, franchisor) овлашћујући другу страну и захтевајући од ње (франшизатара, franchisee), у замену за непосредну или посредну финансијску накнаду, ангажовање у пословима продаје робе или услуга на основу система који одређује франшизант и који обухвата know-how и помоћ, прописује у суштинском делу начин на који ће пословање франшизатара да се обавља, обухвата значајну и континуирану контролу франши-

erfolgen hat, umfasst eine wichtige und kontinuierliche Kontrolle des Franchisenehmers und ist im Wesentlichen mit dem durch den Franchisegeber bestimmten Handelszeichen, Handelsnamen oder Logo verbunden (siehe ausführlicher J. Vilus, Zeitschrift „Pravni zivot“ Nr. 11/2001). Nach der Verordnung (Regulation) der Europäischen Union 4087/88 ist Franchising eine Gesamtheit von Rechten industriellen oder intellektuellen Eigentums, die sich auf Warenzeichen, Handelsnamen, Bezeichnung von Geschäften, Modellen, Urherberrechte, Know-How oder Patente beziehen, welche für den Weiterverkauf der Ware oder für Dienstleistungen an die Endabnehmer verwendet werden (s. J. Vilus, *ibidem*). Hier seien noch die Elemente der Definition des Franchisinggeschäfts erwähnt, die von der französischen Rechtsprechung gegeben wurden (Cour de Paris 1978), nach der das Franchising als Methode der Zusammenarbeit zweier oder mehrerer Wirtschaftssubjekte – des Franchisegebers und des Franchisenehmers – definiert wird, durch welche der Franchisegeber als Eigentümer des Rechts auf ausschließliche Benutzung der Firma, des Warenzeichens, der Bezeichnung des Ursprungs des Produktes, Symbols oder anderer nicht registrierter Unterscheidungsmerkmale, Produkte und Dienstleistungen sowie besonderen Wissens und Erfahrungen (Know-How) dem Franchisenehmer gegen bestimmtes Entgelt oder andere Vorteile das Nutzungsrecht, eine Gesamtheit von originellen (eigenen) oder spezifizierten Produkten oder Dienstleistungen zur Verfügung stellt, zur verbindlichen und vollständigen Nutzung gemäß den kommerziellen Techniken, die vom Franchisegeber erprobt sind und auf exklusive Weise zeitweise erneuert werden, um den besten Durchbruch (impact) auf einem bestimmten Markt zu erzielen und eine beschleunigte Entwicklung der wirtschaftlichen Tätigkeit der gegenständlichen Firma zu erreichen. Dieser Vertrag kann auch die kommerzielle, finanzielle oder industrielle Unterstützung erfassen, um die Integration in die wirtschaftliche Tätigkeit des Franchisegebers zu ermöglichen, da der Franchisenehmer in eine originelle Technik und nicht gewöhnliches Know-How eingeführt wird, wodurch die Wahrung der Abbildung (Gestalt, Darstellung) des zu verkaufen Waren- oder Dienstleistungszeichen ermöglicht wird, die Kundschaft mit geringeren Kosten und größere Rentabilität für beide Seiten, die ihre volle rechtliche Selbständigkeit wahren, erweitert wird (ausführlicher siehe M. Vasiljevic, *Poslovno pravo*, 1997, Belgrad, S. 657). Wie zu sehen ist, handelt es sich um einen komplexen Vertrag, der zahlreiche Elemente verschiedener benannter Verträge (II.2) enthält, der jedoch einem offensichtlich bestehenden Bedarf nach modernen Formen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit unter den Voraussetzungen hochentwickelter Marktwirtschaft entspricht. Ein solcher Vertrag hat heute bereits entwickelte Elemente im autonomen Handelsrecht, aber auch hier stellt sich die Frage: Soll er rechtliche kodifiziert oder der Willensautonomie der wirtschaftlichen Subjekte unter Anwendung der allgemeinen Regeln des Vertragsrechts überlassen werden. Durch komparative Übersicht nach dem UNIDROIT Guide to International Maste Franchise Arrangements 1998 (Zit. nach J. Vilus, *ibidem*) wird konstatiert, daß die USA Regeln über das Franchising aufgenommen haben (Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and

занта и у суштини је повезан са трговачким знаком, службним знаком, трговачким именом или логотипом који је одредио франшизант (опширније видети: J. Vilus, часопис *Правни живот* бр. 11/2001). А према Уредби (Regulation) Европске уније 4087/88, франшизинг је скуп права индустриске и интелектуалне својине који се односи на жигове, трговачка имена, ознаке радњи, модела, ауторског права, know-how или патенте који се користе за даљу продају робе или пружање услуга финалним корисницима (J. Vilus, *ibidem*). Поменимо овде и елементе дефиниције франшизинг-посла које је дала француска судска пракса (Cour de Paris из 1978), према којој се франшизинг дефинише као метод сарадње између два или више привредних субјеката, даваоца франшизинга и примаоца франшизинга, којим давалац франшизинга као власник права искључиве употребе фирме, жига, ознаке порекла производа, симбола и других нерегистрованих знакова разликовања, производа и услуга, као и посебног знања и искуства know-how, ставља на располагање примаоцу франшизинга право коришћења, уз одређену накнаду или уз остваривање других предности, скуп производа или услуга, оригиналних (властитих) или специфицираних, ради обавезног и потпуног искоришћавања у складу са комерцијалним техникама које је давалац франшизинга испробао и које повремено обнавља, на ексклузиван начин, да би реализовао најбољи продор (*impact*) на одређеном тржишту и да би постигао убрзани развој привредне делатности фирме о којој је реч. Овај уговор може садржати и комерцијалну, финансијску или индустриску помоћ, како би се омогућила интеграција у привредну делатност даваоца франшизинга, будући да се прималац франшизинга уводи у једну оригиналну технику и know-how који није уобичајен, чиме се омогућује чување слике (лика, представе) робног и службног жига који се продаје, развијање клијентеле уз мање трошкове и већи рентабилитет за обе стране, које задржавају потпуну правну самосталност (опширније видети: М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд 1997, стр. 657). Као што се види, реч је о једном комплексном уговорном односу који садржи бројне елементе различитих именованих уговора (тач. ИИ.2), али који одговара једној видно израженој потреби за савременим формама привредне сарадње у претпоставци високо развијене тржишне привреде. Такав уговор има већ данас изграђене елементе у аутономном трговачком праву, али је и овде исто питање: да ли га треба правно кодификовати или препустити аутономији воље привредних субјеката уз примену општих правила уговорног права. Компаративним прегледом, према Водичу UNIDROIT који се односи на франшизинг-послове – Guide to International Maste Franchise Arrangements 1998. (цит. према J. Vilus, *ibidem*), констатује се да су САД усвојиле правила о франшизингу (Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and Prohibition Concerning

Prohibition Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures – 1979); Kanada hat in der Provinz Alberta 1995 ein eigenes Franchisinggesetz verabschiedet; Frankreich hat Regeln über die Datenveröffentlichung beim Abschluß von Franchisingverträgen erlassen (Dekret von 1991); durch besondere Vorschriften ist die Materie des Franchising auch in vielen anderen Ländern geregelt, wie z.B. Spanien, Brasilien, Mexiko, Indonesien, Japan, Russland, Rumänien, China, Albanien. Australien hat den Franchising Code of Practice (1986) erlassen; die EU bzw. EWG hat 1988 die Verordnung (Regulation) über Franchisingverträge erlassen.

II.17. Verträge über den Verkauf von Teilzeitwohnrechten eines touristischen Objekts (Time-Sharing) sind eine neuere Schaffung des autonomen nationalen und internationalen Handelsrechts. Es handelt sich um den Absatz in erster Linie touristischer Kapazitäten (Gebäude, Appartments), auf die Art und Weise, daß der Benutzer gegen bestimmtes Entgelt das Recht erwirbt, im Laufe einer bestimmten Zahl von Jahren abwechselnd während einer bestimmten Zeit innerhalb eines Jahres (time share interval) ein bestimmtes Objekt zu benutzen, an dem er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Eigentum erwirbt, sondern lediglich das dauerhafte Recht auf Benutzung in der Art und Weise und unter den Voraussetzungen, die im Vertrag vorgesehen sind. Dieser Vertrag als unbenannter und gemischter Vertrag (Elemente des Pacht-, Kauf- und Werkvertrages) erzeugt Wirkungen nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, obwohl er auch durch besonderes Gesetz geregelt werden kann, wie es im ehemaligen Jugoslawien der Fall war, wo 1988 des Gesetz über das Recht der zeitweisen Nutzung eines touristischen Objekts verabschiedet wurde, in dem fast alle Fragen auf diesem Gebiet geregelt waren. Die meisten Rechtssysteme überlassen jedoch diesen Vertrag der Handelspraxis und den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts.

II.18. Der Factoringvertrag ist ebenso eine Schaffung des autonomen Handelsrechts, die sich unter der Anwendung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Factoringgesellschaften, Handelssitten, Typen- und Formularverträgen entwickelt hat. Durch den Factoringvertrag verpflichtet sich eine Partei (Lieferant, Abtretender), eine (bestehende oder künftige) Forderung aus einem Kaufvertrag oder einem anderen Dienstleistungsvertrag an die andere Partei abzutreten, und diese verpflichtet sich, gegen eine Provision die Forderung einzuziehen, den Abtretenden zu kreditieren und andere Factoringleistungen zu erbringen. Nach der UNIDROIT Konvention über internationales Factoring (Ottawa, 28. Mai 1988) setzt der Factoringvertrag vor, daß der Lieferant die aus einem Warenkaufvertrag zwischen dem Lieferanten und seinem Käufer (Schuldner) entstandenen Forderungen auf den Factor überträgt, mit Ausnahme derjenigen, die sich auf Waren beziehen, die für persönliche, familiäre oder Haushaltszwecke gekauft wurden. Der Factor ist verpflichtet, mindestens zwei der folgenden Funktionen durchzuführen: Finanzierung des Lieferanten einschließlich Gewährung von Darlehen und Anzahlungen; Rechnungsführung (Buchhaltung) mit Bezug auf die Forderungen; Einziehung der Forderungen; Schutz vor Zahlungsmängeln des Schuld-

Franchising and Business Opportunity Ventures – 1979); Канада је у провинцији Алберта 1995. донела посебан Закон о франшизингу; Француска је усвојила правила о давању података приликом закључења уговора о франшизингу (Декрет од 1991. године); посебним прописима регулисана је материја франшизинга и у многим другим земљама као што су: Шпанија, Бразил, Мексико, Индонезија, Јапан, Русија, Румунија, Кина, Албанија. Аустралија је донела Пословни кодекс о франшизингу – Franchising Code of Practice (1986); Европска унија односно ЕЕЗ је 1988. донела Уредбу (*Regulation*) која се односи на уговоре о франшизингу.

II.17. Уговори о продаји права временског коришћења стамбене просторије туристичког објекта (*Time sharing*) представљају новију творевину аутономног трговачког права, домаћег и међународног. Реч је о пласману, пре свега, туристичких капацитета (зграде, апартмани), на начин да корисник уз одређену накнаду стиче право да у току одређеног броја година користи наизменично за одређено време у току једне године (*time share interval*) одређени објект, на коме у тренутку закључења уговора не стиче својину већ само трајно право коришћења на начин и под условима који су уговором предвиђени. Овај уговор, као неименован и мешовит (елементи уговора о закупу, продаји, уговора о делу) производи дејства према општим правилима уговорног права, мада може бити и предмет регулисања посебног закона, што је био случај са законодавством бивше Југославије где је 1988. године донесен Закон о праву временског коришћења туристичког објекта, којим су била регулисана готово сва питања из ове области. Ипак, већина правних система препушта овај уговор трговачкој пракси и општим правилима уговорног права.

II.18. Уговор о факторингу је такође творевина аутономног трговачког права и развио се применом општих услова пословања факторинг компанија, трговачких обичаја, типских и формуларних уговора. Уговором о факторингу једна страна (испоручилац, уступилац) обавезује се да уступи потраживање (постојеће или будуће) из уговора о продаји или неког другог уговора о вршењу услуга, другој страни (фактору), а ова се обавезује да уз провизију наплати потраживање, да кредитира уступиоца и да врши друге факторинг-услуге. Према UNIDROIT Конвенцији о међународном факторингу (Отава, 28. мај 1988), уговор о факторингу претпоставља да испоручилац преноси или ће пренети на фактора потраживања настала из уговора о продаји робе закључених између испоручиоца и његовог купца (дужника), осим оних који се односе на робу купљену за личну, породичну или за потребу домаћинства. Фактор има обавезу да изврши најмање две од следећих функција: финансирање испоручиоца, укључујући одобравање зајмова и аванса; вођење рачуна (књиговодство) који се односи на потраживања; наплату

ners. Dem Schuldner muß die Forderungsübertragung mitgeteilt werden. Wie zu sehen ist, handelt es sich auch hier um einen gemischten Vertrag (Elemente von Abtretungsvertrag, Werkvertrag, Garantievertrag, Kreditvertrag) mit einer einheitlichen Leistung, der durch Gesetz besonders geregelt oder der Handelspraxis und den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts überlassen werden kann.

II.19. Hinsichtlich der gesetzlichen Regelung anderer Verträge des autonomen Handelsrechts wie z.B. der Forfeiting-Vertrag (Abkauf langfristiger Forderungen bestehend aus Elementen des Kaufes, des Geld- und Eskontkredits, des Factorings), der eine Schaffung der autonomen Bankpraxis ist, und einer Reihe von Verträgen aus dem Bereich der geschäftlich-technischen Zusammenarbeit und Kooperation, des Technologietransfers, der Ausführung von Investitionsarbeiten, insbesondere mit internationalem Element, sowie vieler anderer Verträge, die in der Handelspraxis vorkommen, gilt für alle, was bereits für die typischen Verträge des autonomen Handelsrechts gesagt wurde (Finanzleasing, Franchising, Time-Sharing), d.h. bei ihrer gesetzlichen kann unterschiedlich vorgegangen werden (II.14), abhängig von der Orientierung des Gesetzgebers und den dringenden Bedürfnissen des entsprechenden Rechtssystems.

## II.20. Einfluß der EU-Richtlinien

II.21. Es stellt sich die Frage, ob EU-Richtlinien über bestimmte (oft auch technische) Fragen in ein Obligationengesetz aufgenommen werden sollen. Ist die Antwort positiv, so entsteht die Frage, in welchem Umfang der Text einer Richtlinie ins Gesetz eingebracht werden soll – ob nur im Sinne einer Richtungsweisung oder im weiteren Sinne (in extenso). Die Antwort auf diese Frage kann, wie es scheint, nicht einheitlich für alle rechtlichen Situationen sein, die den Gegenstand der entsprechenden Richtlinie darstellen. Wenn sich die Richtlinie nicht auf technische Fragen bezieht, sondern in die wesentliche und grundsätzliche Einstellung zu einem schuldrechtlichen Institut eingreift, dann sollte unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Abläufe der Europäischen Union auch das Obligationengesetz auf seine Art und Weise diese rechtliche Situation im Sinne einer dauerhaften Lösung darstellen und normieren, ohne Rücksicht auf die momentanen Bedürfnisse der Marktsituation in einem bestimmten Bereich des Wirtschaftslebens, welche entweder besonderen Gesetzen oder Verordnung überlassen werden sollen. Auf diese Weise erhält das Korpus des modernen *lex mercatoria* als gemeinsamer Nenner für alle Quellen des internationalen Handelsrechts einen neuen und breiteren Inhalt, der durch die Kriterien der Identität und Integrität der Marktwirtschaft innerhalb der EU inspiriert und geleitet wird. Um so mehr, weil ein Obligationengesetz als Kodifikationsakt eine dauerhafte Quelle des Schuldrechts und ein Kulturdenkmal einer Zeit darstellt, welches keinen zu häufigen Änderungen der feineren Kapillare des marktorientierten Waren- und Dienstleistungsausches unterliegen sollte, was

потраживања; заштиту од пропуста у плаћању дужника. Дужник мора бити обавештен о преносу потраживања. Као што се види, и ово је један мешовит уговор (елементи уговора о цесији, уговора о делу, уговора о гаранцији, уговора о кредиту) са јединственом престацијом који може бити законом посебно регулисан или прешутен трговачкој пракси и општим правилима уговорног права.

II.19. У погледу законског регулисања и других уговора аутономног трговачког права, као уговор о форфетирању (откуп дугорочних потраживања који се састоји од елемената продаје, новчаног и есконтног кредита, факторинга) који је творевина аутономне банкарске праксе, а затим низ уговора из области пословно-техничке сарадње и кооперације, трансфера технологије, извођења инвестиционих радова посебно са елементом иностраности, као и многи други уговори који се јављају у трговачкој пракси – за све њих важи оно што је већ речено код излагања типичних уговора аутономног трговачког права (финансијски лизинг, франшизинг, тајм-шеринг), а наиме, њихово законско регулисање подлеже могућности различитог поступања (тач. II.14), зависно од опредељења законодавца и од ургентних потреба одговарајућег правног система.

## II.20 Утицај директиве ЕУ

II.21. Поставља се питање да ли директиве ЕУ о различитим питањима (често и техничким) треба уносити у облигациони закон. Уколико је одговор потврдан, онда настаје питање у којој мери текст директиве треба уносити у облигациони закон – да ли само у смислу смерница или у ширем смислу (*in extenso*). Одговор на постављена питања, чини се, не може бити јединствен за све правне ситуације које чине предмет одговарајуће директиве. Ако се директива не односи на техничка питања, већ захвату суштинско и принципијелно опредељење поводом неке установе облигационог права, онда би, следећи привредне токове Европске уније, и облигациони закон требало да на свој начин искаже и нормира ту правну ситуацију у смислу трајног решења, не обазируји се на тренутне потребе тржишне ситуације у одређеној области привредног живота, што треба да буде препуштено или посебним законима или подзаконским актима. На тај начин, корпус савременог *lex mercatoria*, као збирни именитељ за све изворе међународног трговачког права, добија нову и ширу садржину, инспирисану и вођену критеријумом идентитета и интегритета тржишне привреде у оквиру Европске уније. Ово тим пре јер облигациони закон као кодификаторски акт представља трајни извор облигационог права и споменик културе једног времена који не треба да буде подложен честим изменама ситнијих капилара тржишне размене робе и ус-

gerade die Domäne der Richtlinien und Anweisungen oder der Anordnungen von Durchführungsvorschriften ist, die schneller und effizienter an die Dynamik der Marktverhältnisse angepasst werden.

II.22. In diesem Sinne nehmen wir als Beispiel die Richtlinie 97/7/CE des Europäischen Parlaments und Rates vom 20. Mai 1997, die sich auf den Verbraucherschutz in *Distanzverträgen* bezieht. Für dieses Gutachten ist diese Richtlinie von Bedeutung, weil der Entwurf Bestimmungen über den Fernabsatzvertrag enthält (Art. 678). Das Ziel dieser Richtlinie ist vor allem die *Annäherung* von Gesetzes-, Durchführungs- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf Distanzverträge zwischen Verbrauchern und Lieferanten (Art. 1 der Richtlinie). Wie bereits aus der ersten Bestimmung dieser Richtlinie zu sehen ist, soll ihr Inhalt nicht *in extenso* ins Obligationsgesetz eingebracht werden, sondern sind die Bestimmungen dieses Gesetzes an die Lösungen der Richtlinie anzunähern, bzw. die Tür für die Anwendungsmöglichkeit der Richtlinie im wesentlichen Sinne nicht zu verschliessen. Konkret heißt das, wenn das Obligationsgesetz Bestimmungen über den Vertragsschluss zwischen anwesenden und abwesenden Personen enthält (Art. 83–86 des Entwurfs), dann stellt sich die Frage der Berechtigtheit der Einfügung von Bestimmungen der genannten Richtlinie, die sich auf Distanzverträge bezieht. Da es sich jedoch um den Verbraucherschutz handelt, der heute in der Gesetzgebung der EU mit großem Nachdruck vertreten wird, könnten in das Obligationsgesetz eine allgemeinen Bestimmungen aus dieser Materie aufgenommen werden, wie z.B. die Definition des Distanzvertrages und seine wesentlichen Merkmale, und die sonstige durch diesen Vertrag bewegte Technik soll dem Verfahren der Anwendung der Richtlinie (II.21) überlassen werden, auf die Art und Weise, wie sie ins entsprechende Rechtssystem übertragen wird. Wenn es um die Definition des Distanzvertrages geht, soll gesagt werden, daß es ein zwischen einem Lieferanten und einem Verbraucher innerhalb eines Verkaufs- oder Dienstleistungssystems (-schemas) geschlossener Vertrag ist (organisierter Fernabsatz), der sich auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die vom Lieferanten erbracht werden, und bei dem zu Vertragszwecken ein oder mehrere Kommunikationsmittel vor dem Vertragsschluß und einschließlich den Vertrags schluß selbst verwendet werden. Auf diese Weise würde die Richtlinie über Distanzverträge ihren Platz im Obligationsgesetz finden, und alles andere wäre den besonderen Vorschriften (z.B. dem Verbraucherschutzgesetz) und der Handelspraxis der Wirtschaftssubjekte und der Verbraucher sowie deren Vereinigungen überlassen.

Das Ziel dieser Richtlinie ist also nicht das *Abschreiben* ins Obligationsgesetz, sondern die *Anpassung* der allgemeinen Gesetzgebung der Mitgliedstaaten an die Lösungen der Richtlinie, die sich auf Distanzverträge zwischen Verbrauchern und Lieferanten bezieht. Natürlich soll diese Anpassung auch von Ländern durchgeführt werden, die keine EU-Mitgliedstaaten sind, die sich jedoch in der Periode der Transition auf wirtschaftlicher und rechtlicher Ebene so organisieren, daß sie eines Tages auch Mitglieder der Europäischen Union, dieser großen Völkerfamilie werden.

луга, што је управо домен смерница и упутства или налога подзаконских аката који се брже и ефикасније прилагођавају динамици тржишних односа.

II.22. У том смислу, узмимо за пример Директиву 97/7/CE Европског парламента и Савета од 20. маја 1997. године, која се односи на заштиту потрошача у вези са дистанционим уговорима. За ово стручно мишљење ова директива је од значаја будући да Нацрт садржи одредбе о уговору о продаји на даљину (чл. 678). Пре свега, циљ ове директиве је приближавање законских, подзаконских и управних прописа држава чланица који се односе на дистанционе уговоре између потрошача и испоручиоца (чл. 1 Директиве). Као што се види већ из прве одредбе ове директиве, њена садржина не треба да буде *in extenso* унета у облигациони закон, већ да се одредбе овог закона приближавају решењима Директиве, односно да не затварају врата могућности њене примене у суштинском смислу те речи. Конкретно, то значи: ако облигациони закон има одредбе о закључивању уговора између присутних и одсутних лица (чл. 83–86 Нацрта), онда се поставља питање оправданости уношења одредбе поменуте директиве која се односи на дистанционе уговоре. Ипак, пошто је реч о заштити потрошача на којој се данас у законодавству ЕУ веома инсистира, у облигациони закон би могле ући неке најопштије одредбе из ове материје, као што је дефиниција дистанционог уговора и његове битне карактеристике, а сву осталу технику коју овај уговор покреће треба оставити поступку примене Директиве (тач. II.21) на начин како се она спроводи у одговарајући правни систем. Тако, када је реч о дефиницији дистанционог уговора, треба рећи да је то онај уговор који се односи на робу или услуге закључен између испоручиоца и потрошача у оквиру једног система (шеме) продаје (организоване дистанционе продаје) или пружања услуга које чини испоручилац (снабдевач), који, за сврху уговора, ексклузивно користи једно или више средстава комуникације пре закључења, подразумевајући и сам акт закључења уговора. На тај начин би Директива о дистанционим уговорима нашла место у облигационом закону, а све остало би било препуштено посебним прописима (нпр. Закону о заштити потрошача) и трговачкој пракси привредних субјеката и потрошача, и њихових асоцијација.

Дакле, циљ ове директиве није њено преписивање у облигациони закон, већ прилагођавање општег законодавства држава чланица решењима Директиве која се односи на дистанционе уговоре између потрошача и испоручиоца. Разуме се да ово прилагођавање треба да врше и оне европске земље које нису чланице ЕУ, али које се у периоду транзиције на економском и правном плану тако организују да једнога дана и оне постану чланови Европске уније, те велике европске породице народа.

## II.23. Einfluß internationaler Konventionen

Angesichts der Tatsache, daß zahlreiche Konventionen der UN und ihrer Fachkörper sowie Konventionen regionalen Charakters – insbesondere europäische Konventionen (Zif. I.4. des Gutachtens zum Allgemeinen Teil vom 15.2.2003) existieren, die sich auf die Materie der Obligationen beziehen, stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zum Obligationsgesetz. In anderen Worten: Muß ein Obligationsgesetz Bestimmungen der entsprechenden Konventionen enthalten, und dürfen die Lösungen der Konventionen im Gegensatz zu den Lösungen der einheimischen Gesetzgebung stehen? Anders als bei dem Einfluß der EU-Richtlinien auf das Obligationsgesetz (II.20) kann man hier mit mehr Genauigkeit sprechen. Zuerst ist nämlich zwischen ratifizierter und nicht ratifizierter Konvention zu unterscheiden. Ist eine die Obligationsmaterie behandelnde Konvention ratifiziert, so wird sie zum Bestandteil der inneren Rechtsordnung und wird entsprechend wie ein Gesetz angewandt. Es ist Sache der Gesetzgebungspraxis und –technik, die entsprechenden rechtlichen Mittel für die Anwendung einer ratifizierten Konvention zu finden. Wenn jedoch die Lösungen einer bestimmten Konvention dem entsprechenden einheimischen Gesetz widersprechen, dann sind nach vorherrschender Meinung die Bestimmungen der Konvention als allgemeiner Rechtsakt anzuwenden, soweit natürlich durch die Verfassung nicht anders vorgesehen ist. In diesem Falle hat der Gesetzgeber bestimmte Anpassungen und Harmonisierungen der inneren Vorschriften mit den Lösungen der ratifizierten Konvention vorzunehmen. Andererseits wenn eine internationale Konvention Regeln aus der Obligationsmaterie vorschreibt, und seitens des entsprechenden Staates nicht ratifiziert ist, dann verpflichten die Bestimmungen einer solchen Konvention den einheimischen Gesetzgeber nicht in dem Sinne, daß diese Bestimmungen Bestandteil der inneren Gesetzgebung werden, aber sie können (und sind auch oft) ein Wegweiser zu universellen oder regionalen Lösungen einzelner rechtlicher Fragen im Bereich der Obligationen. Letztendlich bedeutet das, daß die Lösungen des Entwurfs hinsichtlich der in entsprechenden Konventionen geregelten Fragen vom Standpunkt der konkreten Ratifizierung sowie vom Standpunkt der Harmonie oder Disharmonie der Lösungen einer solchen Konvention mit den im Entwurf vorgeschlagenen Lösungen zu prüfen wären. Dies wäre unter anderem die Aufgabe der Arbeitsgruppe für diesen Entwurf.

## II.24. Sprache als Beispiel der Klarheit und Genauigkeit

II.25. Die Sprache des Entwurfs ist – wie schon im Allgemeinen Teil und um so mehr im besonderen Teil – nicht ausgeglichen und dürfte an einigen Stellen nicht ohne ernsthaftere sprachliche Korrektur und Kohäsion bleiben. Darüber hatte der Autor dieses Gutachtens bereits die Gelegenheit, ausführlicher zu berichten, und zwar im Text des Gutachtens zum Allgemeinen Teil des Entwurfs vom 15.02.2003, unter I.7. und II.7. unter der Überschrift „Sprache und sprachliche Kohäsion“. Nach Einsicht in den

## II.23. Утицај међународних конвенција

С обзиром да постоје бројне конвенције Уједињених нација и њених стручних тела, као и конвенције регионалног карактера, посебно европске конвенције (тач. И.4. Стручног мишљења за Општи део од 15. II 2003) које се односе на материју облигација, поставља се питање њиховог односа према облигационом закону. Другим речима: да ли облигациони закон мора садржавати одредбе одговарајућих конвенција и да ли решења конвенција смеју бити у супротности са решењима домаћег закона? За разлику од утицаја директиве УН на облигациони закон (тач. II.20), овде се може одговорити са више прецизности. Наиме, прво се мора правити разлика између ратификоване и нератификоване конвенције. Уколико је једна конвенција која третира материју облигација ратификована, онда она постаје саставни део унутрашњег правног поретка и сходно се примењује као закон. Ствар је законодавне политике и технике да изнађе одговарајућа правна средства за примену ратификоване конвенције. Међутим, уколико су решења одређене конвенције супротна одговарајућем домаћем закону, тада, по владајућем мишљењу, треба применити одредбе конвенције као општији правни акт, разуме се, уколико Уставом није друкчије одређено. У том случају на законодавцу је дужност да изврши одређено усклађивање и хармонизацију унутрашњих прописа са решењима ратификоване конвенције. Напротив, уколико нека међународна конвенција доноси правила из материје облигација а није ратификована од стране одговарајуће државе, онда одредбе такве конвенције правно не обавезују домаћег законодавца у смислу да оне буду саставни део унутрашњег законодавства, али оне могу бити (често и јесу) путоказ ка универзалним или регионалним решењима појединих правних питања у области облигација. Све у свему, то значи да би решења Нацрта, у погледу оних питања која су регулисана одговарајућим конвенцијама, требало испитати са становишта конкретне ратификације, као и са становишта хармоније или дисхармоније решења такве конвенције са предложеним решењима у Нацрту. То би био, између осталог, задатак Радне групе на изради овог нацрта.

## II.24. Језик као пример јасноће и прецизности

II.25. Језик Нацрта, као и у општем делу, ни у овом посебном делу није уједначен, а на неким местима не би смео остати без озбиљне језичке коректуре и кохезије. О томе је аутор овог стручног мишљења већ имао прилике да се опширије изјасни, и то у два наврата, у тексту стручног мишљења о општем делу Нацрта од 15. фебруара 2003. године, под тач. I.7 и под тач. II.7 са насловом „Стил и језичка кохезија“. После увида у посебни део Нацрта, аутор

besonderen Teil des Entwurfs bleibt der Autor vollständig bei seiner bereits geäußerten Standpunkt zu dieser Frage, wobei die Einwendung in diesem besonderen Teil noch ernster ist. Im besonderen Teil sind nämlich zwei sprachliche Ausdrucksweisen erkennbar: eine, die in den aus dem Gesetz über Obligationsverhältnisse (1978) übernommenen Bestimmungen des Entwurfs angewandt wurde, und die zweite, die eine Übersetzung aus anderen Quellen des komparativen oder europäischen Rechts darstellt. Diese zweite Ausdrucksweise muß einer Korrektur unterzogen werden, nicht nur vom Standpunkt der Angleichung dieser beiden sprachlichen Ausdrucksweisen, sondern auch vom Standpunkt der einfachen Verständlichkeit des Textes, und auch vom Standpunkt des Stils und der allgemeinen Kohäsion der Nomothetik. Dies ist also eine allgemeine Bemerkung für alle Teile des Entwurfs, die zu einem anderen Feld des Sprachausdrucks gehören, so daß die Entwurfsgruppe ihre Arbeit an einer sprachlichen Abstimmung des Textes organisieren sollte, nachdem natürlich die Einstimmigkeit hinsichtlich der materiell-rechtlichen Lösungen einzelner Fragen erreicht wird.

\* \* \*

### III. EINZELNE VERTRÄGE

#### III.1. Kauf (Art. 573–673)

III.1.1. Da der Entwurf dieses Vertrag durch Bestimmungen regelt, die für Handelsverträge und Nichthandelsverträge gemeinsam sind, ist etwas mehr Platz den Bestimmungen einzuräumen, die sich auf den Handelsverkauf beziehen. In diesem Sinne ist es erforderlich, die vorgeschlagenen Bestimmungen auch unter dem Aspekt der UN-Konvention über Verträge im internationalen Warenverkauf (Wien, 1980) zu betrachten, die von etwa 60 Staaten ratifiziert worden ist, darunter auch vom ehemaligen Jugoslawien (1984). Wenn diese Konvention auch in der Föderation BuH/Republika Srpska übernommen worden ist, dann ist sie Bestandteil der inneren Gesetzgebung bzw. auch des Gesetzes über Obligationsverhältnisse, das den Kaufvertrag vollständig regelt (II.23). Da sich diese Konvention nur auf Handelsverkäufe bezieht, wäre es erforderlich, bei der konkreten Übernahme zu betonen, daß sich die entsprechende Regel nur auf Unternehmerverträge bezieht (Zif. III, Art. 14 des Gutachtens zum Allgemeinen Teil vom 15. 02.2003). In diesem Sinne scheint es angebracht, daß die Arbeitsgruppe eine Analyse Artikel für Artikel vornehmen und die entsprechenden Bestimmungen der Konvention stärker in den Entwurf einbringen sollte. Dies erscheint um so berechtigter, weil zur Zeit der Verabschiedung des Gesetzes über Obligationsverhältnisse 1978, das zum größten Teil im Entwurf übernommen wird, die genannte Konvention noch nicht in Kraft war, so daß sie damals auch nicht berücksichtigt werden konnte. Natürlich ist auch eine andere Vorgehensweise möglich (s. II.23), nämlich in der Materie die Lösungen der Konvention zu ignorieren, aber dann läuft man Gefahr, daß die Gesetzgebung

у свему остаје при свом већ изложеном ставу о овом питању, с тим што је за овај посебни део та примедба још озбиљнија. Наиме, када је реч о посебном делу, онда се препознају два језичка израза: један који је примењен у оним одредбама Нацрта које су преузете углавном из Закона о облигационим односима (1978), и други, који представља превод из неких извора компаративног или европског права. Тај други мора претрпети коректтуру, не само са становишта уједначавања оба поља језичког израза већ и са становишта просте разумљивости текста, а затим и са становишта стила и опште кохезије номотетике. Дакле, ово је општа примедба за све делове Нацрта који припадају том другом пољу језичког израза, па би Радна група требало да организује рад на језичком дотерирању текста, разуме се, пошто постигне сагласност у погледу материјал-нopravних решења појединих питања.

\* \* \*

### III. ПОЈЕДИНИ УГОВОРИ

#### III.1. Продаја (чл. 573–673)

III.1.1. С обзиром да Нацрт регулише овај уговор одредбама које су заједничке за трговачке и нетрговачке уговоре, потребно је више места посветити одредбама које се односе на трговачке продаје. У том смислу, потребно је предложене одредбе посматрати и са становишта Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (Беч, 1980) коју је ратификовало око 60 држава, међу којима и бивша Југославија (1984). Уколико је ова конвенција прихваћена и од Федерације БиХ/Републике Српске, онда је она саставни део унутрашњег законодавства, а то значи и Закона о облигационим односима који регулише уговор о продаји у целини (тач. II.23). Пошто се Конвенција односи само на трговачке продаје, онда би било потребно да се код конкретног преузимања нагласи да се одговарајуће правило односи само на уговоре предузећништва (тач. III, чл. 14, стручног мишљења о Општем делу Нацрта од 15. фебруара 2003). У том смислу, чини се да би Радна група требало да изврши одређену анализу по систему „члан по члан“ и да у Нацрту снажније уведе одговарајуће одредбе Конвенције. Ово тим пре што у време доношења Закона о облигационим односима из 1978. године, чији је највећи део из области уговора о продаји преuzeо Нацрт, није била на снази поменута конвенција, па се о њој тада није ни могло водити рачуна. Разуме се, могуће је и другачије поступање (тач. II.23): да се у материји продаје игноришу решења Конвенције, али се тада ризикује да законодавство у овој области не буде усаглашено, што може бити предмет различитог

in diesem Bereich nicht übereinstimmt, was zum unterschiedlichen Vorgehen in der Geschäftspraxis und Rechtsprechung führen könnte. Die Entwurfsgruppe hat die Befugnis und die Pflicht, sich für eine dieser möglichen Lösungen zu entscheiden.

III.1.2. Wenn von dieser Konvention die Rede ist, ist hervorzuheben, daß sie den Vertragsschluss über Warenverkauf regelt, die Pflichten des Verkäufers, die Warenlieferung und Dokumentenübergabe, die Gleichheit der Ware und Rechte oder Forderungen Dritter, dem Käufer zur Verfügung stehende Mittel bei Vertragsverletzung seitens des Verkäufers, Pflichten des Käufers hinsichtlich der Zahlung des Preises und der Annahme der Lieferung, dem Verkäufer zur Verfügung stehende Mittel bei Vertragsverletzung seitens des Käufers, Gefahrenübergang, Vertragsverletzung vor der Fälligkeit, Schadensersatz, Zinsen, Haftungsbefreiung, Wirkung des Rücktritts, Warenverwahrung. Wie zu sehen ist, sind das alles Fragen, die den gesamten Aufbau des Handelsverkaufs bilden, und die im Entwurf aus den oben genannten Gründen zu berücksichtigen sind. Die Bestimmungen dieser Konvention finden dabei keine Anwendung beim Kauf und Verkauf von Waren, die zum persönlichen oder familiären Gebrauch dienen, die in öffentlicher Versteigerung gekauft wurden, oder bei der Pfändung oder einem anderen Verfahren durch gerichtliche Organe, sowie bei Wertpapieren, Kauf von Schiffen und Flugzeugen, und bei elektrischer Energie. Als Kaufverträge gelten auch Verträge über Lieferung von Waren, die verarbeitet oder herzustellen sind (künftige Sachen), es sei denn, daß die Partei, die die Waren bestellt hat, die Verpflichtung übernommen hat, einen wesentlichen Teil des für die Verarbeitung oder Herstellung erforderlichen Materials zu liefern. Die genannte Konvention findet keine Anwendung auf Verträge, in denen ein wesentlicher Teil der Verpflichtungen der Partei, die die Ware liefert, in der Ausführung einer Arbeit oder Dienstleistung besteht.

III.1.3. Hinsichtlich des Handelsteiles des Kaufes sollten auch von den Handelsusancen mehr Gebrauch gemacht werden, selbstverständlich in dem Umfang, der einem Obligationsgesetz entspricht. Hier sind besonders die Usancen gemeint, die sich auf die Warenlieferung, die Pflicht zur Feststellung der Warenqualität, die Anrechnung der Kosten an den Preis usw. beziehen. In dieser Hinsicht könnten die Allgemeinen Usancen für Warenverkehr benutzt werden, die im ehemaligen Jugoslawien 1954 erlassen wurden.

### Artikel 573

In der gegebenen Definition des Kaufvertrages sind die Worte „Verfügungsrecht bzw.“ zu streichen, denn das ist eine alte Bestimmung des Gesetzes über Obligationsverhältnisse (1978), die damals das Verfügungsrecht als Vermögensausdruck des gesellschaftlichen Eigentums auf Seiten gesellschaftlich-juristischer Personen berücksichtigte. Mit Hinblick auf die durchgeführten Eigentumsreformen ist es offensichtlich, daß dieses Recht nicht mehr existiert, sondern lediglich das Eigentumsrecht als einheitliches Recht ohne Rücksicht auf die unterschiedlichen Stellungen der Subjekte des Kaufvertrages. Dieses Änderungen erfolgte im genannten Gesetz bereits 1993.

поступања у пословној и судској пракси. На Радној групи је овлашћење и дужност да се определи за једну од могућих солуција.

III.1.2. Када је реч о овој конвенцији, потребно је истаћи да она регулише закључење уговора о продаји робе, продавчеве обавезе, испоруку робе и предају докумената, као и разнотипне обавезе у погледу исплате цене и преузимања испоруке, средства којима располаже купац у случају повреде уговора од стране продавца, купчеве обавезе у погледу исплате цене и преузимања испоруке, средства којима располаже продавац у случају повреде уговора од стране купца, прелаз ризика, повреде уговора пре доспећа, накнаду штете, камате, ослобађање од одговорности, дејство раскида, чување робе. Као што се види, све су то питања која чине читаву зграду трговачке купопродаје о којој Нацрт треба да води рачуна са разлога који су изложени. При томе, одредбе Конвенције се не примењују на купопродају оне робе која служи за личну и породичну употребу, на робу купљену на јавној дражби или у случају заплене или неког другог поступка од стране судских власти, такође и код хартија од вредности, куповине бродова и ваздухоплова, као и електричне енергије. Уговорима о продаји сматрају се и уговори о испоруци робе која треба да се изради или произведе (будуће ствари), изузев ако је страна која је робу наручила преузела обавезу да испоручи битан део материјала потребних за ту израду или производњу. Конвенција се не примењује на уговоре у којима се претежни део обавеза стране која испоручује робу састоји у извршењу неког рада или пружању неких услуга.

III.1.3. Када је реч о трговачком делу купопродаје, требало би више користити и трговачке узансе, разуме се, у мери која одговара облигационом закону. Овде се имају у виду нарочито оне узансе које се односе на испоруку робе, прелаз ризика по транспортним клаузулама, начин утврђивања количине робе, дужност утврђивања квалитета робе, урачунање трошкова у цену, и сл. У том погледу могле би се користити Опште узансе за промет робом које су биле у бившој Југославији донесене 1954. године.

### Члан 573

У датој дефиницији уговора о продаји треба избацити речи „право располагања односно“ јер то је стара одредба Закона о облигационим односима (1978) која је тада имала у виду право располагања као имовински израз друштвене својине на страни друштвено-правних лица. С обзиром на извршене својинске реформе, очигледно је да ово право више не постоји, већ само право власништва као јединствено право без обзира на различите статусе субјекта уговора о продаји. Та измена била је у поменутом закону извршена још 1993. године (*Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, од 18.

Durch den Kauf können andererseits auch andere Rechte erworben werden, z.B. bestimmte Ansprüche, eigentumsrechtliche Befugnisse von Urheberrechten, Erfinderrechte. Diese Rechte sind jedoch meist durch besondere Gesetze geregelt, so daß sie besondere benannte Verträge darstellen, wie z.B.: Abtretung, Verlegervertrag, Vertragslizenz. Daher stellt sich die Frage der Berechtigtheit des Abs. 2 im Artikel 573, obwohl er auch bleiben kann, denn er stört nicht. Wenn Abs. 2 bleibt, sollte hinter dem Wort „eines“ das Wort „anderen“ hinzugefügt werden, so daß dieser Absatz beginnen würde: „Der Verkäufer eines anderen Rechts...“ Auf diese Weise würde die Verbindung zwischen dem Eigentumsrecht aus Abs. 1 und eines anderen Rechts aus Abs. 2 des Artikels 573 hergestellt werden. (Anm.d.Üb.: Dies bezieht sich nur auf die lokale Fassung.)

Ansonsten soll nach dem traditionellen System die Definition des Kaufs gerade die Tatsache der Eigentumsübertragung von einem Subjekt auf ein anderes auszudrücken. Deshalb soll sie die zentrale Stelle in der Definition enehmen. Wenn man die Gesetzgebungslösungen in der Rechtsvergleichung berücksichtigt, ist zu sagen, daß nach einer These das Eigentumsrecht grundsätzlich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom Verkäufer auf den Käufer übergeht (sog. translative Wirkung des Kaufs), so daß demgemäß in der Definition selbst die Verpflichtung des Verkäufers, das Eigentumsrecht auf den Käufer zu übertragen, nicht besonders hervorgehoben werden muß. Die Übertragung dieser Verpflichtung geht zwangsläufig aus der Tatsache des Vertragsschlusses hervor, er wird *ipso iure* realisiert. In dem Moment, wenn der Kaufvertrag wirksam geschlossen ist, ist im Prinzip auch das Eigentumsrecht an der verkauften Sache übertragen, so daß die Verpflichtung des Verkäufers, das Eigentum an der Sache zu übertragen, eigentlich „im Zeitpunkt der Geburt stirbt“. Nach dieser These soll also die Definition des Kaufs nur die Verpflichtung des Verkäufers zur *Auslieferung* bzw. Übergabe der Sache und seine Haftung für rechtliche und sachliche Mängel ausdrücken, nicht aber die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, da diese mit dem Fakt des Vertragsschlusses selbst realisiert wird. Selbstverständlich soll die Definition des Kaufs auch nach dieser These die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung eines bestimmten Preises ausdrücken.

Nach der anderen These dagegen, die insbesondere von einigen Kodifikationen des Zivilrechts befolgt wird (z.B. das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch, §§ 380, 1053), ist die Eigentumsübertragung der zentrale Punkt in der Definition des Kaufvertrages. Dies kommt daher, weil der Vertrag nach dieser These nur die Quelle der Rechte und Pflichten darstellt, nicht aber einen Akt, der „von sich aus“ hinreichend ist, um das Eigentumsrecht zu übertragen. Um die Eigentumsübertragung zu vollziehen, muß auf Grund des Vertrages (*iustus titulus*) auch der materielle Akt der Übergabe der Sache erfolgen (*modus acquirendi*), an den eigentlich die Übertragung des Eigentumsrechts gebunden wird (nach dem deutschen Recht wird die Übergabe der Sache nicht als materieller Akt verstanden, sondern als eigenständiges

јуна 1993) чланом 40 којим је изменењена дефиниција уговора о продаји из чл. 454 Закона о облигационим односима.

С друге стране, купопродајом се могу стећи и нека друга права, нпр. одређена тражбена права, имовинскоправна овлашћења ауторских права, право проналазача. Међутим, када су у питању ова права, онда су она најчешће посебно законом регулисана, тако да представљају засебне именоване уговоре, као што су: цесија, издавачки уговор, уговорна лиценца. Отуда се поставља питање оправданости ст. 2 чл. 573, мада може и да остане јер ништа не смета. Уколико остане, требало би, после речи „неког“, додати реч „другог“, тако да би тај став почињао речима: „продавац неког другог права...“ На тај начин успоставила би се веза изменеју права власништва из првог става и неког другог права из другог става истог члана 573.

Иначе, по традиционалном систему, дефиниција купопродаје управо треба да изрази факат преноса власништва са једног субјекта на другог. Зато оно треба да има централно место у дефиницији. Када се имају у виду упоредна законодавна решења, онда се може рећи да, према једној тези, право власништва у начелу пре-лази са продавца на купца у тренутку закључења уговора (тзв. транслативно дејство купопродаје), па, према томе, није ни потребно у самој дефиницији купопродаје истаћи обавезу продавца да пренесе право власништва на купца. Пренос те обавезе нужно произлази из самог факта закључења уговора, он се *ipso iure* остварује. Оног момента када је уговор о купопродаји пуноважно закључен, у принципу је пренесено и право власништва на продатој ствари, тако да продавчева обавеза да изврши пренос власништва у ствари „умире у тренутку рођења“. Према овој тези, дефиниција купопродаје треба, dakле, само да изрази обавезу продавца на испоруку ондосно предају ствари и његову одговорност за правне и физичке мане, а не и обавезу преноса власништва, пошто се ова реализује самим фактом закључења. Разуме се, дефиниција купопродаје и према овој тези треба да изрази обавезу купца на исплату одређене цене.

Напротив, према другој тези, коју нарочито следе извесне кодификације грађанског права (нпр. аустријски Грађански законик, § 380, 1053), пренос својине је централна тачка у дефиницији уговора о продаји. То је због тога што уговор, према овој тези, представља само извор права и обавеза, а не и акт који је „сам по себи“ довољан да пренесе право власништва. Да би се пренос власништва извршио, потребно је да на основу уговора (*iustus titulus*) уследи и један материјални акт предаје ствари (*modus acquirendi*), за који се, у ствари, везује пренос права власништва (према

Rechtsgeschäft verstanden, § 929 BGB). Daher soll diese Definition des Kaufs in erster Linie die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Eigentums an der verkauften Sache ausdrücken. Aber auch bei diesen auf den ersten Blick gegenteiligen Thesen sind Zeichen ihrer gegenseitigen Verstrickung zu erkennen, so daß die Definition des Kaufs auch nicht von ihren Ausgangspunkten abhängt. Der Kauf ist vor allem ein Vertrag, durch den nach der traditionellen Auffassung das Eigentumsrecht übertragen wird, und das ist nach dieser Auffassung eine unstrittige Tatsache. Der Unterschied liegt nur darin, daß nach der ersten These das Eigentum durch der Akt des Vertragsschlusses übertragen wird, während nach der anderen These das Eigentum durch die Realisierung eines materiellen Aktes der Übergabe der Sache erworben wird. Vom Standpunkt des Wesens des Kaufes ist dies ein indifferenter Umstand. Wichtig ist, daß dieser Vertrag zur Übertragung des Eigentums an der Sache führt, und daß dafür ein Kaufpreis gezahlt wird. Außerdem wird das System des translativen Kaufs durch die Regel abgeschwächt, daß es sich nur auf individuell bestimmte Sachen bezieht, und nicht auch auf generische Sachen. Andererseits kann das traditionelle System des *titulus* und des *modus* nicht auf körperlose Sachen als Kaufgegenstand angewandt werden. Dies ist noch ein weiterer Grund, um den Begriff des Kaufs auf die Art und Weise zu bestimmen, wie es im Art. 573 des Entwurfs erfolgt ist, mit der Modifizierung durch Streichen des Verfügungsrechts aus den oben genannten Gründen. Letztlich könnte auch eine Regel formuliert werden, daß ein Kaufvertrag über unbewegliche Sachen in schriftlicher (also notarieller) Form unter Drohung der Nichtigkeit geschlossen werden muß, aber das könnte ein eigener Artikel sein, der nicht in die Definition des Kaufs einbezogen werden sollte.

#### Artikel 574

Bei der Gefahr des zufälligen Untergangs oder Beschädigung der Sache ist es möglich, die vorgeschlagene Bestimmung durch Transportklauseln („Franco“– und andere Klauseln) zu ergänzen, die mit dem Gefahrenübergang verbunden sind, und zwar im Sinne, wie es bereits oben ausgelegt ist (III.1.3.), hinsichtlich des Verkaufs im Bereich des Handels und der Unternehmerschaft.

Außerdem könnte Abs. 2 dieses Artikels durch Übernahme des Art. 457 des Gesetzes über Obligationsverhältnisse (1978) ergänzt werden, der sich auf den Gefahrenübergang im Falle des Verzugs des Käufers bezieht, und der im Vergleich zum vorgeschlagenen Abs. 2 dieses Artikels umfassender ist.

#### Artikel 577

Hier könnte ein Absatz 2 hinzugefügt werden, der wie folgt lauten würde: *Wenn der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht wußte, daß die Sache einem anderen gehört, kann er vom Vertrag zurücktreten, aber er hat dem Käufer den Schaden zu ersetzen, wenn auch er damals nicht wußte, daß die Sache einem anderen gehört.*

немачком Грађанском законику, предаја се не схвата као материјални акт већ као посебан правни посао – § 929 BGB). Отуда, дефиниција купопродаје треба у првом плану да изрази обавезу продавца да пренесе право власништва на продатој ствари. Међутим, и поред ове две, на први поглед супротне тезе, могу се приметити и знаци њиховог међусобног прожимања, тако да дефиниција купопродаје пресудно и не зависи од њихових полазних тачака. Пре свега, купопродаја је уговор којим се, према традиционалном схватању, преноси право власништва и то је неспорна чињеница. Разлика је само у томе што се, према првој тези, својина преноси актом закључења уговора, док се, према другој тези, својина стиче реализацијом једног материјалног акта предаје ствари. Са гледишта суштине купопродаје, то је индиферентна околност. Битно је да овај уговор доводи до преноса својине ствари и да се за то исплаћује куповна цена. Поред тога, систем транслативне купопродаје је ублажен правилом да се он односи само на индивидуално одређене ствари, а не и на генеричне ствари. С друге стране, традиционални систем *titulusa* и *modusa* не може бити примењен на бестелесне ствари као предмет купопродаје. То је још један разлог више да се појам купопродаје одреди на начин како је то учињено у предложеном чл. 573 Нацирта, са модификацијом брисања права располагања из разлога који су такође истакнути. Најзад, могло би бити формулисано и правило да уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен у писменој (дакле, нотаријаној) форми, под претњом ништавости, али то би могао бити посебан члан који не би требало да буде укључен у дефиницију купопродаје.

#### Члан 574

Када је реч о ризику случајне пропasti или оштећења ствари, могуће је предложену одредбу допунити транспортним клаузулама („franco,... и друге клаузуле) везаним за прелазак ризика, и то у смислу који је већ истакнут (тач. III, 1.3.), а што се односи на продају у области трговине и предузетништва.

Надаље, ст. 2 овога члана могао би бити допуњен преузимањем чл. 457 Закона о облигационим односима (1978) који се односи на прелаз ризика у случају купчеве доцње и који је свеобухватнији од предложеног ст. 2 овога члана.

#### Члан 577

Овде би се могао додати ст. 2 који би гласио: Ако продавац није знао у моменту закључења уговора да је ствар туђа, он може раскинути уговор, али је дужан накнадити купцу штету ако ни овај није тада знао да је ствар туђа.

### Artikel 578

Nach diesem Artikel könnte ein neuer Artikel eingefügt werden mit der Überschrift: *Verkauf einer künftigen Erbschaft*. Dieser Artikel würde nur einen Artikel enthalten, der lautet würde: *Ein Vertrag über den Verkauf einer noch nicht eröffneten Erbschaft ist nichtig*.

### Artikel 580

In diesem Artikel könnte auch ein Absatz 2 formuliert werden, der wie folgt lauten würde: *Falls zwischen dem Abschluß des Vertrages und der für dessen Ausführung bestimmten Frist eine zuständige Behörde die Höhe des vorgeschriebenen Preises ändert, schuldet der Käufer den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Preis*.

### Artikel 582

An Stelle von „vernünftiger Preis“ sollte „laufender Preis“ stehen, weil dies für die Rechtsprechung und die Geschäftspraxis gewisser ist.

### Artikel 583

Hier sollte auch der laufende Preis eingefügt werden, so daß der ganze Artikel lauten würde: *Eine Vertragsbestimmung, durch welche die Bestimmung des Preises einem Vertragspartner zur freien Entscheidung überlassen wird, gilt als überhaupt nicht vereinbart, und der Käufer schuldet in diesem Falle den laufenden Preis*.

Es ist aber auch die Lösung möglich, daß nach den Worten „...gilt als überhaupt nicht vereinbart“ der Satz ohne den weiteren Text beendet wird. Diese Lösung ist im slowenischen Obligationsgesetz in Artikel 446 übernommen worden.

### Artikel 584

Die Überschrift dieses Artikels sollte lauten: Übergabe der Sache. Vielleicht sollte in diesem gesamten Abschnitt entsprechend der Begriff *Lieferung* eingeführt werden, der für den Handelsverkauf charakteristisch ist. So werden z.B. nach den Allgemeinen Usancen unter dem Begriff Lieferung alle Handlungen verstanden, die der Verkäufer gemäß dem Vertrag und der Natur des Geschäfts vorzunehmen hat, damit der Käufer die Lieferung empfangen kann. Der Käufer muß alle Handlungen vornehmen, zu denen er gemäß dem Vertrag und der Natur des Geschäfts verpflichtet ist, um dem Verkäufer die Ausführung der Lieferung zu ermöglichen (Art. 70 Allgemeine Usancen von 1954). Diese Frage ist von Bedeutung für den Eintritt des Verzugs, denn wenn der Verkäufer die erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, um dem Käufer die Übernahme der Ware zu ermöglichen, und dieser das nicht tut, fällt der Käufer in Gläubigerverzug, ungeachtet der Tatsache, daß der Akt der Übergabe der Sache nicht erfolgt ist. Alles in allem sollte hier die Aufmerksamkeit auf das unter III.1.3. Erwähnte gerichtet werden.

Hier könnte auch ein Absatz hinzugefügt werden, der wie folgt lauten würde: *Der Verkäufer hat die Sache bis zur Übergabe mit der Sorgfalt eines achtsamen und ordentlichen Menschen bzw. mit der Sorgfalt eines guten Unternehmers aufzubewahren*.

#### Члан 578

После овога члана могао би бити нови члан са насловом: *Продажа будућег наследства*. Тај члан би имао само један став који би гласио: Ништав је уговор о продаји наследства које још није отворено.

#### Члан 580

У овом члану могао би бити формулисан и ст. 2 који би гласио: У случају кад између закључења уговора и времена одређеног за његово извршење надлежни орган промени висину прписане цене, купац дугује цену која је важила у време закључења уговора.

#### Члан 582

Уместо „разумне цијене“ требало би ставити „текућа цијена“, јер је то извесније за судску и пословну праксу.

#### Члан 583

Овде би такође требало увести „текућу цијену“, тако да би цео члан гласио: Одредба уговора којом се одређивање цијене оставља на вољу једном уговарачу сматра се као да није ни уговорена и тада купац дугује текућу цијену.

Међутим, могуће је и решење да се после речи „сматра се као да није ни уговорена“ стави тачка без даљег текста. То решење усвојио је Облигацијски законик Словеније у чл. 446.

#### Члан 584

Наслов овога члана гласи: *Продажа ствари*. Можда би у цео овај део требало на одговарајући начин унети и појам испоруке која је карактеристична за трговачку продажду. Тако нпр. према Општим узансама, испорука подразумева све оне радње које је продавац дужан да обави, према уговору и природи посла, да би купац могао примити испоруку. Купац мора извршити све радње које је, према уговору и природи посла, дужан да изврши, да би продавцу омогућио извршење испоруке, (чл. 70 Општих узанси из 1954. год.). Питање је од значаја за наступање доцње, јер ако је продавац предузео потребне радње да би омогућио купцу да робу преузме, а овај то не учини, онда купац пада у поверилачку доцњу, без обзира што није извршен акт предаје ствари. Све у свему, овде би требало обратити пажњу у смислу онога што је речено у тач. III. 1.3.

Могао би се овде додати и став који би гласио: Продавац је дужан да чува ствар до предаје са пажњом брижљивог и уредног човека односно пажњом доброг привредника.

### Artikel 591

Hier könnte folgender Absatz hinzugefügt werden: *Die Kosten der Versendung der Sache auf Verlangen des Erwerbers in einen Ort, der kein Erfüllungsort ist, trägt der Erwerber.*

### Artikel 596

Den Text unter Buchstabe d. konziser formulieren und das Wort „korrigiert“ (berichtigt) ersetzen, denn es ist hier nicht ganz glücklich gebraucht worden.

In diesem Artikel sollte die Situation vorgesehen werden, wenn der Verkäufer eine andere Sache von vereinbarter Qualität liefert – *aliud* (z.B. anstelle des Baueisens Fi 10 mm wird das gleiche Eisen von vereinbarter Qualität aber mit dem Durchmesser Fi 8 mm), wo die Frage gestellt wird, ob es dann einen Sachmangel gibt. Diese Bestimmung könnte lauten, daß die Sache auch dann einen Mangel hat, wenn der Verkäufer dem Erwerber eine andere und nicht die vereinbarte Sache oder eine Sache anderer Art übergeben hat, wenn sich die übergebene Sache nicht von der vereinbarten Sache in dem Maße unterscheidet, daß ein vernünftiger Mensch nicht erwarten könnte, daß der Erwerber sie annehmen wird.

### Artikel 597

Die Artikelüberschrift paßt nicht zum Inhalt der Bestimmung.

### Artikel 598

Die Artikelüberschrift sollte lauten: Vom Verkäufer *nicht* zu vertretende Mängel, und nicht umgekehrt. Dieser Fehler ändert augenscheinlich den Sinn. (*nur lokale Fassung, Anm.d.Üb.*)

### Artikel 599

In Abs. 1 ist die Frist um zwei Monate verlängert. Das ist selbstverständlich möglich aber es muß erinnert werden, daß so was im Obligationenrecht in Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien (z.B. Slowenisches Obligationenrecht – Art. 461, Mazedonisches Obligationenrecht – Art. 496, Kroatisches Obligationenrecht – Art. 481, Obligationenrecht Serbiens und Montenegros – Art. 481) nicht der Fall ist. Wenn es sich um Anpassung an das EU-Recht handelt, dann soll im Sinne der hier ausgeführten Zif II. 20 und 23 vorgegangen werden.

### Artikel 603

In der Artikelüberschrift soll anstelle des Wortes „Bedeutung“ das Wort „Bedeutsamkeit“ stehen (redaktionelle Änderung – Anm. d. Ü.). Am Ende des Textes soll noch hinzugefügt werden „...sowie wenn der Verkäufer das Bestehen des Mangels anerkannt hat“.

Члан 591

Овде би се могао додати следећи став: Трошкове одашиљања ствари на захтев купца у неко место које није место испуњења сноси купац.

Члан 596

Текст под тач. д. концизније формулисати и заменити реч „коригован“ јер она овде није најсрећније употребљена.

У овом члану треба да буде предвиђена и ситуација када продавац испоручи другу ствар уговореног квалитета – alius (нпр. уместо грађевинског гвожђа Fi 10, продавац испоручи исто гвожђе уговореног квалитета, али промера Fi 8), када се поставља питање да ли тада постоји материјални недостатак на ствари. Та одредба би могла да гласи да ствар има недостатак и онда када је продавац предао купцу неку другу ствар а не ону која је уговорена, или ствар неке друге врсте, уколико предата ствар није толико различита од уговорене ствари да разуман човек не би могао очекивати да ће је купац примити.

Члан 597

Наслов овога члана није адекватан садржини текста.

Члан 598

Наслов овога члана треба да гласи: Недостаци за које про- давац не одговара, а не за које одговара. Очигледна грешка која мења смисао.

Члан 599

У ст. 1 продужен је рок на два месеца. Разуме се, то је могуће, али уз информацију да то нису учинили облигациони закони бивших југословенских република (нпр. Облигацијски законик Словеније – чл. 461; македонски Закон на облигационите односи – чл. 469; хрватски Закон о обvezним односима – чл. 481; Закони о облигационим односима Србије и Црне Горе – чл. 481), а ако је реч о усклађивању са правом ЕУ, онда треба поступити у смислу који је овде изложен у тач. II. 20 и 23.

Члан 603

У наслову овога члана, уместо речи „значење“ треба ставити реч „значај“. На крају овога текста, после речи „или му није могао остати непознат“ треба продужити реченицу речима „као и ако је продавац признао постојање недостатка“.

#### Artikel 604

In Abs. 2 soll nach den Worten „und er“ noch die Ergänzung „den Erwerber darüber nicht informiert hat“ hinzugefügt werden.

In Abs. 4 sollen nach dem Wort „Absatz 1“ die Worte „dieses Artikels“ hinzugefügt werden. Dieser Absatz verbietet dem Unternehmer und dem Erwerber-Verbraucher, die Haftung des Verkäufers für materielle Mängel einzuschränken oder auszuschließen. Es stellt sich die Frage nach der Autonomie des Willens der Parteien.

#### Artikel 611

In Abs. 1 sollen anstelle der Worte „in der Wirtschaft“ die Worte „in der Unternehmerschaft“ gebraucht werden. Dies ist wegen der Harmonisierung mit den übrigen Bestimmungen des Entwurfes notwendig.

#### Artikel 612

Artikelüberschrift soll hier lauten: „Wenn ein einheitlicher Preis für mehrere Sachen bestimmt ist“.

#### Artikel 619

In Abs. 1 soll betont werden, daß es sich um technische Ware handelt.

#### Artikel 626

In Abs. 1 wird vorgesehen, daß die Garantie einfach und verständlich abgefaßt werden muß, und daß sie bestimmte Angaben enthalten muß, und in Abs. 3 wird vorgesehen, daß die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung nicht dadurch berührt wird, daß eine der vorstehenden Anforderungen nicht erfüllt wird. Wozu dann das Wort „muß“, wenn es sich um *lex imperfectae* handelt?

Dabei bleibt die Frage des Einflusses der EU-Richtlinien und der internationalen Konventionen auf das Obligationsgesetz (Zif. II. 20 und 23)

#### Artikel 627

In Bezug auf Abs. 3 soll gesagt werden, daß die Gutgläubigkeit des Erwerbers eine der erforderlichen Bedingungen zum Schutz vor Eviktion ist. Die Gutgläubigkeit wird nach der Tatsache eingeschätzt, ob der Erwerber bei dem Abschluß des Vertrages von dem Rechtsmangel gewußt oder nicht gewußt hat. Wenn er von dem Rechtsmangel gewußt hat, hat er im Prinzip keinen Schutzanspruch. Hat er dem Übertragenden bereits einen entsprechenden Ausgleich geleistet (z.B. den Preis bezahlt), so hat er den Herausgabeanspruch, denn im Gegenteil wäre der Übertragende unberechtigt bereichert. Dabei stellt sich die Frage, wie und in welchem Zeitpunkt die Gutgläubigkeit des Erwerbers festgestellt wird, insbesondere wenn die Sache mit einer Belastung behaftet war, z.B. mit einem Nießbrauchrecht. Vor allem soll gesagt werden, daß der Erwerber sich nicht auf den Schutz berufen kann, wenn der Übertragende ihn ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß die Sache mit Nießbrauch behaftet ist, oder wenn man angesichts der Umstände der Sache zu dieser Schlußfolgerung begründet kommen konnte. Hat der Übertragende jedoch diesen Umstand verschwiegen, dann ist es wichtig, die Tatsache zu ermitteln, ob der Nießbrauch oder ein anderes Recht (Belastung)

Члан 604

У ст. 2, после речи „а он“ треба убацити „о њему није обавестио купца“.

У ст. 4, после речи „став 1“ треба додати речи „овог члана“. Овај став забрањује подузетнику и купцу потрошачу да могу ограничити или искључити продавчеву одговорност за материјалне недостатке. Питање је: шта је са аутономијом воље странака?

Члан 611

У ст. 1, уместо речи „у привреди“ ставити реч „подузетништву“ – ради усклађености са другим одредбама овога нацрта.

Члан 612

Наслов овога члана треба да гласи: Кад је одређена једна цијена за више ствари.

Члан 619

У ст. 1 треба нагласити да је реч о техничкој роби.

Члан 626

У ст. 1 се предвиђа да гаранција мора бити састављена једноставно и разумљиво, и да мора садржавати одређене податке, а у ст. 3 се предвиђа да се у делотворност обавезе уз гаранције не дира тиме што један од горњих захтева није испуњен. Чему онда реч „мора“ када је упитању *lex imperfectae*.

При томе, остаје питање утицаја директиве ЕУ и међународних конвенција на облигациони закон (тач. II.20 и 23).

Члан 627

У вези са ст. 3 треба рећи, да је савесност прибавиоца један од потребних услова за заштиту од евикције. Савесност се цени према чињеници да ли је прибавилац, приликом закључења уговора, знао за правни недостатак или није знао. Ако је знао за правни недостатак, онда у принципу нема право на заштиту. Међутим, уколико је он преносилоцу већ дао одговарајућу накнаду (нпр. исплатио цену), имаће право на повраћај, јер би се у противном преносилац неосновано обогатио. При томе се поставља питање: како ће се и у ком моменту утврдити савесност прибавиоца, посебно ако је на ствари постојао неки терет, нпр. право службености. Пре свега, треба рећи да се прибавилац не може позивати на заштиту ако му је преносилац изричito скренуо пажњу да на ствари постоји службеност или се то основано могло закључити с обзиром на околности случаја. Али, ако је преносилац прећутао ту околност, онда је од важности утврдити чињеницу да ли је та службеност (или неко друго право, нпр. терет) била уписана у

im Grundbuch eingetragen worden war oder nicht, so daß diese Tatsache öffentlich, d.h. somit auch dem Erwerber zugänglich war, oder nicht. War diese Belastung eingetragen, dann ist von einem „unsichtbaren Mangel“ der Sache die Rede und der Erwerber sollte prinzipiell keinen Schutz genießen. Umgekehrt, wenn die Belastung nicht eingetragen war und der Übertragende den Erwerber auf ihre Existenz nicht hingewiesen hat, hätte der Erwerber im Prinzip einen Schutzanspruch. In der Annahme, daß die Belastung im Grundbuch eingetragen war, haftet der Erwerber, wenn er durch eine ausdrückliche Erklärung oder durch andere Handlungen die Überzeugung des Erwerbers herbeigeführt oder genutzt hat, daß die Sache von jeglichen Rechten der Dritten bzw. von jeder Belastung frei ist: In einem solchen Fall kann die von der Bösgläubigkeit des Erwerbers nicht abgesehen werden, sogar nicht unter der Annahme, daß der Erwerber verpflichtet war, sich über den richtigen Stand der Dinge durch die Einsicht im Grundbuch zu informieren, denn „fraus omnia corruptit“. Was den Zeitpunkt der Feststellung der Gutgläubigkeit betrifft, soll gesagt werden, daß der Zeitpunkt der Übergabe der Sache aufgrund des abgeschlossenen Vertrages zwischen dem Übertragenden und dem Erwerber entscheidend ist. Der Erwerber hätte also den Schutz, wenn er von dem Rechtsmangel erst nach diesem Zeitpunkt Kenntnis erlangt hätte, d.h. nach dem Vertragsschluß und nach der Übergabe der Sache.

Wie man sieht, hat der Abs. 3 Art. 627 alle diesen Fragen nicht geregelt sondern nur vorgesehen, daß der Verkäufer, für den Fall, daß in den öffentlichen Büchern ein in der Wirklichkeit nicht existierendes Recht eines Dritten eingetragen ist, verpflichtet ist, auf seine Kosten die Löschung dieses Rechts zu veranlassen.

### Artikel 631

Die Artikelüberschrift sollte lauten: Wenn das Recht eines Dritten augenscheinlich begründet ist. Der Fehler ist zu berichtigen, denn die Worte „augenscheinlich unbegründet“ können eine Konfusion der Begriffe hervorrufen.

Nach diesem Artikel könnte ein neuer Artikel mit der Überschrift stehen: Wenn der Käufer die Sache aufgrund einer sonstigen Grundlage beibehält. Der Text des Artikels könnte heißen:

Der Käufer ist berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten und von dem Verkäufer Herausgabe des Preises und den Schadenersatz zu verlangen, wenn er die Sache in seinem Eigentum aufgrund einer anderen Grundlage und nicht aufgrund des Kaufs beibehält.

### Artikel 632

Hier die gleiche Einwendung wie bei Art. 604 hinsichtlich der Einschränkung der Autonomie des Willens der Parteien (Abs. 3 Art. 632)

### Artikel 633

Es ist die Frage, was passiert, wenn diese Einschränkungen in einem öffentlichen Register, Bauplan u.ä. enthalten sind. In dem Sinne gelten entsprechend die Einwendungen zum Art. 627.

земљишне књиге тако да је та околност доступна јавности, а самим тим доступна и самом прибавиоцу, или није била уписана. Уколико је била уписана, онда није реч о „невидљивом недостатку“ ствари, и прибавилац у принципу не би имао право на заштиту. Обрнуто, уколико није била уписана, а преносилац није скренуо пажњу прибавиоцу о њеном постојању, прибавилац би у начелу имао право на заштиту. Међутим, и у хипотези да је службеност била уписана у земљишне књиге, преносилац ће одговарати ако је изричном изјавом или другим поступцима створио или користио уверење прибавиоца да је ствар слободна од сваког права трећег односно сваког терета. У таквом случају, несавесност преносиоца се не може запоставити, чак и под претпоставком да је прибавилац био дужан да се о правом стању ствари обавести увидом у земљишне књиге, јер „*fraus omnia corruptit*,“. Што се тиче момента у коме треба утврдити савесност односно несавесност прибавиоца, треба рећи да је моменат предаје ствари на основу закљученог уговора између преносиоца и прибавиоца. Прибавилац би, дакле, имао право на заштиту ако је за правни недостатак сазнао тек после тог момента, тј. после закључења уговора и предаје ствари.

Као што се види, ст. 3 чл. 627 није ушао у сва ова питања, већ је предвидео само једно: ако је у јавним књигама уписано неко право трећег лица, које у стварности не постоји, продавац је дужан да о свом трошку изврши брисање тог права.

#### Члан 631

Наслов овога члана треба да гласи: Кад је право трећег очито неосновано. Грешку треба исправити јер речи „очито неосновано“ могу да изазову конфузију појмова.

После овога члана могао би да стоји и један нови члан са насловом: Кад купац задржи ствар по неком другом основу. Садржина овога члана могла би да гласи: Купац има право да раскине уговор и да од продавца захтева повраћај цене и накнаду штете ако ствар задржи у својој имовини по неком другом основу, а не по основу куповине.

#### Члан 632

Иста примедба као и код чл. 604 у погледу ограничења аутономије волje странака (ст. 3 чл. 632.).

#### Члан 633

Питање је: шта ако су та ограничења садржана у неком јавном регистру, урбанистичком плану и сл.? У том смислу, сходно важе примедбе изнете код члана 627.

### Artikel 635

Nach dem Abs. 3 könnte neuer Abs. 4 (oder ein neuer Artikel) kommen, der lauten würde:

- (1) Der Käufer schuldet Zinsen auf den Preis ab dem Tag, der für die Zahlung des Preises bestimmt ist.
- (2) Im Fall des Ratenkaufs, wenn die verkauft Sache Früchte oder sonstige Nutzungen bringt, schuldet der Käufer Zinsen ab dem Zeitpunkt der Übergabe der Sache.

### Artikel 637

Nach diesem Artikel sollen die Bestimmungen über die Pflicht der Verwahrung der Sache für die Rechnung des Vertragspartners eingetragen werden, das sind Art. 520 und 522 des geltenden Obligationengesetzes (1978) bzw. Art. 449 und 451 der Skizzen.

### Artikel 640

Der Abs. 1 dieses Artikels sollte mit den Worten ergänzt werden: „....sowie den Ausgleich aller diversen Kosten, die infolge der Nichterfüllung entstanden sind“.

### Artikel 641

Der Abs. 1 dieses Artikels sollte mit den Worten ergänzt werden: „....sowie den Ausgleich aller diversen Kosten, die infolge der Nichterfüllung entstanden sind“.

In Abs. 3 könnte anstelle des Wortes „beabsichtigte“ das Wort „erbrachte“ stehen, was die Sache der Entscheidung ist.

### Artikel 643 – 649

Dieser komplette Teil ist mit einigen wenigen Modifikationen aus dem BGB übernommen worden (§§ 497 – 503). Da werden die Termini „Wiederkauf“ oder „Verkauf mit Wiederkaufsrecht“ oder „Abkaufsvorbehalt“ gebraucht. Jedoch ohne Rücksicht auf unterschiedliche Terminologie und auf einige bestehenden Nuancen stellt sich die Frage der Rechtfertigung der Regelung dieser Modifikation des Kaufvertrages, wenn man die geringfügige Bedeutung dieses Vertrages im praktischen Leben und im Handelsverkehr berücksichtigt. Bleibt diese Regelung doch im Entwurf, so soll man sich entscheiden, ob dieser Vertrag lediglich auf unbewegliche (österreichisches BGB, §§ 1068 – 1070) oder auch auf unbewegliche und bewegliche Sachen (BGB, § 503) angewendet wird. Des weiteren, kann das Wiederkaufsrecht nur gleichzeitig mit dem Verkauf oder später vereinbart werden. Wird das später vereinbart, dann ist das ein neuer Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung zwischen den gleichen Personen mit den umgetauschten Rollen. Mit anderen Worten, stellt sich die Frage, ob das ein einheitlicher Kaufvertrag ist, in dem der Käufer für sich das Recht vorbehält, die Sache zu erhöhtem Preis wieder zu kaufen, oder ob das Wiederkauf im Sinne des Art. 643 des Entwurfs ist. In jedem Fall soll dieser Teil noch einmal überprüft werden, unter der Annahme, daß die Gruppe sich für die Beibehaltung des Vertrages im Entwurf entscheidet.

#### Члан 635

После ст. 3 могао би доћи ст. 4 (или нови члан) који би гласио: Купац дугује камату на цену од дана одређеног за њену исплату. И следећи став: У случају продаје на кредит, ако продата ствар даје плодове или какве друге користи, купац дугује камату од момента кад му је ствар предата.

#### Члан 637

После овога члана треба унети одредбе о обавези чувања ствари за рачун сауговорача; то су одредбе чл. 520 и чл. 522 Закона о облигационим односима (1978), односно Скице, чл. 449 и чл. 451.

#### Члан 640

Став 1 овога члана треба наставити речима: као и накнаду свих разних трошкова насталих због неизвршења.

#### Члан 641

Став 1 овога члана треба наставити речима: као и накнаду свих разних трошкова насталих због неизвршења.

У ставу 3 овога члана, уместо „намјераваној“ могла би доћи реч „извршеној“, што је ствар опредељења.

#### Чланови 643–649

Цео овај део, уз мање модификације, преузет је из BGB (параграфи 497–503). Употребљавају се и термини „повратна куповина“ или „продаја са правом откупа“ или „придржај откупа“, али, без обзира на различитост терминологије и неких нијанса које ту постоје, поставља се питање оправданости регулисања ове модификације уговора о продаји с обзиром на мали значај овог уговора у практичном животу и трговачком промету. Уколико ипак остане у Нацрту, треба се определити да ли се овај уговор примењује само за непокретне ствари (аустријски Грађански законик, параграфи 1068–1070) или и за непокретне и покретне ствари (BGB, параграф 503). Затим, да ли право откупа може бити уговорено само истовремено са продајом или и доцније. Ако је уговорено доцније, онда је то нов уговор о продаји са одложним условом измене истих лица, али са промењеним улогама. Другим речима, да ли је ово један уговор о продаји у коме прдавац задржава за себе право да узме ствар натраг уз повраћај цене, или је то поновна куповина у смислу чл. 643 Нацрта? У сваком случају, цео овај део треба још једанпут прегледати под претпоставком да се Радна група одлучи да овај уговор остави у Нацрту.

### Artikel 650 – 660

Dieser komplette Teil, der sich auf Verkauf mir Wiederkaufsrecht bezieht, ist mit einigen wenigen Modifikationen aus dem BGB übernommen worden (§§ 504 – 514). Die Arbeitsgruppe soll sich entscheiden, ob sie entsprechende Regelung aus dem geltenden Recht (ZOO Art. 527 – 533) bzw. aus den Skizzen (Art. 455 – 456) übernehmen oder bei den vorgeschlagenen Bestimmungen des Entwurfes bleiben und somit die Regelung des BGB übernehmen will. Da gibt es keinen wesentlichen Unterschied aber einige Fragen sind doch unterschiedlich statuiert und geregelt. Obligationsgesetze in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien haben die Regelung aus dem Obligationengesetz 1978 übernommen (Mazedonisches OG, Art. 515 – 521, Slowenisches OG, Art. 507 – 513, Kroatisches OG, Art. 527 – 533), OG Serbiens und Monternegros, Art. 527 – 533)

### Artikel 665

In Abs. 1 uns 2 soll das Wort „gleich“ durch das Wort „übereinstimmend“ ersetzt werden, denn das entspricht besser dem Inhalt des Textes (reine redaktionelle Änderung – Anm. d. Übers.). Das ist jedoch eine ganz winzige Bemerkung, die nicht unbedingt gerechtfertigt sein muß.

### Artikel 667

In Abs. 1 uns 3 sollen die Worte „Verfügungsrecht bzw.“ aus den zu Art. 537 des Entwurfes angeführten Gründen gelöscht werden.

In Abs. 2 soll am Anfang das Wort „Eigentums...“ hinzugefügt werden, so daß dieser Artikel folgendermaßen beginnen würde: „Eigentumsvorbehalt...“

Der Gegenstand dieses Vertrages (pactum reservati dominii), kann nach der herrschenden Meinung nur eine bewegliche Sache sein, was auch der Entwurf vorweist. Man ist der Meinung, daß der Kauf mit Eigentumsvorbehalt auf unbeweglichen Sachen nicht den Prinzipien des Grundbuchrechts entspricht, wonach in das Grundbuch ein bedingtes Recht nicht eingetragen werden kann, und hier handelt es sich gerade um so ein Recht. Das Eigentumsrecht an den unbeweglichen Sachen wird durch Eintragung (Verbuchung – Anm. d. Ü.) erworben und nicht durch die Tatsache der Übergabe, weshalb durchaus möglich ist, diese beiden Akte zu trennen. In der Praxis kommt es oft vor, daß der Verkäufer einer Immobilie sich das Recht vorbehält; die Eintragung (wörtlich: Übertragung) im Grundbuch nicht durchzuführen, bis der Käufer ihm den Preis zahlt, obwohl die Immobilie dem anderen in Besitz übergeben worden ist. Damit ein Verkauf mit Eigentumsvorbehalt an unbeweglichen Sachen realisiert werden kann, ist also keine bedingte Eintragung auf der Seite des Käufers erforderlich, was den Grundsätzen des Grundbuchrechts widerspricht. Wie man sieht, bemüht sich diese zweite Auffassung, eventuelle rechtstechnische Hindernisse im Grundbuchrecht zu beseitigen, auf welche die erste Auffassung hinweist.

#### Чланови 650–660

Цео овај део који се односи на продају са правом прече куповине, уз мање модификације, преузет је из BGB (параграфи 504–514). На Радној групи је да се одлучи хоће ли преузети одговарајуће одредбе из Закона о облигационим односима (чл. 527–533) односно Скице (чл. 455–465), или ће остати при предложеним одредбама из Нацирта преузимајући одговарајуће одредбе из BGB. Неке битне разлике ту нема, али ипак постоје и одређена питања која су различито постављена и регулисана. Облигациони закони бивших југословенских република преузели су решења из Закона о облигационим односима из 1978. (македонски Закон на облигационите односи, чл. 515–521; Облигацијски законик Словеније, чл. 507–513; хрватски Закон о обvezним односима, чл. 527–533; Закон о облигационим односима Србије и Црне Горе, чл. 527–533).

#### Члан 665

У ст. 1 и ст. 2 уместо речи „једнака“ треба ставити реч „саобразна“ јер она више одговара садржини текста. Али, то је сасвим мала опаска која не мора бити оправдана.

#### Члан 667

У ст. 1 и ст. 3 треба брисати речи „право располагања односно“ – због разлога који су изнети код чл. 573 Нацирта.

У ст. 2 треба на почетку додати реч „власништва“, тако да би овај члан почињао речима: Задржавање права власништва...

Предмет овог уговора (*pactum reservati dominii*), према владајућем схватању, може бити само покретна ствар, што заступа и Нацирт. Сматра се да купопродаја са задржавањем права власништва на непокретним стварима не одговара принципима земљишнокњижног права, према којима се у земљишне књиге не може уписати право које је условљено, а овде је управо реч о таквом праву. Право власништва на непокретним стварима стиче се укњижбом, а не фактом предаје, због чега је та два акта могуће сасвим раздвојити. У пракси се често дешава да продавац непокретности задржи право да не изврши пренос у земљишним књигама све док му купац не исплати цену, мада му је непокретност предао у посед. Да би се реализовала продаја са задржавањем права власништва на непокретним стварима, није, дакле, потребан никакав условни упис на страни купца, који би, према изнетом схватању, био противан принципима земљишнокњижног права. Као што се види, ово друго схватање тежи да отклони евентуалне правно-техничке сметње у земљишнокњижном праву на које указује прво схватање.

In der Theorie werden jedoch Argumente für die Auffassung hervorgehoben, daß eine unbewegliche Sache der Gegenstand dieses Vertrages sein kann. So wird argumentiert, daß, wenn man von der Tatsache ausgeht, unsere Zeit keine energische Vorherrschaft der unbeweglichen an den beweglichen Sachen im Sinne des Wertes kennt, wie das einst der Fall war, dann könnte man schlußfolgern, daß das Rechtsregime keinen wesentlichen Unterschied zwischen diesen Sachen machen sollte, zumindest dann wenn es sich um ihre Wertkomponente handelt und nicht um die Natur der Sache selbst. Der Kauf mit Eigentumsvorbehalt kommt meistens im Bereich des Handelns mit beweglichen Sachen vor, was möglicherweise auch der Grund dafür ist, daß manche Gesetzbücher ihn als solchen regeln. Es gibt jedoch keine Hindernisse (weder rechtstechnische Hindernisse des Grundbuchrechts noch den auf dem Wertkriterium basierenden Unterschied), daß der Gegenstand dieses Vertrages auch unbewegliche Sachen sein können. Solche Auffassung an sich stünde nicht im Gegensatz zu der öffentlichen Ordnung. Vom Standpunkt der öffentlichen Ordnung ist wichtiger die Frage, ob eine Frist festzusetzen ist, bis wann das Eigentumsrecht vorbehalten werden könnte, mit Rücksicht auf die Tatsache, daß der Käufer über die Sache rechtlich nicht verfügen kann, bis er den Preis bezahlt, sowie die Frage der unerlaubten Ziele, die auf diese Weise verwirklicht werden können, als die Frage, ob der Gegenstand dieses Vertrages nur eine bewegliche oder auch eine unbewegliche Sache sein kann. Die Bestimmung, mit welcher das Eigentumsvorbehaltsrecht auf der Seite des Käufers bis zur Zahlung des Preises begründet wird, kann Elemente des Wuchergeschäftes oder sonstige verbotene Effekte verborgen, aber für eine solche Qualifikation ist prinzipiell die Tatsache irrelevant, ob es sich um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt. Wenn ein Rechtssystem den Kauf mit Eigentumsvorbehalt hinsichtlich der beweglichen Sachen ermöglicht, dann sieht diese theoretische Auffassung keine ausreichend begründeten Gründe, welche die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung ausschließen würden, auch wenn es um eine unbewegliche Sache geht.

Wenn man alles oben Gesagte berücksichtigt, soll sich die Arbeitsgruppe entscheiden, ob sie bei diesem Vertrag beim Standpunkt bleibt, daß sein Gegenstand nur bewegliche Sachen sein können oder daß es auch unbewegliche Sachen sein können.

### Artikel 672

Dieser Artikel trägt die Überschrift „Ratenlieferungsverträge“ und soll die Frage des Verkaufs mit Ratenzahlung des Preises regeln (Art. 542 – 551 ZOO 1978). Diesem Vertrag ist lediglich ein Artikel gewidmet und zwar in der Materie über Unternehmer und Verbraucher auf die Weise, welche nicht nur im Vergleich mit der Gesamtheit des Ratenverkaufs partiell sondern auch nomotechnisch unvollkommen ist (Abs. 1, anstatt den Begriff dieses Vertrages zu regeln, hat er folgenden Wortlaut:

„Die Vorschriften des Artikel 693 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, des Artikel 696 Abs. 1 und 2 und des Artikel 697 gelten entsprechend,...“. In Abs. 2 wird der Begriff des Verbrauchers bestimmt, was nicht hierher gehört.

Ипак, у теорији се истичу и аргументи за схватање да непокретна ствар може бити предмет овога уговора. Тако се истиче следећи аргумент: ако се пође од чињенице да наше време не познаје у вредносном смислу енергичну превласт непокретних ствари над покретним, као што је то некада било, онда би се могло закључити да ни правни режим не би требало да прави битну разлику између ових ствари, бар када је у питању њихова вредносна компонента а не сама природа ствари. Купопродаја са задржавањем права власништва јавља се најчешће у области трговине покретним стварима, што је можда и разлог да је извесни законици као такву регулишу. Међутим, не стоји ништа на путу (ни правнотехничке сметње земљишнокњижног права, нити разлика заснована на вредносном критеријуму) да предмет овога уговора буду и непокретне ствари. Такво становиште, само по себи, не би било у супротности са јавним поретком. Са гледишта јавног поретка значајније је питање да ли треба поставити рок до кога се право власништва најдуже може задржати, с обзиром на чињеницу да купац не може правно да располаже том ствари док не исплати цену, као и питање недозвољених циљева који се овим путем могу остварити, него питање да ли предмет овог уговора може бити само покретна или и непокретна ствар. Одредба којом се установљава задржавање права власништва на страни продавца све до исплате цене може крити елементе зеленашког посла или неке друге забрањене ефекте, али за такву квалификацију је у принципу ирелевантна чињеница да ли је у питању покретна или непокретна ствар. Ако, дакле, један правни систем дозвољава купопродају са задржавањем права власништва у погледу покретних ствари, онда, према овом теоријском схватању, не виде се довољно основани разлози који би искључили могућност таквог уговора и када је у питању непокретна ствар.

Узимајући у обзир све што је овде речено, Радна група за израду Нацирта треба да се определи да ли ће код овог уговора остати на гледишту да његов предмет може бити само покретна ствар или да то може бити и непокретна ствар.

#### Члан 672

Овај члан носи наслов „Уговори о испоруци на рате“, а треба да регулише питање продаје са оброчним отплатама цене (чл. 542–551 Закона о облигационим односима из 1978. године). Овом уговору посвећен је само један члан, и то у материји подузетника и потрошача, на начин који је не само парцијалан у односу на целину продаје на рате него је и номотетички несавршен (ст. 1 који, уместо да даје појам овог уговора, гласи: Одредбе члана 693, став 1, реченица 1 и став 3 члана 696, став 1 и 2 члана 697 одговарајуће важе... итд.). А затим, у ст. 2, одређује се појам

Alles in allem soll dieser Teil noch einmal von der Gruppe erörtert werden, insbesondere vom Standpunkt des Einflusses der EU-Richtlinien auf den Inhalt des Obligationengesetzes (Zif. II 20).

### III 2. Tausch

#### Artikel 673

Abs. 1 dieses Artikels soll lauten:

„Durch den Tauschvertrag verpflichtet sich jede Vertragspartei ihrem Vertragspartner gegenüber, auf ihn das Eigentum an bestimmten Sachen zu übertragen und sie ihm zu diesem Zweck zu übergeben“.

Absatz 2 würde gleich bleiben, wobei man vielleicht sagen könnte:

„Gegenstand des Tauschs können auch andere übertragbare Vermögensrechte sein“.

### III. 3. Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge

#### Artikel 675 – 680

Dieser Teil des Entwurfes behandelt „Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge“. Diese Bestimmungen sind durch entsprechende EU-Richtlinien inspiriert und manche davon sind detailliert wiedergegeben worden. Aber, wie das bereits betont wurde (Zif. II. 21 und Zif. II. 22) soll ein Obligationengesetz bei dieser Frage lediglich allgemeine Vorschriften über den Vertragsschluß unter den anwesenden und zwischen den abwesenden Personen im Sinne Distanzverträge enthalten, und insbesondere wenn es sich um den Verbraucherschutz bei diesen Verträgen handelt, soll ein Obligationengesetz auf allgemeine Weise diesen zeitgenössischen Bedarf ausdrücken und alles andere soll dem entsprechenden Verfahren der schriftlichen Richtlinie durch besondere Vorschriften des Mitgliedstaates überlassen werden, die ihre Gesetzgebung im Bereich der Verträge zwischen Verbrauchern und den Lieferanten annähern sollen. Daher soll dieser ganze Teil des Entwurfes noch einmal seitens der Arbeitsgruppe unter die Lupe genommen werden, denn es gibt genug Argumente, diesen Teil in dieser Form aus dem Entwurf auszulassen. So sind auch andere Obligationengesetze in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien vorgegangen. Andererseits, wenn man sich für den Verbleib dieser Regelung im Entwurf entscheiden sollte, sollen diese Bestimmungen entsprechend nomotechnisch geändert werden, z.B. Art. 657, anstatt am Anfang den Begriff der Haustürgeschäfte zu definieren, beginnt die Bestimmung mit dem Widerrufsrecht aus Art. 179 und Art. 181, was nicht üblich ist. Im Gegenteil, wenn es sich um den Begriff des Vertrages über Haustürgeschäfte handelt, wird solche Begriffsbestimmung in Art. 678 des Entwurfes gegeben. Des weiteren wird in Art. 678 Abs. 3 Lit. d über „Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten“ gesprochen, was nicht präzise genug gesagt worden ist, denn man weiß nicht, welche Rechte mit dem Grundstück gleichgestellt werden usw. Schließlich soll gesagt werden, daß die Bestimmungen dieses Teils des Entwurfes einen ratgeberischen und interpretativen Charakter haben, so daß sie in die Kategorie lex imperfectae gehören.

потрошача, чemu овде није место. Све у свему, цео овај део треба да буде подвргнут још једној пажњи Радне групе, а посебно са становишта утицаја директиве ЕУ на садржину облигационог закона (тач. II.20).

### III. 2. Размјена

#### Члан 673

Став 1 овога члана треба да гласи: Уговором о размјени сваки уговарач се обавезује према свом сауговарачу да пренесе на њега својину одређене ствари и да му је у ту сврху преда.

Став 2 би остао исти, с тим што би се можда могло рећи: Предмет размјене могу бити и друга преносива имовинска права.

### III.3. Послови на кућним вратима и уговори о продаји на даљину

#### Чланови 675–680

Овај део Нацрта посвећен је „пословима на кућним вратима и уговорима о продаји на даљину“. Ове одредбе су инспирисане одговарајућим директивама ЕУ, а неке од њих су детаљно репродуковане. Међутим, као што је већ истакнуто (тач. II.21 и тач. II.22), облигациони закон код овог питања треба да садржи само опште одредбе о закључењу уговора између присутних и одсутних лица у смислу дистанционих уговора. А када је реч о заштити потрошача код ових уговора, онда облигациони закон треба на општи начин да искаже ту савремену потребу, а све остало да препусти одговарајућем поступку примене директиве кроз посебне прописе држава чланица које своја законодавства треба да приближе у области уговора између потрошача и испоручиоца. Отуда, цео овај део Нацрта треба да буде предмет још једне пажње Радне групе, јер има доста аргумента за то да би он у овом облику могао бити изостављен из Нацрта. Тако су поступили и сви облигациони законици бивших југословенских република. С друге стране, уколико буде одлучено да ове одредбе остану у Нацрту, онда би оне са номотетичког становишта требало да претрпе одговарајуће измене – напр. члан 675: уместо да одреди појам послана кућним вратима, он почиње са правом на опозив из чл. 179 и члана 181, што није уобичајено; напротив, када је реч о појму уговора о продаји на даљину, онда се таква дефиниција даје у чл. 678. Језичку и стилску редакцију треба да претрпи и чл. 680 Нацрта; надаље, у чл. 678, ст. 3, под д, говори се о „отуђењу замљишта и права изједначених са земљиштем“, што није довољно прецизно речено јер се не зна која су права изједначена са земљиштем, итд. Најзад, рецимо и то да су одредбе овог дела Нацрта углавном саветодавног и интерпретативног карактера, тако да долазе у категорију *lex imperfectae*.

### III. 4. Teilzeit-Wohnrechtevertrag

#### Artikel 681 – 687

Dieser Teil trägt die Überschrift „Teilzeit-Wohnrechteverträge“ und man würde nach dem Inhalt dieses Kapitels sagen, daß es sich um die unter der Bezeichnung Time sharing bekannten Verträge handelt. Zunächst wieder eine nomotechnische Einwendung: anstatt daß der Art. mit der Definition dieses Vertrages beginnt, fängt er mit dem Prospekt, den der Unternehmer dem Verbraucher zu versenden hat, dann gibt er in Art. 682 die Definition dieses Vertrages, die nicht ganz präzise ist, insbesondere in dem Teil, wo der Verbraucher ein Sachenrecht oder ein anderes Recht erwerben kann, und insbesondere kann ihm das Recht auf Mitgliedschaft in einem Verein oder auf einen Anteil in einer Partnerschaft eingeräumt werden. Da ist auch Art. 684, welcher eine abweichende Vereinbarung erwähnt, was zusätzliche Erläuterungen erforderlich macht.

Und weiter, in Art. 685 Abs. 2 gibt es so viele Verweise auf andere Artikel, daß es ein echtes Labyrinth darstellt, in welchem sich sogar ein Jurist schwer zurechtfinden kann, geschweige denn ein Geschäftsmann, der kein Jurist ist. Hier der Wortlaut des besagten Absatzes:

„Die Belehrung nach Artikel 179 Abs. 2 Satz 1 und 2 muss auch die Kosten angeben, die der Verbraucher im Falle des Widerrufs gemäß Absatz 5 Satz 2 zu erstatten hat. Wird der Verbraucher nicht nach Satz 1 und Artikel 179 Abs. 2 Satz 1 und 2 belehrt, so beginnt die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts abweichend von Artikel 179 Abs. 2 Satz 1 erst drei Monate nach Aushändigung einer Vertragsurkunde oder Abschrift der Vertragsurkunde.“

Man muß sich jedoch, ohne Rücksicht auf Einwendungen solcher Art, auch hier entscheiden, ob dieser Vertrag in dem Obligationengesetz geregelt werden muß oder ob er als ein Vertrag des autonomen Handelsrechts (Zif. II 10) den anderen Möglichkeiten der rechtlich Regelung überlassen werden soll (Zif. II 17).

### III. 5. Kreditvertrag, Kreditvermittlungsvertrag

#### (Art. 688 – 707)

Dieser Teil des Entwurfes befaßt sich mit dem Kreditvertrag, Verbraucherkredit und dem Kreditvermittlungsvertrag. Dabei gibt es in diesem Entwurf noch einen besonderen Kreditvertrag (Art. 1349), jedoch es gibt keinen klassischen Darlehensvertrag, der in jedem Obligationengesetz seinen Platz hat.

So stellt der Entwurf hier eine nicht ausreichend klare Komposition von Verträgen dieser Art dar, wo es das zentrale Institut des Darlehens als allgemeinen und Genus-Begriff jeder Kreditart, somit auch des Verbraucherkreditvertrages, nicht gibt. Deshalb ist es erforderlich, daß die Arbeitsgruppe diesen ganzen Fragebereich hinsichtlich des Darlehens bzw. des Kredites noch einmal erörtert und diesen Tatbeständen die notwendige Klarheit und Präzision verleiht, sowohl hinsichtlich des klassischen Darlehens als auch hinsichtlich seiner Erscheinungsformen unter den modernen Bedingungen der Kreditvergabe.

### III.4. Уговор о праву повременог становања

Чланови 681–687

Овај део Нацрта носи наслов „Уговори о праву повременог становања“ и судећи по садржини тих одредаба, рекло би се да се овде ради о уговорима познатим под називом Time sharing. Најпре, опет једна номотетичка примедба: уместо да чл. 681 почне са дефиницијом овог уговора, он почиње са проспектом који је предузетник дужан да пошаље потрошачу, а чл. 682 даје дефиницију овог уговора која није сасвим прецизна, нарочито у делу у коме се говори да потрошач може стећи неко стварно право или друго право, а посебно му се може признати чланство у неком удружењу или удео у неком друштву. Ту је и чл. 684 који помиње одступајући уговор, што захтева додатна објашњења. А у чл. 685 ст. 2 толико је упућивања на друге чланове да то представља прави лавиринт у коме се тешко може снаћи и правник, а још мање послован човек који није правник. Ево како гласи тај став: У поуци према члану 179, став 2, реченица 1 и 2 морају бити наведени и трошкови које је потрошач дужан платити у случају опозива у складу са ставом 5. реченица 2. Уколико потрошач није поучен у складу са реченицом 1 и чланом 179. став 2. реченица 1 и 2, онда рок за вршење права опозива почиње одступајуће од члана 179. став 2. реченица 1 тек три мјесеца након уручења исправе уговора или њеног преписа.

Међутим, без обзира на примедбе ове врсте, треба се и овде определити да ли овај уговор мора бити регулисан облигационим законом или га треба, као уговор аутономног трговачког права (тач. II.10), препустити другим начинима правног регулисања (тач. II.17).

### III.5. Кредитни уговор, уговор о посредовању кредита

Чланови 688–707

Овај део Нацрта посвећен је кредитном уговору, потрошачком кредиту и уговору о посредовању кредита. При томе, у Нацрту постоји још један посебан уговор о кредиту (чл. 1349), али не постоји класичан уговор о зајму који се налази у сваком облигационом закону. Тако Нацрт овде чини једну недовољно јасну композицију уговора ове врсте, у којој нема централне установе зајма као општег и генусног појма сваке врсте кредита, па и потрошачког кредитног уговора. Стога је потребно да Радна група на цео комплекс питања зајма односно кредита још једном обрати пажњу и ове ситуације доведе до потребне јасноће и прецизности, како у погледу класичног зајма, тако и у погледу његових појавних облика у савременим условима кредитирања.

### Artikel 688

Die in diesem Artikel gegebene Definition des Kreditvertrages entspricht nicht den grundlegenden Attributen dieses Vertrages. Aus dieser Definition geht nämlich nicht hervor, daß mit diesem Vertrag das Eigentum übertragen wird, was die Grundeigenschaft eines jeden Darlehens bzw. Kredites ist. Da wird geregelt, daß der Gegenstand des Kredites dem Kreditnehmer zur Verfügung gestellt wird und dann sogar auch das, daß der Gegenstand des Kredites auch Stundung oder eine andere Art der Finanzierungshilfe sein können. Alles das bringt Konfusion in diesen Bereich des Vertragsrechts hinein, die traditionell klar und präzise ist.

So wird nach der allgemein bekannten Definition der Darlehensgeber durch den Darlehensvertrag verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine gewisse Menge Geld oder anderer vertretbaren Sachen zu übergeben und der Darlehensnehmer verpflichtet sich, dem Darlehensgeber mit Vergütung (Zinsen) oder ohne Vergütung nach einer bestimmten Zeit die gleiche Menge Geld bzw. die gleiche Menge vertretbarer Sachen der gleichen Qualität zurückzugeben. Aus dem Begriff dieses Vertrages geht hervor, daß er die Grundlage zum Eigentumserwerb an einer bestimmten Menge vertretbaren Sachen darstellt. Die Grundform dieses Vertrages kann gewissermaßen modifiziert werden, z.B. auf Zweckdarlehen, der ihm Falle des Verbraucher-, Investitions-, Export-, Eskont- und Reeskont-, Landwirtschafts-, Konsignationskredites u.ä. vorliegt. Modifikationen der allgemeinen Formel des Darlehensvertrages sind insbesondere in der Domäne der Bankgeschäfte möglich, z.B. Lombardendarlehen, Emissionsdarlehen und andere Darlehensformen. Es soll aber hervorgehoben werden, daß verschiedene Darlehensformen von seiner originären Bedeutung abweichen, aber alle Darlehensarten sammeln sich um seine Grundeigenschaft – Eigentumserwerb an vertretbaren Sachen gegen Verpflichtung der Rückgabe der Sache gleicher Art, Menge und Qualität. Daher soll die in Art. 688 gegebene Definition im Sinne der allgemeinen Regeln des Darlehens als Rechtsquelle verschiedener Darlehns- und Kreditarten revidiert werden.

### Artikel 692 und 693

Anwendungsbereich des Verbraucherkreditvertrages (Art. 692) sowie sein Inhalt und seine Form (Art. 693) sind auf die Weise formuliert worden, die der Natur eines Obligationengesetzes nicht entspricht. Da geht es um eine große Anzahl von Fragen, die eher in eine Verordnung, Anweisung, Auftrag oder Instruktion gehören als in ein Obligationengesetz als dauerhaftes Kodifikationswerk. Dabei verdienen der Stil und Länge des Textes einzelner Bestimmungen und die Art des Normierens, Verweisens und der Bestimmung der Beträge des Barzahlens, noch einmal unter die Lupe seitens der Arbeitsgruppe genommen zu werden.

### Artikel 704

Der Kreditvermittlungsvertrag aus diesem Artikel soll mit dem Vermittlungsvertrag in Art. 1064 des Entwurfes in Einklang gebracht werden.

#### Члан 688

Дефиниција кредитног уговора дата у овом члану не одговара основним атрибутима овог уговора. Наиме, из дефиниције не произлази да се овим уговором преноси власништво, што је основно својство сваког зајма односно кредита. Ту се говори да се предмет кредита ставља примаоцу кредита на располагање, а онда чак и то да предмет кредитног уговора могу бити одгода плаћања или нека друга врста помоћи за финансирање. Све то уноси конфузију у ову област уговорног права која је традиционално јасна и прецизна.

Тако, према општепознатој дефиницији, уговором о зајму обавезује се зајмодавац да преда у својину зајмопримцу одређену количину новца или којих других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује, уз накнаду (камату) или без ње, да зајмодавцу врати после одређеног времена исту количину новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета. Из појма овог уговора произлази да он представља основ за стицање права својине одређене количине заменљиве ствари. Основни вид овог уговора може у извесном смислу бити модификован, нпр. наменски зајам који постоји и у случају потрошачког кредита, инвестиционог кредита, извозног кредита, есконтног и реесконтног кредита, пољопривредног кредита, консигнационог кредита, и сл. Модификације опште формуле уговора о зајму могуће су нарочито у домуену банкарских послова, нпр. ломбардни зајам, емисиони зајам и други облици зајма. Међутим, треба истаћи да разне модификације зајма у извесном смислу одступају од његовог извornог значења, али све врсте зајма ипак се окупљају око његовог основног својства – стицања својине на заменљивим стварима уз обавезу повраћаја ствари исте врсте, количине и квалитета. Отуда, дата дефиниција у чл. 688 Нацрта треба да буде ревидирана у смислу општих правила зајма као правног извора различитих врста зајма и кредита.

#### Чланови 692 и 693

Подручје примене потрошачког кредитног уговора (чл. 692), као и његов садржај и форма (чл. 693) формулисани су на начин који не одговара природи облигационог закона. Ту је реч о великом броју питања која би више била својствена неким подзаконским актима, упутствима, налозима или инструкцијама него облигационом закону као трајном кодификаторском акту. При томе, стил и дужина текста појединачних одредаба и уопште начин нормирања, упућивања и одређивања износа готовинског плаћања, заслужују да буду поново под лупом Радне групе за израду овог нацрта.

#### Члан 704

Уговор о посредовању кредита из овог члана треба усагласити са уговором о посредовању из чл. 1064 Нацрта.

## Artikel 706

In diesem Artikel steht es: „...wenn infolge der Vermittlung oder des Nachweises des Kreditvermittlers das Darlehen an den Kreditnehmer geleistet wird“. Das könnte (in der lok. Sprache – Anm. d. Übersetzers) vielleicht terminologisch präziser ausgedrückt werden.

### III. 6. Schenkung (Art. 708 – 721)

In der Überschrift des Artikels wird ein Terminus (darovanje) und später (in Art. 717) ein anderer Terminus (poklon) gebraucht. Es ist nötig, sich für einen Terminus zu entscheiden.

Die Definition dieses Vertrages in Abs. 1 Art. 708 ist nicht vollständig. Diese Definition sollte unterschiedliche Leistungen (Prestationen) ausdrücken. So sollte ein Schenkungsvertrag als solcher Vertrag definiert werden, durch den eine Vertragspartei (Schenker) auf die andre Vertragspartei (Beschenkter) das Eigentumsrecht an einer bestimmten Sache bzw. ein anderes bestimmtes Recht überträgt oder sich verpflichtet, es zu übertragen, oder ihm auf Kosten seines Vermögens einen Nutzen leistet, und das alles ohne entsprechendes Entgelt.

Abs. 2 dieses Artikels bedarf einer Präzisierung des Wortes „Geschäftsgrundlage“. Das gleiche betrifft auch die Worte: „Verspricht der Schenker eine .... Unterstützung,...“ (Art. 713)

Der Schenkungsvertrag ist durch Unentgeltlichkeit der Nutzungen gekennzeichnet, die durch ihn erhalten werden. Dieses allgemeine Merkmal der Schenkung bedarf einer gewissen Präzisierung, da die Rechtswirkung der Schenkung in bestimmten Fällen von bestimmten Handlungen des Beschenkten abhängen kann, diese Handlungen können aber im Wertsinne nie die Äquivalenz der gegenseitigen Leistungen erreichen, denn dann hätte dieser Vertrag seine Grundattribute verlieren – Vergrößerung des Vermögens des Beschenkten aufgrund der Absicht (animus donandi) des Schenkers und der Zustimmung des Beschenkten. Andererseits haben bestimmte Schenkungssarten besondere Merkmale und das sind: Schenkung mit Auflagen (donatio sub modo), gemischte Schenkung, gegenseitige Schenkung, Belohnungsschenkung, Schenkung aufgrund der moralischen Pflicht, Schenkung zu allgemein nützlichen Zwecken, Schenkung für den Fall des Todes.

## Artikel 716

Von allen oben erwähnten Schenkungsarten sieht der Entwurf die Schenkung mit einer Auflage vor. Die Definition in diesem Artikel könnte sprachlich auch anders ausgedrückt werden:

„Eine Schenkung mit einer Auflage ist ein solcher Vertrag, durch welchen der Schenker das Recht erwirbt, den Vertrag aufzulösen, wenn der Beschenkte bestimmte Handlung zu Gunsten des Schenkers oder eines Dritte nicht erbringt oder wenn er das Recht mißachtet, das der Schenker für sich oder einen Dritten vorbehalten hat. Diese Handlung kann in Vornahme eines bestimmten Leistungsaktes oder in der Unterlassung eines bestimmten Tuns (non facere) bestehen.“

### Члан 706

У овом члану стоји: ...изврши зајам према примаоцу кредита. Можда би се овај став могао прецизније терминолошки исказати.

### III.6. Даровање (чл. 708–721)

У наслову овог члана употребљава се термин даровање, а касније, у чл. 717 употребљава се термин поклон. Потребно је определити се за један термин.

Дефиниција овог уговора у ст. 1 члана 708 није потпуна. Та дефиниција треба да изрази различите престације овог уговора. Тако, уговор о поклону би се могао дефинисати као такав уговор којим један уговорник (поклонодавац) преноси или се обавезује да пренесе на другог уговорника (поклонопримца) право својине одређене ствари односно друго одређено право, или му, на рачун своје имовине, учини неку корист, и то све без одговарајуће накнаде.

Став 2 овог члана захтева прецизирање речи „пословна основа“. Исто се односи и на речи: „уколико дародавац обећа подршку“ (чл. 713).

Уговор о поклону карактерише се одсуством накнаде за користи које се њиме добијају. Међутим, та општа особеност поклона захтева одређено прецизирање, пошто правно дејство поклона у извесним случајевима може да зависи и од одређених радњија поклонопримца, али те радње у вредносном смислу не могу никада достићи еквиваленцију узајамних престација јер би тада овај уговор изгубио своје основне атрибуте – увећање имовине поклонопримца на основу намере (*animus donandi*) поклонодавца и сагласности поклонопримца. С друге стране, извесне врсте поклона имају посебне особености, а то су: поклон са налогом или теретом (*donatio sub modo*), мешовити поклон, узајамни поклон, наградни поклон, поклон заснован на моралној дужности, поклон у општекорисне сврхе, поклон за случај смрт.

### Члан 716

Од свих поменутих врста поклона, Нацир предвиђа само поклон уз неки терет или налог. Дефиниција дата у овом члану могла би бити језички и друкчије изражена: Поклон са налогом или теретом је такав уговор о поклону у коме поклонодавац стиче право да раскине уговор уколико поклонопримац не изврши одређену радњу у корист поклонодавца или трећег лица, или уколико не поштује право које је поклонодавац задржао за себе или за трећег. Та радња може се састојати у предузимању одређеног акта чињења или у уздржавању од предузимања одређеног чињења (*non facere*). Као што се види, извршење те радње може представљати

Wie man sieht, kann die Vornahme dieser Handlung den Nutzen für den Schenker selbst oder für einen Dritten darstellen. Es ist aber möglich, daß der Schenker den Beschenkten auf bestimmte Art und Weise der Benutzung des geschenkten Gegenstandes verpflichtet, z.B. daß er von den Einkommen der geschenkten Sache eine andere Sache kaufen soll oder daß er über die Grundsumme des geschenkten Geldes eine bestimmte Zeit nicht verfügen darf, sondern nur über die Zinsen aus dieser Summe. In dem Fall kann man nur über die Auflage im Interesse des Beschenkten selbst reden, aber die Auflage stellt auf jeden Fall eine bestimmte Einschränkung und Verpflichtung des Beschenkten dar, so daß von der Erfüllung dieser Verpflichtung auch die Rechtswirkung der Schenkung abhängt. Wenn der Beschenkte die Auflage nicht rechtzeitig oder nicht auf die Weise erfüllt, wie das im Schenkungsvertrag vorgesehen ist, kann der Schenker vom Vertrag durch einseitige Erklärung zurücktreten, außer wenn ein Dritter den Anspruch erlangt hat, die Erfüllung der Auflage zu verlangen. Schenkung mit einer Auflage ist ein Vertrag unter auflösender Bedingung, was bedeutet, daß er Rechtswirkungen erzeugt aber aufgelöst werden kann, wenn die Auflage nicht erfüllt wird. Die Bestimmung in Abs. 2 Art. 716 sieht vor, daß der Beschenkte sich nach der Erfüllung der Schenkung verpflichtet, eine Leistung aus dem ihm geschenkten Vermögen zu erbringen. In Abs. des gleichen Artikels steht: „so kommt der Schenkungsvertrag nur dann zustande, wenn sich die Annahme des Beschenkten auch auf die Auflage bezieht.“ Man sollte vielleicht mit etwas mehr Klarheit die Regel formulieren, daß es sich hier um auflösende und nicht um aufschiebende Bedingung handelt.

### III. 7. Miete (Art. 722 – 765)

Der Entwurf hat das Konzept über die durch zwei besondere Verträge ausgedrückte Dualität der Vertragsverhältnisse angenommen: Miete und Pacht (BGB, § 535 und § 581). Dieses Konzept beruht auf dem Unterschied zwischen dem Gebrauch (Miete) und der Ziehung der Nutzungen (Pacht) seitens des Mieters bzw. des Pächters.

Das Obligationsgesetz (1978) und alle Obligationsgesetze der Nachfolgestaaten kennen diesen Unterschied nicht sondern behandeln den Pachtvertrag als einheitliches Verhältnis, wobei von den Merkmalen einzelner Pachtarten die Rechnung getragen wird. Das ist, selbstverständlich, an für sich kein Argument, das Konzept des Entwurfes nicht zu akzeptieren, aber dieses Konzept der Unterscheidung der Miete und der Pacht sollte durch besondere Bedürfnisse des Umfelds gerechtfertigt werden, für welches der Entwurf bzw. das Obligationsgesetz erarbeitet wird.

Das Prinzip der einheitlichen Regelung reduziert diese Verhältnisse auf den folgenden Begriff des Pachtvertrages: Durch den Pachtvertrag wird der Verpächter verpflichtet, bestimmte Sache dem Pächter zum Gebrauch zu übergeben und dieser verpflichtet sich, ihm dafür einen bestimmten Pachtzins zu zahlen.

корист за самог поклонодавца или за неко треће лице. Међутим, могуће је да поклонодавац наложи поклонопримцу да на одређени начин користи предмет поклона, нпр. да од прихода поклоњене ствари мора купити неку другу ствар или да не сме располагати главницом поклоњеног новца за одређено време, већ само каматом коју та главница даје. Тада се може говорити о налогу у интересу самог поклонопримца, али, у сваком случају, налог представља одређено ограничење и дужност на страни поклонопримца, тако да од извршења те дужности зависи правно дејство поклона. Ако поклонопримац не изврши налог на време и на начин како је то уговором о поклону предвиђено, поклонодавац може раскинути уговор једностралном изјавом воље, осим када је треће лице стекло право да захтева извршење налога. Поклон са налогом је уговор са раскидним условом, што значи да он производи правна дејства, али се може раскинути уколико се налог не изврши. Одредба ст. 2 чл. 716 предвиђа да се даропримац након извршења даровања обавеже на неку чинидбу из њему дате имовине. У ст. 1 истог члана се каже: До даровања долази само онда ако се прихватије даропримца односи и на терет или налог. Требало би можда са више јасноће формулисати правило да је овде реч о раскидном, а не о одложном услову.

### III.7. Наям (чл. 722–765)

Нацир је прихватио концепцију о дуалитету уговорних односа изражену кроз два посебна уговора: најам и закуп (BGB, параграф 535 и 581). Та концепција се заснива на разлици између употребе (најам) и уживања плодова (закуп) од стране најмопримца односно закупца.

Међутим, Закон о облигационим односима (1978) и сви облигациони законици бивших југословенских република не чине ту разлику већ уговор о закупу третирају као јединствен уговорни однос, водећи рачуна о специфичностима појединих врста закупа. Разуме се, то није, само по себи, аргумент да се не прихвати теза Нацирта о раздвајању ових уговора на најам и закуп, али таква концепција би требало да буде аргументована особеним потребама простора за који се доноси Нацир односно Закон о облигационим односима.

Принцип јединственог регулисања своди ове односе на следећи појам уговора о закупу: Уговором о закупу обавезује се закуподавац да преда одређену ствар закупцу на употребу, а овај се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину. Употреба обухвата и уживање ствари (прибирање плодова), ако није друкчије уговорено или уобичајено.

Der Gebrauch erfaßt auch Nießbrauch der Sache (Ziehung der Nutzungen), wenn nicht anders vereinbart oder üblich ist.

Der so bestimmte Begriff des Pachtvertrages stellt eine breite Rechtsformel dar, die verschiedene Fälle umfaßt, die oft mit sich auch unterschiedliche Rechtsregimes tragen, die jedoch von gewissen gemeinsamen Merkmalen beherrscht werden, die eine solche Definition ermöglichen, die auch die Geltung von besonderen Vorschriften für diese Materie als selbstverständlich einschließt. Da sind die allgemeinsten Merkmale, die sich durch Abstrachierung zahlreicher Unterschiede und weniger typischer Eigentümlichkeiten herauskristallisiert haben, so daß sie als Determinanten erscheinen, welche die Besonderheit und die Natur dieses Vertragsverhältnisses bestimmen; so z.B. bestehen zwischen der Landpacht und der Pacht von Geschäftsräumen, zwischen der Pacht einer Wohnung und der Pacht eines Obstgartens oder der Pacht einer beweglichen Sache (Auto oder eine Maschine), wesentliche Unterschiede in der Domäne der Rechtsregelung, man kann jedoch sagen, daß in allen diesen Fällen eine Person eine fremde Sache mit der Verpflichtung benutzt, dafür bestimmtes Entgelt für den Gebrauch zu zahlen und die Sache nach Ablauf der bestimmten Zeit zurückzugeben.

Manche bürgerliche Gesetzbücher des vergleichenden Rechts bestimmen den Begriff der Pacht nicht auf eine solche allgemeine Weise, sondern sie unterscheiden streng zwischen der Situation des bloßen Gebrauchs und der Situation der Benutzung mit dem Recht auf Früchtetrennung. Nach diesem Unterschied hat man auch besondere Terminologie für Miete und Pacht geschaffen, was zum großen Teil daher kommt, daß man keine allgemeine Formel der Pacht gegeben hat, die viele Einzelheiten abstrahieren würde, die hauptsächlich mit der Natur und dem Charakter des Gegenstands dieses Vertrages zusammenhängen.

Daher scheinen die Idee und die Bemühung gerechtfertigt zu sein, die Pacht nicht *a priori* als „zerstückelte“ Materie auszuführen, sondern sie mit einer allgemeinen Intergralformel zu erfassen, deren Elemente in den Worten erkennbar sind – „Gebrauch“ und „Nießbrauch“ einer fremden Sache mit der Verpflichtung der Rückgabe nach einer bestimmten Zeit und der Bezahlung eines bestimmten Entgelts dafür. Es versteht sich, daß dieser allgemeine Begriff des Pachtvertrages einer näheren Analyse und Einsicht in ganz konkrete Rechtsverhältnisse der Vertragsparteien bedarf, das dürfte aber das Konzept der einheitlichen Definition dieses Rechtsverhältnisses nicht gefährden. Die Arbeitsgruppe sollte sich für eines der beiden Konzepte entscheiden, denn davon hängen der Inhalt und die Systematik einer ganzen Reihe von Bestimmungen in diesem Entwurf ab. Sollte man bei dem bestehenden Text des Entwurfs bleiben, dann wäre es notwendig, den ganzen Teil noch einmal zu erörtern, insbesondere vom Standpunkt der Wiederholung der gleichen Regeln an zwei Stellen, z.B. Art. 722 Abs. 2 und Art. 765 Abs. 2, dann Art. 725 und Art. 778, Art. 729 und Art. 784, Art. 768 und Art. 777.

Laut Art. 767 bedarf der auf bestimmte Zeit geschlossene Pachtvertrag obligatorisch die Schriftform, aber wenn die vorgeschriebene Form nicht eingehalten wird, gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Das ist eine aus dem BGB übernommene Bestimmung (Art. 566) und die gilt lediglich für Immobilien. Auf der anderen Seite ist durch den Art. 55 des Entwurfs die Konvaleszenz vorgesehen, wo eine solche Situation nicht vorgesehen wird. Das alles spricht für die Meinung, daß dieser ganze Teil

Овако одређен појам уговора о закупу представља широку правну формулу која обухвата различите случајеве, а они често носе собом и различите правне режиме. Међутим, њима ипак доминирају извесне заједничке особености које отварају могућност постављања једне овакве дефиниције која подразумева и важење посебних прописа у овој материји. То су најопштије особености које су се искристалисале апстраховањем бројних различитости и мање типичних одлика, тако да се оне јављају као детерминанте које одређују посебност и природу овог уговорног односа. Тако нпр. између закупа пољопривредног земљишта и пословних просторија, између закупа стана и једног воћњака или неке покретне ствари (автомобила или неке машине) постоје значајне разлике у домену правног регулисања, али се ипак може рећи да се у свим тим случајевима једно лице користи туђом ствари уз обавезу накнаде и об авезу враћања те ствари по истеку одређеног времена.

Међутим, неки грађански законици компаративног права не одређују појам закупа на овако општи начин већ строго разликују ситуације само употребе ствари од ситуације коришћења уз право на плодове. Према овој разлици учињена је и посебна терминологија на најам и закуп, а то добром делом долази отуда што се није поставила општа формула закупа која би апстраховала многе појединости везане углавном за природу и карактер предмета овог уговора.

Стога се чини да може бити оправдана идеја и напор да се закуп не излаже a priori као „раздробљена“ материја, већ да се она окупи у једну општу интегралну формулу чији се елементи препознају у речима употребе и уживања туђе ствари уз обавезу враћања по истеку одређеног времена и обавезу плаћања одређене накнаде. Разуме се да овај општи појам уговора о закупу захтева близу анализу и увид у сасвим конкретне правне односе уговорника, али то не би смело да угрози концепцију о јединственом дефинисању овог правног односа. Радна група за израду Нацрта требало би да се определи за једну од изложених концепција, јер од тог определења зависи и садржина и систематика читавог низа одредаба у овом делу Нацрта. Уколико се остане при постојећем тексту Нацрта, онда би требало цео овај део још једанпут прегледати, а посебно са становишта понављања истих правила на два места, нпр. чл. 722 ст. 2 и чл. 765 ст. 2, а затим чл. 725 и 778; чл. 729 и чл. 784; чл. 768 и чл. 777; чл. 729 и чл. 784. Према чл. 767 за уговор о закупу који се закључује на одређено време обавезна је писмена форма, али уколико се не испоштује предвиђена форма, уговор важи као закључен на неодређено време. То је одредба која је преузета из BGB (параграф 566) и која важи само за некретнине. С друге стране, конвалидација је предвиђена чл. 55 Нацрта где се не предвиђа оваква ситуација. Све ово говори у прилог мишљењу да би

kompakter formuliert und untereinander harmonisiert werden sollte. Sollte man jedoch den Standpunkt der einheitlichen Definition der Pacht akzeptieren, wie das vorstehend hervorgehoben wurde, dann gibt es dafür Regelung im geltenden Obligationsgesetz (1978), die dieses Konzept widerspiegeln. Wir kommen also wieder zu der Frage des Konzeptes, was vorab entschieden werden soll, damit die Arbeit am weiteren Text des Entwurfs stattfinden kann.

### III. 8. Pacht (Art. 765 – 776)

Alles, was in Zif. III. 7. gesagt wurde, wird entsprechend auf die Pacht angewendet.

### III. 9. Landpacht

Alles, was in Zif. III. 7. gesagt wurde, wird entsprechend auf die Landpacht angewendet.

### III. 10 Leihe (Art. 787-/ 798)

#### Artikel 787

Dieser Artikel regelt die Leihe aber nur vom Standpunkt des Verleiher und nicht auch vom Standpunkt des Entleihers. Daher könnte diese Definition möglicherweise so lauten:

„Durch den Leihvertrag wird der Verleiher verpflichtet, eine bestimmte Sache dem Entleihern zum unentgeltlichen Gebrauch zu überlassen, und dieser wird verpflichtet, die selbe Sache nach Ablauf der bestimmten Frist unbeschadet zurückzugeben.“

Der so bestimmte Begriff der Leihe stellt die Abkehr von der klassischen Auffassung der Leihe als eines Realvertrages (comodatum) dar. Der Unterschied zwischen diesen beiden Auffassungen liegt darin, daß nach der klassischen Auffassung die Übergabe der Sache die Voraussetzung der Entstehung des Vertrages darstellt, während nach der anderen Auffassung die Übergabe als Erfüllungsakt verstanden wird, der durch einfache Übereinstimmung der Willen (solo consensu) entstanden ist. Deshalb betont der klassische Begriff der Leihe nicht die Verpflichtung des Verleiher zur Übergabe der Sache sondern nur die Verpflichtung des Entleihers, die empfangene Sache nach der bestimmten Frist dem Verleiher zurückzugeben. Diese Auffassung ist in vielen Kodifikationen des vergleichenden Rechts vorhanden, hauptsächlich im letzten Jahrhundert (z.B. Österreichisches BGB, § 971, Französisches BGB, Art. 1875), während die Auffassung der Leihe als Konsensualvertrag in manchen Kodifikationen danach angenommen wurde (z.B. Obligationsgesetz in der Schweiz, Art. 305)

#### Artikel 793

In Abs. 3 dieses Artikels ist der Fall des Prekariums vorgesehen, wonach der Verleiher zu jeder Zeit die Rückgabe der geliehenen Sache verlangen kann, es soll jedoch gesagt werden, „zu jeder Zeit aber nicht zu

требало цео овај део компактније изразити и међусобно усагласити. Међутим, ако се стане на становиште јединствене дефиниције закупа, како је то већ истакнуто, онда постоје одредбе Закона о облигационим односима (1978) које су прилагођене тој концепцији. Дакле, опет се враћамо на питање концепције, које треба да буде на првом месту у даљем раду на овом делу Нацрта.

### III.8. Закуп (чл. 765–776)

Све што је речено под тач. III.7. сходно се примењује и на закуп.

### III.9. Закуп земљишта

Све што је речено под тач. III.7. сходно се примењује и на закуп земљишта.

### III.10. Посудба (чл. 787–798)

#### Члан 787

Овај члан дефинише посудбу али смао са становишта посудодавца, а не и са становишта посудопримца. Отуда, ова дефиниција можда би могла да гласи: Уговором о посудби обавезује се посудодавац да преда одређену ствар посудопримцу да је бесплатно користи, а овај се обавезује да по истеку одређеног времена врати исту ствар неоштећену. Овако одређен појам посудбе представља напуштање класичног схватања посудбе као реалног уговора (*commodatum*). Разлика између ова два схватања огледа се у томе што је, према класичном схватању, предаја предмета послуге услов настанка уговора, док се према другом схватању, предаја узима као акт испуњења уговора који је настао простом сагласношћу воља (*solo consensu*). Због тога, класични појам посудбе не истиче обавезу посудодавца да ствар преда, већ само обавезу посудопримца да примљену ствар, после одређеног времена, врати посудодавцу. Ово схватање је прихваћено у многим кодификацијама компаративног права, углавном прошлога века (нпр. аустријски Грађански законик, § 971; француски Грађански законик, чл. 1875), док је схватање о посудби као консенсуалном уговору прихваћено од извесних грађанских законика каснијег доба (нпр. швајцарски Грађански законик о облигацијама, чл. 305).

#### Члан 793

У ст. 3 овога члана предвиђен је случај прекаријума, према коме посудодавац може у свако доба тражити повраћај предмета посудбе, али ипак треба рећи: у свако доба само не у невреме. Једна оваква допуна штити посудопримца од произвољног опозива који

Unzeit“. Eine solche Ergänzung schützt den Entleiher vor willkürlicher Aufforderung, die einen Schaden dem Entleiher zufügen kann (z.B. während des Betriebs einer Maschine oder während des saisonsbedingten oder momentanen Bedarfs nach landwirtschaftlichen Arbeiten).

#### Artikel 794

Hier sollen folgende Worte gestrichen werden: „Artikel 789 bleibt unberührt.“

#### III. 11. Leasing (Art. 799 – 805)

Alles, was unter Zif. II. 14. und Zif. II. 15. gesagt worden ist, wird auf den Teil des Entwurfs über Leasing entsprechend angewendet.

#### III. 12. Werkvertrag (Art. 806 – 835)

Dieser Teil des Entwurfs hat die entsprechenden Teile des geltenden Obligationsgesetzes 1978 vollständig übernommen (Art. 600 – 629). Diese Tatsache an sich bedeutet noch nicht, daß diese Bestimmungen bestens formuliert sind. Deshalb sollte man diese Bestimmungen noch einmal von der formellen und der inhaltlichen Seite kritisch analysieren.

#### III. 13. Bauvertrag (Art. 836 – 852)

Der Entwurf hat in diesem Teil entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationsgesetzes übernommen (Art. 630 – 647), so daß auch hier der gleiche Kommentar wie in dem vorstehenden Abschnitt bleibt (Zif. III. 12).

#### III. 14. Transport (Art. 853 – 896)

Der Entwurf hat in diesem Teil im wesentlichen entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationsgesetzes übernommen (Art. 648 – 685), wobei sich diese Feststellung nicht auf Art. 864, Art. 883 und auf den Abschnitt über den multimodalen Transport – Art. 888 – 891 – bezieht. Auch hier gilt der gleiche Kommentar wie in Zif. III. 12.

#### III. 15. Lizenzvertrag (Art. 897 – 922)

Der Entwurf hat in diesem Teil entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationsgesetzes vollständig übernommen (Art. 686 – 711), so daß auch hier der gleiche Kommentar wie in Zif. III. 12b gilt.

#### III. 16. Franchising (Art. 923 – 930)

Alles, was unter Zif. II. 10 u.ä. und insbesondere unter Zif. II. 16. gesagt worden ist, wird auf den Teil des Entwurfs über Franchising entsprechend angewendet.

му може нанети штету (нпр. за верме рада неке машине или сезонске и тренутне потребе за пољопривредне радове).

#### Члан 794

У овом члану треба брисати речи: „Члан 789 остаје нетакнут.“

#### III.11. Лизинг (чл. 799–805)

Све што је речено под тач. II.14. и тач. II.15. сходно се примењује на овај део Нацрта, којим се регулише лизинг.

#### III.12. Уговор о дјелу (чл. 806–835)

Нацрт је овде у потпуности преузео одговарајуће делове Закона о облигационим односима из 1978. године (чл. 600–629). Та чињеница, сама по себи, још не значи да су ове одредбе најбоље формулисане. Зато би и овде требало све предложене одредбе поново прегледати са суштинске и формалне стране.

#### III.13. Уговор о грађењу (чл. 836–852)

Нацрт је и у овом делу преузео одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 630–647), па се и овде истиче сугестија из тач. III.12.

#### III.14. Превоз (чл. 853–896)

Нацрт је и у овом делу углавном преузео одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 648–685), с тим што се ова констатација не односи на одредбе чл. 864, чл. 883, као и на одељак о мултимодалном превозу – чл. 888–891. И овде се истиче сугестија из тач. ИИИ.12.

#### III.15. Уговор о лиценци (чл. 897–922)

Нацрт је у овом делу у потпуности преузео одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 686–711), па се такође истиче сугестија из тач. III.12.

#### III.16. Franchising (чл. 923–930)

Све што је речено под тач. II.10. и сл., а нарочито под тач. II.16, сходно се примењује и на део Нацрта којим се регулише franchising.

### III. 17. Verwahrung (Art. 931 – 950)

Der Entwurf hat in diesem Teil im wesentlichen entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationengesetzes übernommen (Art. 712 – 729), wobei sich diese Feststellung nicht auf Art. 934, Art. 935, Art. 941 und Art. 945 des Entwurfes bezieht. Auch hier gilt der gleiche Kommentar wie in Zif. II. 12. Dabei stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, Kriterien durch Angabe einer konkreten Summe in KM zu bestimmen, wie das in Art. 945 des Entwurfes der Fall ist, weil sich der Wert des Geldes ändert und das den Bedarf nach der Gesetzänderung mit sich zieht, was nicht oft passieren sollte. Vielleicht wäre in diesem Fall am besten, auf besondere Vorschriften zu verweisen.

### III. Lagerung (Art. 951 – 970)

Der Entwurf hat auch in diesem Teil entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationengesetzes übernommen (Art. 730 – 748), mit Ausnahme von Art. 960, so daß auch hier der gleiche Kommentar wie in Zif. III. 12 gilt.

### III. 19 Dienstvertrag (Art. 971 – 989)

Der Entwurf enthält einige besonderen Verträge aus dem Bereich der Ausübung bestimmter Geschäfte, sowohl Rechts- als auch faktischer Geschäfte. Das sind: Werkvertrag (Art. 806 – 835), Geschäftsbesorgungsvertrag (Art. 990 – 1015), Auftrag (Art. 1016 – 1020), Dienstvertrag (Art. 971 – 989). Wenn man die Bestimmungen im allgemeinen Teil, die sich auf Vertretung und Vollmacht beziehen (Art. 125 – 127), dazu rechnet, dann stellt sich die Frage der Rechtfertigung ihrer getrennten Regelung. Bis diese Grundsatzfrage in der Arbeitsgruppe entschieden ist, gibt es keinen Sinn, hier auf bestimmte Stellen hinzuweisen, die nicht ganz klar sind, z.B. bei dem Werkvertrag spricht man von einem bestimmten Geschäft (Art. 806), bei dem Geschäftsbesorgungsvertrag kann die geschuldete Tätigkeit auf eine rechtsgeschäftliche, eine rechtsgeschäftsähnliche oder eine tatsächliche Handlung gerichtet sein (Art. 992), bei dem Dienstvertrag spricht man wiederum von der Leistung bestimmter Dienste (Art. 971) und bei dem Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte für den Auftraggeber ein Geschäft zu besorgen (Art. 1016). Wenn man von den sehr unpräzisen Terminen absieht (tatsächliche Handlung, rechtsgeschäftsähnliche Handlung, rechtsgeschäftliche Handlung), stellt sich die grundsätzliche Frage nach der Abgrenzung dieser Verträge. Andererseits, wenn es um den Dienstvertrag geht (Art. 971 – 989), scheint es, daß es sich um den Dienstvertrag aus dem BGB (BGB, §. 611) bzw. über den Arbeitsvertrag und Begründung des Arbeitsverhältnisses handelt, (Anm. d. Übersetzers: im Entwurf ist der Dienstvertrag wörtlich als „Vertrag über Beschäftigung“ und in dem Gutachten von Herrn Perovic als „Vertrag über Dienst“ bezeichnet worden), was heutzutage durch arbeitsrechtliche Gesetzgebung geregelt ist, was zum Zeitpunkt der Verabschiedung von BGB nicht der Fall war. In jedem Fall soll die Arbeitsgruppe diesem ganzen Komplex von Verträgen besondere Aufmerksamkeit widmen und entsprechende Stellung hinsichtlich ihrer Regelung beziehen.

### III. 20. Geschäftsbesorgungsvertrag (Art. 990 – 1015)

Es gilt alles, was unter Zif. III. 19. gesagt wurde.

### III.17. Остава (чл. 931–950)

Нацрт је у овом делу углавном преузео одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 712–729), с тим што се ова констатација не односи на одредбе чл. 934, чл. 935, чл. 941 и чл. 945 Нацрта. И овде се истиче сугестија из тач. III.12. При томе, поставља се питање да ли је целисходно одређивати критеријуме навођењем конкретне суме КМ, као што је учињено у чл. 945 Нацрта, с обзиром на промене вредности новца, што повлачи и потребу измене Закона који не би требало често да се мења, или је можда боље у овом закону упутити на посебне прописе?

### III.18. Ускладиштење (чл. 951–970)

Нацрт је и у овом делу преузео одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 730–748), са изузетком чл. 960, па се стога и овде истиче сугестија из тач. III.12.

### III.19. Уговор о упослењу (чл. 971–989)

Нацрт садржи неколико посебних уговора из домена обављања одређених послова, како правних тако и фактичких. То су: уговор о делу (чл. 806–835), уговор о обављању посла (чл. 990–1015), налог (чл. 1016–1020), уговор о упослењу (чл. 971–989). Ако се томе додају и одредбе у Оштем делу које се односе на заступање и пуномоћ (чл. 125–127), онда се поставља питање прецизног разграничења ових уговора и питање оправдања њиховог посебног регулисања. Док се то принципијелно питање не реши у Радној групи, нема никакве сврхе овде указивати на поједина места која нису сасвим јасна – нпр. код уговора о делу реч је о одређеном послу (чл. 806), код уговора о обављању посла, дугована делатност може бити усмерена на неку правно-пословну радњу, радњу сличну правном послу или стварну радњу (чл. 992), код уговора о упослењу, опет је то обављање одређених послова (чл. 971), а код налога, налогопримац се обавезује да ће за налогодавца обавити посао (чл. 1016). Ако се оставе по страни веома непрецизни термини: стварна радња, радња слична правном послу, правно пословна радња, поставља се основно питање разграничења ових уговора. С друге стране, када је реч о уговору о упослењу (чл. 971–989), чини се да је то уговор о служби (BGB, § 611) односно уговор о раду или заснивању радног односа, што је данас посебно регулисано радним законодавством, а што није био случај у време доношења BGB. Радна група свакако треба да посвети пажњу читавом комплексу ових уговора и да заузме одговарајући став њиховом регулисању.

### III.20. Уговор о обављању посла (чл. 990–1015)

Важи све оно што је речено под тач. III.19.

### III. Auftrag (Art. 1016 – 1020)

Es gilt alles, was unter Zif. III. 19. gesagt wurde.

#### III.22. Kommission

Der Entwurf hat in diesem Teil entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationengesetzes übernommen (Art. 771 – 789), wobei sich diese Feststellung nicht auf Art. 1022, Art. 1024 des Entwurfes und auf den Teil über den Selbsteintritt des Kommissionärs (Art. 1037 – 1042) bezieht. Deshalb gilt auch hier der gleiche Kommentar wie in Zif. III. 12

#### III. 23. Handelsvertretung

Dieser Teil des Entwurfes stellt eine Kombination entsprechender Bestimmungen des geltenden Obligationengesetzes (Ar. 790 – 812) und einer größeren Anzahl von Bestimmungen außerhalb des erwähnten Gesetzes dar. Deshalb gilt auch hier der gleiche Kommentar wie in Zif. III. 12, wobei die Lösungen besonderer Vorschriften aus dem Bereich der Handelsvertretung beachtet werden müssen.

#### III. 24 Vermittlungsverträge (Art. 1064 – 1077)

Der Entwurf hat in diesem Teil entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationengesetzes vollständig übernommen (Art. 630 – 647), so daß auch hier der gleiche Kommentar wie in Zif. III. 12 gilt.

#### III. 25. Spedition (Ar. 1078 – 1097)

Alles, was unter Zif. III. 24 gesagt wurde, gilt auch bei der Spedition, das heißt, man sollte diese Bestimmungen noch einmal überprüfen, ungestrichen der Tatsache, daß sie aus dem geltenden Obligationengesetz übernommen worden sind.

#### III. Vertrag über Waren- und Dienstleistungskontrolle (Art. 1098 – 1109)

Hier gilt alles wie unter Zif III. 12.

#### III. 27 bis 29 Verträge aus dem Bereich des Fremdenverkehrs (Art. 1110 – 1147)

In diesem Teil des Entwurfes werden drei Verträge aus dem Bereich der touristischen Wirtschaft geregelt und zwar: Vertrag über die Organisation von Reisen, Reisevermittlungsvertrag und Allotment. Bestimmungen über den Vertrag über die Organisation von Reisen entspricht grundsätzlich den Standards in dem Bereich, sowohl den lokalen als auch den ausländischen, sowie den allgemeinen Geschäftsbedingungen in diesem Gebiet. Da es sich um eine dynamische Materie handelt, die öfters geändert wird, sollten noch einmal besondere Vorschriften aus diesem Bereich verglichen und eventuelle Anpassungen vorgenommen werden. Andererseits sind Bestimmungen der übrigen zwei Vertragsarten aus dieser Domäne, d.h. Reisevermittlungsvertrag

### III.21. Налог (чл. 1016–1020)

Важи све што је речено под тач. III.19.

### III.22. Комисион

Нацирт је у овом делу углавном преузео одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 771–789), с тим што се ова констатација не односи на одредбе чл. 1022, чл. 1024 и на део који је посвећен личном наступу комисионара (чл. 1037–1042). Због тога, и овде се истиче сугестија из тач. III.12.

### III.23. Трговачко заступање

Овај део Нацирта представља комбинацију одговарајућих одредаба Закона о облигационим односима (чл. 790–812) и већи број оних изван поменутог закона. Због тога се и овде истиче сугестија из тач. III.12, с тим што је потребно водити рачуна о решењима посебних прописа из области трговинског заступања.

### III.24. Уговори о посредовању (чл. 1064–1077)

Овај део Нацирта у потпуности је преузео одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 813–826), па се и овде истиче сугестија из тач. III.12.

### III.25. Отпремање (шпедиција) (чл. 1078–1097)

Све што је речено под тач. ИИИ.24. примењује се и код шпедиције, а то значи да и ове одредбе треба још једанпут прегледати, без обзира што су оне преузете из Закона о облигационим односима.

### III.26. Уговор о контроли робе и услуга (чл. 1098–1109)

И овде важи све оно што је већ речено под тач. III.12.

### III.27. до 29. Уговори из области туризма (чл. 1110–1147)

У овом делу Нацирт је регулисао три уговора из области туристичке привреде, и то: уговор о организовању путовања, посреднички уговор о путовању, и уговор о ангажовању угоститељских капацитета (уговор о алотману). Одредбе уговора о организовању путовања углавном одговарају стандардима у овој области, како домаћим тако и иностраним, као и општим условима пословања у овој области. С обзиром да се ради о динамичној материји која је подложна променама, требало би још једанпут погледати посебне прописе из ове материје и евентуално извршити усаглашавање. С друге стране, одредбе остала два уговора из овог

und Allotment, aus dem geltenden Obligationsgesetz übernommen worden (Art. 880 – 896), so daß hier auf den Kommentar zu III. 12 verwiesen wird.

### III. 30 Versicherung (Art. 1148 – 1216)

Der Entwurf hat die komplette Materie über Versicherung aus dem geltenden Obligationsgesetz übernommen (Art 897 – 965), so daß sich die Frage stellt, ob diese 68 Artikel so gut das Wesentliche getroffen haben, als daß keine Änderung oder Ergänzung erforderlich wäre. Sollte das so sein, ist das ein erfreulicher Umstand. Ich schlage jedoch vor, so wie im Kommentar zu III. 12 vorzugehen. Dies um so eher, weil die Bestimmungen des Gesetzes über Versicherung sowie allgemeine Geschäftsbedingungen der Versicherungsgesellschaften analysiert werden sollten, denn sie haben sich in der letzten Zeit insbesondere auf dem Territorium der Föderation BuH/RS dynamisch entwickelt.

### III. 31 Vertrag über Unterhalt auf Lebenszeit (Art. 1217 – 1222)

Der Entwurf hat diesen Teil aus dem Gesetz über Nachlaß übernommen, wo dieser Vertrag bereits 1955 geregelt wurde. Diese Bestimmungen haben 50 Jahre überlebt, was der Beweis für ihre Vitalität ist, sie sollten jedoch hinsichtlich der Rechtsprechung analysiert werden und danach sollten, eventuell, die sich als aktuell erwiesenen Fragen in dem Entwurf geregelt werden, wenn das nicht in den entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes über Nachlaß schon geschehen ist. Dariüber hinaus sollten auch Erfahrungen der Rechtsvergleichung berücksichtigt werden, insbesondere Erfahrungen aus der Gesetzgebung der Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien, wo bei den Verträgen über Unterhalt auf Lebenszeit im Bereich dieses Vertrages entsprechende Änderungen und Ergänzungen im Vergleich mit den Lösungen des Erbrechts 1955 vorgenommen wurden.

### III. 32. Bürgschaft (Art. 1223 – 1254)

Dieser Teil des Entwurfs stellt eine Kombination der Bestimmungen des geltenden Obligationsgesetzes (Ar. 997 – 1019) und der neuen Bestimmungen aus diesem Bereich dar, die im wesentlichen den Bedürfnissen dieses Institutes gerecht werden, die aber nomotechnisch überprüft und korrigiert werden sollten.

### III. Anweisung (Asignation) (Art. 1255 – 1269)

Der Entwurf hat in diesem Teil entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationsgesetzes vollständig übernommen (Art. 1020 – 1034), so daß auch hier auf den Kommentar in Zif. III. 12 verwiesen wird.

### III. 34. Bankgeschäfte (Art. 1270 – 1276)

Hier stellt sich die Frage, ob ein Obligationsgesetz überhaupt diese Geschäfte regeln soll oder ob das den besonderen Vorschriften überlassen

домена, тј. посреднички уговор о путовању и уговор о алотману, преузете су из Закона о облигационим односима (чл. 880–896), па се и овде упућује на сугестију из тач. III.12.

### III.30. Осигурање (чл. 1148–1216)

Нацрт је целу материју осигурања преuzeо из Закона о облигационим односима (чл. 897–965), па се поставља питање да ли су 68 чланова из материје осигурања толико добро погодили суштину ствари да им није потребна никаква измена или допуна. Ако је тако, то је охрабрујућа околност, али ипак би требало истаћи сугестију из тач. III.12. Ово тим пре што би требало погледати одредбе Закона о осигурању, као и опште услове осигуравајућих фирм који су се развијали последњих година уопште, а посебно на територији Федеације БиХ/Републике Српске.

### III.31. Уговор о доживотном издржавању (чл. 1217–1222)

Нацрт је читав део преуезо из Закона о наслеђивању где је овај уговор регулисан још 1955. године. Те одредбе, иако су преживеле скоро 50 година, што је доказ њихове виталности, ипак би требало упоредити судском праксом у овом домену и евентуално унети у Нацрт нека питања која су се у пракси искристалисала као актуелна а нису регулисана одговарајућим одредбама Закона о наслеђивању. Поред тога, треба користити и упоредноправна искуства, посебно из законодавства бивших југословенских република, која су код уговора о доживотном издржавању унела одговарајуће измене и допуне у односу на решења Закона о наслеђивању из 1955. године, а у домену овог уговора.

### III.32. Јемство (чл. 1223–1254)

Овај део Нацрта представља комбинацију одредаба Закона о облигационим односима (чл. 997–1019) и нових одредаба из ове области, које у сущини одговарају потребама ове установе, али које би требало да претрпе корекције номотетичке природе.

### III.33. Упућивање (Асигнација) (чл. 1255–1269)

Овај део Нацрта је у потпуности преузет из Закона о облигационим односима (чл. 1020–1034), па се овде само упућује на сугестију из тач. III.12.

### III.34. Банкарски послови (чл. 1270–1276)

Овде се поставља питање да ли облигациони закон треба уопште да регулише банкарске послове или да то препусти посеб-

werden soll, wie das im slowenischen Obligationengesetz der Fall ist (Art. 1061). Wenn man den Standpunkt annimmt, daß auch diese Materie durch dieses Obligationengesetz geregelt werden soll, dann kommt die Fortsetzung der Frage – in welchem Maße soll dieses Gesetz den Stoff erfassen, denn es handelt sich um eine sehr entwickelte, spezifische und ausgebauten Disziplin, welche sogenanntes Bankrecht mit allen Status- und Geschäftsaspekten darstellt. Auf jeden Fall kann und soll ein Obligationengesetz diesen Bereich nicht vollständig erfassen, sondern diese Materie soll anderen Vorschriften überlassen werden. Es ist allerdings möglich, daß dieses Gesetz lediglich einige rein schuldrechtliche Vertragsverhältnisse regelt wie z.B.: Vertrag über den Safe, Geldhinterlegung, Vertrag über den Bankkredit, Bankgarantie und sonstige ähnliche Geschäfte, obwohl auch diese Verträge den besonderen Vorschriften zur Regelung überlassen werden können, wie es das slowenische Obligationengesetz getan hat.

So wie das der Entwurf macht (Art. 1270), d.h. konkrete Aufzählung von in 17 Punkten erfaßten Bankgeschäften, ist jedoch kaum annehmbar, denn das ist nicht Materie dieses Gesetzes.

### III. 35. und 36. Bankhinterlegung und Überweisungsgeschäft

Bestimmungen über Bankhinterlegung sind aus dem geltenden Obligationengesetz (Art. 1035 – 1046) übernommen worden. Hier gilt alles, was unter Zif. III. 12. und Zif. III.34 gesagt wurde. Die Bestimmungen über Überweisungsgeschäfte können jedoch kaum ihren Platz in diesem Gesetz finden, denn das ist die Materie von besonderen Gesetzen oder sogar von Durchführungsvorschriften oder Bankusancen.

### III. Girogeschäft, Lastschriftgeschäft, Geschäft über den Einzug von Forderungen durch Lastschriften, Automatenzahlung, Electronic-Cash-System

Für diesen Teil gilt alles, was zu III. 34 gesagt wurde, hier wird sogar noch energerisch vorgeschlagen, den kompletten Teil gut zu studieren, insbesondere vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit und Vollständigkeit der Lösungen im Bereich des Bankrechts.

### III. 42 – 47. Hinterlegung von Wertpapieren, Vertrag über den Safe, Kreditvertrag, Akkreditiv, Bankgarantie (Art. 1340 – 1389)

Für diesen Teil des Entwurfes gilt grundsätzlich alles, was unter Zif. III. 34 gesagt wurde, hier aber mit der eventuellen Möglichkeit, daß die Bestimmungen über Vertrag über den Safe und Kredit, über Hinterlegung von Wertpapieren und über Bankgarantie beibehalten werden, denn in diesen Verträgen kommen die Elemente der Obligationenverhältnisse mehr zum Ausdruck im Vergleich mit den Geschäften, die typische Bankgeschäfte sind und die lediglich einige Berührungs punkte mit den Schuldverhältnissen ha-

ним прописима, како је то учинио Облигацијски законик Словеније (чл. 1061). Уколико се стане на становиште да и ова материја треба да уђе у Закон о облигационим односима, онда се питање наставља: у колико мери овај закон треба да обухвати ову област, с обзиром да је реч о веома развијеној, специфичној и изграђеној дисциплини која чини тзв. банкарско право, са свим статусним и пословним аспектима. У сваком случају, Закон о облигационим односима не може и не треба да у целини обухвати ову област, већ да је препусти посебним прописима. Међутим, могуће је да облигациони закон регулише само неке чисто облигационе уговорне односе, као што су: уговор о сефу, новчани депозит, уговор о банкарском кредиту, банкарска гаранција, и други слични уговори, мада је могуће и те уговоре препустити другим посебним прописима, како је то учинио Облигацијски законик Словеније.

Међутим, оно што је предложено Нацртом (чл. 1270), где се таксативно у 17 тачака одређује шта све спада у банкарске послове, тешко да се може прихватити, јер то није материја овог закона.

### III.35. и 36. Банкарски новчани депозит и посао с дознакама

Одредбе о банкарском новчаном депозиту преузете су из Закона о облигационим односима (чл. 1035–1046) и ту важи све оно што је већ речено под тач. III.12. и под тач. 34. Међутим, одредбе Нацрта које регулишу посао с дознакама (чл. 1290–1302) тешко да могу наћи место у овом закону, јер то је материја посебних закона, па чак и подзаконских прописа и банкарских узанси.

### III.37–41. Жирални посао, Посао с теретницама (наплатним налозима, Посао наплате потраживања путем теретница, Плаћање путем аутомата, Систем електронског новца (чл. 1303–1339)

За овај део Нацрта важи све оно што је већ речено под тач. III.34, али је овде чак и енергичнија сугестија да се цео део добро проучи, посебно са становишта целисходности и потпуности решења у области банкарског права.

### III.42–47. Депоновање вриједносних папира, уговор о сефу, уговор о кредиту, Акредитиви, Банкарска гаранција (чл. 1340–1389)

У суштини, и за овај део Нацрта важи све оно што је већ речено под тач. III.34, али овде са евентуалном могућношћу да се задрже одредбе о уговору о сефу и кредиту, депоновању вредносних папира и банкарска гаранција, с обзиром да су у овим уговорима више изражени елементи облигационог односа у поређењу са оним пословима који су типично банкарски и који имају само

ben. Trotzdem ist es erforderlich, daß die Arbeitsgruppe zu dieser wichtigen Frage im Sinne des Kommentars unter Zif. III. 34 Stellung bezieht. Selbstverständlich gehört dazu auch die Frage der Regelung des Akkreditivs (Art. 1355 – 1375), welches der Ausdruck der täglichen Bankpraxis ist und welches den Charakter des Geschäftes mit ausländischem Element hat, weshalb das auch der Gegenstand der Regelung seitens internationaler Organisationen und Assoziationen ist.

### III. 48. Vergleich (Art. 1390 – 1399)

Der Entwurf hat in diesem Teil entsprechende Bestimmungen des geltenden Obligationsgesetzes übernommen (Art. 1089 – 1098), so daß auch hier auf den Kommentar in Zif. III. 12 verwiesen wird.

### III. 49. Feststellungsverträge (Art. 1400 – 1403)

Diese Materie gehört eher in das Prozeß- als in das materielle recht. Es ist die Frage der Entscheidung, ob solche Verträge ihren Platz in einem Obligationsgesetz finden und als benannte Verträge (Zif. II.2.) besonders geregelt werden sollen. In jedem Fall können diese Verträge durch Anwendung von allgemeinen Regeln des Vertragsrechts und der Autonomie des Willens Rechtswirkungen erzeugen.

### III. 50. Partnerschaft (Art. 1404 – 1441)

Dieser Vertrag soll seinen Platz im Entwurf bzw. im künftigen Obligationsgesetz finden, obwohl er vom geltenden Obligationsgesetz 1978 nicht erfaßt ist. Vorgeschlagene Bestimmungen sollten vom Standpunkt des vergleichenden rechts analysiert werden, insbesondere vom Standpunkt des Obligationenrechts in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien, die neulich ihre Obligationsgesetz durch Bestimmungen über Partnerschaft ergänzt haben: Slowenien (Art. 990 – 1002) Kroatien (Art. 647 A – 647 ž), Mazedonien (Art. 667 – 703). Kroatien hat nämlich 1993 das Gesetz über Änderungen und Ergänzungen des Obligationsgesetzes verabschiedet, wobei auch Partnerschaft geregelt wurde.

## ALLGEMEINE SCHLUSSFOLGERUNG

Der Entwurf des Gesetzes über Obligationenverhältnisse der Föderation BuH / Republika Srpska, Buch 2 – einzelne Vertargsobligationsverhältnisse – Stand 20.01.2003, stellt eine vorzügliche Grundlage für weiter Arbeit an seiner Erarbeitung und Vervollkommenung dar. Dabei gibt es viele Fragen, die grundsätzlicher Entscheidungen bedürfen, sowohl im Sinne des Inhalts und der Typologie einzelner Verträge, die mit Eigenschaften der benannten Verträge ihren Platz im Entwurf finden sollen, als auch hinsichtlich zahl-

неке додирне тачке са облигацијама. Међутим, и поред тога, потребно је да Радна група о овако крупном питању заузме став у смислу онога што је већ истакнуто под тач. III.34. Разуме се, ту је и питање регулисања акредитива (чл. 1355–1375), који је израз свакодневне банкарске праксе и који има и димензију посла са елементом иностраности, због чега је и предмет регулисања од стране међународних организација и асоцијација.

#### III.48. Поравнање (чл. 1390–1399)

Овај део Нацирта преузет је из Закона о облигационим односима (чл. 1089–1098), па се овде упућује на сугестију под тач. III.12.

#### III.49. Утврђујући уговори (чл. 1400–1403)

Ова материја више спада у процесно него у материјално право. Ствар је опредељења да ли овакви уговори треба да нађу места у Закону о облигационим односима и да буду посебно регулисани као именовани уговори (тач. II.2). У сваком случају, ови уговори могу производити правна дејства применом општих правила уговорног права и аутономије воље сранака.

#### III.50. Ортаклук (чл. 1404–1441)

Овај уговор треба да нађе место у Нацирту односно будућем облигационом закону иако га не регулише Закон о облигационим односима из 1978. године. Предложене одредбе требало би анализирати и са становишта компаративног права, а посебно са становишта облигационих закона бивших југословенских република које су недавно допуниле своје облигационе законе одредбама о ортаклуку: Облигацијски законик Словеније (чл. 990–1002), македонски Закон на облигационите односи (чл. 667–703), хрватски Закон о обvezним односима (чл. 647А–647Ж) – наиме, Хрватска је 1993. године донела Закон о изменама и допунама Закона о обvezним односима којим је регулисала ортаклук.

### IV. ОПШТИ ЗАКЉУЧАК

Нацирт Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске, књига 2, Поједини уговорни облигациони односи са стањем на дан 20.01.2003. године, представља одличну основу за даљи рад на његовој изради и усавршавању. При томе, постоје бројна питања која захтевају начелна опредељења, како у погледу састава и типологије појединих уговора који треба да нађу места у Нацирту са својствима именованих уговора, тако и у погледу многих материјалноправних решења која су Нациртом предложена.

reicher materiell-rechtlicher Lösungen, die im Entwurf vorgeschlagen wurden. Dabei sollen stets die Lösungen des vergleichenden Rechts (insbesondere in Nachfolgestaaten des ehem. Jugoslawien), die Natur der Verträge des autonomen Handelsrechts, der Einfluß der internationalen Konventionen, der EU-Richtlinien und insbesondere die Anforderungen des Waren- und Dienstleistungsverkehrs des Umfelds berücksichtigt werden, für welches dieses Gesetz angewendet werden wird. In dieser gutachterlichen Stellungnahme wurde auf diese entscheidenden Determinanten hingewiesen und zwar ganz konkret bei bestimmten Verträgen und bestimmten Rechtsfragen. Sollte diese Expertise Anregungen bieten und den Mitgliedern der Arbeitsgruppe die weitere Arbeit an dem Entwurf erleichtern, wird der Autor dieses Textes die Erwartungen seiner Kollegen als erfüllt betrachten.

Slobodan Perović\*

GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF DES OBLIGATIONENGESETZES DER FÖDERATION BOSNIEN-HERZEGOWINA & REPUBLIK SRPSKA, BUCH II., EINZELNE VERTRÄGLICHE OBLIGATIONENVERHÄLTNISSE, MIT STAND VOM 20.1.2003.

*Zusammenfassung*

Die gutachterliche Stellungnahme zu diesem Entwurfsteil, die sich auf die einzelnen Obligationenverträge bezieht, erstreckte sich zunächst auf allgemeine Fragen und anschließend auf jeden einzelnen Vertrag, der von diesem Gesetz erfasst wird (50). Hinsichtlich der allgemeinen Fragen wird zunächst auf die Struktur und den Inhalt dieses Entwurfsteils hingewiesen, der für gewöhnlich als besonderer Teil des Obligationenrechts bezeichnet wird, wonach sich der Autor vornehmlich mit der Frage der Nominat- und Innominateverträge sowie mit der Frage von einseitigen und gemischten Verträgen auseinandersetzte. In diesem Sinne führte der Autor eine vergleichende Übersicht in erster Linie über die Gesetzgebungen aus den ehemaligen jugoslawischen Republiken und nunmehr eigenständigen Staaten an, die (fast gänzlich) an der Systematik und dem Inhalt der Gesetzesbestimmungen des Obligationengesetzes aus dem Jahre 1978 festhielten, welches für das ehemalige Jugoslawien gegolten hat. Ein besonders Augenmerk wurde auf die Verträge des autonomen Handelsrechts vom Aspekt aus gelenkt, ob diese im Rahmen dieser Kodifizierung erfasst oder durch andere Gesetze geregelt werden sollten, oder ob sie vielleicht, mit lediglich einem Hinweis auf die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts, der Handelspraxis überlassen werden sollten. Es handelt sich dabei vor allem um Verträge wie Franchising,

---

\* Dr. Slobodan Perović, Mitglied der Akademien der Wissenschaften und Künste von Montenegro und Slowenien, ordentlicher Universitätsprofessor.

У свему томе треба имати у виду компаративна решења (посебно земаља у окружењу), природу уговора аутономног трговачког права, утицај међународних конвенција, утицај директиве ЕУ, а посебно захтеве промета робе и услуга на простору на коме ће се овај закон примењивати. У овом стручном мишљењу указано је на све одлучујуће детерминанте, и то сасвим конкретно код одређених уговора и одређених правних питања. Уколико ово стручно мишљење подстакне и олакша рад чланова Радне групе за израду Нацирта, аутор текста ће сматрати да је испунио очекивања својих колега.

Slobodan Perović\*

AN EXPERT'S OPINION ON THE DRAFT LAW ON  
OBLIGATIONS OF THE REPUBLIC OF SRPSKA/FEDERATION  
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA, VOLUME 1, GENERAL  
PART, SITUATION ON JAN. 28, 2003.

Part II

*Summary*

The expert's opinion regarding this part of the Draft Law that refers to individual obligations, primarily covered general questions and then views about each individual contract included in this draft (50). As regards the general questions, first of all, emphasis was placed on the structure and content of this part of the Draft, which is usually called the special part/section of the Law on Obligations, and then the author dwells particularly on questions of nominate and innominate contracts and on the question of simple and mixed contracts. In that respect, the author gives a comparative review especially in the legislations of the former Yugoslav republics, now independent states that have (almost entirely) retained the systematisation and content of the clauses of the Law on Obligations from 1978, which was in effect in the former Yugoslavia. Special attention is paid to contracts of autonomous commercial law from the aspect of whether they should be included in this codification or whether they should be regulated by other laws or, perhaps left to commercial practice with the indication only of the general principles of contractual law. These are primarily contracts: franchising, leasing, factoring, forfeiting, time sharing, and then contracts on the transfer of know-how, contracts on long-term production cooperation, contracts on commercial and technical cooperation, and many other contracts from the domain of the exchange of goods and services concluded among

---

\* Dr. Slobodan Perović, University Professor, Academician.

Leasing, Factoring, Forfaiting, Time-Sharing, und ferner um Technologietransferverträge, langfristige Produktionskooperationsverträge, Verträge über geschäftstechnische Zusammenarbeit und viele andere Verträge aus dem Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs, die zwischen Wirtschaftssubjekten abgeschlossen werden, und vor allem auch ausländische Elemente erfassen. Bei all diesen Verträgen stellt sich die Frage, ob sie mit dem Obligationengesetz geregelt werden sollten, im Sinne von Nominatverträgen, und bei dieser Frage wurde darauf hingewiesen, dass unterschiedliche Auffassungen im vergleichenden Recht vorliegen. Wenn es um einzelne Obligationenverträge geht, stellt sich die Frage, ob EU-Richtlinien über diverse Fragen (häufig auch technische) in das Obligationengesetz eingebracht werden sollten. Die Antwort auf die gestellte Frage kann, dem Wortlaut dieser gutachterlichen Stellungnahme nach, nicht für alle Rechtssituationen, welche einen Gegenstand der entsprechenden Richtlinie bilden, einfach sein. In diesem Sinne wurden konkrete Lösungen dargelegt. Was die einzelnen Obligationenverträge anbelangt, so wurde jeder einzelne im Entwurf vorgesehene Vertrag begutachtet und mit zahlreichen Bemerkungen und Beantwortungen versehen, welche in komparativer, fachlicher und wissenschaftlicher Hinsicht in diesem Teil des Obligationenrechts begründet sind.

Schlüsselbegriffe: *Obligationsverträge. – Verkauf. – Miete. – Versicherung. – Bankgeschäfte.*

economic subjects, particularly with the element of foreign origin. In all these contracts the question arises as to whether they should be regulated by the Law on Obligations in the sense of nominate contracts and in this context, it was pointed out that there are different interpretations in comparative law. Where it concerns individual contracts of obligation the question arose as to whether the directives of the EU regarding different questions (often even technical ones) should be entered in the Law on Obligations. The answer to the question raised, according to the text of this expert opinion, cannot be uniform for all legal situations that make up the subject of the relevant directive. In that sense, concrete solutions were presented. As for individual contracts of obligation, an expert opinion was given for each individual contract envisaged in the Draft Law, with numerous observations or objections, which were based on the comparative, expert and scientific aspect/view in this section of contractual law/ the Law on Obligations.

Key words: *Obligationsverträge. – Verkauf. – Miete. – Versicherung. – Bankgeschäfte.*

Slobodan Perović\*

OPINION D'EXPERT SUR L'AVANT-PROJET DE LA LOI SUR  
LES RAPPORTS D'OBLIGATIONS DE LA REPUBLIQUE  
SERBE/FEDERATION DE BOSNIE ET HERZEGOVINE, VOLUME  
II – CONTRATS SPECIAUX, ETAT DU TEXTE AU 28 JANVIER  
2003

*Résumé*

Le professeur Perovic a été chargé d'émettre une opinion d'expert sur l'avant-projet de la loi sur les obligations de la République serbe et de la Fédération de Bosnie et Herzégovine. Cette deuxième partie de l'opinion contient une étude sur les questions générales et une analyse des contrats spéciaux prévus par l'avant-projet. En ce qui concerne les questions générales, l'auteur a d'abord analysé la structure et le contenu de cette partie de l'avant-projet, dénommée d'habitude partie spéciale du droit des obligations, pour passer ensuite à la distinction des contrats nommés et innommés, ainsi qu'à la classification des contrats simples et complexes.

Il a souligné que les anciennes républiques yougoslaves, à l'heure actuelle états indépendants, ont toutes (et presque entièrement) suivi la systématisation et le contenu des dispositions de l'ancien Code des Obligations de Yougoslavie de 1978. Une attention particulière a été consacrée aux

---

\* Slobodan Perovic, membre de l'Académie des Sciences et des Arts de Slovénie et du Monténégro.

contrats du droit commercial autonome et notamment à la question de savoir s'il fallait les codifier, ou bien les laisser à la législation spéciale ou encore à la pratique des affaires. Il s'agit surtout des contrats : franchising, leasing (crédit-bail) factoring, forfaiting, time-sharing, ainsi que les contrats sur le transfert de technologies, les contrats sur la coopération d'affaires et technique et d'autres nombreux contrats du domaine de la circulation des marchandises et des services passés entre les sociétés commerciales et surtout dans les affaires internationales.

Une grande question se pose alors pour tous ces contrats: faut-il les inclure dans la loi sur les obligations en tant que contrats nommés tenant compte des opinions différentes qui caractérisent le droit comparé?

Par ailleurs, on pourrait se demander également s'il fallait inclure dans la loi sur les obligations les directives de l'Union européenne sur certains points spécifiques et assez souvent très techniques. Selon l'opinion du professeur Perovic la réponse concernant les directives ne devrait pas être unique, elle va dépendre des circonstances.

En ce qui concerne plus particulièrement l'analyse des contrats spéciaux contenus dans l'avant-projet, les observations et les critiques de l'auteur suivent les dispositions en détail. Elles sont toujours fondées sur le droit comparé et sur les données doctrinaires et jurisprudentielles.

Mots clés: *Obligationsverträge. – Verkauf. – Miete. – Versicherung. – Bankgeschäfte.*

Драган М. Митровић

## АУТОНОМИЈА КАО ПОЈАМ И ОБЛИК О смислу, врстама и домашајима аутономије

Ау~~т~~ономија са својим ау~~т~~ономним правом представља изванредно важну појаву. У идеји ау~~т~~ономије садржана је идеја о праву на самоорганизацију, која обухвата и право на релативно самосталну, тј. ау~~т~~ономну нормативну делатност. Али, када би ау~~т~~ономија била независна, тј. самостална ог државне власти, па да и не би била ау~~т~~ономна, већ нова државна власт. Следи да је ау~~т~~ономија, упркос свом пореклу, могућа само као корелат или као дојуна државној власти, која је дозвољава и одређује. Због тога је ау~~т~~ономија, сјерам државне власти, увек релативна и сразмерна. Последица је одговарајуће мере ау~~т~~ономије и њој прилажених ау~~т~~ономних облика – било када и у било којој држави – јесте знак процене и одлуке да је ау~~т~~ономија попотребна као мера сразмерне и релативне слободе унутар државне заједнице.

Кључне речи: *Ау~~т~~ономија. – Држава. – Децен~~т~~рализација. – Корпорација.  
– Самоуправа.*

### I ШТА ЈЕ АУТОНОМИЈА?

Ау~~т~~ономија (од грчких речи *ау~~т~~ономис* – независност; *ау~~т~~о* – сам, само, и *номос* – закон) представља такав облик организовања у коме одређене територије или социјалне групе, због своје особиности, имају посебан статус и аутономна права. Скуп тих аутономних права, средстава (материјалних, финансијских, политичких и правних) за њихово остваривање и посебна организација, сачињавају њихов аутономни статус унутар једне државе. Тада статус је одређен државном вољом, која га и гарантује. У идеји аутономије, dakle, садржана је идеја о праву на самоорганизацију, која обухвата

---

\* Др Драган М. Митровић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

и право на релативно самосталну, тј. аутономну нормативну делатност.<sup>1</sup>

Аутономија у ужем смислу представља посебан облик државног уређења. Он може да се појави како у једноставним тако и у сложеним државама.<sup>2</sup>

Аутономија произлази из аутономије воље, која представља „својство воље да може сама себи да буде закон“. Она је, другим речима, „темељ достојанства људске и сваке умне природе“.<sup>3</sup> Аутономија због тога извире из самосталности личности као такве, а не из њене самосталности, тј. независности у односу на државну власт.

Порекло аутономије не треба изједначавати са њеном применом. Наиме, када би аутономија била лична – и то не само према свом пореклу већ и према појединцу на кога се односи – тада то и не би била аутономија, јер је у природи сваког живог бића да у извесној мери буде аутономно у односу на спољашњи свет. С друге стране, када би аутономија била независна, тј. самостална од државне власти, тада то и не би била аутономна, већ нова државна власт. То значи да је, упркос свом пореклу, аутономија могућа само као корелат и допуна државној власти, која је дозвољава и одређује, као и да је због тога увек релативна и сразмерна. Аутономија према првобитности свог настанка и по пореклу подсећа на морал, али је увек хетерономног и јавног карактера који је одређен вољом и моћи државе.

Аутономија је због тога истовремено и друштвени и државни и правни појам, који располаже необично развијеном прилагодљивошћу. То се посебно огледа у постојању њених различитих државно-организационих и правних облика. Постојање одговарајуће мере аутономије и њој прилагођених облика – било када и у било којој држави – јесте знак процене и одлуке да је аутономија потребна као мера сразмерне и релативне слободе унутар дате државе заједнице.

Аутономија као друштвени, државни и правни појам почива на идеји да држава не мора непосредно да одређује све правно важне односе да би испунила своје исто тако важне друштвене задатке. Та идеја је некад – а посебно у средњем веку – често произлазила из немоћи државе, док данас – у модерним државама – произлази из њене неспорне друштвене и правне премоћи. То је случај и са савременим аутономијама, које управо у тој чињеници уочавају онај одлучујући узрок који доводи до настанка различитих органи-

---

<sup>1</sup> *Правна енциклопедија*, Београд 1979, стр. 1353.

<sup>2</sup> *Политичка енциклопедија*, Београд 1975, стр. 56–57.

<sup>3</sup> И. Кант, *Метафизика худоређа*, Сарајево 1966, стр. 199 и 203.

зационих и правних аутономних облика. Све преко тога представља начин за разламање и разбијање државне целине, што иначе ниједна нормална држава не може да допусти.

Аутономија у назначеном смислу, дакле, и није само питање *волје личности*, нити је само питање *одлуке, процене* или одговарајуће правне *мере*, већ је исто тако и *резултат развоја* државних заједница у којима децентрализација, деконцентрација и деетатизација – као синоними за поменуту процену и промену, праћени истовременим интеграционим и дезинтеграционим тенденцијама и процесима – представљају *јасан најдовоштијај потребе* да се у наведеном смислу удовољи само оним разлозима који иду у прилог правој а не лажној аутономији.

## II ПРЕТПОСТАВКЕ И УСЛОВИ ЗА УСПОСТАВЉАЊЕ АУТОНОМИЈЕ

Каква ће уопште бити аутономија – зависи од најразличитијих затечених и нових претпоставки, као и од конкретно остварених услова унутар сваке савремене државне заједнице. Сигурно је само то да врста, облик и степен аутономије подједнако зависе од времена и места у којима постоји било која државна заједница.

Аутономија, наиме, не постоји само због некадашњег средњовековног правног партикуларизма, у коме је претежни облик права сачињавало обичајно право. Штавише, сигурно је да су политички централизам и правна интеграција као нововековне појаве и промене настали као реакција на претерани правни партикуларизам. Уз то, већ је у средњем веку, поред доминантних партикуларних права, постојало и тзв. опште право, чији нагли развој и превласт отпочињу политичком и државно-правном афирмацијом грађанске класе.

Интеграција савремених поредака на затеченим основама данас заиста постаје све већи и све озбиљнији проблем. Интеграција влашћу више не може да обухвати све оне државне делатности које су у суштини независне од власти, које представљају производњу стално нове робе и услуга. Такво право може аутономно да функционише само пратећи развој друштвених односа и стварајући нове аутономне норме. Ипак, ни таква правна интеграција није сасвим независна од власти и права које ствара држава, јер је државна сила и даље присутна. Због тога и то „ново“ аутономно право посредно зависи од државне волје а не само од аутономије волје.

Индивидуализам и рационализам, такође, представљају важне претпоставке за настанак и модерно уобличавање аутономије са њеним аутономним правом. Индивидуализму је близак рационализам као наставак индивидуалистичких размишљања. То није случајно. Индивидуализам и рационализам су створили „рационално право“, тј. довели су до правне рационализације у којој нема никакве „светости“. То је произвело изванредно значајну правну последицу: право је лакше могло да се ствара и мења.<sup>4</sup> С друге стране, захваљујући наведеним претпоставкама, еволуција права је довела до настанка модерног друштвеног и правног плурализма чији се зачеци налазе у природно-правним учењима и у каснијим социолошким правним теоријама.

Време у коме је правни плурализам оживљен, и то као унаређена и модерна варијанта средњовековног партикуларизма, јесте управо XX век. Његово препознатљиво обележје представљају велики и нагли преображаји у друштвеним односима, у правној теорији и пракси. У таквим условима су настале нове идеје и погледи на државу и на њене задатке, а затим, и нови облици аутономног организовања.

Када је реч о условима за постојање аутономије, они су општепознати и крећу се у распону од географске особености и посебног положаја неког подручја, етничке слике истог подручја и других особености које из тога произлазе (култура, вера, језик, историја, традиција, обичаји и слично), све до посебних економских и политичких услова који налажу постојање аутономије. Ипак, аутономија – да би била то и даље – ни у једном случају не може да буде нешто више од оног што јесте у свом извornом значењу.

Поред поменутих узрока за постојање територијалне аутономије, као и за било који други облик аутономије, посебна важност припада друштвеној стабилности, хомогености (или хетерогености), реду и миру.

Друштвена стабилност представља један од најважнијих услова за нормално функционисање државне и, унутар ње, аутономне власти. Она, наравно, никад није идеална, већ је релативна и смењује се са периодима друштвene нестабилности. То друштвену стабилност и нестабилност представља као корелативне појмове у сталној и деликатној равнотежи, од које и зависи да ли ће аутономија успешно да остварује своје задатке. Аутономија тај свој задатак успешно остварује само у стабилним заједницама, иако њена улога није ништа мање важна ни у периодима великих друштвених сукоба.

---

<sup>4</sup> Г. Вукадиновић, „О идеји правног плурализма“, у: *Избор текстова из теорије права*, Нови Сад 1993, стр. 200.

Друштвена хомогеност представља други важан услов. За друштвену хомогеност унутар једне државне заједнице посебно су значајни заједничка традиција, етничке, верске, националне, културне и друге сличности. Од њиховог садејства, такође, зависи и то како ће законитост да се остварује и да ли ће поредак уопште нормално да функционише.

Друштвеној хомогености је супротна друштвена хетерогеност, која увек постоји кад над сличностима превладају разлике. Хомогенизација, с друге стране, представља дуготрајан процес, па је интервенција државе више штетна него корисна. То је утолико пре случај, уколико је хомогенизација истинита само кад је аутентична, а аутентична је само кад до ње спонтано долази. Али, да ли се у савременим државним заједницама шта догађа спонтано? Изузетак представља само ситуација у којој се због све израженијих дезинтеграционих процеса, вештачки и злоупотребом, угрожавају јединственост и само постојање државе. То се најчешће догађа у државама у којима због снажних конфедеративних и сепаратистичких тежњи долази до слабљења и разбијања државног јединства и територијалне целовитости. У таквим ситуацијама се заговорници етничког сепаратизма, под геслом националног, верског или било ког другог интереса и државне самодовољности, појављују као најзначајнији чинилац хетерогенизације која води ка државној и правној дезинтеграцији. Због тога је боље да држава у таквим ситуацијама своју власт користи за спречавање дезинтеграционих процеса, него да посредно ствара услове за спонтано ишчезавање таквих процеса, до чега и не мора да дође. Државна интервенција је оправдана и зато што, по правилу, такве процесе не изазивају објективни узроци и разлози, већ политичке тежње и амбиције политичких олигархија образованих по ма каквом основу. Државна интервенција, с друге стране, не треба да има за циљ укидање аутентичних одлика, већ само уклањање вештачких баријера законитом остваривању тих одлика. Због тога је циљ аутономије интеграција а не доминација, извесност а не самовоља.

Изгледа да судбину било ког народа често не одређују, због већ поменутих узрока, само наведени дезинтеграциони процеси, нити геостратешки положај сталних простора његовог живљења, већ и посебна вештина свих политичких снага да народ својом политиком не стављају у таква егзистенцијална искушења која га разламају, дробе и чине лаким пленом сасвим супротних државних интереса, националистичких пројеката, програма и погрома.

Увек када су угрожене друштвена стабилност и друштвена хомогеност, истиче се друштвени мир. Друштвени мир сам по себи има одређену вредност. Он не мора увек да буде резултат репресивне политike која се спроводи широким коришћењем силе др-

жавног апарате, већ може да буде и резултат задовољства грађана својом државом. Друштвени мир, међутим, у посебним ситуацијама може да буде и резултат иссрпљености и затишија сукобљених страна. Друштвени мир као вредност, показује да држава и њено право нормално функционишу, али не казује због чега је то тако и зашто уопште држава и њено право постоје такви какви јесу.

На карактер аутономије утиче и друштвени ред. Друштвени ред, такође, произлази из друштвене стабилности и указује на то да државно-правни поредак функционише без озбиљнијих тешкоћа и застоја. Пошто се ред у друштву ретко кад постиже спонтано, он се (у потребној мери) увек обезбеђује извесном дозом законите примене државне силе. Ред је, дакле, насиљним средствима постигнут друштвени мир.<sup>5</sup> Ред у ширем смислу значи да је успостављен друштвени мир, макар и као примирје.

То потврђују стари и нови облици аутономије.

### III ПОРЕКЛО АУТОНОМИЈЕ СА ПРИМЕРИМА РАЗЛИЧИТИХ СРЕДЊОВЕКОВНИХ ОБЛИКА

Аутономија је много старија него што се то уобичајено сматра. Штавише, изгледа да је аутономија истовремено настала кад и држава, а, сходно томе, и аутономно право у најширем смислу – истовремено кад и првобитно, недовољно издиференцирано државно право. Ни то никако није случајно, јер главне двојности извиру из исконске противуречности која постоји између „афирмације ауторитета заједнице“ и „реалности односа међу појединцима“. Због тога се и сваки нормативни правни систем диференцира на правне подсистеме, а ови на правне области, гране, итд.

Различити облици територијалне, персоналне и функционалне аутономије посебно су карактеристични за средњи век. Средњовековна територијална аутономија била је нарочито развијена у западној Европи, и то у облику градске аутономије. Типичан пример такве аутономије представљају тзв. слободни и царски градови, рецимо у северној Италији, Холандији, Француској или Пруској, у којима су локална организација и живот били регулисани градским статутима. У „Пруском земаљском праву“ из XVIII века, на пример, статуту је изричito призната аутономност.

И у средњовековној Србији постојала је развијена градска аутономија (Котор, Дубровник, Ново Брдо, итд.). С друге стране, на простору данашње Црне Горе, после пропasti српске средњо-

<sup>5</sup> Видети: Ђ. Тасић, „Проблеми законитости у правној држави“, *Летопис* *Матице српске*, бр. 306 (2–3), Нови Сад 1929.

вековне државе, постојала је организована територијално-политичка аутономија са племенском садржином. Она се, међутим, из разумљивих разлога знатно разликова од европске градске аутономије.

У средњем веку је била значајна и персонална аутономија, која је у развијеном погледу постојала захваљујући израженом правном партикуларизму. Персонална аутономија се посебно испољавала кроз записана права и различит правни положај поједињих сталежа.

Такав је био случај у немањићкој Србији са правним положајем друштвених сталежа, посебно записаним у *Закон оправилу св. Саве* и у *Душановом Законику*. Међутим, било је и специфичних облика персоналне аутономије, какав је случај са положајем Српске православне цркве под турском окупацијом, који је и правно утврђен као посебна персонална аутономија, првенствено верско-политичког карактера.

Средњовековно партикуларно право, најзад, карактеришу појава и развој функционалне аутономије из које су, такође, настали савремени облици аутономног права. Модерна функционална аутономија, пак, карактеристична је за стварање и ширење тзв. јавних служби у областима привреде, школства, просвете, здравства, великих техничких система, итд.<sup>6</sup>

Територијални и персонални партикуларизам посебно се огледао у могућности градова или поједињих подручја да аутономно уређују односе међу својим припадницима према свом праву, пре тежно састављеном од обичаја који су на том подручју били уврежени. Та партикуларна права се називају статутарним, градским и земаљским (обласним) правом.

*Статуарно право* (*potestas statuendi* према *potestas leges rendi*) представљало је право градова да аутономно, својим прописима, статутима, регулишу унутрашњу организацију и живот својих становника. Аутономни положај градова унутар државе, по правилу, првобитно је подарен од средњовековног владара (картама, повељама, даровницама), најчешће као надокнада за финансијску и политичку подршку његовој борби за обједињавање световне власти у земљи. С друге стране, оно је израз нарастајуће економске моћи новонастајуће грађанске класе. Накнадна потврда градских статута од органа државне власти није била потребна, осим изузетно. Градска аутономија средњовековних градова, оличена у статутима као најважнијим аутономним правним актима, на тај начин

---

6 Л. Диги, *Преображаји јавног права*, Београд 1929, стр. 283–285.

представља зачетак модерне самоуправе, због чега се такво право назива још и правом самоуправе или самоуправним правом. У XIII веку, сходно томе, поникла је и тзв. „теорија статута“, чији је првобитан задатак био да реши сукобе статута између средњовековних градова северне Италије.

И у развијеној средњовековној држави, постојали су градови који су располагали аутономијом коју оличава постојање градског статута. Од средњовековних посебно су познати статути Котора, Дубровника и Новог Брда. Наиме, поједини градови у приморском делу, опстајали су на ширим или ужим аутономним основама и правима. Међу њима је град Котор имао најразвијенију аутономију. Котор је од 1186. до 1370. године, имао сопствени статут и развијене органе градске самоуправе који су обављали законодавне, управне и судске послове. Такав је случај и са аутономијом средњовековног Дубровника. „Дубровачки статут“ (*Liber Statuorum Civitatis Ragusii*) представља један од најстаријих градских статута у Средоземљу. Наставак „Дубровачког статута“ представља тзв. „Књига реформи“ (*Liber reformatiorum*), која садржи прописе до 1410. године, а затим тзв. „Зелена књига“ (*Liber viridis*), са прописима до 1460. године, и „Жута књига“ (*Liber croceus*). До пада Дубровачке републике донет је и низ уредбодавних аката (на пример *Ordines Marianitiae* из 1511. и 1535. године). Последњи познати акт представља зборник поморско-правних прописа, тзв. „Дубровачки едикт за пловидбу“ (*Regolamenti*) из 1794. године. Познати су из тог времена и статути српских средњовековних рударских градова, на пример статут Новог Брда.<sup>7</sup>

Персонални партикуларизам се састојао у могућности да се аутономним правом регулише посебан положај поједињих друштвених група и слојева. То аутономно право се посебно односило на припаднике племства, свештенства и на грађанство. На тој основи је у средњем веку настало тзв. градско право.

*Градско право* је настало и нарочито се развило на основу привредног и новчаног напретка приморских градова, чиме је већ наговештен будући општи економски напредак грађанске класе. С друге стране, оно је последица економског и административног осамостаљивања развијених градова од феудалаца на чијим су се поседима налазили градови, као и резултат економског и политичког савезништва градова са монархом (тзв. царски градови). И градско право се заснивало на тзв. „градским статутима“. Његов развој је довео чак дотле да су образоване и поједине његове гране (имовинско, кривично, административно).

---

<sup>7</sup> *Правна енциклопедија*, стр. 143–144, 359, 990, 1451 и 1466.

Поред статутарног и градског права, партикуларизам је до-вео и до настанка тзв. земаљског или обласног права, које се састојало у могућности појединих већих феудалних целина да властитим правима уређују власт, организацију и друге односе на свом подручју. Земаљско право је на тај начин представљало сметњу успостављању и остваривању општег права које важи на целој државној територији. Ипак, средњовековно земаљско или обласно право не треба у строгом смислу повезивати са савременим правним облицима територијалних аутономија.

Статутарно право оличава извојевану аутономију градова. Градско право представља резултат даљег јачања моћи градова. Земаљско право, пак, представља или реликт феудалног права или знак претварања градских аутономија у градове-државе. Из ових карактеристичних облика развили су се савремени облици аутономије и локалне самоуправе.

#### IV ТЕРИТОРИЈАЛНА АУТОНОМИЈА И НАЦИОНАЛНЕ МАЊИНЕ КАО ЧИНИЛАЦ ИНТЕГРАЦИЈЕ И ДЕЗИНТЕГРАЦИЈЕ

И у савременој правној теорији, а посебно у уставноправној теорији, постоје многобројне класификације аутономије. Изгледа да је најпознатија и најмање спорна она класификација која разликује територијалну аутономију од персоналне и функционалне аутономије. Поред тога, велики значај имају и други облици аутономије, као што су верска, културна, сталешка или локална аутономија, тј. самоуправа.

*Територијална аутономија* представља такав облик унутрашњег државног организовања у коме становништво на једном делу јединствене државне територије може – али и не мора – да располаже посебним аутономним правима и дужностима. Уколико је то случај, реч је о аутономији у знатно децентрализованој држави. Уколико, пак, то није случај, реч је само о унутрашњој административној организацији државе. Територијална аутономија је, другим речима, ствар државне децентрализације, а административна државне централизације. Јединственост државне власти и територије, ни у једном случају није нарушена. С друге стране, права и дужности који проистичу из територијалне аутономије, а посебно права и дужности који се односе на положај националних мањина у једној земљи, не могу да буду већи од права и дужности свих других грађана у истој држави, јер би то било сасвим супротно цивилизацијској идеји и истом таквом захтеву за правном и друштвеном једнакошћу грађана пред законима и правом исте државе.

Дакле, та права и обавезе само *могу* да буду у извесном смислу посебни и због тога аутономни, али под условом да се односе на онај делокруг који је особен само за то подручје, као и да се на тај начин не угрожава примена општих и јединствених прописа конкретне државе. Таква аутономија је само надопуна постојећој унутрашњој државној власти и организацији, али не и замена за њу. За територијалну аутономију је, уз то, потребно и да су географско груписање и бројност становништва управо такви да могу да оправдају успостављање одређене аутономије, при чему треба имати у виду и супротне, али исто тако оправдане разлоге, који могу да се сажму у следећем: држава у којој постоји територијална аутономија увек је јединствена и целовита, док је народ такве државе увек бројнији од дела народа на једном делу државне територије. Другим речима, већина становништа, образована по ма каквом основу на једном делу државне територије, увек представља мањину у односу на целокупно становништво. Поменути први разлог, упркос реченом, ни тада не мора да буде довољан за успостављање територијалне аутономије у ма каквој мери, јер аутономија има смисла само кад је предвиђена и заштићена правом конкретне државе, а не обрнуто. Уз то, бројност и етничка припадност становништва, а посебно тзв. националних мањина, могу и да се промене, што се у свету стално и дешава. И само становништво је склоно мењању и сељењу из једног подручја у друго, као и његова економска моћ. Да ли се са њиме сели и територијална аутономија?

Захтев за територијалном аутономијом, дакле, не може вљано да се оправда ни једним поменутим разлогом. Изгледа да то посебно важи за доба у коме живимо. Због тога се као разлог за успостављање територијалне аутономије све чешће истиче стварна или измишљена угроженост етнички истог дела становништва на одређеној територији, при чему се испушта из вида или се свесно прећуткује да се аутономија никада не стиче да би се држава делила – дакле, због деоба и државног раздавања – већ због интереса који су као пожељни прихватљиви становницима целе државе, и то само на основу тако добијене сагласности. Тако нешто није падало на памет ни Лењину, ни Стаљину, иако су обојица у својим уставима из 1918. и 1936. године предвидели право народа (али не и националних мањина) на отцепљење.<sup>8</sup>

Таквим интересима и разлозима, који иду у прилог територијалној аутономији као средству за просперитет а не за дезинтеграцију, посебну заштиту пружа свака нормална држава. Аутономија је у том смислу посебна привилегија коју даје и штити држава. И она, као и свака друга привилегија, може да се ограничи и

---

8 Ј. Ђорђевић, *Усавршавање право*, Београд 1976.

ускрати. У противном, свако ко се позива на било какав разлог, па чак и на властиту угроженост – могао би да захтева и да очекује добијање територијалне аутономије. У сваком случају, ретко се дешава да се проблем такве угрожености (чак и ако она постоји) решава давањем широке, па и прешироко схваћене територијалне аутономије. Уместо тога, успостављају се други различити облици функционалне аутономије (верска, културна и локална) или се користе друга бројна, правно утврђена и призната средства, укључујући ту и коришћење установе референдума.<sup>9</sup>

У складу са таквим или са још радикалнијим захтевима за широком или најширом територијалном аутономијом, па чак и захтевима за сецесијом (тзв. етнички сепаратизам), већ дugo поступају Баски на размеђи Шпаније и Француске, или Андалужани и Гренадјани у Шпанији. Али тако поступају и Венети у северном делу Италије, и Корзиканци у јужном делу Француске. То је случај и са Шкотима на северу, са Велшанима на југозападу и Ирцима на северозападу Велике Британије. Веома је вероватно да би то врло ради учинили и други европски народи у Немачкој, Белгији, Холандији, Польској, Русији или у другим државама сложеног етничког састава, укључујући ту и САД, Канаду или Аустралију. Такви захтеви припадника различитих народа у истој држави, а поготово припадника националних мањина у таквим државама, зачудо, нису нашли на довољно разумевања код власти ни у једној од поменутих држава. Ипак, теорије и заговорници државних политика у наведеним земљама управо такву територијалну аутономију подржавају свуда и увек, осим код себе самих.

Такав је случај и са познатим балканским поделама, као и са поделама у некадашњој СФРЈ, а у најновије време и са сасвим неоснованим сецесионистичким захтевима Арбанаса, као најброжније националне мањине на Космету у Србији. Упркос својој бројности – заснованој на готово највећој, ако не и на највећој стопи наталитета у свету и на некоректним мерама власти у некадашњој СФРЈ која је такав популациони раст посебно подстицала, и то посебно спрам српског народа, чија је постојбина управо Космет, и припадника других националних мањина, од којих многе вековима дуже живе на српској земљи и у српској држави – Арбанаси су као национална мањина у страној, а не у својој матичној држави, поsegнули и за таквим средствима која сасвим јасно стављају до знања свима који желе да знају: да њихов циљ није аутономија, већ стварање самосталне или нове заједничке државе са матичном државом Албанијом; да њихова преговарачка средства нису масли-

<sup>9</sup> Д. Митровић, „О плебисциту и референдуму“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5, 1990, стр. 605–610.

нове гранчице, већ барут купљен нечасно стеченим новцем и најпрљавијим пословима, против чега цео свет – у коме се гро таквих послова и обавља – званично води борбу са мање-више успеха; да једна национална мањина, која је и бројчано мањина у Србији, за себе захтева такав преседан какав у модерној европској и светској историји није до сада забележен. И то све на основу силе и подршке силом. Што је дух скученији, и средства су примитивнија. Или, можда, циљ оправдава средства?

Нажалост, сличне или исте захтеве све чешће промовишу и актуелне политичке олигархије у републици Црној Гори и у српској аутономној покрајини Војводини, и то упркос сумњивој или недовољној подршци иначе хетерогеног становништва у овој републици и покрајини.

Срећом, изгледа да је природа духа коју оличава и изражава било који народ, а посебно српски народ, ипак нешто више од духа који оличавају и на туђ рачун изражавају заговорници таквих погубних сепаратистичких пројеката. Између осталог и зато што се успостављање праве територијалне аутономије не може наметнути силом. Аутономија је, наиме, увек заслугом и општом сагласношћу стечена привилегија. Уосталом, за постизање још једног новог светског циља и рекорда – да у свету за неколико деценија број држава достигне скоро четири стотине – и није потребно даље разбијање и дељење балканских народа, од којих ниједан никад није могао потпуно да битише у држави која обухвата сталне просторе његовог живљења.

Територијална аутономија је, такође, увек и нешто више од унутрашње административне организације у држави, што је питање добре или лоше државне технике и исте такве праксе. Наиме, постојање региона, округа или других чисто административних јединица никако не може да буде основ за оправдавање сличних неоснованих тежњи и циљева. Поменуте јединице су само централизовани делови постојећег државног апарата, унутар кога и не сме да постоји аутономија. Уместо тога, одређене јединице са својим органима власти располажу једино дискреционим овлашћењима. И то је још једна посебна потврда поверења које се указује њиховој улози и месту у административној организацији државе. Због тога је неоправдано свако настојање да административне јединице, какав је случај управо са регионима или окрузима, постану нешто што је слично општини, заједници општина или било каквој другој целини која располаже извесном локалном аутономијом. Чак и када би баш то било у питању, држава би се на тај начин и у најкраћем времену сасвим „феудализовала“, тј. престала би и да постоји као таква. О томе на посебно болан начин сведоче

различите врсте аутономија у српским земљама након пропasti средњовековне српске државе, као и садашње врсте аутономије на сталним просторима живљења српског народа изван СР Југославије.

Никад не треба сметнути с ума да не постоји ниједан истински ваљан разлог за успостављање територијалне аутономије, чак ни у сложеним државама, јер је сваки разлог који се користи у прилог таквој аутономији истовремено и разлог који такву аутономију оспорава. То је још израженије код истих или сличних претензија унутар самих федералних јединица. Мањина не може да се изнima од већине ни по каквом основу, па ни по територијално-аутономном. Она све своје мањинске интересе мора да задовољи коришћењем постојећих и правно утврђених домаћих и међународних механизама или, евентуално, коришћењем благодети других врста аутономије. То је могуће утолико пре, што и друге врсте аутономије имају ваљан разлог за своје постојање. Уз то, постојање више мањина које располажу одговарајућим (по правилу истим) облицима аутономије, никад није довољан разлог за стварање територијалне аутономије на делу државне територије. Зато су мањине увек интегрисане у дату државну заједницу у којој је цела територија увек изнад једног њеног дела. У противном, могло би основано да се говори о терору мањине над већином. А то је сасвим супротно свакој аутономији.

На крају, произлази да у прилог територијалној аутономији иде само променљив однос сile која неједнако подупире супротстављене интересе и државне пројекте. Надјачавање дезинтеграционих сила води ка територијалној аутономији, а она ка стварању нових федералних јединица и нових држава. Надјачавање интеграционих сила води ка преображавању такве територијалне аутономије у неки други облик аутономије. Снага интеграционих и дезинтеграционих процеса у ствари је толика да они могу не само да укину аутономију, замењујући је чисто државном децентрализацијом и централизацијом, већ могу чак и вештачки да створе нове државе и да их одржавају. И обратно, постојеће државе, упркос одсуству ваљаних и оправданих разлога, могу да се територијално усложњавају, све до њиховог разламања у више вештачки образованих државица. Због тога је питање територијалне аутономије огледало снаге и здравља државе. Територијална аутономија је више питање моћи или немоћи политике, него права.

## В ДРУГИ САВРЕМЕНИ ОБЛИЦИ АУТОНОМИЈА – ПЕРСОНАЛНА И ФУНКЦИОНАЛНА (ВЕРСКА И КУЛТУРНА) АУТОНОМИЈА

Важност која се данас код нас и у свету придаје територијалној аутономији ни на који начин не умањује улогу, значај и домашај њених других врста и облика, у које спадају персонална, верска и културна аутономија, а посебно локална аутономија, тј. самоуправа.

*Персонална аутономија*, као историјски најстарија, данас представља готово сасвим превазиђен облик. За њу је карактеристично везивање аутономног статуса за посебно одређене категорије лица или њихових удружења (чехови, еснафи, гилде). Порекло персоналне аутономије је очигледно феудално, док аутономни облици који данас на њу подсећају већ одавно изражавају сасвим другу садржину.<sup>10</sup>

*Функционална аутономија*, за разлику од персоналне, често се у теорији и пракси изједначава са функционалном самоуправом и представља такав аутономни облик који се заснива на праву на самостално обављање поједињих делатности. Унутар функционалне аутономије може да се уочи неколико карактеристичних старијих и новијих облика. Међу старијим облицима функционалне аутономије посебно се издвајају верска и културна аутономија.

*Верска аутономија* је резултат посебног статуса који у друштву и држави имају верске установе и организације, било да је реч о режиму државне цркве, било о режиму признатих цркава, било о режиму одвојености цркве од државе. Верска аутономија се данас посебно огледа у изузимању црквених особа из надлежности државних судова и у њиховом стављању под јурисдикцију црквених органа; у учешћу црквених представника у тзв. мешовитим судовима који решавају спорове између црквених и световних лица; у интеграцији са световним правом поводом регулисања неких односа међу мирјанима (брак, дела против службеног морала, лажно сведочење), итд. Посебан израз верске аутономије представља црквено право, којим се уређују положај, организација и делатност саме цркве и цркве унутар друштва.<sup>11</sup>

*Културна аутономија* представља најпознатији и у савременим друштвима најчешћи облик, који се по правилу појављује у

---

10 Б. Кошутић – Д. Митровић, *Аутономно право*, Београд 1996, стр. 88–91.

11 Б. Кошутић – Д. Митровић, *исто*, стр. 84–88. Видети: Д. Перећ, *Црквено право*, Београд 1997.

национално и етнички мешовитим, тј. у нехомогеним државама. Најбоље је кад културна аутономија постоји као самосталан аутономан облик, али она може да постоји и несамостално, у оквиру неких других облика функционалне аутономије, као што је случај са културном аутономијом унутар верске аутономије. Сматра се, такође, да културна аутономија може да буде укључена и у територијалну аутономију, под условом да је територијална аутономија настала из културне аутономије. Међутим, тако насталој територијалној аутономији није ни потребна посебна културна аутономија, јер је она обухваћена неупоредиво широм територијалном аутономијом. У ствари, права аутономија у било којој држави јесте само функционална (верска и културна) аутономија, при чему не треба испустити из вида чињеницу да су улога и домашај културне аутономије у развијеним земљама данас знатно изменењени, па чак и смањени, захваљујући савременим средствима комуникације, која народе и становништво планете све више претварају у Меклауново тзв. *глобално село*.

У посебан облик модерне функционалне аутономије у ширем смислу повремено се убраја и локална самоуправа.

## VI ЛОКАЛНА САМОУПРАВА – СМИСАО И МЕСТО

Иако је разлика између наведених облика аутономије назначена у правној теорији, и даље знатну недоумицу изазива разликовање аутономије од локалне самоуправе.

Изгледа да је поуздано формално мерило за разликовање: изузетност статуса аутономије, спрам редовног статуса локалне самоуправе. Често се ширина и правна природа овлашћења такође користе као мерило. Аутономија, сходно томе, постоји кад постоји самосталност у нормативној активности, а самоуправа – кад та самосталност постоји само у правосуђу и извршењу. Такво мерило, ипак, не може да се прихвати као потпуно тачно, јер и органи локалне самоуправе располажу самосталношћу у нормативној активности, што се показује у бројним аутономним општим актима које доносе општински органи. Аутономија се разликује од локалне самоуправе и према степену самосталности у односу на државу, а посебно у односу на централну државну власт.

С друге стране, успостављање неспорне доминације државне власти довело је до другачијих облика интеграције и аутономије.<sup>12</sup> Претежна, готово потпуна правна стваралачка улога државе, олицена у законима, постепено је замењивана другачијим облицима

---

12 М. Вебер, *Привреда и друштво*, II књига, Београд 1976, стр. 537–714.

корпоративног организовања. Наиме, различита и многобројна удржења све више почињу аутономно да регулишу своју делатност, што доводи до ширења мреже специјалних аутономних облика организовања који преузимају на себе делатност јавних служби.<sup>13</sup>

Због ширења круга легитимних интереса, захтев за аутономном регулативом у новоствореним повољним условима добија све већи значај. У друштву се, наиме, стварају посебни системи интеракције, што за резултат има усвајање важне идеје преточене у начело: регулатива на сваком поједином интересном подручју постаје легитимна тек кад у њој учествују сви заинтересовани субјекти. Само на тај начин може да се назначи пут континуираног развоја аутономне регулативе, све до преласка на функционалну организацију и савремено аутономно право, у коме посебно место припада правној регулативи локалних самоуправних заједница.<sup>14</sup>

Локална самоуправа представља истовремено и други основни облик деконцентрације власти територијалном диференцијацијом у држави. Исто тако, локална самоуправа има своје дубоке историјске корене и као облик регионалне диференцијације. Њен политички и друштвени ефекат зависи од конкретних околности у свакој историјској или садашњој ситуацији. Постоје, наиме, примери где аутономија градова и општина делује као кочница друштвеног преображаја који је започет из центра. Искуство Француске револуције представља довољно познат пример таквог неповољног ефекта. Али, постоје и примери попут случаја са енглеским *self-government-ом*, када је традиционална локална аутономија представљала ефикасну брану деспотским тенденцијама које су потекле из центра.

Место локалне аутономије, као што може да се примети, зависи од низа различитих и променљивих околности. Ипак, већ данас смо и сами сведоци очигледних друштвених процеса и преображаја у којима индустријска и урбана друштва све више развијају најширу повезаност и испреплетаност интереса, покретљивост у транспорту и комуникацијама, што повратно доводи до све веће међузависности. И управо такви правци преображаја све више мењају уврежену представу о односу интернационалног, централног и локалног. Изгледа као да су на локалном нивоу остали само они интереси који се непосредно односе на локалне проблеме, које, често, ни тада није могуће решавати без учествовања и помоћи ширих подручја. Глобализовање савремених друштава, међутим, не

---

13 Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, III књига, Београд 1959, стр. 682.

14 J. Habermas, *Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu*, Zagreb, 1982, стр. 89–92.

укида изворни смисао и значај локалне самоуправе, већ је само смешта у другачије и савременије оквире. Наравно, на тај начин се мења и схватање о аутономији, њеном смислу, значају, месту, њеним врстама и облицима.

## VII АУТОНОМИЈА И ЛОКАЛНА САМОУПРАВА ИЗМЕЂУ НЕДАВНЕ ПРОШЛОСТИ И БЛИСКЕ БУДУЋНОСТИ

Политичка централизација и интеграција у другој половини XIX века и током XX века постале су и саме значајан извор нових аутономних и локалних облика организовања. На тај начин су средњовековни облици преображенi у модерне савремене облике аутономије и локалне самоуправе.

Интеграција влашћу више не може да обухвати све оне државне делатности које су у суштини независне од власти, упркос томе што ни таква правна интеграција није сасвим независна од власти и права које ствара држава, јер је држава и даље присутна. Због тога, савремено аутономно право и даље зависи од државне воље, уместо од аутономије воље. Ипак, тај преобразај, са поменутим примерима из давне или скоре прошлости, омогућава нам да објаснимо савремену аутономију и локалну самоуправу, али представља и подлогу за сагледавање аутономије и локалне самоуправе у блиској и даљој будућности.

Савремена аутономија и локална самоуправа, пре свега, превазилазе традиционалну децентрализацију власти, јер се средиште свакодневног живота све више преноси са територијалног на функционално успостављене колективите корпоративног типа. Савремена аутономија и локална самоуправа такође превазилазе и своје традиционалне концепте, јер истовремено и комбиновано обухватају различите облике територијалне, персоналне и функционалне аутономије. Ти облици, с једне стране, превазилазе затечену аутономију произишло из децентрализовања јавних служби државног или парадржавног типа, а, с друге стране, сами стварају нове облике аутономног и локалног организовања. Због тога се у аутономији, а поготово у аутономији локалне самоуправе, сусрећу и спајају у једно старо са новим, познато са непознатим, стара моћ државе са новонасталим моћима заједница, често само номинално локалног типа.

Основу те нове моћи локалних заједница представља развој савремених корпоративних облика организовања, који не само да претендују да буду центри нове друштвене моћи која је израсла из

аутономног, већ и да се, на тај начин, што више осамостале од централне власти, и да одлучујуће утичу на њене одлуке. Многе данашње корпорације транснационалног карактера и домашаја управо су и поникле из локалног организовања и окружења. Наиме, савремена локална самоуправа почива, пре свега, на економској аутономији која у свом ојачаном облику далеко превазилази традиционални економски и политички концепт локалне самоуправе. Та непроменљива црта локалне аутономије и самоуправе довела је у другој половини XIX века до необичних резултата.

Класична локална самоуправа је данас потиснута и у корист нових облика. То потврђује и стварање увек другачијих облика организација које и не морају да буду непосредно или првенствено повезане са државом и политиком, а понекад се налазе и изнад њих. Различита удружења, поникла на тлу локалне самоуправе, све више аутономно уређују своју делатност, што доводи до ширења мреже специјалних друштвених судова и различитих организација или тзв. секундарних тела која на себе преузимају послове традиционалних јавних служби. Посебно се подручје привреде препушта деловању претпостављених објективних механизама тржишта. У таквим друштвеним заједницама, наиме, појављују се појединци и удружења чији се све већи утицај више не заснива на контроли државне машинерије већ на контроли средстава за производњу и, уопште, расположивих економских и финансијских средстава.

С друге стране, ширењем круга легитимних интереса, захтев за аутономним регулисањем добија све већи значај, због чега се у таквим заједницама локалног типа стварају и у пракси даље изграђују посебни системи интеракције, а то доводи до другачијег обликовања права и до настанка правом регулисаних поступака чији су субјекти аутономни носиоци одлучивања. Захваљујући томе, готово да је општеприхваћено схватање према коме регулатива на сваком поједином интересном подручју постаје легитимна тек када у њој учествују сви заинтересовани субјекти.<sup>15</sup> Тешко може да се брани тврђња како управо такав став одговара стварности на самом почетку XXI века. Поменимо на овом месту, само примера ради, појаву глобалних мегакорпорација, које спадају у најнедемократскије и најнеодговорније људске институције и неспорно су најмоћнији инструмент који је човек икада створио за концентрисање моћи и богатства. Оне на најгрубљи начин руше природно и неотуђиво право људи да активно учествују у доношењу одлука које утичу на њихов живот и на живот њихових заједница.

---

15 Б. Кошутић – Д. Митровић, *исаго*, стр. 21, 33, 47, 69 и 99.

На тај начин је делимично назначен и најважнији чинилац, онај који пресудно утиче на савремене аутономне и локалне облике организовања, као и на њихов будући развој. То је појава глобалних мегакорпорација, пониклих у царству економије, које више од политичких, историјских, националних и културних чинилаца одређују место и домаћај савремених аутономија, и које најозбиљније доводе у питање услове, место и начин употребљавања и искошћавања расположивих ресурса.

Све то чини да се право, великим делом поверено управо аутономији и локалној самоуправи – у чему и јесте њихов истински смисао – налази под све већим ударом мегакорпорација које желе да успоставе своје сопствено право, да се несметано крећу по целој планети без икаквих рестрикција за коришћење ресурса и експлоатисање неорганизоване и незаштићене радне снаге, да избегну таксе и уредбе о заштити човекове околине, да држе монопол на домаће знање, генетске и друге материјале, и то без обзира на последице по људе и околину. А те последице су одувек и локалне, и глобалне.<sup>16</sup>

Вероватно се и у томе налази један од разлога зашто се на тако непринцијелан начин, на пример, и данас подржавају сепаратистички и сецесионистички захтеви Арбанаса (етничких Албанаца) на Космету, упркос неубедљивим аргументима и фразеологији о широкој територијалној аутономији коју треба дати баш тој националној мањини.

Наведени чиниоци, с друге стране, доводе до несагласја које се на ширем плану огледа у сукобу између локалних институција (држава) и глобалних институција (корпорација). То несагласје прети да доведе до разарајућих сукоба народа са најмоћнијим корпорацијама и институцијама. Тај сукоб већ данас подсећа на неравноправну борбу Давида са Голијатом.

Корпорације су, посматрано са становишта тзв. унутрашњег права, начелно подређене вољи народа и било каквим законима које је народ слободно донео да би установио правила за њихово функционисање. Због тога је прва дужност корпорација да поштују законе које је народ установио преко својих органа власти, а не да и саме учествују у њиховом стварању. И заиста, од суштинског значаја за постојање легитимне државне власти са аутономијом и локалном самоуправом, без којих нема ваљаног демократског управљања, јесте то да корпорацијама буде забрањено уплитање у политику по било ком основу и на било какав начин. Такав захтев,

---

16 D. Korten, чланак у *Weiner Zeitung*, децембар 1997.

ма како изгледао утопијски, подразумева преиспитивање постојећих прописа и поновно афирмисање теорија према којима политичка права може да има само народ. На тај начин, било би још једном потврђено Русово учење према коме институционална моћ и легитимитет потичу од народне воље. Када, дакле, било која корпорација или институција узурпира природно право народа – народ има право да се брани од таквих насртала, да реструктурира, замени или елиминише такве корпорације или институције.<sup>17</sup> То важи и за одбрану народа од свих других сличних насртала на његово право.

Несагласје у нешто другачијем облику постоји и кад је реч о дивергентном расту аутономије и истом таквом расту државног надзора и контроле. До таквог процеса, само наизглед противуречног, великом делом долази због наглог развоја информатичких технологија које традиционалне облике државног уплитања знатним делом чине излишним. Захваљујући новим информатичким технологијама и умреженим информатичким системима, већа аутономија може да произведе још већи надзор државе над радом аутономних и локалних органа и тела, уместо обрнутог: да већа аутономија ограничава и смањује централну државну власт. Однос државе према аутономним и локалним органима, треба још једном нагласити, том приликом неће суштински бити изменењен; у ствари, биће изменењени само начини и облици комуникације, што се већ и дешава. Ти нови начини и облици комуникације, а поготово начини и облици сталног надзора и контроле, такође садрже у себи стварну опасност да аутономија и локална самоуправа буду деградирани до фарсе и декорације.

И обрнуто, претеран раст аутономије и локалне самоуправе може да доведе до друштвеног и правног партикуларизма, аутаркичности, као и до општег несагласаја и нереда. Штавише, таква аутономија, са истом таквом локалном самоуправом, може да се преобрази у згодно средство за разбијање јединственог државно-правног простора, што је увек повезано са претераним тежњама и мегаломанским циљевима. Због тога је свака аутономија, као и свака самоуправа, прихватљива и оправдана све док служи заједничком добру, док сви делови допуњавају и испуњавају целину производећи бар минимум преко потребног општег сагласаја и склада.

---

<sup>17</sup> Ж. Ж. Русо, *Друштвени уговор*, Београд 1959, стр. 9 и 46–47.

### VIII ЗАКЉУЧАК

Аутономија са својим аутономним правом представља изванредно важну појаву. У идеји аутономије је садржана идеја о праву на самоорганизацију, која обухвата и право на релативно самосталну, тј. аутономну нормативну делатност. Али, када би аутономија била независна, тј. самостална од државне власти, тада то и не би била аутономна, већ нова државна власт. То значи да је, упркос свом пореклу, аутономија могућа само као корелат и допуна државној власти, која је дозвољава и одређује. Због тога је аутономија увек релативна и сразмерна. Постојање одговарајуће мере аутономије и њој прилагођених аутономних облика – било када и у било којој држави – јесте знак процене и одлуке да је аутономија потребна као мера сразмерне и релативне слободе унутар дате државне заједнице.

Аутономија је због тога истовремено и друштвени, и државни, и правни појам који располаже необично развијеном прилагодљивошћу. То се посебно огледа у постојању њених различитих државно-организационих и правних облика (територијална, персонална и функционална, тј. верска, културна и локална аутономија, са различитим облицима аутономног права).

Аутономија као друштвени, државни и правни појам почива и на идеји да држава не мора непосредно да уређује све правно важне односе да би испуњавала своје исто тако важне друштвене задатке. Та идеја је некад, а посебно у средњем веку, често произлазила из немоћи државе, док данас, у модерним државама, подједнако произлази како из њене немоћи тако и из њене неспорне друштвене и правне премоћи. То је случај и са савременим аутономијама, које управо у тој чињеници уочавају онај одлучујући узрок који их оспорава или који доводи до настанка различитих организационих и правних облика.

Аутономија, дакле, и није само питање воље личности, нити је само питање одлуке, процене или одговарајуће правне мере, већ је исто тако и резултат развоја државних заједница у којима децентрализација, деконцентрација и деетатизација – као синоними за поменуту процену и промену, праћени истовременим интеграционим и дезинтеграционим тенденцијама и процесима – представљају јасан наговештај потребе да се у наведеном смислу удовољи само оним разлозима који иду у прилог правој а не лажној аутономији. Уосталом, и аутономија може и да се употреби и да се злоупотреби, као и све друго што су људи створили.

На крају, произлази да аутономији, спрам државе, у прилог иде само променљив однос политичке и физичке силе која неједнако подупире супротстављене интересе или различите државне пројекте. Надјачавање дезинтеграционих сила води ка територијалној аутономији, а она ка стварању нових федералних јединица и нових држава. Надјачавање интеграционих сила води ка преображавању такве територијалне аутономије у неки други облик аутономије. Снага интеграционих и дезинтеграционих процеса у ствари је толика да они могу не само да укину аутономију, замењујући је чисто државном децентрализацијом и централизацијом, већ могу чак и вештачки да створе нове државе и да их одржавају. И обрнуто, постојеће државе, упркос одсуству ваљаних и оправданих разлога, могу да се територијално усложњавају, све до њиховог разламања у више вештачки образованих државица. Због тога је питање аутономије, а посебно територијалне аутономије, огледало снаге и здравља државе. Постојање аутономија је више питање моћи или немоћи политичке, него права.

Dragan M. Mitrović\*

## AUTONOMY: NOTION AND FORMS ON THE MEANING, TYPES AND SCOPE OF AUTONOMY

### *Summary*

Autonomy and its autonomous law is an extremely significant phenomenon. The idea of autonomy contains the idea of the right to self-organisation, which also encompasses the right to relatively independent i.e. autonomous normative activity. But if autonomy were independent, i.e. independent of state authority, then it would not be autonomous, but new state authority. That means that autonomy, despite its origin, is possible only as a correlative or as an appendage of state authority, which permits and defines it. For that reason autonomy, in comparison to state authority, is always relative and proportionate. The existence of the appropriate measure of autonomy and the autonomous forms adapted to it – no matter when and where – is a sign of the assessment and decision within the state that autonomy is necessary as a measure of proportionate and relative freedom within the given borders. Autonomy in the sense just described, therefore, is not only a matter of the will of a person, nor is it only a matter of the decision, assessment or relevant legal measure, it is also the result of the

---

\* Dragan M. Mitrović, Ph. D., Full Professor of the Faculty of Law in Belgrade.

development of state communities in which decentralisation, deconcentration and devolution – as synonyms for the said assessment and change, are accompanied by simultaneously integrative and disintegrative trends and processes – represent a clear intimation of the need to satisfy in the mentioned sense only those reasons that are conducive to legal and not false autonomy.

Key words: *Autonomy. – State. – Decentralisation. – Corporation. – Self-government.*

Dragan M. Mitrović \*\*

## AUTONOMIE, LA NOTION ET LES FORMES SUR LE SENS, LES SORTES ET LE SEUIL DE L'AUTONOMIE

### *Résumé*

L'autonomie de pair avec son droit d'autonomie représente un phénomène de premier ordre. Le concept d'autonomie renferme l'idée d'auto-organisation qui englobe le droit à une activité normative relativement indépendante. Cependant, si l'autonomie était totalement indépendante, c'est-à-dire libre par rapport à l'Etat, alors ce ne serait pas une autonomie mais un nouvel Etat. Cela revient à dire que l'autonomie malgré son origine n'est possible qu'en tant que complément ou accessoire de l'Etat qui consent et détermine le cadre de son existence. Une certaine mesure de l'autonomie ainsi que ses formes adaptées aux circonstances sont toujours la confirmation que l'Etat a décidé que l'autonomie était nécessaire comme preuve d'une certaine liberté au sein d'une communauté. Dans ce sens, l'autonomie n'est pas uniquement l'affaire de la volonté d'une personne ni celle d'une décision ou d'une estimation ou d'un acte juridique correspondant, mais elle est surtout le résultat de l'évolution des Etats (dans lesquels sont en cours les processus de la décentralisation ou de la déconcentration voire de la dé-étatisation) qui est un signe clair de la nécessité de faire prévaloir les raisons légitimes pour une véritable autonomie digne de ce nom, aux dépends des prétextes pour une fausse autonomie.

Mots-clés: *Autonomie. – Etat. – Décentralisation. – Corporation. – Autoorganisation.*

---

\* Dr Dragan M. Mitrović, Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade.

Dragan M. Mitrović\*

AUTONOMIE: BEGRIFF UND FORMEN  
ÜBER DEN SINN, DIE ARTEN UND DIE REICHWEITE  
VON AUTONOMIE

Die Autonomie mit ihrem Autonomierecht stellt eine sehr bedeutende Erscheinung dar. In der Idee der Autonomie ist die Idee über das Selbstorganisierungsrecht enthalten, die sich auch auf das Recht auf eine relativ selbständige, beziehungsweise autonome normative Tätigkeit erstreckt. Doch, wäre die Autonomie unabhängig, beziehungsweise selbständig in Bezug auf die Staatsgewalt, dann wäre dies auch keine Autonomie, sondern eine neue Staatsgewalt. Das bedeutet, dass die Autonomie trotz ihres Ursprungs lediglich als Korrelat oder als Ergänzung zur Staatsgewalt möglich ist, von der sie gebilligt und bestimmt wird. Deshalb ist die Autonomie in Bezug auf die Staatsgewalt immer relativ und verhältnismäßig. Das Vorliegen eines entsprechenden Maßes an Autonomie und der daran angepassten Autonomieformen zu irgendeinem Zeitpunkt oder an irgendeinem Ort – sind das Zeichen einer Einschätzung und der Entscheidung in einem Staat, dass die Autonomie als Maß der Verhältnismäßigkeit und einer relativen Freiheit innerhalb der gegebenen Gemeinschaft notwendig ist. Die Autonomie im angedeuteten Sinne ist, demnach, nicht nur eine Frage des Willens einer Person, noch ist es die Frage einer Entscheidung, Einschätzung oder entsprechenden rechtlichen Maßnahme, es ist auch das Ergebnis der Entwicklung von Staatsgemeinschaften, in denen die Dezentralisierung, Dekonzentration und Deetatisierung – als Synonyme für die besagte Einschätzung und Änderung, gefolgt von gleichzeitigen Integrations- und Desintegrationstendenzen und –Prozessen – eine deutliche Andeutung der Notwendigkeit darstellen, dass im angegebenen Sinne lediglich jenen Gründen entsprochen wird, welche zu Gunsten einer wahren und keiner falschen Autonomie gehen.

Schlüsselbegriffe: *Autonomie. – Staat. – Dezentralisierung. – Körperschaft. – Selbstverwaltung.*

---

\* Dr. Dragan M. Mitrović, Professor an der Juristischen Fakultät in Belgrad.

Миодраг Орлић\*

## ПРИПРЕМНИ СПОРАЗУМИ У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ

*Закључење уговора јесте крајњи ишљ коме штеже сјидане у преговорима. За разлику од главног уговора, припремни споразуми и претходни уговори склапају се у шоку преговарања. Главним уговором одређују се права и обавезе сјидана уговорница у коначном облику. Кад је реч о припремним споразумима сајгласност сјидана не обухвата све што је по потребно за постоење уговора. Отуда претходни споразуми подразумевају чињеницу да процес преговарања није завршен и да сјиданама предстоји даље усаглашавање како би могле стићи, ако икада стигну до жељеношћи ишља. Међу припремним споразумима издавају се следеће три врсте: споразум о преговарању, делимични споразум и споразум о форми (који прати сајгласност о садржини).*

Кључне речи: *Припремни споразуми. – Споразум о преговарању. – Делимични споразум. – Споразум о форми.*

### УВОД

За разлику од уговора који обавезују као и закон,<sup>1</sup> преговори означавају крхко стање које им претходи и које свака страна може прекинути кад год хоће. У том смислу Богишић је имао право када је рекао: разговор је разговор, а уговор странкама закон.<sup>2</sup> Од тада је у нашем праву дошло до еволуције која се огледа у успостављању

\* Др Миодраг Орлић, редовни професор Правног факултета у Београду.

1 Упоредити: „Уговор везује стране уговорнице као закон.“ Члан 1 ст. 3 Скице за Закон о облигацијама и уговорима Михаила Константиновића, Београд, 1969, стр. 15; Члан 1134 став 1 француског Грађанског законика „Les conventions également formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“.

2 Члан 1020 Општег имовинског законика за Црну Гору.

3 Члан 30 Закона о облигационим односима од 1978. године. Видети о развоју правног уређења одговорности за скривљени прекид преговора: М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, стр. 47 и даље.

одговорности за скривљени прекид преговора.<sup>3</sup> Слично томе, у појединим правним системима проглашено је правило у закону да се и преговори морају водити у доброј вери,<sup>4</sup> а у неким другима, су у судској пракси изграђена правила о одговорности за culpa in contrahendo.<sup>5</sup> Али, све то не мора бити довољно да обезбеди већу стабилност преговора. Поготово што се понегде, као у енглеском праву, сматра да све док не дође до закључења уговора, стране које преговарају немају никакве правне обавезе<sup>6</sup> ни уговорне ни вануговорне. У једној од новијих одлука Дома лордова<sup>7</sup> речено је да стране немају обавезу да преговоре воде у доброј вери, зато што би таква дужност била у опреци са карактером преговора у којима су стране супротстављене једна другој као противници. „Дужност да се преговори воде у доброј вери“, рећи ће један од лордова, „је исто толико неприменљива у пракси колико је суштински у нескладу са позицијом преговарачке стране.“<sup>8</sup> Отуда, „док су преговори у току, свака страна може да се повуче у било које време и из било ког разлога“.<sup>9</sup>

Процес преговарања одликује противречна природа и то у двоструком смислу. Најпре у материјалном погледу, а то ће рећи у погледу воље за закључење уговора. Када преговори почну, ниједна страна није сигурна да ли њен сапреговарач заиста жели закључење уговора, или преговоре води у неком другом циљу.

---

<sup>4</sup> „Стране у преговорима за закључење уговора дужне су да се придржавају начела савесности и поштења и обичаја у промету“. Чл. 197 грчког Грађанског законика; „У току преговора и настајања уговора стране су дужне да се понашају у доброј вери (buona fede)“, чл. 1337 италијанског Грађанског законика.

<sup>5</sup> За француско право: „Сматрајући да ниједно начело не забрањује да се утврди да је једна страна настојала да заведе сапреговарача светлацијући пред његовим очима надом у скоро закључење уговора и одбијајући затим каприциозно да то закључење оствари.“ Rennes, 8 juillet 1929, Dalloz hebdomadaire, 1929, стр. 549. Упоредити: Cassation com. 20 mars 1972, Juris-classeur périodique 1973, II 17543; За швајцарско право: „Једна страна не сме понашањем супротним својим правим намерама пробудити у сапреговарачу лажну наду да ће уговор бити закључен и навести га тако да учини трошкове у том циљу (или супротно да се уздржи од предузимања неких других одлука). Онај ко отпочне преговоре на овај начин са циљем (макар и само евентуалним) да их прекине дугује накнаду за штету коју је причинио своме сапреговарачу.“ BGE 77 II 136 ff. објављено у књизи: K. Oftinger, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich 1969, стр. 24. За немачко право: K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil* 14. Auflage, München 1987, стр. 106 и даље са навођењем судских одлука.

<sup>6</sup> Упоредити: Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, 14<sup>th</sup> Edition, London 2001, стр. 73.

<sup>7</sup> Walford and others v. Miles and another, House of Lords [1992] 1 All England Law Reports 553, наведено према Smith and Thomas, *A Casebook on Contract*, 9<sup>th</sup> Edition by J. C. Smith, London 1992, стр. 96–98.

<sup>8</sup> Lord Ackner in Walford v. Miles, *Smith and Thomas, A Casebook on Contract*, 9<sup>th</sup> Edition, стр. 98.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

Затим, и ако намера за закључење уговора постоји код обе стране (сваки преговарач тежи да закључи намеравани уговор), још увек није сигурно да ће до уговора доћи, јер сваки преговарач може тежити закључењу уговора, али само под условима који су повољни за њега. У супротном, ако сматра да му услови (које је понудила друга страна) не одговарају, преговарач неће бити расположен да уговор закључи. Како се тим истим жељама може руководити и друга страна, само у супротном смеру, очигледно је да до закључења уговора неће доћи.

Када се има у виду крхкост преговора и неизвесност у погледу исхода, постаје разумљиво због чега стране које преговарају могу бити заинтересоване да правно уреде вођење преговора и тако их учине стабилнијим и чвршћим. Посматрано са становишта једне преговарачке стране, није нимало свеједно да ли је до прекида преговора дошло нормалним следом догађаја (зато што преговарачи нису успели да усагласе своје погледе, намере или супротстављене интересе, или их је друга страна скривљено прекинула. У првом случају, преговарачи су се прећутно сагласили да нису били у стању да своје напоре доведу до повољног резултата, и тада свака страна сматра да је природно да сноси последице неуспеха. У другом примеру, када је једна страна својим скривљеним понашањем довела до прекида преговора, друга, невина страна може се с правом осећати повређеном у свом интересу очекивања и тражити накнаду претрпљене штете.

Потреба да стране споразумно својом сагласношћу изјављењих волја прецизније поставе правила о вођењу преговора и о њиховом прекиду, нормалном или скривљеном, и о својим узајамним обавезама и правила која из њих проистичу, произлази отуда што су у већини националних законодавстава ова питања уређена оскудно, а у некима, као у енглеском праву, није речено чак ни то да преговори треба да се воде у доброј вери.

## ПОЈАМ

### § 1. Обележја

Припремни споразум јесте сагласност изјављених волја преговарача којима се стварају обавезе и права у циљу правног уређења процеса преговарања.<sup>10</sup> Као и уговори, и припремни спо-

<sup>10</sup> Видети о припремним споразумима: J. Schmidt, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris 1982, стр. 201 и даље; J. M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Editions juridiques Lefebvre, Paris 1988, стр. 45 и даље; J. Cedras, „L'obligation de négocier“, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2/1985, стр. 278 и даље; n<sup>o</sup>

разуми су двострани правни послови, што ће рећи да је сагласност изјављених вольја њихово заједничко обележје. Могуће је чак да оно што редовно чини садржину припремног споразума буде понекад предмет завршног уговора. Тако, на пример, израда студије о претходном истраживању садржаја руде у неистраженом или напуштеном руднику и о исплативости експлоатације може бити предмет било припремног споразума или самосталног уговора о истраживању руде. Ни у том погледу међу њима нема разлике. Оно што уистину раздваја припремне споразуме од уговора, јесте улога коју имају у односу на процес преговарања. Сагласност изјављених вольја у оквиру припремних споразума има за циљ да правно уреди процес преговарања и тако утре пут закључењу завршног уговора. За разлику од тога, уговор као сагласност изјављених вольја је циљ за себе.

Разлика између припремних споразума и завршних уговора огледа се и у правним дејствима. Припремни споразуми производе правна дејства која се не могу изједначити са обавезама из завршних уговора. Стране које преговарају још неће да се оваквим споразумом коначно обавежу. Оне су постигле или договор о појединим тачкама будућег уговора или су се сагласиле да преговоре наставе. Њихова сагласност, дакле, има претходни, а не завршни карактер. Отуда и правна дејства оваквог споразума имају другачији смисао него обавезе које настају из уговора. Најважније правно дејство припремних споразума огледа се у стварању обавезе преговарања.<sup>11</sup> Али, садржина ове обавезе разликује се од обавеза које потичу из уговора. Наиме, стране које су склопиле претходни споразум обавезују се само да ће преговоре водити савесно, како би могло да дође до закључења главног уговора, али оне нису дужне да уговор уистину закључе. Отуда, ако савесно преговарају, а не могу да постигну сагласност о преосталим отвореним питањима, стране су испуниле своје узајамне обавезе, иако циљ коме су тежиле није постигнут.

Што се тиче сагласности коју су стране у претходном споразуму постигле о појединим тачкама уговора, њена судбина зависи од односа делимичног споразума према коначном, а недостигнутом уговору. Ако сагласност има само карактер припремног споразума

15 и даље; M. Fontaine, „Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux“. *Droit et pratique du commerce international*, 2/1977, стр. 102 и даље; E. A. Farnsworth, *Contracts*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1982, стр. 189–192, 202–208; C. L. Knapp, „Enforcing the Contract to Bargain“, *44 New York University Law Review* 4/1969, стр. 673 и даље; C. L. Knapp, N. M. Crystal, *Problems in Contract Law; Cases and Materials*, 2. Edition, Little, Brown and Company, Boston, Toronto 1987, стр. 261 и даље; A. M. Dugdale, N. V. Lowe, „Contracts to Contract and Contracts to Negotiate“, *Journal of Business Law* 1976, стр. 28 и даље.

11 Упоредити: *op. cit.*, стр. 265 и даље.

(на пример стране су се споразумеле да ниједна од њих не води преговоре са трећима, или су се сагласиле да ће се на њихов правни однос применити право одређене земље, или су постигле споразум о арбитражи или о месној надлежности суда, итд.),<sup>12</sup> онда неуспех преговора повлачи за собом престанак оваквог споразума. Споразум је постојао и имао смисла само као етапа на путу постизања потпуне сагласности, а како до ње није дошло, споразум нема никакву важност. Њиме преговарачи нису хтели самостално да се обавежу и он има смисла само у оквиру целине до које није дошло.

Али, има случајева у којима сагласност о појединим тачкама има карактер и делимичног претходног споразума и истовремено представља самосталну целину за себе (споразум о идејном пројекту, споразум о претходном испитивању геолошких карактеристика земљишта, претходне студије у оквиру неког већег и замешнијег посла итд.). Тада, иако стране не постигну сагласност о целини коју је требало да обухвати завршни уговор, претходни делимични споразуми могу да произведу правна дејства<sup>13</sup> која су стране имале у виду. Њихова зависност у односу на главни уговор је релативна: овакви припремни споразуми су део укупног посла, али део који има самосталну егзистенцију и стога они стварају обавезе за стране и у случају када доцнији преговори не доведу до закључења завршног уговора.

Припремни споразуми и њихова све чешћа примена у преговорима указују на појаву да се сагласност воља у појединим случајевима рашичлањује на две, а каткад и на више етапа. Доскора се на рађање уговора у праву гледало као на ствар једног тренутка. Једна страна би учинила понуду, друга страна би је прихватила и у том трену уговор би настао. У правној теорији се о закључењу уговора говорило као о тренутном феномену. Насупрот томе, у новије време уговор све чешће настаје сукцесивно, у две или више етапа. У току процеса преговарања, стране могу да се сложе најпре о појединим тачкама будућег уговора, а тек потом, пошто су успешио окончали додатне преговоре, да стигну до потпуне сагласности. Отуда, многи правни писци с разлогом све више говоре о настајању, а не о закључењу уговора. Разуме се, закључење има велики значај јер обележава завршни тренутак у коме се уговор рађа. Наиме, уговор не може настати ако не дође до закључења, али се до тог тренутка све чешће стиже постепено у току процеса преговарања, чије етапе означавају поједини припремни споразуми.

---

12 Упоредити: M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux*, Paris 1989, стр. 5 и даље.

13 Упоредити: M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 38.

## § 2. Називи

### A. Упоредно право

Споразуми које стране закључују у току преговарања имају различите називе. Не само што се понекад иста врста сагласности обележава на различите начине, него се врло често исти изрази употребљавају за означавање различитих појава. Разуђена и неуједначена терминологија отежава уочавање и идентификовање поједињих типова оваквих споразума у мноштву појавних облика. Стога ћемо навести само неколико назива који се најчешће помињу у теоријским радовима у упоредном праву. То су: а. припремни споразуми; б. претходни или припремни уговори и в. писма о намерама.

а. *Припремни споразуми*. – Сагласност страна у току преговора о одређеним питањима пре него што дође до закључења уговора назива се припремни или претходни споразуми<sup>14</sup> и то у множини. С обзиром на велики број и разноврсност наведених сагласности воља, назив указује да је реч о скупном појму унутар којег су могућа разна разврставања.<sup>15</sup> С друге стране, обележје припремања, или претходности говори о односу оваквих споразума према уговору који представља циљ преговарача.

б. *Претходни или припремни уговори*. – Израз претходни<sup>16</sup> или припремни уговори<sup>17</sup> предложен је у француском праву. Сличан раније поменутом називу, он се од њега разликује по томе што наведене сагласности именује као уговор, а не као споразум. У томе се и састоји, чини нам се, нешто слабија страна оваквог обележавања, јер се лакше него у претходном случају ствара конфузија између двеју врста уговора, претходних и главних. У том смислу израз споразум<sup>18</sup> има предност, јер, већ на први поглед, указује да до уговора није дошло.

<sup>14</sup> Упоредити: E. A. Farnsworth, „Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations“, 87 *Columbia Law Review* 2/1987, стр. 249 и даље, А. Фарнсворт се служи изразом претходни споразуми (preliminary agreements) да означи правни режим за ситуације које се налазе између обичних преговора и коначног уговора.

<sup>15</sup> Међу бројним примерима претходних споразума у међународним пословним односима, највише су употреби и познати под енглеским називима следећи облици: letters of intent, commitment letters, agreements in principle, memoranda of understandings heads of agreement и други. Упоредити: E. A., *op. cit.*, стр. 249–250 и фундата 128.

<sup>16</sup> Упоредити: J. Schmidt, *op. cit.*, 1982, стр. 201 и даље. Да би указала на шта се односи ова врста уговора, ауторка прецизира да је реч о претходним уговорима који су усмерени на обавезу преговарања. Тиме се отклања део примедаба које су упућене на назив уговор.

<sup>17</sup> Упоредити: J. M. Mousseron, *op. cit.*, стр. 47 и даље; Jacques Ghestin, *Le contrat: Formation*, 2. édition, Paris 1988, стр. 268 и даље, № 240 и даље.

<sup>18</sup> Уосталом и сама Joanna Schmidt на једном месту употребљава реч претходни споразуми (accords préliminaires) што је несумњиво погоднији назив за обележавање

*в. Писмо о намерама.* – Израз писмо о намерама (letter of intent), у широкoj је употреби у међународним пословним и финансијским односима.<sup>19</sup> Њиме се означавају различите врсте претходних докумената о којима су стране постигле сагласност у току преговора.<sup>20</sup> Али, иако је овај назив широко прихваћен као технички термин у пословној пракси, његова правна природа је лично неодређена и обухвата низ различитих правних појмова.<sup>21</sup> Стoga, израз писмо о намерама није погодан да искаже смисао припремних споразума, у њиховом специфичном значењу.

### *Б. Српско право*

Претходна сагласност страна које преговарају о закључењу неког уговора обележава се на разне начине у нашој пословној пракси. Као што се може утврдити на основу података садржаних у судским одлукама међу многим изразима најчешће су у употреби следећи називи: претходни усмени споразум<sup>22</sup> (када су се стране сагласиле да уговор закључе у писменом облику) споразум<sup>23</sup> (за разлику од накнадног или коначног споразума), нацрт уговора<sup>24</sup>

---

претходне сагласности него што је уговор. Видети: J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 200, № 370.

19 Видети о писмима о намерама: *Droit et pratique du commerce international*, (D.P.C.J.) 3/1976, стр. 477 и даље где су своје прилоге послали Lambert Matray, D. E. Mc Grew и Paul Ellington, и стр. 499 и даље где су наведени примери писама о намерама; D. P. C. J. 2/1977, стр. 73 и даље у коме је свој реферат о писмима о намерама поднео Marcel Fontaine, и стр. 118 и даље где је енглески тест изложио Paul Ellington; D. P. C. J., 4/1977, стр. 519 и даље где су објављени одговори професора Pennington-a; D. P. C. J., 1/1979, стр. 6 и даље, са досијеом о преговарању који је припремио Jean-Marie Deleuze, и стр. 49 и даље на којима је објављена расправа о писмима о намерама вођена за окружним столом; видети такође: M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux*, Paris 1989, стр. 5 и даље; M. Lutter, *Der Letter of Intent*, Köln, 1982, стр. 3 и даље.

20 M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 6 и даље.

21 M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 30 и даље.

22 „Претходни усмени споразум уговорника, чак и ако има све особине усменог уговора не обавезује исте.“ Пресуда Врховног суда Народне Републике Србије, Гж. 3413/56 од 23. јануара 1957. године, *Збирка судских одлука*, књига II, свеска 1, одлука бр. 82.

23 „Према стању списка спорно питање се своди једино на то да ли је 27. јануара 1956. године између странака постигнут споразум у погледу бонификације цене на целокупну количину преузете грађе за двадесет процената, односно, да ли је сведок В. био овлашћени представник тужилачке странке да у њено име склопи накнадни споразум у погледу куповне цене. Даље се види да је сведок преговарао са тужениковим представником Ж. и да се сагласио у погледу бонификације, како се то види из садржине тужениковог писма упућеног тужиоцу. Кад се узме у обзир овај исказ сведока и изричит захтев туженика у писму број 86/56 у коме туженик тражи од тужиоца да му пошаље „представника ради коначног споразума“ онда је туженик основано могао узети да је В. имао овлашћење да коначно реши с њим спорно питање изнето у писму од 20. јануара 1956. године.“ Пресуда Врховног привредног суда Сл. 624/56 од 24. јула 1956. године, *Збирка судских одлука*, књига I, свеска 2, одлука број 569.

24 „Тужилац је тужбом тражио да се тужени обавеже да му плати утужени износ на име накнаде штете, коју му је причинио неиспуњењем своје уговорне

(као двострана сагласност) и нацрт као предлог једне стране,<sup>25</sup> службена белешка,<sup>26</sup> протокол,<sup>27</sup> скица,<sup>28</sup> договор, итд. Али, наведена терминологија је прилично непоуздана, јер исти изрази понекад означавају коначни уговор. Изузетак у овом погледу представља само *претходни споразум* јер прецизно указује на природу постигнуте сагласности. У свим осталим случајевима, да би се оценило да ли је реч о припремном споразуму или о коначном уговору, одговор се може дати тек када се подробно размотри садржина сагласности која је означена одређеним називом. Разуме се да таква анализа није ни једноставна ни лака јер наведене документе претежно састављају комерцијалисти или инжењери који о правним појмовима имају прилично нејасну представу. Уз то су елементи у састављеном писмену по правилу оскудно наведени

---

обавезе да испоручи робу из купопродајног уговора који су закључиле странке. Тужени је оспорио тужбени захтев наводећи да странке нису закључиле уговор на који се позива тужилац, већ само нацрт уговора те да стога тужилац неосновано захтева накнаду штете у виду изгубљене добити због повреде уговора.“ Пресуда Врховног привредног суда Сл. 24/72 од 18. октобра 1972. године, *Збирка судских одлука*, књига XVII, свеска 4, одлука број 591.

25 „Оцењујући, међутим, како тужиоčев нацрт уговора од 12. априла 1957. године тако и тужеников нацрт датиран са 3. септембром 1957, овај суд утврђује да се неслагање странака односи на такве услове и модалитете уговора о заступништву који у конкретном случају, тј. при постојању ваљано закљученог предуgovora са одређеним битним састојцима уговора о заступништву, могу и треба да буду регулисани на начин како је то за предметне производе и за уговорање земље у промету уобичајено.“ Пресуда Врховног привредног суда, књига IV, свеска 3, одлука број 533.

26 „Уговором од 29. јуна 1973. године који су странке назвале 'Службена белешка' правни претходник туженика се као извођач радова обавезао да изведе све радове описане у тачки 5 овог уговора у року од 1. августа до 30. септембра 1973. године.“ Решење Врховног суда Србије Прев. 160/80 од 19. јануара 1981. године, *Збирка судских одлука (нова серија)* књига VI, свеска 3, одлука број 60.

27 „Споразумом од 15. и 16. априла 1971. године који су странке и једна инострана фирма потписали у форми протокола, споразумеле су се у тачки 1 тога протокола да ће тужени преко тужиоца 'дати чврсту наредбу према посебној спецификацији', а тужилац се обавезао да 'што прије стави на располагање туженом прву пошиљку робе'. Тужилац је у конкретном случају био комисионар, који је поред туженог и иностране фирме потписао наведени протокол-споразум. Тужилац је као комисионар туженог био дужан да штити интересе туженог и без обзира што тужени и инострана фирма нису закључили посебне уговоре као што је то било предвиђено у наведеном протоколу тј. тужилац није смео дозволити да се основни уговор изврши само делимично, као што је то и првостепени суд навео и то на штету туженог, његовог комитета.“ Пресуда Врховног привредног суда Сл. 168/73 од 27. јуна 1973. године, *Збирка судских одлука*, књига XVIII, свеска 2, одлука број 232.

28 „Из околности да су странке скицирале уговор о купопродаји робе писмено и у овој скици предвиделе да ће уговор сматрати закљученим када га потпишу обе уговорне стране, произлази да су се стране споразумеле да уговор закључе у писменој форми, те се не може сматрати да је постигнут споразум ако није дошло до потписивања скицираног уговора од стране обе уговорне странке.“ Пресуда Вишег привредног суда у Новом Саду бр. П 1247/70 од 20. октобра 1971. године, *Зборник судске праксе 5-6/1972* одлука бр. 477 стр. 407–408.

те и та чињеница доприноси потреби да се уложи максималан напор како би се одредила његова правна природа.

## ВРСТЕ

Стране које тек ступају у преговоре или се већ налазе у процесу погађања могу пожелети да своје међусобне односе уреде припремним споразумима и пре него што стигну до закључења уговора. Њихова сагласност воља има прелиминарни карактер и односи се на саме преговоре и начин њиховог вођења, као и на оне тачке у којима више нема разлике у становиштима. С обзиром на број, не и различите степене до којих долазе стране у току погађања, могуће је замислiti низ разноликих споразума са неогра ниченим бројем варијација. У мноштву таквих споразума по својим обележјима издвајају се следеће три врсте: 1. споразум о преговарању; 2. делимични споразум и 3. сагласност о садржини уз споразум да уговор буде закључен у нарочитој форми. Не искључујући могућност другачијих класификација,<sup>29</sup> чини нам се да наведена подела обухвата најважније етапе преговарања од самих почетака до потпуне сагласности којој до уговора недостаје само још елемент форме.

### § 1. Споразум о преговарању

#### A. Појам

Споразумом о преговарању, две стране се узајамно обавезују да отпочну или да наставе преговоре у циљу закључења одређеног уговора.<sup>30</sup> Поље примене оваквих споразума је веома широко. Стране могу закључити споразум о преговарању у било којој области и у припремама за закључење било ког уговора. Дозвољеност споразума о преговарању заснива се на општем начелу о слободи уговарања, а њихова рас прострањеност зависи од развијености пословне праксе и од тежње пословних људи да се у преговоре унесе елемент поверења и дисциплине.

Споразум о преговарању редовно рађа обавезе за обе стране које су га закључиле. Изузетно, може се десити да споразум створи обавезу само за једну страну.<sup>31</sup> Наиме, једна страна може се обавезати у корист друге стране да ће по протеку извесног рока

<sup>29</sup> Упоредити: J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 201–202, № 373; J. M. Mousseron, *op. cit.*, стр. 51, № 75; E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 263.

<sup>30</sup> J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 202, № 374.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

повести са њом преговоре у циљу закључења уговора. Пример за овакву обавезу је обећање послодавца да ће после извесног времена отпочети преговоре са радником о закључењу уговора о раду. Радник се у том случају не обвезује ни на шта, споразум је доброволни и у целости у његовом интересу. Треба напоменути да једнострани споразум може да постоји само кад је реч о оточињању преговора.

Споразум ствара обавезу за стране које су га склопиле да преговарају у циљу закључења уговора. За разлику од оточињања преговора, где обавеза може теретити само једну страну, овде, када је реч о садржини споразума, обавеза преговарања је узајамна и нужно лежи на обема странама. Наиме, како се обавеза састоји у преговарању у складу са начелом савесности (и поштења), немогуће је замислiti да се она може односити само на једну, а не на обе стране подједнако. Не може се само од једне стране захтевати да преговоре води савесно, а другој дозволити, или прећутно прихватити, да се служи несавесним поступцима. Отуда, код споразума о преговарању ваља разликовати два правна дејства: прво се састоји у обавези да се преговори отпочну, друго представља обавезу преговарања. У погледу прве, споразумом се може предвидети да обавеза буде само на једној страни а да друга страна буде слободна и тада је споразум једнострани, али је могуће да обавеза буде на обе стране и тада је споразум двостран. Што се тиче друге обавезе да се преговори воде савесно, она нужно погађа обе стране, те је са тог аспекта посматрано споразум о преговарању увек двострано-обавезан.

Наведеним споразумом стране се, dakле, не обавезују да доцније закључе уговор, као што је то случај код предуговора, него само да преговарају о његовом закључењу. При том, за разлику од неких других претходних споразума (делимични споразуми, споразуми о форми будућег уговора), сагласност страна не обухвата садржину будућег уговора ни у потпуности, нити делимично.<sup>32</sup> Стране су се у овом споразуму сагласиле само у погледу једне тачке: да поведу (или наставе) преговоре. Ако сагласност поред обавезе преговарања, обухвата већ постигнути договор о неком елементу садржине будућег уговора, онда више није реч о обичном споразуму о преговарању него о делимичном споразуму. Разуме се, овако одређен појам споразума о преговарању сразмерно ретко се сусреће у пракси. Он је потребан, у првом реду, ради теоријског

<sup>32</sup> Упоредити: „...Споразумом се стране не обавезују једна према другој да закључе уговор него да преговарају о другом уговору о коме поменути уговор о преговарању не прецизира ни споредне ни битне услове.“ J. M. Mousseron, *op. cit.*, стр. 52, n<sup>o</sup> 78.

разграничења између две врсте претходних споразума. У пословној пракси много су чешћи примери сагласности којима се поред обавезе преговарања утврђују и неки елементи садржине, тако да се пре може говорити о делимичном споразуму него о споразуму о преговарању. Али има и случајева у којима се сагласност односи само на преговарање.

Ваља напоменути да се сагласност о преговарању може појавити у облику самосталног споразума, али и у виду споредне одредбе<sup>33</sup> из неког већ закљученог уговора. У овом потоњем случају, стране се обавезују да ће по истеку рока на који је уговор био закључен отпочети преговоре ради закључења новог уговора којим би продужиле постојећи правни однос. Такве одредбе су особито честе у уговорима о индустријској и пословно-техничкој сарадњи<sup>34</sup> и уопште у уговорима закљученим на дужи рок.

### *Б. Примери*

*a. Америчко право.* – Појам споразума о преговарању (*preliminary agreement to negotiate*) прихваћен је и у америчком праву,<sup>35</sup> а о могућности његовог постојања расправља се и у енглеском праву.<sup>36</sup> Насупрот француском праву у коме се прави фина разлика између споразума о преговарању и делимичног споразума, у америчком праву изгледа да такве поделе нема; истим појмом обухваћени су и случајеви када су се стране сагласиле само о отпочињању преговора као и случајеви када су уз то постигле споразум о неким условима будућег уговора.<sup>37</sup> Америчке правнике, више од теоријских суптилности, занима практично питање; у којој мери овакав споразум обавезује стране које су га склопиле? У том погледу, према једном мишљењу, ваља разликовати споразум са отвореним тачкама (*agreement with open terms*) од споразума о преговарању. У првом случају иако су неке тачке остављене за доцније, стране су сагласне да их постигнути споразум правно обвезује, а преостале тачке уредиће суд, ако саме стране не успеју да накnadno постигну сагласност. Насупрот томе, иако и споразум о преговарању може обухватити поједине тачке из садржине будућег уговора, стране нису сагласне да их постигнути споразум обвезује.<sup>38</sup>

---

33 J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 203, № 375.

34 *Ibidem*.

35 Упоредити: C. L. Knapp, *op. cit.*, стр. 684 и даље; E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 263 и даље.

36 Упоредити: A. M. Dugdale, N. V. Lowe, *op. cit.*, стр. 28 и даље.

37 Упоредити: „Претходни споразум о преговарању такође може обухватити поједине битне услове посла, али за разлику од споразума са отвореним тачкама, стране нису сагласне да буду обвезане оним условима о којима су се сагласиле.“ E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 251.

38 E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 263.

Оне су наведени споразум склопиле само као етапу на путу ка закључењу главног уговора. На основу оваквог споразума настаје само обавеза преговарања.<sup>39</sup> Стога, ако и поред савесног преговарања не успеју да закључе коначни уговор, стране неће бити везане споразумом о преговарању, без обзира на то што је у његовом оквиру била обухваћена и сагласност о неким елементима садржине уговора. Ако су склопиле споразум који оставља отворене тачке (*agreement with open terms*), стране настављају преговоре са свешћу да их везује претходни споразум, док у случају споразума о преговарању (*agreement to negotiate*) стране настављају преговоре свесне да их, ако не успеју да закључе коначни уговор, претходно постигнутим споразумом не везује.<sup>40</sup>

*б. Српско право.* – Начелно је и у нашем праву могуће закључити споразум о преговарању. Ипак, у пракси овакви случајеви и даље представљају реткост, поготову кад је реч о закључењу споразума на почетку преговора док између страна које преговарају још не постоји никакав уговорни однос. Насупрот томе, у пословној пракси све су бројнији споразуми о даљем преговарању између страна које се већ налазе у уговорном односу. Под називом протоколи, службене белешке итд. овакви споразуми означавају сагласност преговарача, обично на нижем преговарачком нивоу, да предложе измене или допуне постојећих уговорних одредаба лицима која су овлашћена за закључење уговора.

#### *B. Примери из судске праксе*

*a. Одлука француског Касационог суда (Soc. 24 mars 1958)<sup>41</sup>* – Први случај је из француске судске праксе. Између радника по имену Маршал (Marchal) и аутомобилске индустрије „Рено“ (Renault) дошло је до спора поводом споразума који је између парничних страна био постигнут у начелу. Наиме, у току рата, 1940. године Маршал је напустио фабрику. По ослобођењу Француске 1944. године он се обратио фабрици са захтевом да се врати на радно место. У јануару 1945. године добио је писмо од управе у коме је речено да прилике у којима се фабрика налази не омогућавају његово поновно запошљавање. У међувремену се за радника заузимало треће лице коме је у мају исте године одговорено следеће: „Пошто смо поново размотрели питање, могу Вас обавестити да је наша намера у погледу г. Маршала непромењена и да ћемо поново размотрити питање његовог повратка у фабрику чим то

---

<sup>39</sup> Упоредити: „Стране у споразуму о преговарању преузимају општу обавезу да савесно преговарају.“ *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Cassation Soc. 24. mars 1958, *Juris-Classeur Périodique* 1958, II. 10868, note J. Carbonnier.

омогући оживљавање производње у аутомобилској индустрији.“ Радник је извесно време чекао а онда је 1951. године поново затражио да ступи на радно место. Пошто је и тада био одбијен, поднео је тужбу суду тражећи да буде враћен на посао. Суд Сене (Tribunal civil de la Seine) сматрао је, ослањајући се на обећање садржано у последњој реченици из писма из маја 1945. године, да се фабрика обvezала да Маршала поново запосли. Насупрот томе, француски Касациони суд је изложио схватање да се „Рено“ није чврсто обавезао да ће радника поново преузети, него само да ће поново размотрити његову молбу у зависности од развоја ситуације у повољном правцу, што представља само споразум у начелу (*accord de principe*).

У правној теорији је оцењено да оваква сагласност означава само обавезу да се отпочну преговори у тренутку када околности буду дозвољавале такву могућност.<sup>42</sup> Са тог становишта начелни споразум треба разликовати не само од коначног уговора који производи правна дејства међу странама, него и од предуговора код кога се једна страна обавезује да доцније закључи други, главни уговор.<sup>43</sup> У овом потоњем случају за разлику од начелног споразума, сауговорник има право да захтева закључење главног уговора по протеку предвиђеног рока, а ако друга страна то одбије, судска пресуда ће заменити закључење уговора.

*б. Случај – Itek Corporation v. Chicago Aerial Industries. (CAI) –* После вишемесечних преговорова о спајању двеју компанија тако што би Itek купио имовину CAI-а две стране су саставиле писмо о намери (letter of intent) и обе су га потписале. Између осталог била је предвиђена и следећа одредба:<sup>44</sup>

„Itek и CAI ће уложити све разумне напоре да се сагласе и, што је пре могуће, припремиће уговор којим ће омогућити поменуту куповину Itek-у и продају CAI-у, под условом да се сложе CAI-еви акционари. Уговор ће укључити горенаведене услове као и остale одредбе и услове о којима стране постигну сагласност. Ако не успеју да се сагласе и да саставе такав уговор, стране неће имати једна према другој никакве даље обавезе.“

У даљем току преговора CAI је тражио да се унесу три нове одредбе и Itek је тај предлог прихватио показујући тако добру вољу

---

42 J. Ghestin, *op. cit.*, стр. 269–270 и фуснота 111, n<sup>o</sup> 241.

43 J. Carbonnier, note sous Cass, Soc. 24. mars 1958, *Juris-Classeur Périodique* 1958, II, 10868; супротно: J. L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, стр. 62, n<sup>o</sup> 55.

44 Видети опис случаја у књизи: F. Kessler, G. Gilmore, A. T. Kronman, *Contracts, Cases and Materials*, стр. 236–238.

да до споразума дође. У међувремену је CAI обновио паралелне преговоре са другом фирмом Bourns. Када је Bourns понудио вишу цену, CAI је обавестио Itek да са њим прекида трансакцију због изменењих околности и због немогућности да се дође до споразума. После овог писма Itek је поднео тужбу против CAI-а тврдећи да је писмо о намери означавало пуноважан уговор. У првом степену тужилац није успео, али му је Врховни суд савезне државе Делавер (Delaware) дао за право (мада ни та одлука није била коначна), укинувши првостепену пресуду. Низи суд је изразио мишљење да је од пресудног значаја онај део у писму о намерама у коме је било речено да ако не успеју да се усагласе, преговарачке стране неће имати једна према другој никакве даље обавезе. Насупрот томе, Врховни суд је сматрао да наведена одредба ослобађа стране даљих обавеза, само ако свака од њих уложи све разумне напоре и ако преговори и поред тога не доведу до резултата. С обзиром на то да је CAI намерно пропустио да савесно преговара и да уложи сваки разуман напор да се постигне формални уговор, он се огрешио о обавезу преговарања.<sup>45</sup> Из тих разлога суд је укинуо првостепену одлуку.

Иако је, када је доцније суђено, исход спора био неповољан по тужилачку страну<sup>46</sup>, схватање Врховног суда Делавера о могућности да и споразум о преговарању (који је овде називан писмо о намери) произведе правно дејство утицало је на поједине судове у Сједињеним Америчким Државама да донесу одлуке у истом духу.<sup>47</sup>

## § 2. Делимични споразум

### A. Појам

Делимичним споразумом обавезују се стране које су постигле сагласност о појединим тачкама да наставе преговоре у циљу закључења одређеног уговора.<sup>48</sup> Овакав споразум има две карактеристике: прва се састоји у томе што су стране које преговарају већ

---

45 Упоредити: E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 265–266.

46 Видети: Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries Inc., A. 2 d 141 (Del. 1971) наведено према књизи F. Kessler, G. Gilmore, A. T. Kronman, *op. cit.*, стр. 238.

47 Упоредити случајеве: Arnold Palmer Golf Company v. Fuqua Indus., 541 F 2d 584 (6<sup>th</sup> Cir. 1976); Channell Home Centers v. Grossman, 795 F. 2d 291 (3d Cir. 1986). Видети остала објашњења: E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 265–266 и фусноте 205, 206 и 207.

48 Упоредити: „Делимични споразум је уговор закључен у току преговора којим стране утврђују тачке у преговорима око којих су већ постигле сагласност.“ J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 245 н<sup>о</sup> 456; унеколико другачије: J. M. Mousseron, *op. cit.*, стр. 79 и даље. Занимљиво је да се у америчком праву и делимичан споразум увршћује у појам припремних споразума о преговарању E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 251.

успеле да се сагласе о одређеним питањима (тачкама), док се друга огледа у томе што се стране обавезују да наставе преговоре како би закључиле уговор.

Обим делимичног споразума може бити различит. Понекад сагласност воља обухвата само споредне тачке. На пример, стране се могу споразумети да преговоре воде само у седишту једне стране вместо наизменично, једном у месту прве стране, а затим у седишту друге. Исто тако оне се могу договорити како ће се чувати пове-ренна тајна у случају преговарања о уступању лиценце или закључења уговора о преносу know-how-a, или о томе које ће право бити примењено и која арбитража надлежна. Али, такав споразум, који би за предмет имао само сагласност о појединим или и свим споредним тачкама будућег уговора, сразмерно је редак.<sup>49</sup> Јер, зашто би преговарачи, осим у изузетним околностима, губили време настојећи да се споразумеју о споредним тачкама занемарујући битне елементе. Иако реткост, и овакав споразум, који обухвата само споредне тачке, свеједно је могућ.

Знатно чешћи је случај да делимични споразум обухвати уз споредне тачке и сагласност о појединим битним елементима будућег уговора. Разуме се, сагласност изјављених воља не може, у начелу, обухватити све битне елементе за постојање уговора, јер ако би тако било онда она не би представљала делимични споразум него коначни уговор. Разграничење између делимичног споразума и уговора може се извести на следећи начин: ако су се стране о појединим тачкама сагласиле, док су нека питања о којима су преговарале остала отворена, постојаће уговор, уколико тачке, у погледу којих је постигнута сагласност, представљају битне елементе уговора и ако су стране испољиле намеру да закључе уговор (*animus contrahendi*). Обрнуто, може се говорити само о постојању делимичног споразума, а не и потпу ног, коначног уговора, ако сагласност изјављених воља не обухвата све битне елементе уговора или ако стране које преговарају немају намеру да закључе уговор (*animus contrahendi*) него хоће још неко време да преговарају. Све, дакле, зависи од намере страна.<sup>50</sup> У првом случају нема уговора јер нису обухваћени сви битни елементи који су потребни за његово постојање. У другом случају уговор изостаје, јер стране не желе да се коначно обвежу, иако су постигле сагласност о свим битним елементима.

---

49 A. Rieg, „La 'Punctuation' Contribution à l'étude de la formation successive du contrat“, in *Mélanges offertes à Alfred Jauffret*, Paris 1974, стр. 597.

50 Упоредити: J. Ghestin, *op. cit.*, стр. 271, n° 242.

### *Б. Делимични споразуми у српском праву*

Нема сумње да у српском праву могу постојати споразуми који производе одређена правна дејства и у којима су преговарачи постигли сагласност воља о појединим или свим споредним тачкама, као и о појединим, али не и свим битним елементима будућег уговора. Истина, овакви споразуми не помињу се изречно у Закону о облигационим односима, али се могућност њиховог постојања и не искључује. Њихова дозвољеност заснива се на општем начелу да су стране уговорнице слободне у границама принудних прописа, јавног поретка и морала да своје односе уреде по својој вољи.<sup>51</sup> Како, дакле, заснивање уговорних односа почива на општој слободи додуше, у наведеним границама, стране које преговарају могу склапати споразуме и пре него што закључе главни уговор. Стoga и делимични споразуми, као и обични споразуми о преговарању могу производити правна дејства, разуме се у оном обиму и са оним домашајем који им даје сагласност изјављених воља.

*a. Правила у Скици.* – У Скици за Законик о облигацијама и уговорима професор Константиновић предложио је посебна правила о делимичном споразуму. Та правила су била садржана у одредбама о предуговору о коме се говорило на следећи начин:

1. Уговором се стране уговорнице, или једна од њих могу обvezati да доцније закључе други, главни уговор (предуговор).
2. Прописи о форми неког уговора важе и за предуговор, ако је форма прописана ради заштите уговорника од наглих непримишљених одлука.
3. Закључење главног уговора може се захтевати у року од шест месеци од истека рока предвиђеног за његово закључење, а ако тај рок није предвиђен, онда од закључења предуговора.
4. Неизвршење обавезе да се закључи уговор даје право сауговорнику да захтева накнаду штете коју због тога неизвршења трпи.
5. Али ако су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, суд ће на захтев заинтересоване стране осудити другу страну која одбија да приступи закључењу главног уговора да то уради у року који ће јој одредити, после чијег истека ће се пресуда сматрати као закључење главног уговора.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Упоредити: „Стране уговорнице су слободне у границама принудних прописа, јавног поретка и морала да своје односе уреде по својој вољи.“ Члан 1 ст. 1 Скице за Законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића. Слично: „Учесници у промету слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва.“ Члан 10 Закона о облигационим односима.

<sup>52</sup> Члан 29 Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

На први поглед рекло би се да се у наведеним одредбама не говори уопште о делимичном споразуму (*accord partiel*) него о двема врстама једне исте појаве, предуговора (*Vorvertrag, promesse de contrat*). У првој од наведених врста, стране су постигле сагласност о битним условима за закључење главног уговора и при томе су се обавезале да доцније главни уговор закључе.<sup>53</sup> У таквом случају закључење уговора може се захтевати у року од шест месеци,<sup>54</sup> а ако једна страна одбија да приступи закључењу суд ће је на захтев друге стране осудити да то уради у одређеном року после чега ће се пресуда сматрати као закључење уговора.<sup>55</sup> Ничег од наведених обележја нема код друге врсте. Додуше, стране су се и овде споразумеле да ће у будућности закључити други, главни уговор,<sup>56</sup> или њихова сагласност, коју су том приликом постигле, обухвата само споредне тачке (поједине или све) и поједине међу битним условима будућег уговора, али никако све битне елементе.<sup>57</sup> Последица је да ниједна страна не може принудити другу страну на закључење главног уговора нити судска пресуда може да га замени. Незадовољни преговарач има право да од друге стране захтева само накнаду штете коју трпи због тога што није дошло до закључења коначног уговора.<sup>58</sup>

*б. Изостанак правила у Закону о облигационим односима.* – Редактори су правило о делимичном споразуму које је било предложено у Скици изоставили из коначног текста Закона о облигационим односима.<sup>59</sup> У настојању да задрже чисту и јасну слику о односу између претходног и коначног уговора они су правило формулисали на овај начин: „Предуговор обавезује ако садржи битне састојке главног уговора.“<sup>60</sup> Површино посматрано, могао би се стећи утисак да ако неки претходни споразум не садржи битне услове будућег уговора, као што је случај са делимичним споразу-

---

53 Члан 29 ст. 5 и ст. 1 Скице.

54 Члан 29 ст. 3 Скице.

55 Члан 29 ст. 5 Скице.

56 О овоме се у Скици не говори изречно, али из начина на који се излажу правила о предуговору уопште може се са сигурношћу закључити да и кад је реч о другој врсти важи оно што је речено у првом ставу, чл. 29.

57 У Скици се о обема врстама предуговора говори на јединствен начин. Тек из начина на који су формулисана правила у ставу 4 и у ставу 5 можемо приметити да је реч о двема различитим врстама и да су оне међусобно веома удаљене. О томе да је могућ и такав претходни споразум (у Скици се и о њему говори као о једној врсти предуговора) закључујемо тек када пажљивије размотримо разлику која постоји између санкција предвиђених у ставу 4, односно ставу 5 а да је претходни, делимични споразум ограничен на сагласност о споредним тачкама и евентуално о појединим, али не и свим битним елементима будућег уговора, закључујемо после анализе става 5 на основу *argumentum-a a contrario* и на основу поређења са ставом 4.

58 Упоредити: Члан 29 ст. 4 Скице.

59 Упоредити: Члан 45 Закона о облигационим односима.

60 Члан 45 ст. 3 Закона о облигационим односима.

мом, онда он не обвезује. Није искључено да је овакав начин резоновања<sup>61</sup> близак замисли редактора.<sup>62</sup> Али, он не одговара стварности. Истина је да претходни споразум, који не садржи битне услове, не производи иста правна дејства као предуговор, али то не значи да не обвезује уопште. Преговарачи који су постигли овакву претходну сагласност воља о појединим тачкама не могу, као у случају предуговора, захтевати од друге стране да приступи закључењу уговора, нити могу успети у покушају да судска одлука замени закључење, али могу захтевати да се преговори наставе и да их и друга страна савесно и поштено води. Чињеница што се стране у случају да се наведене обавезе не испуне, морају задовољити накнадом штете, не може да порекне правни карактер дејства које овакав споразум производи, него га, напротив, на најбољи начин потврђује. Делимични споразум ствара обавезе за лица која су га закључила, додуше другачије врсте него што су оне које производи предуговор, али обавезе чији правни карактер не може бити доведен у питање.

*в. Делимични споразуми у йосићејем праву.* – Без обзира на то што су из коначног текста Закона о облигационим односима изостављене поменуте посебне одредбе, делимични споразум постоји у нашем праву на основу општег правила да су стране слободне да своје односе уреде по својој вољи. Отуда, појам делимичног споразума као творевина воље страна има широко поље примене и обухвата низ случајева у којима су преговарачи постигли сагласност припремајући закључење главног уговора. На почетном степену делимични споразум постоји када су се стране сагласиле о појединим споредним тачкама и истовремено се споразумеле да наставе даље преговоре. Довољно је да сагласност обухвати макар и само једну споредну тачку, па да се може говорити о делимичном споразуму, за разлику од споразума о преговарању у коме су се стране сагласиле само о начину и процедуре преговарања. Разуме се, постоји овакав споразум и када сагласност обухвати више спо-

61 Упоредити: М. Ведриш (у расправи о чл. 29 ст. 4 Скице) „Испада као да у предуговору нема битних елемената за будући уговор.“ Записник са друге седнице Поткомисије за облигационе односе, Комисије Савезне скупштине за израду Цивилног кодекса, одржане 31. марта и 1. априла 1970. године, стр. 18.

62 Упоредити: М. Ведриш (у расправи о чл. 29 ст. 5 Скице) „Предуговор је само оно што садржи битне услове за закључење главног уговора. Овде се проширује појам предуговора, без битних услова – то је преговор а не предуговор. Предуговор се закључује да би се закључио уговор. Једино дејство му је да се закључи уговор. Уколико се проширује појам онда се морају дати и нове последице. Морали бисмо да разликујемо предуговор у класичном смислу и предуговор у ширем смислу (који не садржи битне услове) по својим последицама.“ Записник са друге седнице Поткомисије за облигационе односе, одржане 31. марта и 1. априла 1970. године, стр. 18.

редних тачака или и све споредне тачке будућег уговора. Такође, о делимичном споразуму може се говорити и у случају када је постигнута сагласност о низу споредних тачака и о појединим битним условима будућег уговора. Горња граница делимичног споразума постоји када сагласност обухвата све објективно битне услове изузев једног, који недостаје до потпуне подударности изјављених волја. Тај недостајући битни услов представља линију разграничења између делимичног споразума на једној страни и предуговора на другој страни.

Наведено становиште о разграничењу између делимичног споразума и предуговора треба условно схватити и примењивати. Овако како је изречено оно важи у редовним ситуацијама. Али има случајева у којима за закључење главног уговора није неопходно да сагласност волја обухвати све битне елементе. Тако на пример, ако у уговору о продаји у привреди цена није одређена купац ће платити цену коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, а у недостатку ове разумну цену.<sup>63</sup> Исто тако у уговору о делу ако стране уговорнице нису одредиле накнаду, њену висину утврдиће суд према вредности рада, према нормално потребном времену за такав посао као и према уобичајеној награди за ту врсту рада.<sup>64</sup> Лице које је наручило израду дела не може се позивати на то да нема уговор, и да није одређена висина накнаде.<sup>65</sup> Треба напоменути да се правило које важи за уговор о делу примењује и на уговор о грађењу,<sup>66</sup> те се тако повећава број уговора код којих је закључење могуће и ако није одређен један од битних услова уговора. Разуме се да се у оваквим случајевима мерила за постојање и разграничење предуговора и делимичних споразума

---

63 Упоредити: Члан 462 ст. 2 Закона о облигационим односима.

64 Упоредити: Члан 623 ст. 2 Закона о облигационим односима.

65 Упоредити: „У образложењу првостепене пресуде се наводи да је тужиља у својству академског сликарa била ангажована од стране туженог, преко уредника да за потребе туженог изради илустративни материјал, али се том ‘ангажовању’ не придаје било каква правна важност. Но, управо та реч указује на смисао онога на шта се позива тужиља. ‘Ангажовати’ некога да нешто изради, значи наручити израду каквог дела, а како се не може претпоставити да се оваква израда може добити бесплатно, то истовремено значи да је онај који нешто наручује, спреман да за то плати. Отуда су уредници који су у име и за рачун тужене РО преговарали са тужиљом и наручили од ње израду илustrационог материјала, истовремено преузели обавезу у име и за рачун тужене радне организације да исплати накнаду за извршени рад и утрошени материјал, без обзира да ли ће се закључити писмени ауторски уговор или не. Када један од преговарача у току преговора наручи од другог да овај нешто уради, дужан је да то плати независно од успеха самих преговора.“ Из образложења Решења Врховног суда Србије Гж. 1422/86 од 11. марта 1987. године (из архиве Суда). Иако суд у наведеном случају није судио на основу правила о уговору о делу, изречено становиште као obiter dicta указује на такву могућност.

66 Упоредити: Члан 630 ст. 1 Закона о облигационим односима.

такође померају и управљају према условима који су потребни и довољни за закључење главног уговора. За предуговор је довољна сагласност о оним битним елементима који су потребни за закључење главног уговора, а то значи да није неопходно да стране одреде цену код уговора о продаји или висину накнаде код уговора о делу или уговора о грађењу.

У складу са тиме помера се наниже и горња граница делимичног споразума. Он ће се простирати све дотле док сагласности воља измиче бар један од објективно битних елемената неопходних за закључење главног уговора, односно, предуговора. Код уговора о продаји у привреди, постојаће делимични споразум а не уговор, ако стране нису успеле да се сагласе о количини ствари која се продаје иако су можда постигле сагласност о цени (која у овом случају није неопходан услов за закључење и постојање главног уговора). Али, постојаће, такође, делимични споразум а не уговор, ако су стране преговарале о цени па нису могле да се сагласе о њеној висини, него свака од њих истрајава на своме предлогу, а они се међусобно веома разликују. Правило о цени коју је наплаћивао продавац у време закључења уговора, односно о разумној цени, примењује се кад у уговору цена није одређена, а не када изменеју страна постоји оштра супротност у погледу њене висине. У првом случају уговор је закључен, а цена се одређује према диспозитивним правилима Закона о облигационим односима, у другом случају уговора нема јер стране нису могле да постигну сагласност воља. У потоњем случају може постојати евентуално само делимични споразум и нада да ће стране у доцнијим преговорима приближити своја гледишта.

### § 3. Споразум о форми

#### A. Појам

Друга врста делимичног споразума постоји у случају када стране које преговарају постигну сагласност о свим објективно (и субјективно) битним елементима, али се истовремено договоре да уговор треба да буде закључен у нарочитој форми. Истина, ни овај случај није изречно предвиђен у Закону о облигационим односима, али се његово постојање може утврдити на несумњив начин.<sup>67</sup> Дозвољеност оваквог споразума заснива се на општем начелу да стране уговорнице слободно уређују своје односе. Из наведеног начела произлази да стране задржавају могућност да њихова саг-

---

<sup>67</sup> Упоредити правила садржана у чл. 39 Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

ласност у погледу садржине не производи правна дејства док се не испуни одређена форма као услов пуноважности.

#### *Б. Разлике између Скице и Закона о облигационим односима*

Правила о делимичном споразуму била су јасније постављена у Скици за Законик о облигацијама и уговорима него у Закону о облигационим односима. Наиме, после основног правила које је гласило:

„Уговорници се могу споразумети да ће њихов уговор имати нарочиту форму и кад по закону није потребна никаква форма за закључење таквих уговора“<sup>68</sup>, долазило је друго правило из кога је недвосмислено произлазило да сагласност о садржини представља само делимични споразум до обављања форме.

„Ако се пре или приликом постизања сагласности о садржини уговора постигне сагласност о његовој форми, сматра се да је уговор закључен тек када је та форма обављена.“<sup>69</sup>

Редактори Закона о облигационим односима изоставили су поменуту одредбу у коначном тексту сматрајући по свој прилици да је она излишна и да се и без ње тумачењем основног правила може доћи до истог закључка као и када она постоји. Али, изгледа да нису били у праву. Чини се, наиме, да је овде реч о једном од оних случајева за које се каже да и кад се нешто подразумева и ако ништа није речено, још боље се подразумева када је речено.

Правило из Скице говори о томе да стране које преговарају могу раставити закључење уговора на две етапе (фазе): у првој ће настојати да постигну сагласност о садржини будућег уговора чијем закључењу теже, док ће у другој настојати да садржину о којој су претходно постигли споразум, одену у нарочиту форму. У таквом случају постизање сагласности о свим елементима садржине, што би иначе у другим приликама било доволно за закључење и постојање уговора, представља само делимични споразум као прву фазу на путу до уговора. Тек обављање захтеване форме, ако и када до ње дође, значиће закључење уговора. Али, обављање форме није обична формалност. Тај захтев значи потребу да се изнова постигне сагласност, овога пута о томе да се о раније постигнутом споразуму састави писмена исправа и да је обе стране потпишу. Ако један од преговарача одбије да потпише састављену исправу, друга страна не може изнудити потписивање, позивајући

---

<sup>68</sup> Члан 39 ст. 1 Скице.

<sup>69</sup> Члан 39 ст. 2 Скице.

се на раније постигнуту сагласност. Она то не може постићи чак ни ако је она сама испунила своју обавезу.<sup>70</sup> Сагласност о садржини само је делимични споразум, и као и у другим случајевима претходних споразума, ниједна страна не може принудити другу да на основу њега закључи коначан уговор.

Смисао споразума, којим се закључење уговора условљава испуњењем захтева о уговореној форми, огледа се у створеној могућности за стране да одлуку о закључењу уговора одложе за доцније. Уместо да се уговор закључи у тренутку постизања сагласности о садржини, како то редовно бива, закључење се одлаже за будућност и то са неизвесним исходом јер ће до њега доћи само ако се стране поново сагласе, овога пута о испуњавању захтева форме. Уместо једне, траже се две, временски одвојене, сагласности. Апстрактно посматрано овакво решење може бити у интересу обе стране. Али, лако је замислiti да је у пракси оваква могућност, пре свега, у интересу једне стране, оне која је у стању да другу страну приволи на склапање оваквог споразума о форми. Уосталом, исто правило важи и када само једна страна захтева да уговор буде обављен у одређеној форми.

Треба напоменути да сагласност преговарача о свим елементима садржине има обележја делимичног споразума само ако су преговарачи имали такву намеру. Они су, наиме, хтели да одложе закључење уговора до тренутка када ће се обавити нарочита форма. Али, не мора бити тако. Стране које преговарају могу одредити да њихова сагласност о садржини представља готов уговор, а да обављање предвиђене форме означава само осигурање доказа да је уговор претходно већ закључен.<sup>71</sup>

## *B. Споразум о форми у судској пракси*

*a. Одлука Врховног привредног суда.* – Становиште да сагласност о садржини представља само делимични споразум, а не пуноважан уговор ако су стране условиле закључење уговора обављањем нарочите форме, прихваћено је и у појединим одлукама судова. Такво схватање је у једном случају изразио (ранији) Врховни привредни суд:

„Међу странкама је спорно да ли писмено, на које се позива тужилац представља пуноважан уговор о куповини и продаји и у вези с тим да ли је основан захтев тужиоца за накнаду штете који је тужилац поставио због неиспуњења обавезе испоруке робе од стране туженог преузету по том уговору. Наиме, према том пис-

---

<sup>70</sup> Упоредити: Члан 44 ст. 2 Скице.

<sup>71</sup> Упоредити: Члан 69 ст. 3 Закона о облигационим односима.

мену, за кога тужилац тврди да представља пуноважан уговор, тужени се обавезао да као продавац испоручи тужиоцу као купцу свеже стоне јабуке сорте 'јонатан' сса 600 тона и сорте 'црвени делишес' сса 30 тона по цени од 1,49 динара за један килограм бруто (нето франко хладњача). При томе су странке у ово писмено унеле да уговор ступа на снагу на дан његовог потписивања, с тим што су означиле да уговор за тужиоца потписује комерцијални директор, а за туженог директор и комерцијални руководилац. У вези с тим, међу странкама није било спорно да поменути уговор није потписао директор туженог. Врховни привредни суд, размотривши предмет спора и оценивши жалбене разлоге тужиоца, нашао је да је првостепени суд правилно поступио када је у вези с истакнутим спорним питањем заузео становиште да поменуто писмено не представља пуноважан писмени уговор о куповини и продаји. Наиме, како се то види из самог текста поменутог писмена, странке су пуноважност поменутог уговора о куповини и продаји условиле потписивањем уговора од стране одређених представника, будући да су у одредбе текста уговора унеле и одредбу да уговор ступа на снагу на дан његовог потписивања. При томе су у тексту назначиле да уговор у њихово име потписују напред поменута лица. При таквом стању ствари, када је пуноважност поменутог уговора била условљена да исти мора бити потписан од стране одређених лица, Врховни привредни суд је нашао да непотписивање писмена о уговору од стране ма и једног од предвиђеног потписника (у овом случају директора туженог) има за последицу да се поменути уговор не може сматрати закљученим. Ово са разлога што су странке самим текстом уговора предвиделе да га за сваку од уговорних странака потписују тачно одређена лица, као и да ће уговор ступити на снагу, дакле, постати пуноважан, тек на дан његовог потписивања. Стoga, како писмено о уговору није било потписано од стране једног уговором предвиђеног потписника, то такав уговор не може бити пуноважан када у спорном случају нису остварени сви услови које су стране биле прописале за његову пуноважност. Следствено изложеном, првостепени суд је правилно поступио када је налазећи да овакав уговор међу странкама не производи правно дејство, одбио тужбени захтев тужиоца за накнаду штете претрпљене због повреде овог уговора.<sup>72</sup>

Као што је видљиво из одлуке, преговарачи су се према схватању суда, сагласили у погледу свих елемената садржине: предмет су биле јабуке, сорте „јонатан“ и „црвени делишес“, количина 600 тона за прву и 30 тона за другу сорту цена 1,49 динара по

---

72 Пресуда Врховног привредног суда Сл. 24/72 од 18. октобра 1972. године, Збирка судских одлука, књига XVII, свеска 4, одлука бр. 591.

килограму јабука бруто (нето франко хладњача). При том су стране нагласиле да ће уговор почети да производи правна дејства на дан потписивања. Да овакве одредбе није било, постигнута сагласност о садржини била би довољна за постојање пуноважног уговора. Али, како је било предвиђено да се обави нарочита форма, у овом случају потписивањем писмена од стране овлашћених представника предузећа, иста та сагласност која би у другим приликама била довољна за постојање уговора, у овом случају представља само делимични споразум.<sup>73</sup> Чињеница која наведеној сагласности одузима обележје уговора и своди је на нижи ниво, делимичног споразума, јесте управо намера преговарача да се постигнута сагласност одене у нарочиту форму. Али, као што је речено, обављање нарочите форме није пука формалност. Стране које су склопиле делимични споразум, могу додуше захтевати једна од друге да приступе обављању форме, али је не могу изнудити. У нашем случају директор предузећа које је продавало јабуке одбио је да потпише већ састављено писмено и због тога споразум о садржини није могао да се вине до пуноважног уговора или како је суд лепо изрекао „...непотписивање уговора од стране ма и једног од предвиђених потписника (у овом случају директора туженог) има за последицу да се поменути уговор не може сматрати закљученим“.<sup>74</sup>

Чињеница, што је делимични споразум био састављен написмено ништа не одузима од вредности наведеном правилу, него га напротив потврђује. Јер његов смисао, као што је речено, састоји се у томе што се захтевом за испуњењем одређене форме омогућава обема странама да се још једном и коначно изјасне да ли хоће да се обавежу уговором (*animus contrahendi*). Редовно, до двостепене сагласности долази тако што се први споразум постиже усмено, док се тек други, у коме се сагласност о садржини писмено уобличава, сматра за закључење уговора. У нашем примеру одступа се од наведеног редовног тока утолико што је већ и делимични споразум био састављен написмено, као нацрт будућег уговора, али је ту писана форма била пука забелешка о усменој сагласности, а не услов важности. Тек друга форма, у којој је пресудну улогу имало потписивање уговора од стране директора, представљала је услов без којег се не може сматрати да је уговор закључен. Како

---

73 За обележавање онога што ми називамо делимичним споразумом, суд употребљава израз „писмено“. Али „писмено“ указује више на облик него на садржинску страну односа између претходног споразума, као што је делимични споразум, и коначног уговора.

74 Суд у претежном делу текста појмовно разликује писмено као делимични споразум од уговора до кога је требало да дође али није дошло. Ипак, разликовање није доведено до краја и на појединим местима се говори о уговору иако би требало да се доследно употребљава реч писмено. Таква места која уносе конфузију налазе се у другом и петом ставу наведеног текста.

је потпис изостао, форма није била испуњена и уговор није настao, без обзира на то што је нацрт уговора био састављен написмено. Отуда се може закључити да за важење нашег правила није одлучујуће да делимични споразум буде закључен усмено, а да тек обављање писмене форме означи његово подизање на ранг пуноважног уговора. Могуће је, као што се дододило у нашем примеру, да и делимични споразум буде састављен у писменом облику, али да и поред тога закључење уговора буде одложено до састављања новог писмена, или као што је овде био случај, до стављања потписа на већ постојеће писмено.

*б. Одлука Врховног суда Србије.* – Наведено схватање дошло је до изражaja у још неким судским одлукама. Тако је у једној одлуци Врховног суда Србије било речено следеће:

„По правним правилима грађанског права ако се странке при закључењу уговора сагласе да уговор буде писмен, онда се има сматрати да је уговор закључен тек када уговорне стране потпишу писмено о том уговору и само такав писмени уговор снабдевен потписима уговорних страна обавезује странке. Претходни усмени споразум уговорача, чак и ако има све особине усменог уговора не обавезује исте.“<sup>75</sup>

И поред језичке непрецизности у првој реченици, услед чега долази до нејасноћа у смислу, суд је успео у другој реченици да кристализује схватање о уговореној форми и да га уверљиво изрази. Претходни усмени споразум уговорника, чак и ако има сва обележја уговора не производи правна дејства, уколико су се стране сагласиле да уговор мора бити закључен у писменој форми.

*в. Одлука Вишег привредног суда у Новом Саду.* – За претходни споразум којим се предвиђа закључење уговора у нарочитој форми није битно да ли је закључен усмено или писмено. Одлучујуће је што су се стране у тренутку постизања споразума о садржини сагласиле да то још не значи закључење уговора него су га одложиле до тренутка када ће се обавити предвиђена форма. Отуда је могуће да делимични споразум буде састављен у писаном облику као скица будућег уговора и да се у њему предвиђа обавеза страна да доцније саставе и потпишу писмену исправу која ће означити да је уговор закључен. Овакво схватање дошло је до изражaja у једној одлуци Вишег привредног суда у Новом Саду:

„Из околности да су странке скицирале уговор о купопродаји робе писмено и у овој скици предвиделе да ће уговор сматрати закљученим када га потпишу обе уговорне стране, произлази да су

---

<sup>75</sup> Пресуда Врховног суда Народне Републике Србије, Гж. 3413/56 од 23. јануара 1957. године, Збирка судских одлука, књига II, свеска 1, одлука бр. 82.

се стране споразумеле да уговор закључе у писменој форми, те се не може сматрати да је постигнут споразум ако није дошло до потписивања скицираног уговора од стране обе уговорне странке.“<sup>76</sup>

И у овом као и у претходном случају, упркос недореченоности може се назрети шта суд уистину жели да каже. У решавању проблема битна је намера страна сматра суд, а не чињеница што је делимични споразум већ био састављен у писаном облику. Сви услови који су потребни за постојање уговора могли су бити присутни: сагласност може обухватити све елементе садржине и уз то сагласност може бити одевена у писану форму. Рекло би се, дакле, да ништа не стоји на путу настајања уговора, а ипак уговора нема. Разлог је у томе што су стране изречно предвиделе резерву и тако својом сагласношћу воља одложиле закључење уговора за доцније, условљавајући га обављањем нарочите форме.

## ПРАВНА ДЕЈСТВА

### § 1. Обавеза да се отпочну (или наставе) преговори

Догађа се да се стране, пошто су успоставиле први контакт (путем кореспонденције, огласа, понуда јавности, посета сајму итд.) и пошто су утврдиле да би могле бити заинтересоване за пословну сарадњу, споразумеју да организују пословни састанак и да отворе процес преговарања. Предлог за склапање оваквог споразума може бити садржан у писму о намерама (*letter of intent*) као што је пример који наводимо из међународне пословне праксе:

„Овим вас обавештавамо да је наша организација одлучила да закључи уговор са вашом компанијом о испоруци и инсталирању... као што је наведено у тендери од... Услови уговора утврдиће се у споразуму у току предстојећих преговора за закључење уговора који ће почети (датум и место). Најлепше вас молимо да одредите ваше овлашћене представнике за ове преговоре. Када постигнемо споразум о условима уговора, послаћемо га свим надлежним државним органима на потврду. Биће нам драго да нам пошаљете копију овог документа са вашим потписом у знак да сте се упознали са њиме и да га потврђујете.“<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Пресуда Вишег привредног суда у Новом Саду бр. П 1247/70 од 20. октобра 1971. године, *Зборник судске праксе* 5–6/1972, одлука бр. 477 стр. 407–408.

<sup>77</sup> M. Fontaine, „Exemples de lettres d'intention“, *Droit et pratique du commerce international*, 3/1976, стр. 500.

Циљ коме се тежи писмом о намерама јесте управо постизање споразума о преговорима. У оваквом случају предмет сагласности је само обавеза да се отпочну преговори.

Чешће се, међутим, споразум склапа у току преговарања и тада се његова садржина (поред евентуалне сагласности о појединачним тачкама) састоји у обавези да се већ отпочети преговори наставе. То се може видети у једном занимљивом, мада помало замршеном примеру из наше судске праксе:

„...Спорно питање своди се једино на то да ли је између 27. јануара 1956. године између странака постигнут споразум у погледу бонификације цене... за 20%, односно да ли је сведок В. био овлашћени представник тужилачке стране да у њено име склопи накнадни споразум у погледу куповне цене. Из исказа сведока В. види се да је сведок преговарао са тужениковим представником Ж. и да се сагласио у погледу бонификације... Кад се узме у обзир овај исказ сведока и изричит захтев туженика у писму број 86/56 у коме туженик тражи од тужиоца да му пошаље представника ради коначног споразума онда је туженик основано могао узети да је В. имао овлашћење да коначно реши с њим спорно питање. Туженик није могао знати да В. нема потребна овлашћења, јер је од тужиоца тражио да му пошаље представника ради коначног споразума...“<sup>78</sup>

У спору је одлучујуће правно питање било да ли је сведок В. имао овлашћење да закључи главни уговор. Али, за нашу сврху од значаја је нешто друго што се може назрети из образложења наведене одлуке, иако није у центру пажње суда. Очевидно је, наиме, да су представници два предузећа закључили најпре један претходни споразум о бонификацији цене за 20%, а затим се поставило питање да ли упућени представник има овлашћење за главни уговор. Тужичева обавеза састојала се, дакле, у томе да на тражење туженог, пошаље овлашћеног представника и да тако настави преговоре у циљу закључења уговора.<sup>79</sup>

Обавеза да се поведу или да се наставе преговори састоји се у понашању које се може прецизно одредити. Преговарач, на коме лежи ова обавеза, дужан је да се састане са другом страном, што

---

78 Пресуда Врховног привредног суда Сл. 624/56 од 24. јула 1956. године, *Збирка судских одлука*, књига I, свеска 2, одлука бр. 569.

79 Суд је одбио тврђење тужиоца да сведок В. није имао потребно овлашћење за закључење главног уговора заснивајући своје становиште на две околности. Први разлог се састојао у томе што је В. закључио претходни споразум о бонификацији, а други што је туженик тражио да тужилац упути овлашћеног представника на састанак преговора, па кад је тужилац упутио лице В., туженик није имао разлога да сумња у његово овлашћење. Видети: Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 624/56 од 24. јула 1956. године, *Збирка судских одлука*, књига I, свеска 2, одлука бр. 569.

значи да допутује на преговоре, или да упути овлашћене представнике, или пак, ако је у улози домаћина, да омогући и организује пословни састанак, итд. Ако пропусти неку од радњи које чине садржину његове обавезе, погађа га санкција због неиспуњења обавезе, која се састоји у накнади штете. Обавеза да се почну преговори може постојати на једној страни (на пример, послодавац се обавеже да ће кад се привредна ситуација побољша повести преговоре са радником о закључењу уговора о раду; радник не мора имати обавезу да преговара о запошљавању са тим послодавцем) или бити на обе стране које закључују споразум.<sup>80</sup> Иначе без обзира на то да ли се односи на једну или на обе стране, обавеза да се отпочну (или наставе) преговори убраја се међу обавезе циља или резултата.<sup>81</sup> То значи да у случају неизвршења обавезе једне стране, други преговарач треба само да докаже да се није остварио резултат (на пример, друга страна није допутовала на преговоре, или је послала неовлашћеног представника) да би стекао право на накнаду претрпљене штете.<sup>82</sup>

## § 2. Обавеза да се преговори воде савесно<sup>83</sup>

### A. Савесност у извршењу уговорних обавеза

У низу земаља начело о савесности<sup>84</sup> или, како се понекад назива, начело савесности и поштења,<sup>85</sup> прихваћено је као опште

---

80 J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 206, № 379.

81 Упоредити о облигацијама резултата (циља) и облигацијама средстава: С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 90 и даље.

82 J. Schmidt, „Négociation et conclusion de contrats“, стр. 206, № 379.

83 Питање је да ли у нашем језику реч савесност може у потпуности да изрази појам онога што су римски правници називали *bona fides* (дословно: добра вера) али ми бољи израз за сада немамо. Називи у романским језицима ослњавају се на латински узор. Тако се у француској правној терминологији говори о *bonne foi*, а у италијанској употребљава израз *buona fede*. У енглеском језику (то особито важи кад је реч о америчкој правној терминологији) употребљавају се називи *good faith* и *fair dealing*. Оба израза употребљена су у америчком Једнообразном трговачком законику у члану 2-103 (б) и то на следећи начин: „Савесност (*good faith*) кад је реч о трговцу значи часност у погледу чињеница и придржавање разумних трговачких стандарда о поштеном поступању (*fair dealing*) у трговини.“ Као што се може видети савесност је дефинисана изразом (поштено поступање). Унеколико другачије поступили су редактори Зборника правила о уговорима (*Restatement (Second) of Contracts*). У § 205 изрази су постављени напоредо један уз други као да се допуњују: „Уговор поставља обема странама дужност савесности (*dut of good faith*) и поштеног поступања (*fair dealing*) у његовом испуњавању и остваривању принудним путем.“ Насупрот Законику, у коме је један израз објашњен другим, рекло би се да су у Зборнику поменути називи добили различита значења. Упоредити: С. L. Knapp, N. M Crystal, *Problems of Contract Law*, 1987, стр. 144.

84 Члан 1134 ст. 3 француског Грађanskог законика; Чл. 1337 италијanskог Грађanskог законика.

85 Члан 12 Закона о облигационим односима; Узанса бр. 2 Општих узанси од 1954. године; § 242 немачког Грађanskог законика.

правило у позитивном облигационом праву.<sup>86</sup> Међу првима оно је било проглашено у француском Грађанском законику. Али у француском праву као и у другим правним системима, начело савесности примењивало се само када је уговор већ настао и када је реч била о испуњавању обавеза из уговора који су већ били закључени.<sup>87</sup> Дуго се није ни помишљало да би наведено начело требало применити и на односе страна пре и у току закључења уговора. Између поступања страна пре и после настанка уговора била је повучена јасна и одсечна граница. После закључења уговора стране су дужне да се понашају савесно. Али, из чињеница да се у правним системима начело савесности примењивало при извршењу уговорних обавеза, извлачио се закључак да оно не важи у предуговорном раздобљу, те да преговарачи нису дужни да поступају савесно.

### *Б. Новије тежње у упоредном праву*

У новије време може се запазити тежња да се начело савесности почне примењивати у раздобљу погађања и преговора које претходи закључењу уговора.<sup>88</sup> У појединим земљама ове тежње су дошли до изражaja у законодавству, док су се у другим правним системима, у којима су на снази грађански законици старијег датума, испољиле у судској пракси. Заједничко је и једнима и другима што је савесност постала мерило понашања не само после закључења уговора када се уговорне обавезе извршавају него и пре закључења док стране још само преговарају.

*a. Садржина обавезе.* – Стране које су закључиле припремни споразум (споразум о преговарању или делимични споразум) дужне су да даље преговоре воде савесно.<sup>89</sup> Наведена обавеза савесног вођења преговора представља најважније правно дејство припремних споразума. Појам савесности или, како се у нас говорило, начела савесности и поштења<sup>90</sup> један је од најнеодређенијих<sup>91</sup> у

86 Упоредити за француско право: G. Lyon-Caen, „De l'évolution de la notion de bonne foi“, *Revue trimestrielle de droit civil* 1946, стр. 76 и даље; R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse Bordeaux 1939, passim, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* 4<sup>eme</sup> édition, Paris 1949, стр. 287 и даље; J. Ghestin, *op. cit.*, стр. 202 и даље; за италијанско право: A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, Milano 1974, стр. 91 и даље; R. Sacco, *Il contratto*, стр. 661 и даље; F. Carresi, *Il contratto*, t. I, стр. 705 и даље; F. Messineo, *Il contratto*, t. I, стр. 300 и даље, стр. 360 и даље; за америчко право: F. Kessler, E. Fine, „Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study“, *77 Harvard Law Review* 3/1964, стр. 401 и даље; E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 217 и даље; F. Kessler, G. Gilmore, A. T. Kronmman, *op. cit.*, стр 201 и даље.

87 Упоредити: „Elles (les conventions M. O.) doivent être exécutées de bonne foi.“ Чл. 1134 ст. 3 француског Грађанског законника.

88 Упоредити: J. Ghestin, *op. cit.*, стр. 200, n<sup>o</sup> 184.

89 Упоредити: J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 206. n<sup>o</sup> 379; E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 269 и даље.

90 Упоредити: „Од њега (начела поштења и савесности М. О.) треба поћи при просуђивању поступака странака у пословном промету, нарочито при ту-

праву. Ипак, на најопштији начин може се рећи да начело савесности поставља захтев да се стране понашају лојално и да избегавају, коликогод им је то могуће, наношење штете другоме. Разуме се да овако формулисана општа правила стварају потребу да се прецизније утврди садржина понашања у појединим случајевима. При томе је потребно разликовати савесност у строго субјективном од савесности у објективном смислу.

У субјективном смислу, савесност је психолошко стање одређеног лица које се састоји у његовом уверењу о томе да одређене околности постоје или не постоје. Лице је савесно уколико су његови поступци у складу са његовим уверењем: оно предузима одређене радње зато што је уверено да одређене околности постоје (на пример уверено је да је лице од кога купује ствар њен сопственик). Супротност оваквом стању свести је несавесност. Она постоји када лице предузима извесне поступке који нису у складу са његовим уверењем (на пример, када знајући да продавац није сопственик ипак купује од њега ствар).

Посматрана у објективном смислу<sup>92</sup>, савесност означава вредносно мерило<sup>93</sup> које се ослања на правила морала, добрих обичаја или уопште на друштвена правила о понашању. Овако дефинисана савесност не односи се на психолошко стање одређеног лица, његово познавање или непознавање одређених чињеница и околности, него на стандард понашања који се налази изван њега. У том

---

мачењу уговора. Односи између привредних организација, као и уопште у промету, морају бити увек у складу с моралом, коректни и лојални; при вршењу својих права и дужности мора се увек поступати „поштено и савесно“. В. Капор, Уговор о куповини и продаји робе, према Општим узансама за промет робом, З. издање, Београд 1960, стр. 22; Као што се може запазити у наведеном тексту говори се веома уопштено, како су то иначе чиниле и опште узансе о начину поштења и савесности тако да су изостала ближа мерила о томе како се ово начело примењује у конкретним случајевима. Уз то се говори „о пословном промету“ па се не види да ли се пачело савесности и поштења односи само на извршење или и на преговарање и закључење уговора. Исто тако изрази „у складу са моралом“, „коректни и лојални односи“ су уобичајени стандарди за разликовање савесног од несавесног понашања, али ако се не наведе ниједно ближе мерило, онда се садржина наведених појмова више наслућује него што се иоле прецизно одређује.

91 Тако на пример, веома неодређено говори о начелу поштења и савесности А. Голдштајн: „Bona fides је главни принцип облигационог права, па према томе, то начело представља садржај сваке норме те је као опште начело формулисано посебно иако се његова примјена намеће у свим случајевима. Поступци странака оцјењивају ће се полазећи од тог начела јер је правило принудно па га суд мора примијенити по службеној дужности.“ А. Голдштајн, *Привредно уговорно право*, 2. издање, Загреб 1974, стр. 65; Упоредити такође: A. Ravazzoni, *op. cit.*, стр. 91 и даље.

92 Упоредити: A. Ravazzoni, *ibidem*; F. Messineo, *op. cit.*, стр. 361.

93 „Примена овог мерила (савесности и поштења М. О.) на појединачне случајеве не заснива се на логичком закључивању него на вредносној оцени.“ Andreas von Thur, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I Halbband, Tübingen 1924, стр. 46.

смислу начело савесности поставља извесна, видели смо, општа правила о исправном понашању у преговорима, чију садржину ближе одређују судови када решавају конкретни случај. При томе, судови се ослањају у првом реду на обичаје, јер се у њима изражава схватање о исправном и поштеном понашању, које је проверено искуством. То је и разумљиво, јер се садржина начела као што је савесност, не може конкретизовати искључиво логичким резоновањем. Напротив, за сличне случајеве, само искуствена провера може да пружи узоре који ће служити као мерило понашања.<sup>94</sup>

б. *Best Efforts.* – У међународним пословним односима често се употребљава израз *best efforts*<sup>95</sup> (дословно: највећи напор) уместо израза савесност (*good faith* дословно: добра вера) да се означи степен брижљивости који се захтева од уговорних страна. Понекад се наведено мерило користи и у припремним споразумима да би се, на тај начин, обележила савесност са којом стране треба да воде даље преговоре. Да ли то значи да је захтев у погледу савесности строжи када се траже „највећи напори“ (*best efforts*) него када споразум налаже да се даљи преговори воде у „доброј вери“ (*good faith*)? Уопште узев, може се рећи да када је реч о извршењу уговорних обавеза, стандард највећег залагања (*best efforts*) поставља виши степен брижљивости него када се тражи обична савесност (*good faith*).<sup>96</sup>

Сумњиво је да ли наведено степеновање важи и кад је реч о споразуму о преговарању. Најпре, стога што изгледа да пословни људи, употребљавајући наведене називе, не праве разлику међу њима. Они и у првом и у другом случају изражавају жељу да друга страна лојално води преговоре, како би се стигло до коначног уговора. А затим и зато што изгледа да се обавеза савесног преговарања и не може степеновати. Наиме, страна може преговарати или савесно или несавесно. Ако није савесна, онда је несавесна. Али она не може бити полуsavесна у преговарању или више савесна, када се реч савесност схвати у свом правом смислу. Најзад, употреба речи *best efforts* у међународним пословним односима је прилично неодређена.<sup>97</sup> Стога, ако је у споразуму о преговарању речено да стране треба да уложе највеће напоре (*best efforts*) да би се кроз даље преговоре стигло до коначног уговора, то значи само да се од страна тражи да преговарају савесно. Изузетак може постојати када из других одредаба споразума о преговарању про-

---

94 *Ibidem.*

95 Упоредити: E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 265 и фуснота 200; M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux*, стр. 105 и даље.

96 „Иако оквир ове дужности није одређенији од оквира дужности савесности (*good faith*) јасно је да дужност највећих напора (*best efforts*) подразумева већи терет него обавеза савесности.“ E. A. Farnsworth, *Contracts*, 1982, стр. 529.

97 Упоредити: M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 106 и даље.

излази да стране треба да жртвују нешто од својих интереса, да једна другој учине одређене прецизно наведене уступке итд. Али и у том случају повишени захтеви не зависе од употребљених речи него од смысла одредаба о којима су се стране споразумеле. Исто би било да су у наведеном примеру уместо речи best efforts биле употребљене речи good faith. Стога је и овде као и у многим другим ситуацијама важније обратити пажњу на смысao употребљених израза него на њихово језичко значење.

### *B. Поједине дужносћи*

Обавеза да се преговори воде савесно може се разложити на више посебних дужности<sup>98</sup> међу којима се неке могу формулисати на позитиван начин док се друге могу окарактерисати као забране одређених поступака (негативне дужности). У првој групи издвајају се: дужност да се преговори воде са намером закључења уговора

98 У правној теорији се сноп појединачних дужности, које чине саставне делове обавезе да се преговори воде савесно, одређује на различите начине. Готово да нема два писца који би изложили истоветан преглед посебних дужности. Ево неколико карактеристичних примера: Марсел Фонтен, који је испитивао велики број споразума о преговарању закључених у међународној пословној пракси наводи следеће уже дужности преговарача: „Општа обавеза да се преговори воде савесно подразумева такође разне дужности: коректно обавестити партнера о елементима који су од важности за његово просуђивање, уздржати се од подношења предлога који су већ на први поглед неприхватљиви и који би као такви довели до краха преговора, не продужавати преговоре одржавајући лажне наде код партнера кад је одлука да се преговори прекину већ донета. Изгледа такође да чак и у одсуству било какве изречне одредбе, обавеза да се преговори воде савесно, садржи још неке дужности које понекад чине садржину посебних споразума о којима је било говора као што су: сарадња свих страна како би преговори били доведени до краја у разумном року, поштовање тајности примљених обавештења, или чак обавеза да се не воде паралелни преговори са трећима без знања партнера.“ M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 39; Пјер Анжел наводи следећи преглед посебних дужности имајући у виду швајцарско право: „Негативне дужности“: Не почињати преговоре ако немамо намеру да озбиљно преговарамо о једном послу... исто тако није дозвољено скривљено развлечати преговоре за које више нема наде. Не давати лажне изјаве, а посебице не одговарати неистинито на постављена питања. Не давати погрешна обавештења. Не тврдити лажно да поседујемо пословну способност или да имамо овлашћење за заступање. Избегавати недостатке у сопственој изјави воље. Избегавати да се проузрокују недостатци у изјави воље код друге стране; у оба случаја без обзира на то да ли је реч о невештини, инерцији, двосмисленостима итд.“ Позитивне дужности: Обавестити другу страну у извесној мери, о околностима које су од значаја за доношење одлуке о закључењу уговора и то о закључењу под одређеним условима. Страна која не поштује ову обавезу одговара по том основу не само ако је поступала неправилно, него и ако је у неком држању било ма какве кривице... Друга позитивна дужност: „Отклонити заблуду о некој чињеници за чије постојање знамо или би требало да знамо, ако опазимо да наш партнери има нетачну представу о чинидбама или о ширини своје обавезе.“ Обавестити партнера о опасностима којима излаже своју личност или имовину услед употребе ствари коју му испоручујемо, дајемо у закуп или на зајам.“ Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, стр. 135–6.

и дужност обавештавања. Што се тиче негативних дужности о њима ће бити речи доцније у посебном параграфу.

*a. Дужносћи да се преговори воде са намером да се уговор закључуји.* – Савесност схваћена у објективном смислу подразумева дужност страна које су отпочеле преговоре да их воде са намером да закључе коначни уговор.<sup>99</sup> Тежња да се преговори успешно окончају треба да руководи обе стране у формулисању сопствених предлога и разматрању противпредлога као и у погађањима око појединих услова. У српском праву и у неким другим правним системима ова дужност је предвиђена општим правилима, што значи без обзира на то да ли постоји споразум о преговарању или не. Према тим правилима, одговорност преговарача цени се у првом реду с обзиром на намеру. Страна која поведе преговоре без намере да закључи уговор као и она која је у почетку такву намеру имала, па накнадно од ње одустала, одговара оштећеном преговарачу за штету коју му је проузроковала. У нашем праву одговорност за ову врсту проузроковане штете је према преовлађујућем схватању деликтног карактера, док је у упоредном праву њена правна природа у неким системима уговорна, а у неким другима деликтна.

*b. Дужносћи обавештавања.* – Поред неких других функција, савесност има веома важну улогу као мерило на основу кога се процењује дужност обавештавања преговарача.<sup>100</sup> Раније се сматрало да ова обавеза почиње тек од закључења уговора, док се у новије време о њој води рачуна већ од тренутка отварања преговора.<sup>101</sup> Нешто мање сагласности има у погледу обима и садржине информација које један преговарач треба да пружи другој страни. И управо на овом плану примена начела савесности може бити драгоценна као мерило. Једну садржину ће имати обавеза обавештавања када је реч о преговарачима подједнаких својстава и економске снаге, а сасвим другачију кад је реч о односима страна између којих постоји изразита неједнакост, као што су односи између великих често мултинационалних компанија и малих трговаца или грађана, или између професионалаца, на пример производа компјутера или других софистикованих апарат, и неупућених потрошача. У потоњем случају, производјач или продавац има знатно обимнију и ширу обавезу да купцу укаже на особине и добре и рђаве стране апарати и да му објасни функционисање и начин

---

<sup>99</sup> Упоредити: J. Schmidt, *op. cit.*, стр. 206, № 380.

<sup>100</sup> Упоредити: J. Ghastin, „L'obligation précontractuelle de renseignements en droit français“, у књизи, D. Tallon, D. Harris, *Le contrat aujourd'hui: Comparaisons franco-anglaises*, Paris 1987, стр. 171 и даље; B. Nicholas, „L'obligation précontractuelle de renseignements en droit anglais“, у истој књизи, стр. 185 и даље: J. Ghastin, *Le contrat: Formation*, стр. 502 и даље; M. de Juglart, „L'obligation de renseignements dans les contrats“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/1945, стр. 1 и даље: P. Engel, *op. cit.*, стр. 136.

<sup>101</sup> J. Ghastin, *Le contrat: Formation*, стр. 504, № 457.

употребе.<sup>102</sup> Стога, ако је такав преговарач пропустио да учини нешто што налаже савесност у таквом случају, а што у неком другом случају и у другим околностима не би представљало пропуст, биће дужан да накнади проузроковану штету.

### § 3. Случајеви несавесног поступања

Стране у припремни споразумично уносе обавезу да даље преговоре о закључењу уговора воде савесно. Али и када ништа не предвиде очигледно је да ће се на споразум применити начело о поштењу и савесности које важи за све врсте сагласности. У оба случаја свака страна дужна је да поступа лојално према другој страни. Шта уистину сачињава садржину поменуте обавезе није лако одредити јер је она веома променљива, зависно од врсте споразума, односа међу странама које су га закључиле итд. Понекад се у правној теорији каже да преговарачи треба да се уздрже од преварних поступака и зле намере.<sup>103</sup> Разуме се да право осуђује овакве облике зломисленог понашања, али је питање да ли се на овај начин исцрпују захтев о савесном вођењу преговора? Суочени са наведеним тешкоћама, поједини писци препоручују да се као узор за савесно поступање узме начин на који бисмо се нашали у односима са члановима породице или са најближим пријатељима.<sup>104</sup> Други сматрају да појам савесности има смисла само утолико што се њиме искључују разни облици проскрибованих понашања.<sup>105</sup> Слично је схватање оних правника који истичу да је савесност једно морално правило које поставља захтеве за одређеном врстом понашања. Али какво ће то понашање бити, зависи од многих околности услед чега се јединство појма разлаже на мноштво захтева у примени на различите ситуације.<sup>106</sup>

Насупрот напорима правне теорије да на општи начин одреди позитивну садржину појма савесног вођења преговора, судови су мерилом савесности и поштења оцењивали поступке страна, којима су оне ометале успех преговора и осуђивале закључење уговора. Као резултат таквог рада судова, слика о обавези савесног вођења преговора јаснија је данас у свом негативном виду (тј. када

---

102 P. Engel, *ibidem*.

103 Упоредити: E. A. Farnsworth, „Precontractual Liability and Preliminary Agreements“, 87 *Columbia Law Review* 2/1987, стр. 269.

104 R. Fisher, W. Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Houghton Mifflin Co, 1981, стр. 148.

105 R. Summers, „'Good Faith', in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code“, 54 *Virginia Law Review*, 1968, страна 199–207 наведено према C. L. Knapp, „Enforcing the Contract to Bargain“, 44 *New York University law Review*, 4/1969, стр. 721, фуснота 167.

106 J. Ghestin, *op. cit.*, стр. 203, н<sup>о</sup> 185.

савесно поступање изостане), него у позитивном облику. Наиме, док је њена садржина, кад је реч о позитивном дефинисању, остала на нивоу прилично неодређених општих упутстава, дотле су у судској пракси и у нас и у упоредном праву утврђени случајеви у којима се сматра да је једна страна несавесно водила преговоре. Најизразитији примери таквог непоштеног поступања могу се груписати у следеће врсте: А. Враћање на већ утврђене тачке; Б. Неприхватљиви предлози; В. Уздржавати се сваке преваре; Г. Истовремено преговарање са трећима. Свакоме од наведених случајева биће посвећен посебан одсек.

#### *A. Враћање на већ утврђене тачке*

У замашним и сложеним преговорима, у којима процес усаглашавања напредује споро и постепено, делимични споразуми утврђују тачке о којима су стране постигле сагласност. Коликогод скромни били (по свом обухвату) овакви споразуми, њима се утврђује пређени пут и буде наде да се може постићи коначан успех. Стога, изразит пример непоштеног понашања је случај када се једна страна у преговорима враћа на пређену етапу и доводи у питање већ постигнути делимични споразум.<sup>107</sup> Ако би се у преговорима који се воде корак по корак, стране непрестано враћале на већ усаглашене тачке и стално изнова отварале јучерашњу расправу, свако напредовање било би онемогућено.<sup>108</sup> Ипак, ваља рећи да такви поступци нису ретки у пракси. Да би се оправдали, преговарачи који се понашају на овај начин често се позивају на то да делимични споразум наспрот коначном уговору не производи правно дејство и да их због тога не обавезује.<sup>109</sup> Примећено је да се оваквим поступцима но правилу служе они који у процесу преговарања имају главну реч (генерални директори, шефови делегација или председници компанија), истичући да њих не везују претходни споразуми на нижем нивоу које су закључили њихови сарадници. Али, треба напоменути да је страни у току преговарања увек дозвољено да захтева враћање на већ утврђену тачку у претходном споразуму, ако заузврат нуди уступак у неком другом питању.<sup>110</sup>

У нашој судској пракси забележен је случај изразитог непоштовања раније постигнутог споразума и враћања на већ утврђе-

---

107 Упоредити: E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 280.

108 Упоредити: „Сама чињеница што стране предано преговарају једна са другом да реше међусобна питања и то тачку по тачку представља прећутно обећање да се сутра неће разорити јучерашњи посао тиме што ће се поново отварати делимични споразум.“ F. Iklé, *How Nations Negotiate*, Harper & Row, 1964, стр. 99 наведено према E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 280, фуснота 269.

109 E. A. Farnsworth, *ibidem*.

110 M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 39; E. A. Farnsworth, *ibidem*.

не тачке. Додуше то није била и једина некоректност у поступку несавесне стране, јер су постојали и елементи подношења неразумних предлога, па и арогантности у преговарању. Али дезавуисање услова које је предложила комисија самог преговарача, било је најупадљивије у његовом непоштеном понашању. Њема да је уосталом како га је оценио суд:

„Међу странкама је неспорно да је у априлу месецу 1985. године тужена радна организација 'Завод за уџбенике и наставна средства' преко својих уредника наручила од тужиље Б. П. академског сликара из Земуна да за потребе тужене РО изради 13 вињета, 13 сликовница и 118 илустрација за географски атлас за II, III и IV разред основне школе. Тужиља је израдила наручене илустративни материјал и предала га комисији за процену у уговореном року, 30. јуна 1985. године. Пошто су рецензенти имали одређене примедбе, тужиља је поступила у складу са њима и коначну, побољшану верзију предала 19. јула те године. Истог дана, комисија тужене РО, која је примила тужиљине радове, саставила је записник о примопредаји, извршила процену вредности радова према одредбама Самоуправног споразума о утврђивању критеријума за учешће аутора у остваривању услова за рад у издавачким организацијама које издају уџбенике за основно и средње образовање и о остваривању имовинских ауторских права од 1976. године (*Службени гласник СРС*, бр. 28/1976) и предложила да накнада за све урађени илустративни материјал износи укупно 359.541 динар. Два дана после извршења пријема, мр В. Б. руководилац ООУР-а, у својству овлашћеног радника тужене радне организације упутио је писмо туженој (која се налазила на летовању) у коме јој је понудио другачије, за њу неповољније услове: или 250.000 динара за прво издање или 500.000 динара за откуп (што значи не само за прво него и за сва наредна издања). Уз то, у писму је било напоменуто да публикација о којој је реч (географски атлас за II, III и IV разред) није уџбеник него наставно средство, те да због тога тужена РО није дужна да ауторску накнаду одређује према поменутом самоуправном споразуму из 1976. године.“<sup>111</sup>

111 Упоредити: „Тужиља је израдила илустративни материјал не по сопственој иницијативи, за што би она могла сносити ризик, него по наруџбини представника тужене РО. Она је рад предузела у уверењу да ће ауторски уговор бити закључен и да ће добити ауторску накнаду према Самоуправном споразуму из 1976. године, онако како је предложила комисија РО. То је видљиво не само из њеног исказа на расправи од 19. септембра него и из исказа сведока М. П. на тој истој расправи. У конкретном случају, преговори су прекинути када је В. Б. руководилац ООУР-а, формулисао понуду која је одступала од услова под којима су били вођени преговори и то не само у односу на очекивање тужиље него и у односу на оно што је предложила комисија тужене РО. Тужиља са своје стране није прекинула сарадњу и покушавала је да је одржи.“ Из објављења Решења Врховног суда Србије Гж. 1422/86 од 11. марта 1987. године.

Видљиво је да је један преговарач, у конкретном случају, руководилац тужене РО покушао да погађање врати на стање које је претходило споразуму између тужиље и службеника запослених у његовом предузећу. Несавесност је у овом случају изразитије обележена него иначе, јер је процену вредности тужиљиног рада извршила комисија тужене стране. По себи се разуме да тужиља као самостални уметник, дакле лице изван радне организације није имала никаквог утицаја на утврђивање висине ове накнаде. Она је само прећутно пристала на услове које су јој одредили чланови комисије. Али управо чињеница што су висину накнаде одредила лица запослена у организацији тужене, дакле једнострano, и чињеница да је тако одређену накнаду смањио руководилац у тој истој организацији у оквиру које је утврђен износ, указује на грубу повреду начела о савесном преговарању.<sup>112</sup>

#### *Б. Неприхватљиви предлози*

Обавеза да се преговори воде у складу са начелом поштења и савесности може се повредити и онда када једна од страна подноси очигледно неприхватљиве, или, како неки правни писци кажу, неразумне предлоге.<sup>113</sup> Разуме се, приликом оцењивања да ли је неки предлог разложан или неразуман потребна је велика предострожност и стога су судови, по правилу, веома опрезни када такву оцену треба да изрекну. Преговарање по својој природи и није ништа друго него упућивање различитих предлога и противпредлога који се другој страни могу учинити претераним или потпуно неприхватљивим. Дешава се да преговарач из тактичких разлога затеже на једној тачки да би од друге стране добио уступак на некој другој тачки. Предлози учињени на такав начин не могу се сматрати неразумним, иако могу бити потпуно неприхватљиви за другу страну. Уосталом, преговори у циљу закључења одређеног уговора у грађанској или привредној праву немају, за разлику од колективног преговарања између синдиката и послодавца у неким земљама, усталјене стандарде према којима би се уопште узев могло процењивати да ли су поднети предлози разложни или неразумни.<sup>114</sup> Али ако су преговарачи већ склопили делимични споразум и ако су се сагласили да о преосталим тачкама наставе да преговарају са потребном савесношћу, почетне потпуне слободе у подношењу предлога више нема, јер су стране везане споразумом и узајамном обавезом о савесном преговарању. Стога, уколико једна

---

112 Упоредити: E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 276; M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 39.

113 Видети о обавези да се преговори воде савесно у области колективног преговарања: S. Jauffret-Epstein, „Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain“, *Revue internationale de droit comparé*, 4/1982, стр. 1123 и даље.

114 C. L. Knapp, *op. cit.*, стр. 723.

од страна после оваквог споразума и даље инсистира на предлозима који су очигледно неразумни<sup>115</sup> или осиони, судови могу такво понашање оценити као непоштен поступак.

Тако је, у малочас поменутом случају, Врховни суд Србије сматрао да поступак руководиоца издавачког предузећа, поред тога што је означавао враћање на већ утврђене тачке, има и обележје стављања очигледно неприхватљивог предлога и стога је посленику досудио накнаду штете.<sup>116</sup> Као што је речено, комисија састављена од уредника издавачког предузећа проценила је да вредност нарученог илустративног материјала за географски атлас за основну школу који је израдила тужиља Б. П. износи 359.541 динар. Један од уредника и тужиља су се усмено споразумели да је наведени износ адекватна награда за извршени посао. Али, после тога је директор (руководилац ООУР-а), који је једини био овлашћен за закључење писменог уговора о ауторском делу одступио и од наведеног усменог споразума (свога уредника и тужиље) и од процене сопствене комисије и предложио тужиљи награду од само 250.000 динара. Уз то је у писму подсетио да није закључила писмени уговор о ауторском делу и да нема потписан ни предуговор, што је све требало да је упозори како издавачко предузеће нема никакве обавезе према њој и да јој не преостаје ништа друго него да прихвати његов предлог који је за трећину био мањи од процененог износа, или да се помири са чињеницом да неће добити ништа.<sup>117</sup>

У одлуци Врховног суда Србије којом је укинута пресуда Окружног суда у Београду речено је између осталог и следеће:

„У образложењу првостепене пресуде се наводи да је тужиља у својству академског сликара била ангажована од стране туженог предузећа, преко уредника Колјанина, да за потребе туженог изра-

---

115 E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 280.

116 Решење Врховног суда Србије Гж. 1422/86 од 11. марта 1987 (из архиве суда) којим је укинута пресуда Окружног суда у Београду П. бр. 5758/85 од 19. септембра 1986. године. Разлика у схватањима судова огледа се у следећем: У иначе лепо урађеној пресуди, Окружни суд се изјаснио само о тражењу тужиље да јој се досуди награда за ауторско дело. С обзиром на то да између парничних странака није био сачињен писмени уговор о изради и коришћењу наручених илustrација суд је одбио тужбени захтев позивајући се на чл. 56 Закона о ауторском праву према коме је за пуноважност ауторског уговора потребно да буде закључен у писменом облику. Врховни суд Србије је не поричући чињеницу да уговор није био закључен у писменој форми, изразио схватање да претходни делимични споразум између страна које су преговарале производи одређена правна дејства и укинувши пресуду првостепеног суда упутио га да оцени колико накнаду треба досудити тужиљи за наручени рад и утрошени материјал.

117 Чињенично стање је изложено према образложењу из пресуде Окружног суда у Београду, П. бр. 5758/85, од 19. септембра 1986. године.

ди илустративни материјал, али се том 'ангажовању' не придаје никаква правна важност. Но управо та реч указује на смисао онога на шта се позива тужиља. 'Ангажовати' некога да нешто изради значи наручити израду каквог дела, а како се не може претпоставити да се оваква израда добија бесплатно, то истовремено значи да је онај који нешто наручује спреман да за то и плати. Отуда су уредници који су у име и за рачун туженог предузећа преговарали са тужиљом и наручили од ње израду илустрационог материјала, истовремено преузели обавезу у име и за рачун туженика да исплате накнаду за извршени рад и утрошени материјал без обзира да ли ће се закључити писмени ауторски уговор или не. Када један од преговарача у току преговора наручи од другог да овај нешто уради, дужан је да за то плати независно од успеха самих преговора. Ако преговори успеју и уговор буде закључен, уговорници могу унети обавезе из преговора у садржину уговорних обавеза, а ако се преговори прекину, што се овде и догодило, евентуалне обавезе које су преговарачи преузели један према другоме треба правно оценити независно од уговора до кога уосталом није ни дошло.<sup>118</sup>

Врховни суд Србије полази од чињенице да парничне странке нису закључиле ауторски уговор у писаном облику, али се за разлику од Окружног суда и раније судске праксе на тој констатацији не зауставља. Он, наиме, истражује да ли у недостатку писменог уговора постоји неки други основ по коме би тужиља имала право на накнаду. Његово разлагање случаја иде овим током: уредници у издавачком предузећу су, наручивши израду илустрационог материјала за географске атласе, створили истовремено и обавезе за тужено предузеће да се тужиљи исплати накнада за извршени рад и утрошени материјал. Наведена обавеза постоји независно од чињенице што доцније, и то управо због очигледно неприхватљивих предлога директора туженог предузећа, није дошло до закључења главног уговора. Иако се, о томе не изјашњава изречно, Суд свакако има у виду да је та обавеза проистекла из усменог делимичног споразума који су стране закључиле када је наручена израда илустрационог материјала. Потврду за наведено становиште налазимо у делу образложења у коме се говори о ангажовању тужиље: „Ангажовати“ некога, каже суд „значи наручити израду каквог дела, а како се не може претпоставити да се оваква израда добија бесплатно, то истовремено значи да је онај који наручује спреман да за то и плати.“<sup>119</sup>

Друга битна тачка на којој почива образложение одлуке односи се на оцену директоровог понашања. Суд сматра да је дирек-

---

118 Из образложења Решења Врховног суда Србије Гж. 1422/86 од 11. марта 1987. године.

119 *Ibidem*.

тор повредио обавезу да преговоре води савесно и да се такав његов поступак испољава у упућивању очигледно неприхватљивог предлога тужиљи. Најпре, директор је предложио знатно нижи износ награде (250.000 динара) од оног о коме је био постигнут усмени споразум између уредника и тужиље (359.541 динар). Некоректност његовог предлога огледа се још више у томе што је наведени износ од 359.541 динар одредила комисија, коју су сачињавала лица запослена у туженом издавачком предузећу.<sup>120</sup> Тужиља, наиме, ни на који начин није учествовала у погађању око износа који је утврдила комисија. И најзад, директоров предлог има обележје наглашене осионаости, јер се тужиља упозорава да је препуштена на милост и немилост увиђавности туженог предузећа у коме је директоров утицај одлучујући. Опомена упућена тужиљи да неће добити ништа, ако не прихвати његов предлог о награди, има карактер чисте уцене. Најмање симпатично у његовом поступку јесте управо упозорење упућено тужиљи да нема могућност избора, јер са туженим издавачким предузећем није закључила ни писмени ауторски уговор нити предуговор у прописаној форми, те да јој по правним прописима не припада накнада за ауторско дело. Стога је суд добро поступио када је укинуо првостепену одлуку уз напомену да по његовом схватању тужиља има право на накнаду.<sup>121</sup>

#### *B. Уздржавање од сваке преваре*

Обавеза да се преговори воде савесно обухвата поред осталог и дужност страна да се уздрже од сваке преваре. Преговарачи не смеју обманути другу страну у погледу чињеница које су значајне за њено доношење одлуке о закључењу уговора. Истоветна обавеза односи се и на чињенице које су од утицаја на уношење одређених клаузула у уговор.

Једна одлука Врховног суда Србије врло лепо илуструје најважнији захтев да се преговарачи уздрже од преваре:

---

120 Из образложение пресуде Окружног суда у Београду П. бр. 5758/85 од 19. септембра 1986. године.

121 Ево како је Врховни суд Србије образложио наведено схватање: „Са тог становишта посматрано, тужиља не може остварити право на накнаду за коришћење ауторског дела из члана 57 став 2 Закона о ауторском праву, при чијем се одмеравању узимају у обзир: квалитети дела, могућност продаје дела, материјална корист коју друга уговорна страна постиже коришћењем дела и др., јер као што је речено таква накнада се може добити само када је ауторски уговор пуноважно закључен, а овде уговора није било. Тужиља може (у случају поновљеног исхода) добити само накнаду штете коју је претрпела због тога што су је представници тужене РО, наручилиши израду илustrационог материјала навели да учини трошкове (рада и материјала) па су потом без основног разлога одустали од намере да закључе уговор (чл. 30 став 3 Закона о облигационим односима).“ Решење Врховног суда Србије Гж. 1422/86 од 11. марта 1987. године.

„Према утврђеном чињеничном стању произлази да је тужиља са туженим закључила уговор о купопродаји стана, на којем је био носилац стварског права њен отац. Тужиља је исплатила куповну цену туженику али потписи уговорника нису били оверени код суда јер је тужени оверу потписа одбио. Применом члана 10 Закона о промету непокретности закључено је да овакав уговор не производи правно дејство, па је одбијен тужиљин захтев да јој тужени изда одговарајућу исправу за земљишнокњижни пренос. С обзиром на предње, тужиља је тужбеним захтевом тражила да јој тужени на име накнаде штете исплати износ од 850.000 динара који је захтев такође одбијен. У конкретном случају је утврђено да је тужени приликом закључења уговора био у уверењу да стан продаје као неусељив, јер му тужиљин отац није саопштио да је од своје радне организације добио стан у који се и преселио, а у спорном стану оставио свог пунолетног сина. На овај начин тужени је приликом продаје био обманут па је то био оправдан разлог да одустане од продаје, а што самим тим значи да тужиља и нема право на накнаду штете коју је евентуално имала због незакључења пуноважног уговора о купопродаји спорног стана.“<sup>122</sup>

У случају о коме је судио највиши суд у Србији, ранија ситуација се изменила под утицајем неколико чињеница: деца су порасла и стан је постао мали да задовољи потребе свих чланова породице, отац тужиље (који је до тада имао стварско право на стану) конкурисао је и добио стан у друштвеној својини и наумио је да свог пунолетног сина стамбено збрине тако што ће од сопственика купити стан у коме је дотада становао. Разуме се, у редовним приликама, у његовом куповању и прибављању права својине од сопственика стана не би било ничег неморалног. Напротив, такав уговор и пренос права својине допринели би поједностављењу једне иначе замршене ситуације и отклањању извора сталних сукоба и могућих спорова. Али, у околностима у којима је споразум закључен, поступак имаоца стварског права представља изразити пример несавесности. Тужиља је, наиме, испољила намеру да купи стан у тренутку када је стварско право њеног оца већ било престало и кад је требало да се он из стана исели. Да је отац тужиље поступао онако како је у датим околностима налагало начело савесности и поштења, требало је да испражњени стан врати сопственику. Последица би била да сопственик стекне могућност да се коначно усели у свој стан и да може да га прода као усељив.

Превара се, dakле састојала у томе што „тужиљин отац није саопштио туженом да је од своје радне организације добио стан у

---

122 Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1365/83, *Информација*, Окружни суд у Београду бр. 18–19, Београд, 4. јануар 1984, стр. 4–5.

који се већ и преселио<sup>123</sup> и што је на тај начин створио код туженог погрешну представу да станарско право тужиљног оца и даље постоји. Та чињеница је одлучујуће утицала на туженог да донесе одлуку о продаји стана. Изгубивши наду да ће до свог стана икада доћи, тужени се помирио са мишљу да ће стан морати да прода будзашто. Да је тужиљи и њеном оцу пошло за руком да стан купе по цени која важи за неусељиве станове, они би стекли велику и неоправдану материјалну корист (јер је у том тренутку стан већ био усељив с обзиром на то да је станарско право тужиљног оца престало). У том подухвату нису успели а заслуга припада једној изузетној одлуци Врховног суда Србије.

#### *Г. Преговарање са трећим*

Једно од најосетљивијих питања у области пословних односа јесте да ли се може сматрати дозвољеним поступак стране, која пошто је отпочела погађање са једним партнером поведе преговоре са трећим лицем или чак са више конкурената истовремено? То питање у нашем праву није било довољно расветљено,<sup>124</sup> јер у протеклом раздобљу у нас није било ни развијеног тржишта ни конкуренције, па су стога изостали јасни одговори и у судској пракси и кад је реч о добрим пословним обичајима. Што се тиче упоредног права и међународне пословне праксе схватања о дозвољености паралелног преговарања су подељена. Према првом схватању, паралелни преговори су не само честа појава у пракси него су истовремено и неопходан услов за постојање конкуренције, те их начелно не треба сматрати нечим што би се противило савесном понашању, изузев ако у претходном споразуму оваква могућност није искључена изречном одредбом.<sup>125</sup> Према другом гледишту, када стране закључе претходни споразум обавеза савесног преговарања подразумева и дужност уздржавања од паралелних преговора са трећим лицем.<sup>126</sup>

*a. Одредба о искључивости преговарања.* – У претходном споразуму може се поред обавезе о савесном вођењу преговора изречно предвидети и посебна одредба о искључивости (*clause d'ex-*

123 Из образложења Одлуке Врховног суда Србије, Рев. 1365/83, *Информација*, Окружни суд у Београду, бр. 18–19, Београд, 4. јануар 1984. године, стр. 5.

124 Тако, на пример, Ј. Барбић само узредно помиње паралелно преговарање када набраја основане разлоге за прекид преговора који су у току. Упоредити Јакша Барбић, *Склапање уговора по Закону о обvezним односима*, Загреб 1980, стр. 17.

125 Упоредити: M. Fontaine, „Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux“, *Droit et pratique du commerce international* 2/1977, стр. 95; E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 279.

126 Упоредити: J. Van Uytvanck, „La pratique d'entreprises belges en matière de contrat international: synthèse d'un débat“, in *Le contrat économique international*, Bruxelles, Paris 1975, стр. 397; Слично: C. L. Knapp, *op. cit.*, стр. 721; Супротно: E. A. Farnsworth, *ibidem*.

clusivité, exclusive negotiation clause).<sup>127</sup> Преговарачи се могу споразумети да обавеза терети само једну или да важи за обе стране. Какогод било, смишо наведене одредбе јесте да страна која је такву обавезу преузела убудуће може водити преговоре само са лицем у чију корист је споразум утаначен. Друга страна истог правног дејства огледа се у томе што је преговарач на коме лежи оваква обавеза дужан да се уздржи од преговарања са трећима,<sup>128</sup> а да раније започета погађања прекине. Одредба о искључивости може се предвидети за дуже или краће, али у сваком случају само за одређено време. Утаначена без ограничења у времену, она не производи правно дејство него се своди на разуман рок.

Занимљиво је да су у америчкој судској пракси три федерална обласна суда (Federal district courts) примењујући право државе Њујорк одбила да примене одредбе о искључивости позивајући се на њихову неодређеност.<sup>129</sup> Додуше, у два од наведена три случаја, у одредби о искључивости било је пропуштено да се прецизира колико дуго обавеза траје. Али је зато у трећем примеру рок био одређен и износио свега 90 дана, што показује да су поменути судови поред резервисаности у погледу временске неодређености испољили и једно шире нерасположење према споразумима о преговарању уопште.<sup>130</sup>

*б. Споразум без одредбе о искључивости.* – Када је у споразуму преговарача изречно утврђена одредба о искључивости, питање да ли једна од страна може водити паралелне преговоре са трећима решава се на једноставан начин. Према преовлађујућем схватању овакав поступак преговарача значи повреду обавезе да се преговори воде савесно. Али, питање постаје знатно сложеније и теже ако стране у претходном споразуму постигну сагласност о обавези савесног преговарања, али не предвиде одредбу о искључивости. Да ли и тада постоји дужност уздржавања од преговора са трећима? На теоријском плану могу се уочити два супротстављена гледишта. Према првом, преговарачи се имплицитно обавезују да док трају њихова узајамна погађања не улазе у преговоре са трећим, док према другом

---

127 Упоредити: M. Fontaine, *ibidem*. E. A. Farnsworth, *ibidem*.

128 Упоредити: E. A. Farnsworth, *ibidem*.

129 Metromedia Broadcasting Corporation v. Metro Goldwin Mayer (United Artists Entertainment Co., 611 F. Supp. 415 (C. D. Cal. 1985); Candid Productions Inc. v. International Skating Union, 530 F. Supp 1330, 1332 (S. D. N. Y 1982) (Компанија Skating Union се обавезала да неће преговарати о било каквом другом уговору о правима за преношење светског првенства... ако би тиме повредила захтев савесности у преговорима са компанијом Candid); Jilley Film Enters., Inc. v. Home Box Office, Inc. 593 F. Supp. 515, 516, 521 (S. D. N. Y. 1984). У овом, трећем случају у одредби је била предвиђена обавеза да се преговори воде искључиво са другом страном и савесно а обавеза ограничена на трајање од 90 дана. Ипак, суд је одбио да јој призна правно дејство. Наведено према E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 280 фуснота 267.

130 Упоредити: E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 280 фуснота 267, стр. 265 и фуснота 199.

схваташа треба поћи од начела слободе уговорања и преговарања, што има за последицу и могућност да стране слободно воде преговоре за закључење уговора са више кандидата истовремено. Треба напоменути да су и у упоредном праву одговори на наведено питање потпуно супротстављени. У појединим правима паралелни преговори су дозвољени, у другом су забрањени.

Према првом схваташу стране су начелно узев слободне да отпочну и воде преговоре са више лица истовремено.<sup>131</sup> Ако је циљ преговора да се подношењем предлога и противпредлога дође до уговора који ће бити повољан за обе стране, онда је неопходно да у раздобљу које претходи закључењу уговора стране задрже пуну слободу што укључује и могућност да у паралелним разговорима са трећим лицима изаберу најповољнијег сауговорника. У супротном, стране би биле везане самим отварањем преговора, што не одговара њиховој намери, уместо у тренутку закључења уговора када слободу преговарања замењују уговорним обавезама.

Поборници другог схваташа сматрају да већ обавеза да се преговори воде савесно, за себе узета, обухвата и дужност страна да не преговарају са трећима. Стога, када стране закључе споразум о даљим преговорима, тако постигнута сагласност упућује их да се уздрже од паралелног преговарања са трећима или да у најмању руку застану са њима.<sup>132</sup> Исто тако према једном од оваквих мишљења, повлачење из преговора само зато што је добијена боља понуда од стране трећег лица, изгледа да представља најочигледнији случај несавесности.<sup>133</sup>

Схваташе по коме обавеза да се преговори воде савесно укључује и дужност уздржавања од преговора са трећима, тешко се може прихватити у садашњим околностима. Подсетимо да у појединим правним системима и сами претходни споразуми о будућим погађањима и обавеза да се преговори воде савесно не производе правна дејства. Тврђење да и у таквим условима постоји опште правило по коме није дозвољено водити паралелне преговоре, може се разумети као покушај да се појам савесности прошири и на ову сферу и да се и преговори морализују. Али уза сву наклоност коју неко може испољавати за оваква настојања ваља рећи да она засад немају изгледа да буду прихваћена у међународним пословним односима. Чини се да ни у нашем праву наведена схваташа немају много одјека. Судови су ретко показивали тежњу да правно оснаже претходне споразуме уопште, а још мање су били склони да санкционишу овакву врсту повреде обавезе преговарања. Треба напоменути да је у нас конкуренција била све само не

---

131 Упоредити: M. Fontaine, *op. cit.*, стр. 95; E. A. Farnsworth, *op. cit.*, стр. 279.

132 Упоредити: J. Van Uytvanck, *ibidem*.

133 Упоредити: C. L. Knapp, *op. cit.*, стр. 271.

савршена и да су се стога овакви случајеви у пракси појављивали изузетно ретко.

Према садашњем стању и начелно посматрано, изгледа да стране задржавају слободу да паралелно преговарају са трећима и пошто су већ закључиле једна са другом споразум о преговарању и узајамно се обавезале да даље преговоре воде савесно и поштено. Из обавезе преговарања на савестан и поштен начин не произлази као опште правило забрана преговарања са трећима. Напротив, ако једна (или обе) страна хоће да се обезбеди од овакве околности она треба да настоји да се у споразум унесе изречна одредба о искључивости преговора. У том случају, отпочињање или настављање преговора са трећима представља непорециву повреду не само одредбе о искључивости, него и један од најизразитијих примера непоштеног поступања.

## ЗАКЉУЧАК

Припремни споразум је сагласност изјављених воља преговарача којима се стварају обавезе и права у циљу правног уређења процеса преговарања. Као и уговори и припремни споразуми су двострани правни послови, али међу њима ипак постоји значајна разлика. Оно што припремне споразуме раздваја од уговора јесте улога коју имају у процесу преговарања. Сагласност воља у оквиру припремних споразума има за циљ да правно уреди процес преговарања и тако утре пут закључењу завршног уговора, док је уговор као сагласност воља циљ за себе.

У мноштву припремних споразума издвајају се по својим обележјима три врсте: споразум о преговарању, делимични споразум и споразум о форми.

Као и у упоредном праву тако су се и у нашем праву, поменути припремни споразуми појавили најпре у пословној пракси. То у целини важи за споразум о преговарању који још није добио уочљивије правне обрисе. Што се тиче делимичног споразума, његова правна природа била је уређена у Скици за Законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића, истина не под тим именом, али са јасним обележјима предуговора у коме нису одређени битни услови за закључење главног уговора. Иако редактори Нацрта Закона о облигационим односима нису преузели предложена решења из Скице и у постојећем праву могуће је закључити делимични споразум на основу општег начела о слободи уговарања. Што се споразума о форми тиче, он је уређен у Закону о облигационим односима, истина са мање успеха него у Скици.

Међу правним дејствима припремних споразума нарочито су од важности обавеза да се преговори воде у намери закључења уговора

и обавеза да се преговори воде у доброј вери (савесно). Те обавезе добијају све чвршће обрисе кроз судске одлуке у којима се формулишу забране извесних поступака које судови посматрају као повреду обавезе да се преговори воде савесно. Међу најизразитијим повредама ових негативних дужности могу се навести: враћање у преговорима на већ утврђене тачке, подношење неприхватљивих предлога, као и све врсте преварних поступака. О питању да ли стране које преговарају могу водити паралелне преговоре, не постоји једнодушност у схватањима, али изгледа да преовлађује став о њиховој дозвољености (изузев случаја када је њихова забрана предвиђена изречно споразумом о преговарању и кад је временски ограничена).

Miodrag Orlić\*

## PRELIMINARY AGREEMENTS IN THE LAW OF CONTRACTS

### *Summary*

The conclusion of a contract is the ultimate goal to which the negotiating parties aspire. As opposed to the ultimate contract, preliminary agreements are concluded in the course of negotiations. The ultimate contract defines the final form of the rights and obligations of the contracting parties. Where it concerns preliminary agreements, the assent of the parties does not encompass everything that is necessary for the existence of the contract. Hence, the preliminary agreements imply the fact that the process of negotiating is not finished and that the parties still have to reach further consensus so as to arrive at the desired goal, if they ever do. Among preliminary agreements, we distinguish the three following types: 1. An agreement to negotiate, 2. a partial agreement and 3. an agreement on form (which accompanies the agreement on the substance). One should mention that neither the classification nor the legal terminology is uniform in this field, and that different types of preliminary agreements occur in our law, as well as in other legal systems, and that different terms are used for almost the same types.

In the agreement to negotiate, the two parties mutually agree to start or continue negotiations in the aim of signing an ultimate contract. In a partial agreement, the parties that have reached consensus on individual, secondary points (an agreement can also embrace some of the essential elements of a future contract, but not all of them) and, to continue negotia-

---

\* Dr. Miodrag V. Orlić, Full Professor of the Faculty of Law, University in Belgrade.

tions in the aim of concluding the ultimate contract. As we can see, this kind of agreement has two features: the first is that the parties have managed to reach accord on certain matters (but not all), and the second is that the parties agree to continue the negotiations so as to conclude the ultimate contract. The third type is an agreement on the form (in which the ultimate contract should be concluded), which is concluded at the same time as the agreement on the substance. Namely, if, while reaching assent on the all-essential elements, the parties sign an agreement on its form either previously or simultaneously, the ultimate contract will not be concluded until the said form is accomplished.

Key words: *Preliminary Agreements. – Agreement to Negotiate. – Partial Agreement. – Agreement on Form.*

Miodrag Orlić\*

## LES ACCORDS PRÉPARATOIRES DANS LE DROIT DES CONTRATS

### Résumé

Le but final des pourparlers est bien la conclusion du contrat. Au contraire, les négociateurs durant les pourparlers concluent différentes sortes d'accords préparatoires. Or, le consentement dans ces derniers ne contient pas tous les points qui sont nécessaires pour la conclusion du contrat final. C'est pourquoi, les accords préparatoires supposent que les pourparlers ne sont pas encore achevés et que les parties ont besoin d'une étape ultérieure pour arriver (s'ils arrivent jamais) au but imaginé. En ce qui concerne leur classification on pourrait distinguer trois sortes de ces phénomènes: a) les accords de négociation b) les accords partiels et c) les accords sur la forme du contrat (lorsque les parties se sont entendues sur le contenu du contrat futur). Comme on peut s'en rendre compte, on utilise le terme accord pour les consentements préparatoires afin que le contraste avec le contrat final soit plus caractérisé. On pourrait brièvement les caractériser de la façon suivante:a) Par l'accord de négociation, les parties s'obligent soit à commencer, soit à poursuivre les pourparlers en vue de la conclusion du contrat final, b) Par l'accord partiel les parties, arrivées à la concordance des volontés sur plusieurs points secondaires (l'accord pouvant englober également certains des points essentiels du contrat futur mais pas leur totalité), s'engagent à poursuivre les pourparlers en vue de conclure le contrat qui représente leur but final, c) l'accord sur la forme, lorsque le consentement sur le contenu

---

\* Dr. Miodrag V. Orlic, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade,

est déjà acquis sert à faire reculer la conclusion du contrat imaginé jusqu'au moment où les exigences de la forme seraient remplies.

Mots clés: *Accords préparatoires. – Accord de négociation. – Accord partiel. – Accord sur la forme.*

Miodrag Orlić\*

## VORLÄUFIGE VEREINBARUNGEN IM VERTRAGSRECHT

### *Zusammenfassung*

Der Vertragsabschluss ist das endgültige Ziel, das die Parteien bei Verhandlungen anstreben. Im Unterschied zum Hauptvertrag werden vorläufige Vereinbarungen im Laufe der Verhandlungen abgeschlossen. Mit dem Hauptvertrag werden Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in einer endgültigen Form festgelegt. Wenn es um die vorläufigen Vereinbarungen geht, so umfasst die Übereinstimmung der Parteien nicht alles, was für das Vorliegen eines Vertrages erforderlich ist. Daher setzen vorläufige Vereinbarungen den Umstand voraus, dass der Verhandlungsprozess nicht abgeschlossen ist und dass den Parteien weitere Angleichungen bevorstehen, damit sie das gewünschte Ziel, wenn überhaupt, erreichen können. Unter den vorläufigen Vereinbarungen sind drei Arten hervorzuheben: 1. die Vereinbarung über die Verhandlungen, 2. die Teilvereinbarung und 3. die Abrede über die Form (welche mit der Übereinstimmung über den Inhalt einhergeht). Es sei zu erwähnen, dass weder die Klassifizierung noch die Rechtsterminologie in diesem Bereich einheitlich sind und dass sowohl in unserem inländischen als auch in anderen Rechtssystemen auch andere Typen von vorläufigen Vereinbarungen auftreten und dass ferner unterschiedliche Bezeichnungen für einzelne Arten verwendet werden.

Mit der Vereinbarung über die Verhandlungen verpflichten sich die beiden Parteien gegenseitig, die Verhandlungen zum Ziele eines bestimmten Vertragsabschlusses aufzunehmen oder fortzuführen. Mit der Teilvereinbarung verpflichten sich die Parteien, die eine Willensübereinstimmung hinsichtlich einzelner Nebenpunkte erreicht haben (die Vereinbarung kann einige wesentliche Punkte des künftigen Vertrages umfassen, aber nicht auch sämtliche wesentlichen Punkte, die für das Vorliegen eines Vertrages notwendig sind), die Verhandlungen zum Ziele des Vertragsabschlusses, den sie ohnehin anstreben, fortzuführen. Eine derartige Vereinbarung hat zwei Merkmale: das erste besagt, dass es die Parteien geschafft haben, eine Übereinstimmung

---

\* Dr. Miodrag V. Orlic, Ordentlicher Professor an der Juristischen Fakultät Belgrad,

über bestimmte Fragen (nicht aber über alle) zu erzielen, und das zweite besteht darin, dass sich die Parteien gegenseitig verpflichten, die Verhandlungen fortzusetzen, um letztendlich den Vertrag, der ihr äußerstes Ziel darstellt, abzuschließen. Die dritte Art bildet die Abrede über die Form nebst Übereinstimmung über den Inhalt. Wenn namentlich die Parteien im Laufe der Erzielung einer Übereinstimmung über den Inhalt eines Vertrages gleichzeitig auch eine Vereinbarung über seine Form abschließen, gilt der endgültige Vertrag erst dann als abgeschlossen, wenn diese Form erfüllt ist.

Schlüsselbergriffe: *Vorläufige Vereinbarung*. – *Vereinbarung über die Verhandlungen*. – *Teilvereinbarung*. – *Abrede über die Form*.

Thomas Meyer\*

## ÄNDERUNGEN IM VERJÄHRUNGSRECHT DES DEUTSCHEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES

*Der Beitrag stellt die Neuregelung der Verjährung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch dar, die durch die Schuldrechtsreform im Jahre 2002 in Deutschland in Kraft getreten sind. Dabei wird zunächst die Geschichte der Verjährung in Deutschland dargestellt, die eine Weiterentwicklung der römischen Rechtsregeln aus verschiedenen Bereichen (sachenrechtliche wie schuldrechtliche), in denen der Zeitablauf Einfluss auf zivilrechtliche Ansprüche hat, darstellt. Die Neuerungen durch die Schuldrechtsreform werden dargestellt und in einen europäischen Kontext gestellt.*

Schlüsselbegriffe: *Gesetz über Obligationen. – Verjährung. – Rechtssicherheit. – Europäisches Zivilrecht. – Rechtsreform.*

### 1) EINLEITUNG

Mit dem 1.1.2002 trat in Deutschland das umfassendste Reformwerk des Zivilrechts in Deutschland in Kraft. Das Bürgerliche Gesetzbuch wurde mit dieser Reform in Kernmaterien grundlegend neugestaltet. Konkreter Anlass der Reform war die Umsetzungspflicht für eine Reihe europarechtlicher Direktiven<sup>1</sup>. Allerdings wurden bereits Ende der Siebziger Anstrengungen begonnen, das Bürgerliche Gesetzbuch, das seit seinem Inkrafttreten am 1.1.1900 nur in Details geändert wurde, grundlegend zu refor-

---

\* Dr. Thomas Meyer, Projektleiter, GTZ-Projekt, „Beratung bei der Rechtsreform in Serbien“.

<sup>1</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12); Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200 S. 35) und Artikel 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“, ABl. EG Nr. L 178 S. 1).

Томас Мајер\*

## ИЗМЕНЕ ОДРЕДБИ О ЗАСТАРЕВАЊУ У НЕМАЧКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ\*\*

*Раг приказује нове прописе о застаревању у оквиру немачкој Грађанској Законици, који је донет 2002. године као део обимне реформе немачких прописа о облигационим односима. На почетку је представљена историјска позадина застарелости у Немачкој, која води корекло од Римских прописа који се односе на различите области (стварно правне и облигационе), а у којима истек рока има утицај на грађанска претраживања. Приказане су иновације у оквиру реформе облигационог права и постављене у европском контексту.*

Кључне речи: Закон о облигационим односима. – Застарелост. – Правна сугарност. – Европско грађанско право. – Правна реформа.

### 1) УВОД

Дана 1.1.2002. у Немачкој је ступио на снагу опширан реформски захват у немачком грађанском праву. Овом реформом темељно су прерађене кључне материје Немачког грађанског закона (BGB). Конкретан повод за реформу била је обавеза спровођења низа директиве европског права<sup>1</sup>. Притом треба имати на

\* Др Томас Мајер, шеф пројекта ГТЗ – канцеларије за „Саветовање при правној реформи у Србији“.

\*\* Предавање одржано 15. априла 2003. године на Правном факултету у Београду.

1 Директива 1999/44/EZ Европског парламента и савета од 25. маја 1999., у вези са одређеним аспектима куповине потрошних добара и гаранција за потрошна добра (сл. лист ЕЗ бр. Л 171 стр. 12); Директива 2000/35/EZ Европског парламента и савета од 29. јуна 2000. о сузбијању кашњења плаћања у пословном промету (Службени лист ЕЗ бр. Л 200 стр. 35) и чланови 10, 11 и 18 директиве 2000/31/EZ Европског парламента и савета од 8. јуна 2000. о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва, а посебно електронског пословног промета, на унутрашњем тржишту („Директива о електронском пословном промету“, Службени лист ЕЗ бр. Л 178 стр. 1).

mieren. Nachdem bis Mitte der Achtziger Jahre eine Reihe von Gutachten zu allen Teilen des BGB verfasst wurden, beschränkte sich die vom Bundesjustizministerium eingesetzte Schuldrechtskommission auf Änderungsvorschläge für das Verjährungsrecht, den Allgemeinen Teil der Leistungsstörungen und das Kauf- und Werkvertragsrecht<sup>2</sup>. Aufgrund dieser Vorarbeiten konnte der Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft bei der überraschenden Ankündigung durch das Bundesjustizministerium, die angegebenen europäischen Direktiven zum Anlass für eine grundlegende Reform des BGB zu nehmen<sup>3</sup>, auf umfangreiches Material zurückgreifen, obgleich der in den Bundestag eingebrachte Gesetzentwurf in wesentlichen Bereichen von den Vorschlägen der Schuldrechtskommission abwich<sup>4</sup>.

Die europäischen Vorgaben hätten hinsichtlich des Verjährungsrechts lediglich eine Verlängerung der Gewährleistungsrechte bei Kauf- und Werkverträgen erforderlich gemacht<sup>5</sup>. Gleichwohl sah bereits der Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums vor, die speziellen Regelungen für die Verjährung von Ansprüchen wegen Sachmängeln zu streichen, und die Verjährung dieser Ansprüche daher den allgemeinen Regeln zu unterwerfen. Durch eine radikale Änderung der allgemeinen Verjährung, insbesondere eine extreme Verkürzung der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 auf 3 Jahre, sollte diese europäische Vorgabe umgesetzt werden.

Gleichwohl kann die radikale Veränderung des allgemeinen Verjährungsrechts daher nicht mit europäischen Vorgaben begründet werden. Vielmehr basieren diese Änderungen auf den Vorarbeiten zur Schuldrechtsreform, die die bis 2002 geltenden Regeln im Verjährungsrecht für stark überarbeitungsbedürftig hielten.

Dieser Beitrag soll zunächst die Entstehung der verjährungsrechtlichen Regelungen darstellen und in einem zweiten Teil die neuen Regelungen den alten gegenüberstellen.

---

2 Vgl. Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1992.

3 Vgl. den Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4. August 2000.

4 Vgl. Bundestags-Drucksache 14/6040 vom 14.5.2001.

5 Vgl. Art. 5 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12)

уму да су још крајем седамдесетих година покренуте активности око темељног реформисања Грађанског законика, на коме су од његовог ступања на снагу 1.1.1990. мењани само ( неки ) детаљи. Након што је до средине осамдесетих година израђен низ експертиза о свим деловима Грађанског законика, комисија за облигационо право, оформљена од стране савезног министарства правде, ограничила се на предлоге о изменама одредби о застаревању, одредби општег дела о ометању извршења обавеза и одредби о купопродајним и уговорима о делу<sup>2</sup>. На основу ових припремних радова, законодавац и правна наука су у тренутку изненадне најаве од стране Савезног министарства правде да се наведене европске директиве узму као повод за темељну реформу BGB<sup>3</sup>, mogli da se osvrnu na opširan materijal, iako je načrt zakona dostavljen saveznom parlamentu, Bundestagu, u osnovnim oblastima odstupao od predloga komisije za obligaciono pravo<sup>4</sup>.

Европска директива је заправо у погледу одредби о застаревању захтевала само продужавање права у погледу пружања гаранције код уговора о купопродаји и уговора о делу<sup>5</sup>. Међутим још је нацрт о дискусији савезног министарства правде предвиђао да се посебне одредбе о застаревању права на основу стварних недостатака избришу и да се стога застаревање ових права подвргне општим правилима. Циљ је био да се спроведе ова европска директива путем радикалне измене општих правила о застаревању, а посебно путем драстичног скраћивања општег рока застаревања са 30 на 3 године.

У том смислу драстична промена општих одредби о застаревању не може да се образложи европским директивама. Штавише, ове измене се темеље на припремним радовима за реформу облигационог права, који су заузимали став да су одредбе које су до 2002. важиле у погледу прописа о застаревању нужно морале да се подвргну преради.

Овај рад најпре настоји да прикаже настанак одредби о застаревању, а у другом делу да их упореди са новим одредбама.

---

2 Упоредити: Савезно министарство правде, Завршни извештај комисије за прераду облигационог права, Келн, 1992.

3 Упоредити: Нацрт дискусије о закону о модернизацији облигационог права од 4. августа 2000.

4 Упоредити: Bundestags-Drucksache 14/6040 vom 14.5.2001.

5 Упоредити: Чл. 5 Директиве 1999/44/EZ Европског парламента и савета од 25. маја 1999. о одређеним аспектима куповине потрошних добара и гаранцијама за потрошна добра (Службени лист ЕЗ б. Л 171 стр. 12).

## 2) DIE ENTWICKLUNG DES VERJÄHRUNGSRECHTS SEIT INKRAFTTREten DES BGB

### a) Geschichte der geltenden Regelung

Die bis zum 31.12.2001 geltende Regelung des Verjährungsrechts in den §§ 194 – 221 BGB a.F. stellte einen Kompromiss zwischen den Normen mit römischen Wurzeln, den gemeinrechtlichen Entwicklungen und den bei den Beratungen des BGB geltenden gesetzlichen Regelungen dar<sup>6</sup>.

#### i) Zwecke und Rechtfertigung der Verjährung

Ihre Grundlage ist die Lehre Windscheids, der sich mit seinem Anspruchsbegriff durchsetzen konnte<sup>7</sup>. Damit wurde der bis dato bestehenden Vorstellung vom Klagericht eine Absage erteilt und die zu dieser Zeit fortschrittliche Unterscheidung zwischen dem materiellen Recht, dem Anspruch, und dem prozessualen Klagericht als Rechtsschutzzanspruch eingeführt. Das römische Recht kannte noch keine Verjährung von Ansprüchen<sup>8</sup>. Erst im 5. Jahrhundert wurde die longi temporis praescriptio in das corpus iuris übernommen, die sich aus der Ersitzung (usucapio) entwickelt hatte<sup>9</sup>. Noch das gemeine Recht fasste die Ersitzung, den Rechtsverlust durch Nichtgebrauch (non usus), und den Verlust des Anspruchs bzw. Klagerichts durch Nichtgebrauch (praescriptio actionum) unter dem Begriff der Verjährung zusammen<sup>10</sup>.

Seine Berechtigung fand das Institut der Verjährung nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers durch die Verschlechterung der Position des Schuldners durch Zeitablauf. Das Windscheid-Zitat: „Die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüt entziehen kann (...) Die Zeit heiligt nicht bloß, sie verdunkelt auch“<sup>11</sup> zieht sich in der Formulierung von der „verdunkelnden Macht der Zeit“ wie ein Leitfaden durch die Motive<sup>12</sup>. Aus dem Zeitablauf ergeben sich notwendig Beweisprobleme für den Schuldner. Abgesehen davon ist der Schuldner aber auch in seiner

---

6 Zur Geschichte des Verjährungsrechts vgl. Ebihara, Savigny und die gemeinrechtliche Verjährungslehre des 19. Jahrhunderts, Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 110 (1993), 602.

7 Vgl. Zimmermann, Die Verjährung, JuS 1984, 409, 410

8 Vgl. Peters/Zimmermann, Verjährungsfristen – Der Einfluß von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981, S. 112

9 Trinkner, Eigentumserwerb durch Ersitzung im Altorientalischen Recht, BB 1991, 2454; Peters/Zimmermann (o. FN 8), S.112; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Auflage, Frankfurt a.M.1906, Band 1, S.548; Oetker, Die Verjährung: Strukturen eines allgemeinen Rechtsinstituts, Baden-Baden, 1994, S. 20.

10 Mot. I, S. 288

11 Windscheid/Kipp (o. FN 9), S. 544

12 Vgl. nur Motive I, S. 291

## 2) РАЗВОЈ ОДРЕДБИ О ЗАСТАРЕВАЊУ ОД СТУПАЊА НА СНАГУ BGB

### а) Историја важећих прописа

Прописи из области права о застаревању који су важили до 31.12.2001., а у складу са старим параграфима 194 – 221 БГБ, представљали су компромис између норми које су вукле римске корене, развоја општег права и законских решења која су важила у време саветована око BGB<sup>6</sup>.

#### i) Сврхе и оправдање застаревања

Основ треба тражити у учењу Виндшајда, чији појам тражбеног права је успео да се наметне<sup>7</sup>. Тиме се одустало од представе о праву на тужбу, које је до тог тренутка постојало, и уведена је у то доба напредна разлика између материјалног права, тражбеног права, и процесуалног права на тужбу као права на правну заштиту. Римско право у своје доба није познавало институт застаревања тражбеног права<sup>8</sup>. Тек у 5. веку у *corpus iuris* преузет је *longi temporis praescriptio*, који се развио из одржаја (*usucapio*)<sup>9</sup>. Још је опште право под појмом застаревања обухватало и одржај, губитак права услед некоришћења (*non usus*) и губитак тражбеног права односно права на тужбу услед некоришћења (*praescriptio actionum*)<sup>10</sup>.

Своје оправдање институт застаревања пронашао је, по замисли историјског законодавца, услед погоршања позиције дужника услед протека времена. Виндшајдов цитат: „Време је сила којој не може да се отргне ни једно људско биће (...) Време не само да оправдава, већ и замрачује“<sup>11</sup> протеже се у виду формулатије о „замрачујућој моћи времена“ попут црвене нити кроз мотиве<sup>12</sup>. На основу протека времена, за дужника нужно настају проблеми око доказивања. Осим тога, дужник је такође ограничен и у погледу

<sup>6</sup> У вези са историјатом права о застарелости, упоредити Ebihara, Savigny und die gemeinrechtliche Verjährungslehre des 19. Jahrhunderts, Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 110 (1993), 602.

<sup>7</sup> Упоредити: Zimmermann, Die Verjährung, JuS 1984, 409, 410.

<sup>8</sup> Упоредити: Peters/Zimmermann, Verjährungsfristen – Der Einfluß von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981, стр. 112.

<sup>9</sup> Упоредити: Trinkner, Eigentumserwerb durch Ersitzung im Altorientalischen Recht, BB 1991, 2454; Peters/Zimmermann, Verjährungsfristen, стр. 112; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt a.M. 1906, Band I, стр. 548; Oetker, Die Verjährung: Strukturen eines allgemeinen Rechtsinstituts, Baden-Baden, 1994, стр. 20.

<sup>10</sup> Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Theil, Berlin und Leipzig 1888, стр. 288.

<sup>11</sup> Windscheid/Kipp Lehrbuch I, стр. 544.

<sup>12</sup> Motive I, стр. 291.

wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beschränkt, wenn er ohne zeitliche Begrenzung Mittel für die Erfüllung (möglicherweise) bestehender Ansprüche zurückhalten muss. Dieser Gedanke spielte jedenfalls bei den kurzen Fristen, insbesondere den Fristen für die Vergütungsansprüche von Lieferanten und Dienstleistern in §§ 196, 197 BGB a.F. und den bei den jeweiligen Vertragstypen geregelten Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche eine gewichtige Rolle.

Eine Rechtfertigung der Verjährung wurde 1900 darin gesehen, dass der Gläubiger die Möglichkeit hatte, seinen Anspruch geltend zu machen<sup>13</sup>. Gleichwohl wurden in das BGB weitgehend keine subjektiven Anknüpfungspunkte aufgenommen. Demgegenüber hatte das Preußische Allgemeine Landrecht vorgesehen, dass die Verjährungsfrist nicht zu laufen begann, wenn der Gläubiger keine Kenntnis von seinem Anspruch hatte<sup>14</sup>.

Um Schuldnerschutz durchzusetzen, kannte der vom code civil geprägte Rechtskreis für den Bereich der vertraglichen Erfüllungsansprüche eine Beweislastumkehr. Die §§ 2271 – 2277 code civil sahen statt einer objektiven, auf den Zeitablauf abstellenden Regelung lediglich eine Tilgungsvermutung vor<sup>15</sup>. Der BGB-Gesetzgeber hielt eine entsprechende Ausgestaltung für unzureichend, um die mit der Verjährung verfolgten Zwecke durchzusetzen<sup>16</sup>.

Als Legitimation der Verjährung wurden<sup>17</sup> und werden<sup>18</sup> immer wieder Rechtsfrieden und Rechtssicherheit genannt. Auch die Motive nannten den Rechtsfrieden, benutzten den Begriff aber als Synonym für den Schuldnerschutz<sup>19</sup>, während diese Gründe in dem großen Gutachten zur Verjährung von Peters/Zimmermann<sup>20</sup> im Auftrag des Bundesjustizministeriums und in der Monographie von Spiro<sup>21</sup> keine Rolle mehr spielten.

---

13 Ebenda

14 Vgl. Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I, Berlin 1896, S. 221

15 Motive I, S. 297; vgl. Dernburg, Die allgemeinen Lehren des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1902, S. 518; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage, Berlin 1905, S. 560

16 Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fällfristen, Bd. 1, Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975, S. 9

17 Etwa bei Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Fünfter Band, Berlin 1841, S. 267 f.; Crome, System des Bürgerlichen Rechts, Tübingen/Leipzig, 1900

18 Vgl. Dannemann/Karatzenis/Thomas, RabelsZ 55 (1991), 697, S. 700; Heinrichs, VersR 1992, Sonderheft S. 7; Pieckenbrock, Jb.J.ZivRWiss., 2001, 320; Staudinger-Dilcher, BGB, 13. Aufl., Vorber. zu § 194 BGB RdNr. 4; MüKo-von Feldmann, BGB, 4. Aufl., § 194 BGB, RdNr. 6; Oetker (o. FN 9), S. 38 ff. und schließlich auch die Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 14/6040, S. 96.

19 Motive I, S. 291, 293

20 Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 189 ff.

21 Spiro (o. FN 16), S. 5 ff.

своје економске диспозитивне слободе, ако без временског ограничења мора да обезбеђује средства за испуњење (евентуално) постојећих тражбених права. У сваком случају, та мисао је играла позамашну улогу обзиром на кратке рокове, а посебно рокове за права на накнаду од стране испоручилаца и вршилаца услуга из старих параграфа 196, 197 BGB и рокове застаревања регулисане код односних типова уговора о правима на пружање гаранције.

Оправдање застаревања се 1900. видело у томе што је поверилац имао могућност да оствари своје тражбено право<sup>13</sup>. Међутим и поред тога, у BGB углавном нису унесена никакве субјективне полазне тачке. За разлику од тога, опште Пруско Покрајинско право је предвиђало да рок застаревања не почиње да тече ако поверилац није имао сазнање о свом тражбеном праву<sup>14</sup>.

Да би се остварила заштита дужника, правни круг који је био привржен идејама француског Грађанског закона (*code civil*) познавао је институт обртања терета доказивања за домен уговорних права на испуњење обавеза. Параграфи 2271 – 2277 *code civil-a* уместо објективних правила која су полазила од протека времена предвиђала су једино претпоставку отплате<sup>15</sup>. Законодавац BGB је сматрао да одговарајућа формулатија није довољна да би се оствариле сврхе које је требало да испуни институт застаревања<sup>16</sup>.

Као легитимација у прилог застаревања се у прошлости<sup>17</sup> а и данас се<sup>18</sup> увек наново наводе „правни мир“ и правна сигурност. И мотиви су помињали правни мир, мада су овај појам користили као синоним за заштиту дужника<sup>19</sup>, док ови разлози у великој експертизи о застаревању Петерса/Цимермана<sup>20</sup> по налогу Савезног министарства правде и у монографији Спира<sup>21</sup> више не играју никакву улогу.

Као историјски разлози у прилог оправдања (ових аргумента) остају да се помену сузбијање кредитирања тражбених права,

---

13 Ibidem.

14 Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I, Berlin 1896, str. 221.

15 Motive I, стр. 297; упоредити: Dernburg, Die allgemeinen Lehren des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1902, стр. 518; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage, Berlin 1905, стр. 560.

16 Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkung- und Fatalfristen, Bd. 1, Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975, стр. 9.

17 Упоредити: Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Fünfter Band, Berlin 1841, стр. 267; Crome, System des Bürgerlichen Rechts, Tübingen/Leipzig, 1900.

18 Упоредити: Dannemann/Karatzenis/Thomas, RabelsZ 55 (1991), 697, стр. 700; Heinrichs, VersR 1992, Sonderheft S. 7; Pieckenbrock, Jb.J.ZivRWiss., 2001, 320; Staudinger-Dilcher, BGB, 13. Aufl., Vorbem. zu § 194 BGB RdNr. 4; Münchener Kommentar – von Feldmann, BGB, 4. Aufl., § 194 BGB, RdNr. 6; Oetker Die Verjährung, стр. 38 и такође: Die Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 14/6040, стр. 96.

19 Motive I, стр. 291, 293.

20 Peters/Zimmermann Verjährungsfristen, стр. 189 и даље.

21 Spiro, Die Begrenzung, стр. 5 и даље.

Als historische Rechtfertigungsgründe zu erwähnen bleiben die Eindämmung der Kreditierung von Ansprüchen, die aber angesichts der weit verbreiteten Hinausschiebung von Zahlungszielen als veraltet bezeichnet werden kann und die schon damals angesichts der langen Fristen nicht zur Legitimation herangezogen wurde<sup>22</sup>, und die Entlastung der Gerichte<sup>23</sup>. Angesichts der Ausgestaltung als Einrede kann aber auch die Entlastung der Gerichte nicht umstandslos als Gesetzesziel proklamiert werden<sup>24</sup>.

### *ii) Die Bemessung der Fristen*

Bei der Bemessung der Verjährungsfristen stand 1900 die Aufgabe des historischen Gesetzgebers im Vordergrund, die ganz erheblichen Unterschiede zwischen den in den deutschen Ländern geltenden Verjährungsregelungen abzuschaffen<sup>25</sup>. So stellte auch die 30–jährige Frist des § 195 BGB a.F. einen Kompromiss zwischen den bis dahin geltenden Regelungen dar<sup>26</sup>.

Die kürzeren Verjährungsfristen des BGB zollen in stärkerem Maße als die allgemeinen Fristen der Dispositionsfreiheit des Schuldners Tribut. Er soll insbesondere nach einigen Jahren vor einer Inanspruchnahme seiner Lieferanten und Auftragnehmer sicher sein. Dabei ist allerdings zwischen solchen Ansprüchen zu unterscheiden, bei denen der Gläubiger typischerweise Kenntnis von dem Anspruch hat, also vor allem bei den in § 196 BGB geregelten Entgeltansprüchen von Gewerbetreibenden<sup>27</sup>, und den kurzen Verjährungsfristen für Mängelgewährleistungsansprüche, von denen der Gewährleistungspflichtige bis zu deren Geltendmachung oft keine Kenntnis hat. Bei den vertraglichen Erfüllungsansprüchen wird das Interesse des Schuldners gegenüber dem des Gläubigers gerade wegen dessen Kenntnis stärker gewichtet<sup>28</sup>.

Nach der bisher geltenden gesetzlichen Regelung wurden dagegen verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche nur in Ausnahmefällen kurzen Verjährungsfristen unterworfen. So unterlagen Schadensersatzansprüche, die auf wiederkehrende Leistungen gerichtet sind, der kurzen Verjährung

---

22 Motive I, S. 300; Spiro (o. FN 16), S. 20 f.

23 Heinrichs, VersR 1992, Sonderheft, S. 7; Spiro (o. FN 16), S. 22; Savigny V, S. 272

24 Vgl. Meyer, Verjährung und Verursacherprinzip, Berlin 1999, S. 26 f.

25 Motive I, S. 300

26 Heinrichs, VersR 1992, Sonderheft, S. 5; Zimmermann, JuS 1984, 410

27 Windscheid/Kipp (o. FN 9), S. 571, Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Auflage, Berlin 1899, § 196 Anm. I 4

28 Motive I, S. 297 f.; Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 117

што међутим обзиром на далеко распрострањено одлагање рокова отплате може да се означи као застарело и што још у оно доба, обзиром на дуге рокове, није коришћено као аргумент за легитимацију<sup>22</sup>, као и растерећење судова<sup>23</sup>. Обзиром на примену субјективног права у виду приговора, ни растрећење судова не може безусловно да се проглаши као циљ закона<sup>24</sup>.

#### *ii) Одређивање рокова*

Приликом утврђивања рокова застаревања, 1900. године у првом плану се налазио задатак историјског законодавца да отклони позамашне разлике између прописа о застаревању који су важили и појединим немачким покрајинама<sup>25</sup>. И у том смислу је тридесетогодишњи рок из параграфа 195 BGB стара верзија представљао компромис између разних прописа који су важили до тог тренутка<sup>26</sup>.

Краји рокови застаревања предвиђени BGB-ом у већој мери су ишли на руку дужнику него општи рокови диспозитивне слободе. Сматрало се да дужник пре свега након неколико година треба да буде сигуран од потражних права својих испоручилаца и прималаца налога. Мада притом треба разликовати онаква потражна права, за чије постојање поверилац по правилу зна, дакле код захтева за накнаду од стране привредних субјеката регулисаних у параграфу 196 BGB<sup>27</sup>, и кратких рокова застаревања за захтеве на пружање гаранције услед недостатака за које лице које је дужно да пружи гаранцију често не зна све док не дође до захтева за повлачење гаранције. У погледу уговорних захтева на испуњење уговорних обавеза, већа тежина се придаје интересу дужника у односу на интерес повериоца, и то управо због елемента његовог сазнања<sup>28</sup>.

У складу са до тада важећом законском регулативом, за разлику од тога, захтеви за накнаду штете који су везани за властиту кривицу само у изнимним случајевима подвргнути су кратким роковима застаревања. Тако су на пример захтеви за накнаду штете, који су се односили на повремена давања, подвргнути кратком

---

22 Motive I, стр. 300; Spiro, Die Begrenzung, стр. 20 и даље.

23 Heinrichs, Versicherungsrecht 1992, Sonderheft, стр. 7; Spiro, Die Begrenzung, стр. 22; Savigny System, Band V, стр. 272.

24 Упоредити: Meyer, Verjährung und Verursacherprinzip, Berlin 1999, стр. 26 и даље.

25 Motive I, стр. 300.

26 Heinrichs, Versicherungsrecht 1992, Sonderheft, стр. 5; Zimmermann, JuS 1984, стр. 410.

27 Windscheid/Kipp, Lehrbuch I, стр. 571, Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Auflage, Berlin 1899, § 196 Anm. I 4.

28 Motive I, стр. 297 и даље; Peters/Zimmermann Verjährungsfristen, стр. 117.

gem. § 197 BGB. Ebenso unterliegen die Ansprüche des Vermieters wegen der Verschlechterung der Mietsache der kurzen Verjährung nach § 558 BGB a.F. (jetzt § 548 BGB).

Nicht zuletzt angesichts der als zu lang empfundenen dreißigjährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB hat aber die Rechtsprechung eine Reihe verschuldensabhängiger Schadensersatzansprüche in den Geltungsbereich kürzerer Verjährungsfristen einbezogen. So wurde bereits kurz nach dem Inkrafttreten des BGB die schon vom Preußischen Obertribunal<sup>29</sup> geprägte Rechtsprechung übernommen, dass Ansprüche, auch Schadensersatzansprüche<sup>30</sup>, die wirtschaftlich an die Stelle von Ansprüchen nach § 196 BGB a.F. treten, der kurzen Verjährungsfrist unterliegen<sup>31</sup>. Eine Rechtsprechung, die auch vom BGH fortgeführt wurde<sup>32</sup>. Wer also statt des Kaufpreises Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, musste ebenfalls mit der zweijährigen Verjährung rechnen. Für den Bereich der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung wurden ebenfalls kurz nach dem Inkrafttreten des BGB die verschuldensabhängigen Ansprüche der kurzen Frist des § 477 BGB unterstellt, wenn sie im Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit der Kaufsache stehen<sup>33</sup>. Der Anspruch des Käufers einer beweglichen Sache aus positiver Vertragsverletzung<sup>34</sup> konnte somit ebenfalls nach sechs Monaten verjähren.

---

29 OTr vom 7.11.1850, Strieth 1, 102–105; OTr vom 26.6.1856, Entsch 34, 97–102; OTr vom 15.12.1860, Strieth. 39, 302

30 Für Ansprüche aus cic vgl. BGH vom 28.10.1971, BGHZ 57, 191–203; für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung vgl. RG vom 12.3.1927, RGZ 116, 281–286

31 RG vom 20.10.1905, RGZ 61, 390–394; RG vom 14.11.1906, RGZ 64, 284–288; OLG Dresden vom 19.3.1906, OLG 12, 248–249; OLG Rostock vom 26.2.1906, OLG 13, 333; OLG Hamburg 11.12.1906, OLG 15, 320

32 BGH vom 11.2.1958, DB 1958, 307; BGH vom 23.2.1965, NJW 1965, 1224; BGH vom 16.11.1967, BGHZ 49, 77; BGH vom 28.10.1971, BGHZ 57, 191

33 RG vom 19.12.1902, RGZ 53, 200, vgl. dazu die ablehnende Meinung von Staub, Besprechung des 53. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, DJZ 1903, 388; vgl. auch die Bestätigung dieser Rechtsprechung in RGZ 56, 166, 169 mit Verweis auf die allgemeine Meinung zu Art. 349 II HGB (alte Fassung), der den §§ 477–479 BGB entsprach; vgl. auch RG, Recht 1922 Nr. 829; RGZ 117, 315, 316. Besteht kein solcher Zusammenhang, kam auch eine Anwendung des § 477 BGB nicht in Betracht, vgl. RGZ 144, 162, 163; LZ 1909, Sp. 68, 69 f. Diese Rechtsprechung wurde ebenfalls vom BGH übernommen, zunächst als obiter dictum in LM Nr. 5 zu § 477 BGB, dem folgend BGH, NJW 1965, 148; BGHZ 47, 312; BGHZ 60, 9. Desgleichen wurde die Nichtanwendung des § 477 BGB bestätigt, wenn kein Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit besteht, vgl. BGHZ 47, 312; BGHZ 66, 208

34 Im deutschen Recht sprach man vor der Schuldrechtsreform von einer positiven Vertragsverletzung, wenn im Rahmen der Erfüllung von Leistungspflichten ein Schaden entstand. Da das BGB die allgemeine vertragliche Haftung wegen solcher Schäden nicht geregelt hatte, wurde durch Literatur und Rechtsprechung eine Analogie gebildet, mit der ein solcher Tatbestand geschaffen wurde.

року застаревања у смислу параграфа 197 BGB. Исто тако и захтеви закуподавца на основу погоршања предмета закупа подлежу кратком року застаревања у смислу старог параграфа 558 BGB (сада § 548 BGB).

Међутим не на последњем месту услед тридесетогодићњег редовног рока застаревања у смислу параграфа 195 BGB, за који се сматрало да је и сувише дуг, правосуђе је укључило низ захтева за накнаду штете који су везани за властиту кривицу у домен важења краћих рокова застаревања. Тако је на пример непосредно након ступања на снагу BGB преузета судска пракса која је формулисана још од стране пруског вишег трибунала<sup>29</sup>, да захтеви, а то се односи и на захтеве за накнаду штете<sup>30</sup>, који у економском смислу ступају на место захтева у складу са старим § 196 BGB, подлежу кратком року застаревања<sup>31</sup>. Ову судску праксу наставио је и Савезни врховни суд (BGH)<sup>32</sup>. Ако неко, дакле, уместо купопродајне цене захтева накнаду штете због неиспуњавања уговорних обавеза, онда је то лице морало такође да рачуна са двогодишњим роком застаревања. У погледу трговинскоправне гаранције услед недостатака, такође су непосредно након ступања на снагу BGB захтеви условљени властитом кривицом подвргнути кратком року у смислу § 477 BGB, ако стоје у вези са недостатком предмета купопродаје<sup>33</sup>. Захтев купца покретне ствари на основу позитивне повреде уговора<sup>34</sup> на тај начин је такође могао да застари након шест месеци.

---

29 OTr vom 7.11.1850, Strieth 1, 102-105; OTr vom 26.6.1856, Entsch 34, 97-102; OTr vom 15.12.1860, Strieth. 39, 302.

30 За захтеве на основу *culpa in contrahendo* BGH vom 28.10.1971, BGHZ 57, 191-203; за захтеве у погледу накнаде штете због неиспуњавања уговора: RG vom 12.3.1927, RGZ 116, 281-286.

31 PG vom 20.10.1905, RGZ 61, 390-394; RG vom 14.11.1906, RGZ 64, 284-288; OLG Dresden vom 19.3.1906, OLG 12, 248-249; OLG Rostock vom 26.2.1906, OLG 13, 333; OLG Hamburg 11.12.1906, OLG 15, 320.

32 BGH vom 11.2.1958, DB 1958, 307; BGH vom 23.2.1965, NJW 1965, 1224; BGH vom 16.11.1967, BGHZ 49, 77; BGH vom 28.10.1971, BGHZ 57, 191.

33 RG vom 19.12.1902, RGZ 53, 200, упоредити мишљење које је изложио: Staub, Besprechung des 53. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, DJZ 1903, 388; vgl. auch die Bestätigung dieser Rechtsprechung in RGZ 56, 166, 169 mit Verweis auf die allgemeine Meinung zu Art. 349 II HGB (alte Fassung), der den §§ 477-479 BGB entsprach; vgl. auch RG, Recht 1922 Nr. 829; RGZ 117, 315, 316. Besteht kein solcher Zusammenhang, kam auch eine Anwendung des § 477 BGB nicht in Betracht, vgl. RGZ 144, 162, 163; LZ 1909, Sp. 68, 69 f. Судску праксу у овоме смислу преузело је и Савезни суд (BGH) најпре као obiter dictum у: LM Nr. 5 zu § 477 BGB, а затим BGH, NJW 1965, 148; BGHZ 47, 312; BGHZ 60, 9. Поред тога потврђено је и да се параграф 477 не примењује ако не постоји веза са недостатком (маном). Упоредити: BGHZ 47, 312; BGHZ 66, 208.

34 У немачком праву, пре реформе облигационог права, говорило се о позитивној повреди уговора, ако је приликом испуњавања обавезе дошло до проуровковања штете. С обзиром да Немачки грађански законик није предвидео општа правила о уговорној одговорности за такве штете, у литератури и у судској пракси приме-

Daraus entwickelte sich ein Schutzdefizit, das der BGH auf verschiedene Weise abdeckte. Für den kaufrechtlichen Bereich geschah dies mit der heiß umstrittenen Weiterfresser-Rechtsprechung über den „Umweg“ der Zuerkennung deliktischer Ansprüche wegen Mängeln der Kaufsache<sup>35</sup>. War beispielsweise nur der kleine Schwimmerschalter einer großen Maschine defekt und verursacht er nach zwei Jahren einen großen (Weiterfresser-)Schaden an der Maschine, konnte der Käufer danach einen Anspruch aus § 823 I BGB wegen Verletzung des ansonsten intakten Eigentums an der Maschine geltend machen, bis die dreijährige Verjährungsfrist für Deliktsansprüche nach § 852 BGB a.F. seit Kenntnis des Schadens abgelaufen war. Damit wurde praktisch die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. überspielt. Demgegenüber wurde im werkvertraglichen Bereich ein vertragsrechtlicher Weg gewählt, indem zwischen weiten und nahen Mangelfolgeschäden differenziert und bei weiten Mangelfolgeschäden ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung mit dreißigjähriger Verjährung gewährt wurde<sup>36</sup>. Ein weiter Mangelfolgeschaden lag vor, wenn der eingetretene Schaden nicht in unmittelbaren Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit der Werkleistung stand. Beispielsweise konnte der wegen einer mangelhaft eingebauten Alarmanlage durch Einbruch geschädigte Ladenbesitzer danach den Anspruch aus positiver Vertragsverletzung geltend machen, ohne durch eine kurze Verjährungsfrist eingeschränkt zu sein<sup>37</sup>.

---

35 BGHZ 67, 359; BGHZ 86, 256; BGHZ 101, 337; BGHZ 117, 183; NJW 1978, 2241; NJW 1985, 2420; NJW 1990, 908; VersR 1990, 1283; VersR 1992, 758; vgl. auch schon BGHZ 39, 366; BGHZ 55, 392, in denen sich die entsprechende Rechtsprechungsentwicklung bereits andeutete.

36 BGHZ 35, 130; BGHZ 58, 85; BGHZ 61, 203; BGHZ 96, 221; BGHZ 98, 45; BGHZ 115, 32; NJW 1983, 2440; vgl. bereits RGZ 64, 41; RGZ 71, 173RG, JW 1938, 1646

37 Dabei hätte es sich aufgedrängt, diese verschiedenen Rechtsprechungslinien in Einklang zu bringen, was aber nur ansatzweise geschehen ist. So wurde die Anwendung der Weiterfresserdoktrin auch für den werkvertraglichen Bereich kaum diskutiert (vgl. aber Dellemer/Meyer, Delikthaftung für Werkmängel, AcP 195 (1995), 137). Auch die Heranziehung werkvertraglicher Grundsätze bei den anderen im BGB geregelten Vertragsverhältnissen kam über eine Diskussionsanregung (Meyer, o. FN 24) nicht hinaus, wenngleich Ansätze dafür in der Rechtsprechung vorhanden waren, vgl. BGH NJW 1994, 251, wo der BGH Gesamtschuldausgleichsansprüche gegen den ehemaligen Mieter nicht der kurzen Verjährung des § 558 (jetzt § 548 BGB) unterwarf, da die Schäden an den Rechtsgütern eines Dritten eingetreten waren und der Vermieter keine Möglichkeit hatte, diese Schäden bei der Untersuchung des Mietgegenstandes zu erkennen (ausführlicher dazu Meyer, o. FN 24, S. 269 ff.).

Из тога је проистекао дефицит заштите, који је савезни врховни суд покрио на различите начине. У погледу трговинско-правног домена то се дешавало на основу веома спорне правне праксе у вези са „прогресивним ширењем штета“ преко „обилазног пута“ признавања на деликтима заснованих захтева услед недостатака на предмету купопродаје<sup>35</sup>. Ако је на пример само мали прекидач на пловку на некој великој машини био неисправан и ако је тај прекидач након две године проузроковао велику штету (која се прогресивно ширила) на машини, купац је могао да оствари тражбено право у смислу § 823 I BGB због повреде својине над машином, која је у осталим деловима била беспрекорна, до истека трогодишњег рока застаревања за захтеве на основу деликта у смислу старог § 852 BGB од тренутка стицања сазнања о штети. Тиме је практично заобиђен шестомесечни рок застаревања у смислу старог § 477 BGB. За разлику од тога, у области уговора о делу изабран је уговорно-правни пут, тако што се правила разлика између далекосежних и ближих последичних штета услед недостатака, при чему се код далекосежних последичних штета услед недостатака обезбеђивало право на основу позитивне повреде уговора са тридесетогодишњим роком застаревања<sup>36</sup>. Други вид последичне штете услед недостатка би постојао ако наступела штета није стајала у непосредној вези са недостатком у погледу рада посленика. Тако би на пример власник радње који је услед мањкаво утрађеног аларма претрпео штету у виду провале након тога могао да оствари своје тражбено право на основу позитивне повреде уговора, а да при том није ограничен кратким роком застаревања<sup>37</sup>.

---

њена је аналогија којом је створено дело са одговарајућим чињеничним стањем.

<sup>35</sup> BGHZ 67, 359; BGHZ 86, 256; BGHZ 101, 337; BGHZ 117, 183; NJW 1978, 2241; NJW 1985, 2420; NJW 1990, 908; VersR 1990, 1283; VersR 1992, 758; vgl. auch schon BGHZ 39, 366; BGHZ 55, 392, У овим пресудама наговештен је даљи развој судске праксе.

<sup>36</sup> BGHZ 35, 130; BGHZ 58, 85; BGHZ 61, 203; BGHZ 96, 221; BGHZ 98, 45; BGHZ 115, 32; NJW 1983, 2440; RGZ 64, 41; RGZ 71, 173RG, JW 1938, 1646.

<sup>37</sup> У том смислу се осећала потреба да се изврши усаглашавање различитих праваца развоја усудској пракси, што је само делимично учињено. Тако на пример, готово да и није било расправе о могућности да се примени доктрина о прогресивном ширењу штете у области уговора о делу (Упоредити: Derleider/Meyer, Deliktshaf-tung für Werkmängel, AcP 195 (1995), стр. 137). Настојање да се правила о уговору о делу примене на остале уговорне односе регулисане у Немачком грађанском законику није стигла даље од пуке иницијативе за покретање дискусије (Meyer, Verjährung und Verursacherprinzip), иако су полазне тачке у том смислу постојале у судској пракси, види BGH NJW 1994., 251, где савезни врховни суд захтев за поравнање укупног дуга против бившег закупца није подвргнуо кратком року застаревања у смислу § 558 (сада § 548 BGB), пошто су штете наступиле на правним добрима трећег лица а закуподавац приликом прегледа закупљење ствари није био у могућности да утврди о којим штетама је реч (више о томе Meyer, Verjährung und Verursacherprinzip, стр. 269 и даље).

b) Die Neuerungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

i) *Die Verkürzung der Regelverjährungsfrist*

Radikalster Einschnitt der Neuregelung ist die Verkürzung der allgemeinen Verjährungsfrist in § 195 BGB n.F. auf drei Jahre. Demgegenüber sah noch der Diskussionsentwurf eine besondere Frist für Ansprüche wegen arglistigen Verhaltens von zehn Jahren vor<sup>38</sup>, während die Schuldrechtskommission in ihrem Abschlußbericht die dreijährige Frist auf vertragliche Ansprüche beschränken wollte<sup>39</sup>.

Generell ist die Verkürzung der Fristen auf ein Bedürfnis zurückzuführen, die Verjährungsfristen zu vereinheitlichen<sup>40</sup>. Im Zuge der Diskussion und des Gesetzgebungsverfahrens wurden die Reichweite der dreijährigen Regelverjährung und die mit ihr mögliche Vereinheitlichung jedoch immer weiter eingeschränkt. Im Kernbereich des Schuldrechts, im Kaufrecht, bringt § 438 BGB eine differenzierte Regelung, mit dreißigjähriger Verjährung bei dinglichen Rechtsmängeln (also insbesondere bei Eigentum eines Dritten), fünfjähriger bei Bauwerken und ansonsten zweijähriger Verjährung. Die zehnjährige Frist bei Rechtsgeschäften über Grundstücke gem. § 196 BGB, die dreißigjährige Verjährungsfrist für Herausgabeansprüche aus dinglichen Rechten, für familien- und erbrechtliche Ansprüche, Ansprüche aus rechtskräftigen Urteilen, vollstreckbaren Vergleichen und Urkunden und im Insolvenzverfahren festgestellte Ansprüche in § 197 BGB ergeben wiederum eine weitreichende Fristendifferenzierung. § 199 BGB verschärft die Fristenvielfalt in besonderem Maße. Die regelmäßige (dreijährige) Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erhalten hat oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erhalten hat (Abs. 1). Für Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit gilt jedoch eine Höchstfrist von dreißig Jahren von der Begehung der Handlung oder der Pflichtverletzung an (Abs. 2). Für sonstige Schadensersatzansprüche (insbesondere wegen Eigentumsverletzung) gilt eine Höchstfrist von zehn Jahren seit ihrer Entstehung, während bei später entstandenen Schäden die dreißigjährige Höchstfrist zum Zuge kommen kann (Abs. 3). Dagegen bleibt bei anderen Ansprüchen als Schadensersatzansprüchen die kenntnisunabhängige Höchstfrist zehn Jahre (Abs. 4).

---

38 Der Text des Diskussionsentwurfs findet sich beispielsweise unter [http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ\\_pdf/eschurmo2.pdf](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ_pdf/eschurmo2.pdf)

39 Vgl. Abschlußbericht, S. 42, § 195 BGB-KE

40 Vgl. Abschlußbericht, S. 46

б) Новине закона о модернизацији облигационог права

i) *Скраћивање редовног рока застаревања*

Најрадикалнији захват нових одредби огледа се у скраћивању општег рока застаревања у новом § 195 BGB на три године. Поређења ради, још је нацрт дискусије предвиђао посебан рок од десет година за захтеве на основу поступања у намери обмане<sup>38</sup>, док је комисија за облигационо право у свом завршном извештају хтела да ограничи трогодишњи рок на уговорна тражбена права<sup>39</sup>.

Генерално гледано, скраћивање рокова се може образложити потребом уједначавања рокова застаревања<sup>40</sup>. У оквиру дискусије и законодавног поступка дошло је до све већег ограничавања домена примене трогодишњег редовног рока застаревања и на тај начин могућег уједначавања. У централној области облигационог права, у купопродајном праву, § 438 BGB доноси диференцирано правило са тридесетогодишњим роком застаревања у случају стварних правних недостатака (дакле пре свега у случају својине трећег лица), са петогодишњим роком у случају грађевинских објеката и двогодишњим роком застаревања у осталим случајевима. Десетогодишњи рок код правних послова око земљишта у складу са § 196 BGB, тридесетогодишњи рок застаревања у погледу тражбеног права на предају предмета на основу стварних права, за захтеве породичног и оставинског права, захтеве на основу правоснажних пресуда, извршних поравнања и исправа и захтева утврђених у оквиру стечајних поступака у смислу § 197 BGB довели су до далекосежне диференцијације рокова. § 199 BGB у посебној мери заоштрава разноврсност рокова. Редован (трогодишњи) рок застаревања почиње са крајем године у којој је захтев настао и поверилац стекао сазнање о околностима којима се заснива његово тражбено право и о идентитету дужника или ако сазнање о њима услед грубог немара није стекао (став 1). За захтеве за накнаду штете услед угрожавања живота, тела, здравља или слободе, међутим, важи максималан рок од тридесет година почев од чињења или повреде обавезе (став 2). За остале захтеве за накнаду штете (посебно услед повреде својине) важи максималан рок од десет година од њеног наступања, док у случају штета које настану касније може да се примени максималан рок од тридесет година (став 3). Поређења ради, код других захтева, изузев захтева за накнаду штете, примењује се максималан рок од десет година независно од (момента) сазнања (о штети) (став 4).

<sup>38</sup> Der Text des Diskussionsentwurfes findet sich beispielsweise unter [http://www.uni-koeln.de/jur-fak/Ibrah/Publ\\_pdf/eschurmo2.pdf](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/Ibrah/Publ_pdf/eschurmo2.pdf).

<sup>39</sup> Упоредити: Abschlußbericht, стр. 42, § 195 BGB-KE.

<sup>40</sup> Ibidem, стр. 46.

Darüber hinaus bringt das Gesetz diverse weitere Sonderfristen zu den einzelnen Vertragstypen. Abgesehen von der kaufrechtlichen Mängelanspruchsverjährung nach § 437 BGB (30, 5 und 2 Jahre) verjähren die Rückgriffsansprüche eines Unternehmers wegen Mängelrechten seiner Kunden in zwei Jahren (§ 479 BGB), wesentliche mietrechtliche Ansprüche nach Beendigung des Mietverhältnisses in sechs Monaten (§ 548 BGB), die werkvertragsrechtlichen Mängelansprüche in 5, 3 und zwei Jahren (§ 634a BGB) und reisevertragliche Ansprüche in zwei Jahren (§ 651g II 1 BGB) statt bisher in sechs Monaten. Zudem erlaubt § 309 Nr. 8 b ff zum Teil eine Verkürzung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche durch AGB auf ein Jahr wie auch § 651 1 BGB für den Reisevertrag. Der Versuch, die „barocke Formenvielfalt“<sup>41</sup> des BGB auf vereinfachte, allgemein geltende Fristen zurückzuführen, kann angesichts dieser neuen Fristenflut als gescheitert angesehen werden<sup>42</sup>.

*ii) Kenntnisabhängiger Beginn der Verjährungsfrist*

Soweit das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zu einer Verkürzung der geltenden Verjährungsfristen führt, wird diese Wirkung, wie bereits erwähnt durch § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB relativiert, da der Beginn der Verjährungsfrist nunmehr grundsätzlich von der Kenntnis oder der grob fahrlässigen Unkenntnis hinsichtlich des Anspruchs abhängt. Einen entsprechenden allerdings dogmatisch anders konstruierten Vorschlag hatten bereits Peters/Zimmermann<sup>43</sup> gemacht, die, insoweit in Einklang mit den für eine europäische Rechtsvereinheitlichung vorgelegten Vorschlägen der Landeskommision<sup>44</sup>, die die Unkenntnis vom Anspruch als Hemmungsgrund ausgestalten wollten, also in der Weise, dass der Lauf der Verjährungsfrist nur an objektive Umstände anknüpft, der Gläubiger aber sich darauf berufen kann, dass er diese Umstände (ohne grobe Fahrlässigkeit) nicht gekannt habe.

Die Schuldrechtskommission hatte sich seinerzeit „nach gründlicher Prüfung“ gegen die Hemmungslösung ausgesprochen<sup>45</sup>. Das wurde damit begründet, dass es bei einer entsprechenden Regelung in der Praxis weitgehend nicht mehr auf die Dauer der Frist ankomme, sondern darauf, ob eine Kenntnis vom Anspruch vorliege. Die Einrede der Verjährung könne dann

---

41 Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 189

42 Vgl. auch Foerste, ZRP 2001, 342; Pieckenbrock (o. FN 18), 327 ff.

43 Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 305 f., 316

44 Deutscher Text ZEuP 2001, 400, dort Art. 17:102 und 17:105

45 Abschlußbericht, S. 36

Поред тога, закон предвиђа и различите друге посебне рокове у зависности од појединих типова уговора. Поред трговинско-правног застаревања тражбеног права услед недостатака у смислу § 437 BGB (30, 5 и 2 године), право на регресирање неког предузетника на основу права услед недостатака које уживају његови купци застаревају за две године (§ 479 BGB), битни захтеви на основу закупног права у року од шест месеци након окончања односа закупа (§ 548 BGB), захтеви услед недостатака по основу уговорног права са произвођачима за 5, 3 односно за две године (§ 634a BGB) а захтеви на основу уговора са туристичким агенцијама за две године (§ 651g II 1 BGB) уместо шест месеци који су важили до тада. Осим тога, § 309 бр. 8 б ff дозвољава делимично скраћивање рока застаревања по основу захтева услед недостатака што је засновано општим условима пословања (AGB) на годину дана, а исто предвиђа и § 651 л BGB за уговор са туристичком агенцијом. Покушај да се „барокна разноврсност форми“<sup>41</sup> из BGB сведе на поједностављене, опште важеће рокове, обзиром на ову нову поплаву рокова може се сматрати неуспелим<sup>42</sup>.

*ii) Почетак важења рока застаревања  
који се везује за стапање сазнања*

Ако закон о модернизацији облигационог права доводи до скраћивања рокова застаревања, то дејство се, као што је већ наведено, релативизује на основу § 199 ст. 1 бр. 1 BGB, обзиром да почетак важења рока застаревања сада начелно зависи од сазнања или услед грубог немара не стеченог сазнања о захтеву. Одговарајући, мада догматски другачије конструисани предлог, својевремено су изнели још Петерс/Цимерман<sup>43</sup>, који су – а у том смислу се подударају са предлозима „ комисије Ландо“<sup>44</sup> изложеним са циљем уједначавања европског права – желели да уведу немање сазнања о захтеву као разлог за застој (обустављање), дакле на тај начин, да се трајање рока застаревања надовезује само на објективне околности, а да поверилац може да се позове на околност да није знао за те околности (без грубог немара).

Комисија за облигационо право својевремено се „након по-добрне провере“ изјаснила против решења застоја<sup>45</sup>. То је образложено тиме да у погледу одговарајуће одредбе у пракси углавном више није пресудно трајање рока већ питање да ли постоји сазнање

---

41 Peters/Zimmermann Verjährungsfristen, стр. 189.

42 Упоредити: Foerste, ZRP 2001, 342; Pieckenbrock Jb.J.ZivRWiss., 2001, 327 и даље.

43 Peters/Zimmermann Verjährungsfristen, стр. 305 и даље, 316.

44 Deutscher Text ZEuP 2001, 400, Art. 17:102 и 17:105.

45 Abschlußbericht, стр. 36.

vom Schuldner nur noch auf Verdacht erhoben werden, um dann abzuwarten, ob im Rahmen der Beweisaufnahme Umstände vorgetragen würden, aus denen sich die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis ergebe<sup>46</sup>.

Weiterhin ist zu klären, wer die Beweislast für die Kenntnis des Gläubigers trägt. Im Deliktsrecht entsprach es bisher allgemeiner Meinung, dass der Schuldner, der sich auf das Vorliegen der Verjährung nach § 852 BGB berief, deren Voraussetzungen nachweisen musste<sup>47</sup>. Der schuldhafte Unfallverursacher musste also beweisen, dass der Verletzte seinen Anspruch gekannt hatte und seit Kenntnisserlangung die Verjährungsfrist verstrichen war. Für nicht deliktsrechtliche Ansprüche ist diese Beweislastverteilung dagegen problematisch. Der Gesetzentwurf geht darauf an keiner Stelle ein<sup>48</sup>. Die Beweislastverteilung zu Lasten des Schuldners mag ihre Berechtigung haben, wenn der Verletzer in absolut geschützte Rechtspositionen des Geschädigten eingegriffen hat<sup>49</sup>. Er darf sich deswegen nicht darauf beschränken, die Kenntnis zu behaupten.

Im Bereich der vertraglichen Erfüllungshaftung wird das Kenntnismoment ferner ohnehin kaum praktisch, da der Berechtigte bereits mit Vertragsschluss von seinen Ansprüchen Kenntnis hat<sup>50</sup>. Auch hier sind aber Konstellationen denkbar, in denen, etwa bei bedingten Ansprüchen, keine Kenntnis vom Eintritt der Bedingung und damit dem Beginn der Verjährung vorliegt. Im Bereich der vertraglichen Schadensersatzhaftung wird das Problem jedoch sichtbar. Da der Schuldner in aller Regel keine Möglichkeit hat, den Kenntnishorizont des Gläubigers sachgerecht zu beurteilen, wird er also gehalten sein, die Kenntnis des Gläubigers herbeizuführen. Dafür müsste er allerdings selbst erst einmal erkennen, dass er pflichtwidrig gehandelt hat und dem Gläubiger ein Schaden entstanden ist. Auch dies liegt aber in der Sphäre des Gläubigers, so dass eine Entlastung nur eintreten würde, wenn man eine Beweislastverteilung nach Sphären vornehmen würde, was sich aber bislang nicht durchgesetzt hat<sup>51</sup>.

Es ist auch daran zu denken mit der Lando-Kommission eine Hemmung der Verjährung vorzusehen, solange der Gläubiger seinen Anspruch ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kennt. Dann hätte der Gläubiger aber ge-

---

46 Abschlußbericht, ebenda; zudem wurde auf zu erwartende Beweisschwierigkeiten verwiesen, S. 48

47 Vgl. nur MüKo/Stein, § 852 RdNr. 71

48 Vgl. die Begründung zu § 199 Abs. 1 Nr. 2, BT-Drucks. 14/6040, S. 108f.

49 Wie auch der vorsätzlich handelnde Schädiger nach § 826 BGB

50 Ebenso, Piekenbrock (o. FN 18), 321

51 Baumbach/Hartmann, ZPO, 59. Aufl., Anh § 286 RdNr. 12

о потражном праву. У том случају, дужник би могао да изнесе приговор о застаревању само на основу сумње, како би затим сачекао да се у оквиру извођења доказа изнесу околности из којих се може закључити да ли је постојало сазнање или недостатак сазнања услед грубог немара<sup>46</sup>.

Осим тога потребно је појаснити на коме лежи терет доказивања о томе да ли је поверилац имао сазнање. У деликтном праву до сада је преовладавао општи став да је дужник, који се позове на постојање застаревања у смислу § 852 BGB, морао да докажује његове предуслове<sup>47</sup>. Дакле лице које је својом кривицом узроковало удес морало је да докаже да је повређено лице знало за своје тражбено право и да је од тренутка стицања сазнања тог лица протекао рок застаревања. Међутим код потражних права која нису везана за деликтно право, ова подела терета доказивања је проблематична. Најтак зекона ни на једном месту не улази у ово питање<sup>48</sup>. Подела терета доказивања на терет дужника је можда оправдана, ако је лице које је повредило друго лице задирало у апсолутно заштићене правне позиције оштећеног лица<sup>49</sup>. И стога оно не сме да се ограничи само на позивање на елемент сазнања.

У области уговорне одговорности за извршење обавеза, моменат сазнања и онако једва да може практично да се примени, пошто лице које ужива права још са закључивањем уговора стиче сазнање о својим тражбеним правима<sup>50</sup>. Међутим и овде би могле да се замисле консталације у којима на пример код условљених потражних права не постоји сазнање о наступању услова а тиме ни о отпочињању рока застаревања. У области уговорне одговорности за накнаду штете проблем међутим постаје очигледан. Пошто дужник по правилу нема могућност да у складу са чињеницама процени повериочев хоризонт сазнања, он ће бити приморан да докаже да је поверилац имао сазнање. У том смислу би међутим најпре морао сам да схвати да је својим чињењем повредио своје обавезе и да је повериоцу настала штета. Међутим и то лежи у сфери повериоца, тако да би растерећење могло да наступи само ако би се подела терета доказивања извршила по сферама, што до сада није могло да пробије као решење<sup>51</sup>.

Такође треба размислiti да ли уз помоћ комисије Ландо треба предвидети застој застаревања, све док поверилац без грубог немара не зна за своје тражбено право. У том случају би поверилац

---

46 Ibidem, стр. 48.

47 Упоредити: Münchener Kommentar-Stein, § 852 RdNr. 71.

48 Упоредити: Die Begründung zu § 199 Abs. 1 Nr. 2, BT-Drucks. 14/6040, стр. 108 и даље.

49 Као и кад лице намерно проузрокује штету према правилу из § 826 НГЗ.

50 Такође, Pieckenbrock Jb.J.ZivRWiss., 321.

51 Baumbach/Hartmann, ZPO, 59. Aufl., Anh § 286 RdNr. 12.

genüber dem sich auf den Ablauf der Verjährungsfrist berufenden Schuldner die Hemmungstatsachen nachzuweisen. Aber auch dem Gläubiger muss der Nachweis innerer Tatsachen schwer fallen. Er müsste nachweisen, keine Kenntnis von seinem Anspruch gehabt zu haben bzw. ohne grobe Fahrlässigkeit in Unkenntnis verblieben zu sein. Es besteht also das Dilemma, dass man entweder dem Gläubiger den Nachweis eigener innerer Tatsachen<sup>52</sup> oder dem Schuldner den Nachweis fremder innerer Tatsachen auferlegt<sup>53</sup>.

Verfahrensrechtlich bürdet diese Norm dem Schuldner schwer Erträgliches auf. Besteitet nämlich der Gläubiger den vom Schuldner behaupteten (späten) Zeitpunkt des Beginns der Verjährung erst während des Verfahrens<sup>54</sup>, kann der Schuldner, soweit sich seine Verteidigung auf den Eintritt der Verjährung beschränkt, nur noch anerkennen, falls er den schwierigen Beweis für den Termin der Kenntnisserlangung nicht führen kann. Da es sich dann nicht um ein sofortiges Anerkenntnis i.S.d. § 93 ZPO handelt, trägt er die Kostenlast. Hier war bisher der Gläubiger belastet, da er bei Erhebung der Einrede, die an objektive Kriterien geknüpft war die Klage zurücknehmen musste<sup>55</sup>, dann aber gem. § 269 Abs. 3 ZPO die Kosten zu tragen hatte.

*iii) Der Beginn der Verjährungsfrist bei den Mängelgewährleistungsansprüchen*

Ein von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Gläubigers abhängiger Beginn der Verjährungsfrist hat ein besonderes Gewicht bei kurzen Fristen. Dementsprechend hat noch die Schuldrechtskommission mit Rücksicht auf die damaligen kurzen Verjährungsfristen (insbesondere in § 477 BGB a.F. von sechs Monaten bzw. einem Jahr) die Einführung eines Kenntniselements gefordert<sup>56</sup>. Im Gesetz ist diese Forderung allerdings in ihr Gegenteil verkehrt worden. Es gibt nunmehr die allgemeine kenntnisabhängige Bestimmung des Beginns der Verjährungsfrist in § 199 I BGB. Diese Norm wird jedoch bei den kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsansprüchen gerade ausgeschaltet. Die Verjährung beginnt nach § 438 II BGB bei Grundstücken mit der Übergabe, im übrigen mit der Ablieferung der

---

<sup>52</sup> Was namentlich mit entsprechenden Indizienbeweisen erreicht werden kann, vgl. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Zivilrecht, RdNr. 273ff

<sup>53</sup> Was ungleich schwieriger ist, vgl. hierzu Baumgärtel(o.FN. 52), RdNr. 211 ff.

<sup>54</sup> Die Erhebung der Einrede der Verjährung ist jedenfalls bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung möglich, vgl. Palandt/Heinrichs, § 222 RdNr. 2; da es sich auch bei der Unkenntnis um eine Tatsache handelt, gilt dies auch für die Einwendung der Unkenntnis.

<sup>55</sup> Soweit er nicht ein abweisendes Urteil in Kauf nehmen will.

<sup>56</sup> Vgl. Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 188

морао да докаже чињенице које поткрепљују застој у односу на дужника који се позива на истек рока застаревања. Међутим и повериоцу засигурно тешко пада да докаже унутрашње чињенице. Он би морао да докаже да није имао сазнање о свом тражбеном праву односно да без властитог грубог немара није дошао до тог сазнања. Дакле постоји дилема да се или од повериоца захтева да докаже унутрашње чињенице<sup>52</sup> или да се од дужника захтева да докаже туђе унутрашње чињенице<sup>53</sup>.

По питању прописа о поступку, ова норма од дужника захтева нешто што се тешко може оправдано од њега захтевати. Ако наиме поверилац оспори (касни) тренутак почетка течења рока застаревања, који тек за време трајања поступка жели да докаже дужник<sup>54</sup>, дужник, у случају да се његова одбрана ограничава на тренутак отпочињања рока застаревања, може само још да изјави признање, ако није у стању да изведе сложени доказ о тренутку стицања сазнања. Пошто се у том случају не ради о признању које је учињено одмах у смислу параграфа 93 ЗПП, на њега прелази терет сношења трошкова. Овде је до сада био оптерећен поверилац, пошто је у случају улагања приговора, који се надовезивао на објективне критеријуме, морао да повуче тужбу<sup>55</sup>, да би затим у смислу § 269 ст. 3 ЗПП био приморан да сноси трошкове.

*iii) Почетак рока застаревања код захтева на основу активирања гаранција услед недостатака*

Почетак рока застаревања који зависи од момента стицања сазнања односно немања сазнања услед грубог немара од стране повериоца има посебну тежину када се ради о кратким роковима. У складу с тиме, још је комисија за облигационо право с освртом на тадашње кратке рокове застаревања (а посебно из старог параграфа 477 BGB од шест месеци одн. годину дана) захтевала да се уведе елемент сазнања<sup>56</sup>. Међутим у самом закону овај захтев је окренут у његову супротност. Сада постоји само још општа одредба о почетку трајања рока застаревања у параграфу 199 I BGB која зависи од стицања сазнања. Међутим ова норма се управо не примењује у случају трговинско-правних захтева за активирање гаранције услед недостатака. Рок застаревања у смислу § 438 II BGB

---

52 Што може да се постигне одговарајућим доказима-индицијама, упоредити: Baumgärtel, Beweislastpraxis im Zivilrecht, RdNr. 273 ff.

53 Шта је неупоредиво теже, упоредити: Baumgärtel Beweislastpraxis im Zivilrecht, RdNr. 211 и даље.

54 Подношење приговора застарелости могуће је до окончања усмене расправе, упоредити: Palandt/Heinrichs, § 222 бр. 2; јер и кад не постоји сазнање, реч је о чињеници. Исто важи и за приговор о непостојању сазнања.

55 Ако не жели да се помири са пресудом којом се одбацује његов захтев.

56 Упоредити: Peters/Zimmermann Verjährungsfristen, стр. 188.

Sache. Auf das Kenntnismoment und die dreijährige Regelverjährungsfrist greift § 438 III 1 BGB jedoch zurück, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat<sup>57</sup>.

Nach dem Wortlaut des §§ 438 BGB I i.V.m. 437 Nr. 3 BGB gilt die kenntnisunabhängige Verjährung auch für die verschuldensabhängigen Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche. Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung zur positiven Vertragsverletzung. Die Kritik ist daran jedoch nicht verstimmt. Es haben sich bereits Autoren gemeldet, die bei den gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüchen das Kenntniselement zugrunde legen wollen<sup>58</sup>, wogegen wiederum eine „unzumutbare Erschwerung der Praxis“ eingewandt worden ist<sup>59</sup>.

Bei der Würdigung der gesetzlichen Lösung ist grundsätzlich zwischen den verschuldensunabhängigen und den verschuldensabhängigen Mängelansprüchen zu unterscheiden. Bei ersteren besteht ein Bedürfnis, Verjährungsregelungen mit rein objektiver Anknüpfung beizubehalten<sup>60</sup>. Mit der Garantiehaftung des Verkäufers für die Vertragsgemäßheit des Kaufgegenstandes wird dem Käufer die Sicherheit gegeben, für den Kaufpreis einen äquivalenten Gegenwert zu erhalten. Ihm obliegt es lediglich, die Mängelhaftigkeit der Kaufsache darzulegen, um Ansprüche wegen deren Abweichung vom Gesuchdeten zu realisieren. Gerade weil hier der Mangel ein verschuldensunabhängiges, vom Verkäufer also nicht beherrschtes Risiko darstellt, ist der feste zeitliche Horizont notwendig, damit der Verkäufer die dafür bei hinreichender betriebswirtschaftlicher Sorgfalt notwendigen Rückstellungsmittel nach Ablauf der Verjährungsfrist wieder aktivieren kann.

Die Gewährleistungsregelungen müssen insoweit ein die vertraglichen Beziehungen zwischen den Kaufvertragsparteien überformendes volkswirtschaftliches Interesse wahren, dass für die Erledigung von Warenmängeln nicht Ressourcen eingesetzt werden müssen, die über den Wert dieser Ware hinausgehen<sup>61</sup>. Von daher war eine Begrenzung der Haftung des Verkäufers auf den Kaufpreis eine in einer modernen ressourcenschonenden Warenwirtschaft sinnvolles Instrument. Entsprechende Überlegungen stehen auch in Übereinstimmung mit dem neuen Recht der Nacherfüllung, die vom Ver-

---

57 § 438 III 2 BGB sorgt allerdings dafür, dass die fünfjährige Verjährungsfrist bei Bauwerken dadurch nicht eingeschränkt wird.

58 Vgl. Leenen, JZ 2001, 552, 555; Zimmermann, JZ 2001, 853

59 Heinrichs, BB 2001, 1417, 1423

60 Vgl. Eidenmüller, JZ 2001, 285

61 Vgl. Meyer (o. FN 24), S. 205 f.; eine entsprechende Argumentation ergibt sich auch aus dem „Kondensatorfall“, BGHZ 117, 183, 189 f.

код земљишта почиње да тече са предајом (преузимањем у посед), а у осталим случајевима са испоруком ствари. § 438 III 1 BGB се међутим враћа на моменат сазнања и трогодишњи редовни рок застаревања, ако је продавац у намери обмане прећутоа недостатак<sup>57</sup>.

Према тексту §§ 438 BGB I у вези са 437 бр. 3 BGB, рок застаревања који не зависи од сазнања важи и за захтеве за накнаду штете и захтеве за накнаду издатака. То је у складу са досадашњом судском праксом о позитивној повреди уговора. Критика која се упућује на рачун овог правила још није утихнула. Већ су се јавили за реч аутори који захтеве за накнаду штете на основу гарантног права желе да заснују на елементу сазнања<sup>58</sup>, против чега је са друге стране изнесен аргумент „отежавања праксе које се не може оправдано захтевати“<sup>59</sup>.

Приликом тумачења законског решења начелно се прави разлика између захтева услед недостатака, који су условљени властитом кривицом, и оваквих захтева који нису условљени кривицом. Код првих постоји потреба да се задржи прописи о застаревању са чисто објективним полазним тачкама<sup>60</sup>. Са гарантном одговорношћу продавца да је предмет купопродаје у складу са уговором, купцу се даје сигурност да за купопродајну цену добија еквивалентну противвредност. Његов је задатак једино да прикаже недостатак купљене ствари како би затим реализовао захтеве услед њеног одступања од онога што се дугује. Управо из разлога што овде недостатак представља ризик независтан од кривице, дакле ризик на који продавац не може да утиче, потребан је чврст временски хоризонт, како би продавац након истека рока застаревања поново могао да активира резервисана средства, која су у случају одговарајуће економске бриге потребна у те сврхе.

Прописи о гаранцији у том смислу морају да чувају економски интерес који донекле преиначује уговорне односе између странака у оквиру купопродајног односа, у смислу да за надокнаду недостатака робе не морају да се користе ресурси који су већи од вредности односне робе<sup>61</sup>. У том смислу је ограничавање одговорности продавца на висину купопродајне цене представљало сврсисходан инструмент у духу модерне економије роба којом се чувају ресурси. Одговарајућа размишљања подударају се и са новим пра-

57 Правилом из § 438 III 2 НГЗ настоји се да се не ограничи рок застарелости од пет година код уговора о грађењу.

58 Упоредити: Leenen, JZ 2001, 552, 555; Zimmermann, JZ 2001, 853.

59 Heinrichs, BB 2001, 1417, 1423.

60 Упоредити: Eidenmüller, JZ 2001, 285.

61 Упоредити: Meyer Verjährung und Verursacherprinzip, стр. 205 и даље; одговарајућа аргументација произилази из „случаја кондензатор“, BGHZ 117, 183, 189 и даље.

käufer verweigert werden kann, wenn sie ihm wirtschaftlich unzumutbar ist (vgl. 439 Abs. 3 BGB). Diese Unzumutbarkeit wird immer dann gegeben sein, wenn die Kosten der Nachbesserung den Warenwert (weit) übersteigen<sup>62</sup>.

Durch die nunmehr gewährten Schadensersatz- und Aufwendungersatzansprüche in § 437 Nr. 3 BGB gibt das Gesetz einen verschuldensabhängigen Anspruch, der nicht auf den Kaufpreis begrenzt ist. Wegen der Verschuldensvoraussetzung gehörte ein solcher Anspruch bislang nicht zu den Gewährleistungsrechten. Durch die Gewährung solcher Ansprüche wird der Verkäufer dazu angehalten, seinen Betrieb möglichst so zu organisieren, dass Mängel nicht auf einem Verschulden basieren können. Es geht insoweit also um die Gewährleistung des Äquivalenzinteresses, sondern um eine grundsätzlich zu begrüßende Verhaltenssteuerung, so dass unabhängig von einer Produzentenstellung und der Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz jeder Verkäufer für von ihm verschuldete Mängel einzustehen hat. Damit ist es aber gedanklich kaum vereinbar, eine strikte kurze Verjährungsfrist, hauptsächlich also die zweijährige Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 3 BGB mit rein objektiver Anknüpfung vorzusehen. Da die präventive Verhaltenssteuerung sich dann nur darauf richtet, den Eintritt von Schäden während dieser Frist zu vermeiden. Von daher hätte es nahegelegen, die Verjährung von Mängelansprüchen aufgrund Verschuldens des Verkäufers der Regelverjährung nach § 199 I BGB mit ihrem Kenntniselement zu unterwerfen<sup>63</sup>.

Tatsächlich beruht die völlig andere Ausgestaltung der §§ 437, 438 BGB mit der rein objektiv angeknüpften zweijährigen Verjährungsfrist auf dem Protest der deutschen Wirtschaft, die nicht über das mit der Richtlinie verbundene Maß hinaus belastet werden wollte. Dieser politische Einfluss hat entscheidend zu den Sonderregelungen für die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsvorschriften geführt und führt weiterhin dazu, dass die alten Probleme der Weiterfresserhaftung erhalten bleiben. Auch in Zukunft wird die Rechtsprechung kaum darauf verzichten, einen deliktischen Schadensersatzanspruch zu prüfen, wenn sich ein kleiner Mangel einer großen Kaufsache

---

62 Wobei der Warenwert nicht mit dem Preis gleichgesetzt werden darf, da der Gewinn hier zu berücksichtigen ist. Übersteigen also die Nachbesserungskosten wesentlich den Einkaufswert des Verkäufers, wird eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit im Sinne des § 439 Abs. 3 BGB vorliegen.

63 Wie hier Eidenmüller, JZ 2001, 286 f.; Leenen, Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552, 556, 559f. a.A. Dauner-Lieb, Anmerkungen zur neuesten Fassung des Verjährungsrechts in der konsolidierten Fassung eines Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 8.

вом о накнадном испуњавању обавеза, које продавац може да одбије ако се то у економском смислу не може с правом од њега захтевати (види 439 ст. 3 BGB). Овај елемент, да од њега не може с правом да се захтева чињење, ће постојати увек онда када трошкови накнадне поправке (знатно) превазилазе вредност робе<sup>62</sup>.

На основу захтева за накнаду штете и захтева за накнаду издатака који су сада загарантовани путем § 437 бр. 3 BGB, закон обезбеђује потражно право независно од кривице које није ограничено на купопродајну цену. Због услова кривице, овакав захтев до сада није спадао у гарантна права. Путем обезбеђивања оваквих потражних права, од продавца се очекује да своје предузеће по могућности организује тако да недостатци не буду засновани на кривици. У том смислу се dakле (не) ради о обезбеђивању еквивалентног интереса већ о управљању понашањем које се принципијелно мора поздравити, тако да независно од става произвођача и одговорности за производ у складу са законом о одговорности за производе сваки продавац мора да одговара за недостатке који су настали његовом кривицом. Међутим чини се да се мисаоно тешко с тим може спојити предвиђање стриктног кратког рока застаревања, дакле превасходно двогодишњег рока застаревања у складу са § 438 I бр. 3 BGB, са чисто објективним полазним тачкама, пошто се превентивно усмеравање понашања у том случају усмерава једино ка томе да се наступање штета избегне у том року. У том смислу би било природно да се застаревање захтева на основу недостатака насталих кривицом продавца подвргне редовном року застаревања у смислу § 199 I BGB са којим се предвиђа и елемент стицања сазнања<sup>63</sup>.

Заправо, потпуно другачије формулисање §§ 437, 438 BGB са чисто објективно заснованим двогодишњим роком застаревања темељи се на протесту немачке привреде која је одбила да буде оптерећена мимо оне мере коју је предвидела директива. Овај политички утицај је у великој мери довео до настанка специјалних одредби о трговинско-правним прописима о гаранцији за недостатке и даље води ка томе да се не отклоне стари проблеми одговорности за прогресивно ширење штете. И у будућности правосуђе тешко да ће одустати од провере захтева за накнаду штете на основу деликтне одговорности, када се мали недостатак на неком

---

62 При чему вредност робе не сме да се изједначи са ценом, пошто се овде има у виду добит. Ако трошкови поправке знатно превазилазе набавну цену, реч је о чињењу које се у економском смислу не може основано захтевати од продавца у смислу § 439 ст. 3 НГЗ.

63 У истом смислу Eidenmüller, JZ 2001, 286 и даље; Leenen, Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552, 556, 559ф, а.А. Dauner-Lieb, Anmerkungen zur neuesten Fassung des Verjährungsrechts in der konsolidierten Fassung eines Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, стр. 8.

in der Art eines Schwimmerschalters als Reglers einer Maschine sich so weiter gefressen hat, dass die gesamte Kaufsache zerstört wird. Wenn aber hierfür ein Anspruch aus § 823 I BGB gewährt wird, kommt dann doch die Regelverjährung des § 199 BGB mit ihrer kennnisabhängigen Anknüpfung für sie zum Zuge.

Auch im Werkvertragsrecht ist es außerordentlich fraglich, ob die bisher als hochkomplex angesehene Unterscheidung zwischen den (der kurzen Verjährung unterliegenden) Schadensersatzansprüchen für Mangelschäden und enge Mangelfolgeschäden und den (der dreißigjährigen Regelverjährung unterliegenden) Ansprüchen wegen weiter Mangelfolgeschäden entfallen kann. Der Wortlaut des § 634a BGB deutet allerdings darauf hin. Nach § 634a I BGB verjährten die werkvertraglichen Mängelansprüche ohne kennnismäßige Anknüpfung in den dafür vorgesehenen drei Fristen, bei Bauwerken also in fünf Jahren seit der Abnahme nach Abs. 2. Dies soll auch für den Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung nach § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 BGB gelten. Wenn das so wäre, dann könnte der Werkunternehmer nach Ablauf der Frist gem. § 634a III BGB nur noch haften, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hätte. Ob eine so radikale Einschränkung der Haftung für weite Mangelfolgeschäden im Hinblick auf die häufig längerfristigen Schadensentstehungsprozesse vor allem des Bausektors durchzuhalten ist, ist aber zu bezweifeln. Wer einen umfassenden Schaden an seinem Vermögen, der möglicherweise aus einem kleinen Werkmangel entsteht, erst nach sechs Jahren feststellen kann, wird sich hier kaum mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer objektiven Anknüpfung der Verjährungsfrist trösten lassen und auf Schadensersatzansprüche ganz verzichten. Auch hier wird sich möglicherweise bei der Interpretation des Gesetzes, wenn weiterhin die deliktische Weiterfresserhaftung das Kaufrecht ergänzen sollte, im Werkvertragsrecht die Verschuldenshaftung für weite Mangelfolgeschäden mit der kennnisabhängigen Verjährungsregelung des § 199 BGB durchsetzen oder eine der Weiterfresserhaftung parallele Forthaftung eingreifen<sup>64</sup>.

#### *iv) Überblick über die weiteren Neuerungen*

##### (1) Die Streichung der kurzen Verjährung für Erfüllungsansprüche von Gewerbetreibenden

Einigkeit bestand seit den Achtzigerjahren weitgehend darüber, dass § 196 BGB a.F. mit seiner zweijährigen (oder bei gewerblichen Kunden

---

64 Vgl. hierzu schon Derleder/Meyer, AcP195 (1995), 137

великом предмету купопродаје типа прекидача на пловку као регулатора на машини прогресивно толико прошири, да се тиме уништи цела купопродајна ствар. Ако се међутим за то обезбеди потражно право у смислу § 823 I BGB, овде се ипак примењује редовни рок застаревања из § 199 BGB са везом која зависи од стицања сазнања.

И у праву о уговорима о делу изразито је спорно питање да ли може да се изостави разлика, која се до сада сматрала веома сложеном, између захтева за накнаду штете (који подлежу кратком року застаревања) за штете услед недостатака и близке последице недостатака и захтева на основу далекосежних последичних штета. Текст § 634a BGB у сваком случају указује на то. Према § 634a I BGB, за захтеве услед недостатака на основу уговора са произвођачем а који нису везани за стицање сазнања за застаревање су предвиђена три рока, код грађевинских објеката дакле за пет година након техничког пријема према ставу 2. Исто треба да важи и за захтев за накнаду штете на основу позитивне повреде уговора у смислу § 634 бр. 4 а у вези са § 280 BGB. Ако би ствари биле такве, предузетник – посленик би након истека рока у смислу § 634a III BGB могао да одговара само у случају да је у намери обмане прећуто недостатак. Међутим спорно је питање да ли је одржив тако радикалан засек у одговорност за далекосежне последичне штете у погледу често дугорочних процеса настајања штете, пре свега у грађевинском сектору. Неко коме настане велика штета на имовини, која је евентуално настала на основу малог фабричког недостатка, и ко ту штету може да констатује тек након шест година, сигурно се неће дати утешити са констатацијом да мора да се докаже објективна веза са роком застаревања и сигурно да неће потпуно одустати од захтева за накнаду штете. Ако би и даље деликтна одговорност за последично ширење штете допуњавала купопродајно право, и овде ће евентуално приликом тумачења закона у произвођачко-уговорном праву успети да се пробије одговорност за кривицу за далекосежније последичне штете услед недостатака заједно са одредбом о застаревању која се везује за стицање сазнања у смислу § 199 BGB или ће се предвидети наставак трајања одговорности који тече паралелно са одговорностима за прогресивно ширење штете<sup>64</sup>.

*iv) Преглед других новина*

- (1) Брисање кратког рока застаревања код захтева та испуњење обавеза од стране привредних субјеката

Од осамдесетих година је углавном постојала сагласност о томе да стари § 196 BGB са роком застаревања од две године (или

---

<sup>64</sup> Упоредити: Derleder/Meyer, AcP195 (1995), стр. 137.

vierjährigen) Verjährung für die Vergütungsforderungen von Lieferanten und Dienstleistern nicht mehr modernen Anforderungen genügte<sup>65</sup>. Wegen der Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist auf drei Jahre scheint hier auf den ersten Blick keine wesentliche Änderung eingetreten zu sein. Das ist allerdings insofern unzutreffend, als die kenntnisabhängige Anknüpfung der Verjährungsfrist zu einem Lauf der Verjährung bis zum Ende des zehnten oder des dreißigsten Jahres führen kann (§ 199 II, III BGB) Typischerweise kennt aber ein Geschäftsmann seine Erfüllungsansprüche, so dass es insoweit in aller Regel praktisch zu einem Ablauf der Verjährungsfrist nach drei Jahren kommen wird. Ein „Vergessen“ verzeiht die deutsche Rechtsordnung insofern nicht.

Nicht ganz so einfach stellt sich die Rechtslage aber bei den Ersatzansprüchen dar, auf die die Rechtsprechung bislang § 196 BGB a.F. weitgehend anwandte. Hatte der Gewerbetreibende einen Anspruch, der als „Ersatzwert statt des ursprünglich vereinbarten“<sup>66</sup> wirtschaftlich an die Stelle des Erfüllungsanspruches trat, wurde auch auf diesen Anspruch die kurze Verjährung erstreckt. Das galt für Ansprüche aus cic<sup>67</sup>, auf Schadensersatz im Rückabwicklungsverhältnis gem. § 347 BGB a.F.<sup>68</sup> und aus Vertragsstrafen<sup>69</sup>.

Nach neuem Recht kann es für diese Ansprüche zu erheblichen Nachteilen für den Kunden kommen<sup>70</sup>. Diese ergeben sich einmal aus der Verlängerung der Verjährungsfrist auf drei Jahre und zum anderen daraus, dass die Verjährung erst mit der Kenntnis des eingetretenen Schadens beginnt. Bislang hat die Rechtsprechung dagegen angenommen, dass der Anspruch bereits mit der pflichtwidrigen Leistungsstörung entstehen konnte und dann die Verjährungsfrist in Lauf setzte. Das im neuen Recht hinzu gekommene Kenntnismoment, das auch den Schadenseintritt einschließt, verschlechtert also den verjährungsrechtlichen Verbraucherschutzstandard.

## (2) Die Streichung der kurzen Verjährung für wiederkehrende Ansprüche

Ebenfalls gestrichen wurde § 197 BGB a.F., der insbesondere für Zinsen und Unterhaltsleistungen die vierjährige Verjährung vorgesehen hat.

---

65 Vgl. Abschlußbericht, S. 28; Diskussionsentwurf, S. 196; BT-Drucks. 14/6040, S. 101

66 BGH, DB 1958, 307, die Formulierung geht auf RGZ 116, 281, 285 zurück.

67 BGHZ 57, 191

68 BGHZ 86, 313

69 BGH, LM Nr. 32 zu § 195 BGB

70 Dauner-Lieb (o. FN 63), S. 6 spricht auch davon, dass die Wirtschaft die entsprechende Verlängerung nicht akzeptieren könne.

од четири године код купца у привреди) за потраживања накнаде од испоручилаца и вршилаца услуга више не одговара модерним потребама<sup>65</sup>. Услед скраћења редовног рока застаревања на три године, на први поглед се чини да је овде наступила битна промена. То је међутим у том смислу нетачно, пошто надовезивање на рок застаревања који је везан за елемент стицања сазнања може да доведе до рока застаревања до истека десете или тридесете године (§ 199 II, III BGB). Међутим уобичајено је да привредник познаје своја права на испуњење обавеза, тако да ће у том смислу по правилу практично доћи до истека рока застаревања после три године. Немачки правни поредак у том смислу неће никоме опростити „заборавност“.

Међутим правна ситуација не изгледа тако једноставно код оних захтева за накнаду код којих је правосуђе до сада углавном примењивало стари § 196 BGB. Ако је привредник имао захтев који је као „вредност замене уместо уговореног“<sup>66</sup> у економском смислу ступао на место захтева за испуњење обавеза, кратак рок застаревања се проширивао и на тај захтев. То је важило за захтеве из *cic*<sup>67</sup>, за накнаду штете у оквиру односа повраћаја (одустајање од уговора) у складу са старим § 347 BGB<sup>68</sup> и на основу уговорних казни<sup>69</sup>.

По новој регулативи у погледу ових потражних права може да дође до знатних недостатака по купцу<sup>70</sup>. Они произилазе с једне стране из продужавања рока застаревања на три године а с друге стране из чињенице да рок застаревања почиње да тече тек након стицања сазнања о наступелој штети. До сада је правосуђе, за разлику од тога, полазило од тога да захтев може да настане још на основу ометања услуге супротно обавезама чиме је почињао да тече рок застаревања. Моменат сазнања, који је додат у новим одредбама а који такође обухвата и (моменат) наступање штете, у том смислу dakле погоршава стандард заштите потрошача у погледу права о застаревању.

(2) Брисање кратког рока застаревања за  
повремена тражбена права

Такође је избрисан и стари § 197 BGB који је пре свега предвиђао четврогодишњи рок застаревања за камате и давања

---

<sup>65</sup> Упоредити: Abschlußbericht, стр 28; Diskussionsentwurf, стр 196; BT-Drucks. 14/6040, стр 101.

<sup>66</sup> BGH, DB 1958, 307, упоредити: RGZ 116, 281, 285.

<sup>67</sup> BGHZ 57, 191.

<sup>68</sup> BGHZ 86, 313.

<sup>69</sup> BGH, LM Nr. 32 zu § 195 BGB.

<sup>70</sup> Dauner-Lieb, (Anmerkungen zur neuesten Fassung des Verjährungsrechts in der konsolidierten Fassung eines Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, стр. 6) такође говори да привреда не може прихватити одговарајуће продужавање.

Dafür scheint wiederum der Gedanke tragend gewesen zu sein, dass durch die verkürzte Regelverjährung von drei Jahren kein entsprechender Regelungsbedarf mehr bestehe. Die in § 197 I BGB genannten sachenrechtlichen Herausgabeansprüche, familien- und erbrechtlichen, rechtskräftig festgestellten und die diesen gleichgestellten Ansprüche verjähren allerdings in dreißig Jahren. Soweit sich diese Ansprüche jedoch auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen beziehen, gilt wiederum nach § 197 II BGB die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB. Insofern müssen in Zukunft also Unterhaltsgläubiger spätestens vor Ablauf von drei (statt bisher vier) Jahren ihre Ansprüche geltend machen.

(3) Die Verallgemeinerung der  
Ultimoverjährung

Bislang war in § 201 BGB a.F. vorgesehen, dass die Verjährungsfrist bei gewerblichen Erfüllungsansprüchen von Lieferanten und Dienstleistern und bei Ansprüchen auf wiederkehrenden Leistungen am Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, beginnt. Hatte diese Regelung in den Zeiten ohne elektronische Datenverarbeitung noch eine gewisse Berechtigung, lag darin dennoch eine deutschrechtliche Besonderheit, die insbesondere von auswärtigen Beobachtern der deutschen Rechtslandschaft eher belustigt aufgenommen wurde<sup>71</sup>. Das eifige Eintreibungsgeschäft zu Silvester wegen der drohenden Verjährung war dem übrigen Europa nicht geläufig. In § 199 I BGB wird diese Besonderheit jetzt zum Regelfall für alle Konstellationen, bei denen die kenntnisabhängige dreijährige Verjährung gilt, also auch für Schadensersatzansprüche.

(4) Weitgehende Zurückdrängung der  
Unterbrechung

Das Verjährungsrecht war bislang stärker durch das Rechtsinstitut der Unterbrechung geprägt, nach deren Ende die Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt (bisher gem. § 217 BGB a.F.), als durch das Rechtsinstitut der Hemmung, nach deren Ende nur die noch verbleibende Restfrist abläuft (bisher § 205 BGB a.F., nunmehr § 209 BGB). Die Unterbrechung heißt jetzt Neubeginn (§ 212 BGB) und spielt nur noch eine geringe Rolle, da in den meisten Konstellationen, in denen es bisher zu einer Unterbrechung kam, nunmehr eine Hemmung vorgesehen ist.

Nach § 203 BGB ist jetzt ganz allgemein die Verjährung eines Anspruchs gehemmt, solange zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger

---

71 Vgl. dazu die Anekdote bei Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 247, dass die Regelung von anderen Rechtsordnungen schon deshalb nicht rezipiert wurde, weil es unschön wäre, „wenn die Gemütsruhe der Anwälte ausgerechnet um Weihnachten herum derart gestört würde.“ Vgl. auch die entsprechende Begründung BT-Drucks. 14/6040, S. 99.

на основу издржавања. Чини се да је притом главно полазиште била мисао да на основу скраћеног редовног рока застаревања у трајању од три године више не постоји потреба да се регулише конкретни случај. Мада материјално-правни захтеви за предавање ствари, породично- и оставинско-правни, правоснажно утврђени захтеви који се наводе у § 197 I BGB као и захтеви који се са њима изједначавају застаревању кроз тридесет година. Али ако се такви захтеви односе на услуге које се редовно понављају, у складу са § 197 II BGB важи трогодишњи редован рок застаревања из § 195 BGB. У том смислу дакле повериоци у погледу издржавања морају најкасније пре истека рока од три године (уместо досадашњих четири) да покрену своје захтеве.

(3) Уопштавање застаревања које почиње  
да тече последњег дана у години

До сада је у старом § 201 BGB било предвиђено да рок застаревања код привредних захтева за испуњење обавезе од стране испоручилаца или вршилаца услуга или код захтева за поновљено испуњење обавеза почиње да тече на крају године у којој је захтев настао. Док је ово правило у доба без електронске обраде података имало одређено оправдање, у њему се ипак крила и специфичност немачког права која је увесељавала пре свега стране посматраче немачког правног система<sup>71</sup>. Посао марљивог наплаћивања око нове године услед претећег застаревања у преосталим деловима Европе није био уобичајен. У § 199 I BGB ова специфичност постаје правило за све консталације за које важи трогодишњи рок застаревања који је везан за стицање сазнања, а тиме дакле важи и за захтеве за накнаду штете.

(4) Далекосежно потискивање прекида застаревања

Право о застаревању до сада је у већој мери било обележено правним институтом прекида (застаревања) након чијег окончања рок застаревања почиње поново да тече (до сада у складу са старим § 217 BGB), него правним институтом застоја застаревања, након чијег окончања истиче само преостали део рока (до сада стари § 205 BGB, сада § 209 BGB).

Прекид се сада зове *нови йочејтак* трајања рока (§ 212 BGB) и игра само још занемарљиву улогу, обзиром да се у највећем броју

<sup>71</sup> Види о томе анегдоту у књизи Peters/Zimmermann, Verjährungsfristen, стр. 247, да се правила из других правних система не могу преузимати, већ из тог разлога што не би било лепо да се „душевни мир адвоката ремети у време Божићних празника“. Упоредити и одговарајуће образложење BT-Drucks-a. 14/6040, стр. 99.

Verhandlungen über den Anspruch schweben. Dies entspricht einer Forderung in dem Gutachten für die Schuldrechtskommission von Peters/Zimmermann, die den Rechtsgedanken des § 852 Abs. 2 BGB a.F. aufgegriffen haben<sup>72</sup>.

Darüber hinaus enthält § 204 BGB eine Reihe von Tatbeständen, die bislang in § 209 BGB a.F. als Unterbrechungstatbestände ausgestaltet waren, nämlich insbesondere für die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs (Nr. 1), für die Zustellung des Mahnbescheids (Nr. 3), für die Zustellung des Antrags auf Erlaß eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung (Nr. 9)<sup>73</sup>, für die Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren (Nr. 10), für den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens (Nr. 11) und für die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe (Nr. 14).

Für die Praxis besonders bedeutsam ist die Hemmung durch das selbständige Beweisverfahren (Nr. 7). Ein solches Verfahren dient dazu, festzustellen ob ein Mangel vorliegt, ohne über die Haftungsfragen zu entscheiden. Bisher hatte dieses Verfahren aber nur für Mängelansprüche im Kauf- und Werkvertragsrecht Unterbrechungswirkung. Dies war häufig kritisiert worden<sup>74</sup>. Bereits mit dem Mietrechtsreformgesetz wurde mit § 548 Abs. 3 BGB diese Wirkung auch auf den Mietvertrag ausgedehnt. Nunmehr stellt das selbständige Beweisverfahren einen allgemeinen Hemmungsgrund dar.

Der Neubeginn der Verjährung ist dagegen auf wenige Fälle beschränkt. Die Verjährung beginnt nach § 212 I Nr. 1 BGB neu, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt (bisher § 208 BGB a.F.). Weiterhin lässt der Antrag auf Vornahme einer Vollstreckungshandlung den Lauf der Verjährungsfrist gem. § 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB neu beginnen.

#### (5) Beschränkung der Hemmung aus Rechtsgründen auf vereinbarte Leistungsverweigerungsrechte

Peters/Zimmermann hatten sich noch dafür ausgesprochen, den bisherigen § 202 BGB a.F. ersatzlos zu streichen, nach dem bestimmte Einwendungen und Einreden gegenüber dem Anspruch dessen Verjährung

---

72 Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 250, 308; vgl. aber die Forderung von Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, JZ 2001, 695 f., die Hemmung bei Verhandlungen als Ablaufhemmung auszustalten.

73 Zu den bisherigen Abgrenzungsschwierigkeiten in diesem Bereich, vgl. nur Paland/Heinrichs, § 209 RdNr. 22

74 Peters/Zimmermann (o. FN 8), S. 255; Spiro (o. FN 9), S. 293

консталација, у којима је до сада долазило до прекида, сада предвиђа застој застаревања.

Према § 203 BGB сада уопштено долази до застоја рока застаревања неког захтева, све док између дужника и повериоца теку преговори око захтева. То одговара захтеву из експертизе за комисију о облигационом праву Петерса/Цимермана, који су пошли од правне мисли из старог § 852 ст. 2 BGB<sup>72</sup>.

Осим тога, § 204 BGB садржи низ чињеничних стања, која су до сада била нормирана у старом § 209 BGB као чињенице које доводе до прекида, а посебно које дају основ за подношење тужбе на исплату или утврђивање захтева (бр. 1), за доставу решења о опомени (бр. 3), за доставу захтева за одустајање од пленидбе, привременог решења или привремене наредбе (бр. 9)<sup>73</sup>, за пријаву захтева у оквиру стечајног поступка (бр. 10), за покретање арбитражног поступка (бр. 11) и за иницирање обзناњивања првог захтева на одобравање помоћи у погледу сношења трошкова поступка (бр. 14).

Од посебног значаја за праксу је застој на основу самосталног доказног поступка (бр. 7). Такав поступак има сврху да се утврди да ли постоји недостатак а да се притом не одлучује о питањима одговорности. До сада је овај поступак, међутим, само код захтева услед недостатака у оквиру купопродајног или уговорног права о делу имао дејство прекида. То је често критиковано<sup>74</sup>. Још је законом о реформи закупног права параграфом 548 ст. 3 BGB ово дејство проширио и на уговор о закупу. Сада самостални доказни поступак представља општи разлог за застој.

За разлику од тога, нови почетак рока застаревања ограничен је на мали број случајева. Рок застаревања према § 212 I бр. 1 BGB почиње наново ако дужник пред повериоцем призна захтев на основу давања отплате, исплате камата, давања гаранције или на неки други начин (до сада стари § 208 BGB). И даље код захтева за предузимање неке извршне радње, рок застаревања у складу са § 212 ст. 1 бр. 2 BGB почиње да тече из почетка.

(5) Ограничавање застоја застаревања из правних разлога  
на уговорена права на одбијање испуњења обавеза

Петерс/Цимерман су се залагали за брисање старог § 202 BGB без икакве замене за ову одредбу, по коме су одређени приговори и примедбе против захтева доводили до застоја његовог застарева-

---

<sup>72</sup> Peters/Zimmermann Verjährungsfristen, стр. 250, 308; али видети и захтев да се застој у преговорима преиначи у застој тока застарелости (Zimmermann/Leenen/Manssel/Ernst, JZ 2001, стр. 695 и даље).

<sup>73</sup> О досадашњим тешкоћама разграничења у овој области упоредити: Palandt/Heinrichs, § 209 бр. 22

<sup>74</sup> Peters/Zimmermann Verjährungsfristen, стр. 255; Spiro Die Begrenzung, стр. 293.

hemmten. Die Neuregelung in § 205 BGB stellt demgegenüber eine Vereinfachung des bisherigen Rechts dar. Danach ist die Verjährung gehemmt, solange der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist<sup>75</sup>.

#### (6) Hemmung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung

Völlig neu ist § 208 BGB, der bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung generell eine Hemmung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres vorsieht. Diese Regelung ist sachgerecht. § 207 BGB hemmt die Verjährung nicht nur für Ansprüche zwischen Ehegatten und Kindern, sondern auch für weitere familiäre Konstellationen einschließlich der eingetragenen Lebenspartnerschaft.

### 3) ZUSAMMENFASENDE STELLUNGNAHME

Max Weber hat gerade im Verjährungsrecht ein Instrument der moralischen Entlastung der Wirtschaftssubjekte in der Formalisierung des Rechts gesehen<sup>76</sup>. Dem entsprechend sahen die ursprünglichen Verjährungsregelungen vor, dass sich die Möglichkeit, einen Anspruch abzuwehren, lediglich aus dem objektiven Zeitablauf und nicht aus weiteren subjektiven Kriterien ergibt. Die europäische Rechtsentwicklung hat einen anderen Weg gewählt und in verstärktem Maße subjektive Elemente in die normale Verjährung einbezogen. Das ist nachvollziehbar, da die vormals extrem langen Verjährungsfristen durch relativ kurze (zwei- bis vierjährige) Fristen ersetzt wurden. Gerade im Bereich der kurzen Verjährungsfristen ergibt sich damit aber ein, der Motivation des „alten“ Verjährungsrechts gegenteiliger Effekt, da es prozessual extrem komplex ist, Kenntnisinhalte im Verfahren darzulegen.

Mit der Neuregelung im BGB wurde, dem ursprünglichen Ziel der Schuldrechtskommission von 1991 entsprechend, ein kohärenteres System hinsichtlich des Beginns und des Ablaufs der Fristen geschaffen. Hinsichtlich der Fristbemessung ist aber die alte „Formenvielfalt“, die einen Hauptpunkt der Kritik darstellte, nicht abgeschafft worden. Im Gegenteil wurde durch die Anknüpfung an das beeinträchtigte Rechtsgut sogar ein zusätzliches Element der Formenvielfalt, jedenfalls für die Verjährung von Schadenerstattungsansprüchen, geschaffen. Nunmehr kann es in einem einzigen Sachverhalt zu einem Nebeneinander verschiedener Verjährungsfristen kommen, je nachdem, ob die Gesundheit oder das Leben beeinträchtigt wurde oder ob es zu Sach- oder Vermögensschäden gekommen ist.

---

75 Vgl. Abschlußbericht, S. 88 und BT/Drucks. 14/6040, S. 118

76 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922

ња. Нова одредба из § 205 BGB у поређењу с тиме представља поједностављење досадашњег права. Према њој долази до застоја застаревања, све док дужник на основу споразума са повериоцем привремено има право да одбије испуњење овавеза<sup>75</sup>.

(6) Застој код захтева услед повреде права на сексуално самоопредељење

Потуно нов је уведени § 208 BGB, који у случају захтева услед повреде права на сексуално самоопредељење генерално предвиђа застој до навршавања 21. године живота. Овај пропис је чињенично оправдан. § 207 BGB не само да обезбеђује застој застаревања код захтева између брачних другова и деце већ и код других породичних консталација укључујући и уписане ванбрачне заједнице.

### 3) ЗАКЉУЧАК

Макс Вебер је управо у праву о застаревању видео инструмент за морално растерећење привредних субјеката кроз формализацију права<sup>76</sup>. У складу са тиме су првобитне одредбе о застаревању предвиђале да могућност побијања неког захтева произилази једино из објективног протека времена а не из других субјективних критеријума. Развој европског права је одабрао други пут и у појачаној мери укључило субјективне елементе у институт општег застаревања. То је разумљиво пошто су претходни изузетно дуги рокови застаревања замењени релативно кратким роковима (од две до четири године). Међутим управо у погледу кратких рокова застаревања из тога произилази ефекат који је противан мотивацији „старог“ права о застаревању, пошто је у процесуалном смислу екстремно сложено доказати садржаје нечијег сазнања у оквиру поступка.

На основу нове регулативе у BGB, у складу са првобитним циљем комисије за облигационо право из 1991. године, створен је кохерентан систем у погледу почетка и трајања рокова. Међутим у погледу утврђивања рокова није укинута стара „разноврсност форми“ која је представљала главни предмет критике. Чак напротив, надовезивањем на ометено правно добро чак је унесен додатни елемент у разноврсност форми, макар у погледу застаревања захтева за накнаду штете. Сада код једног јединог чињеничног стања могу паралелно да постоје различити рокови застаревања у зависности од питања да ли су здравље или живот угрожени или да ли је дошло до материјалних или штета на имовини.

---

75 Упоредити: Abschlußbericht, стр. 88 и BT/Drucks. 14/6040, стр. 118.

76 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922.

Dabei hat es sich geradezu als Nachteil herausgestellt, dass der deutsche Gesetzgeber auf das umfangreiche Material zurückgreifen konnte, das während der Achtziger Jahre bei dem ersten Anlauf einer Schuldrechtskommission erstellt wurde. Es wurde die Chance vertan, durch die Übernahme der Verjährungsregelungen aus den europäischen Prinzipien des Vertragsrecht einen Schritt zu einer Harmonisierung im Hinblick auf ein vereinheitlichtes europäisches Zivilrecht zu gehen. Vielmehr wurde ein eigenständiger deutscher Weg beschritten, der aber auch dadurch bedingt ist, dass das deutsche Verjährungsrecht in allen zivilrechtlichen Gebieten Anwendung findet und nicht nur im Vertragsrecht. Auch die Verjährung sachen-, erb- oder familienrechtlicher Ansprüche verläuft jetzt einheitlich nach den Regelungen im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Es bleibt abzuwarten, ob sich Deutschland damit „gegen den Trend“ entschieden hat. Angesichts der reichen Rechtstradition in den europäischen Staaten wird zwar viel über die Harmonisierung des europäischen Rechts gesprochen, in concreto kann es sich dabei aber nur um einen langwierigen Prozess handeln, der eher in Jahrzehnten als in Jahren zu messen ist. Recht ist immer auch ein kulturelles Gut und es bestehen keine ausreichenden Erfahrungen, wie sich eine Implementierung kulturfremder Elemente auswirkt. Dies könnte man gerade im Bereich des Zivilrechts problematisieren, da etwa durch die Einführung von Widerrufsrechten für Verbraucher in vielen Bereichen die Rechtssicherheit eher gelitten hat, da es eine Flut von schwend ungewöhnlichen Geschäftsgeschäften gibt<sup>77</sup>. Harmonisierung muss aber nicht unbedingt eine Vereinheitlichung bedeuten. Vielmehr geht es darum, eine sich entwickelnde europäische Rechtskultur in den nationalen Rechtsordnungen zu etablieren.

Thomas Meyer

## ÄNDERUNGEN IM VERJÄHRUNGSRECHT DES DEUTSCHEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES

### *Zusammenfassung*

Mit dem am 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden die Regelungen des Verjährungsrechtes, die im

---

<sup>77</sup> Vgl. Die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zu dem Actionplan der EU für das europäische Vertragsrecht, [http://www.dnotv.de/pdf/dnotv\\_stn\\_007.html](http://www.dnotv.de/pdf/dnotv_stn_007.html)

Притом се испоставило готово као недостатак што је немачки законодавац могао да се осврне на обухватан материјал који је сачињен још током осамдесетих година приликом првог замајца од стране комисије за облигационо право. Није искоришћена прилика да се путем преузимања прописа о застаревању из европских принципа уговорног права учини корак даље ка хармонизацији у погледу уједначеног европског грађанског права. Напротив, кренуло се засебним немачким путем који је међутим био условљен и околношћу да се немачко право о застаревању примењује у свим грађанско-правним областима а не само у уговорном праву. Чак и застаревање материјално-, оставинско- или породично-правних захтева сада се одвија уједначено према прописима општег дела Грађанског законика.

Остаје да се види да ли се Немачка тиме одлучила да иде „против тренда“. Иако се обзиром на богату правну традицију у европским државама пуно говори о хармонизацији европског права, *in concreto* притом само може да се ради о дугорочном процесу који ће можда пре да се мери деценијама него годинама. Право је увек истовремено и културно добро и не постоје довољна искуства о томе, до којих ефекта би довела имплементација елемената који су туђи датој култури. То би могло да се проблематизује управо у области грађанског права, пошто је на пример путем увођења права приговора за потрошаче у многим областима правна сигурност у већој мери претрпела штету, обзиром да постоји читава поплава потенцијално невалидних послова<sup>77</sup>. Хармонизација међутим не мора нужно да значи уједначавање. Штавише, ради се о томе да се европска правна култура која се развија усталчи у националним правним поретцима.

Thomas Meyer\*

## CHANGES REGARDING LIMITATIONS IN THE GERMAN CIVIL CODE

### *Summary*

With the Law on the Modernisation of the Law of Obligations, which came into force on January 1, 2002, the provisions on limitations contained

---

<sup>77</sup> Упоредити: Die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zu dem Actionplan der EU für das europäische Vertragsrecht, [http://www.dnotv.de/pdf/dnotv\\_stn\\_007.html](http://www.dnotv.de/pdf/dnotv_stn_007.html)

\* Dr. Thomas Meyer, Project Leader GTZ, Project Office, Belgrade.

Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten sind, grundlegend geändert. Die bisherigen Regelungen stellten einen Kompromiss der bis zum 1.1.1900 im Gebiet des Deutschen Reiches geltenden Regelungen dar. Die grundlegenden Änderungen basieren weniger auf europa-rechtlichen Vorgaben. Insoweit war nur eine Änderung der Verjährung von Ansprüchen wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes notwendig geworden. Vielmehr basieren die Änderungen auf umfassenden Vorarbeiten durch die Schuldrechtskommission, die im Laufe der Achtziger Jahre Vorschläge für eine Reform des Bürgerlichen Gesetzbuches erarbeitet hatte.

Hinsichtlich des Ablaufs der Verjährungsfrist wurde das geltende Recht gegenüber der alten Fassung erheblich vereinfacht. Während in der früheren Fassung die Unterbrechung von Verjährungsfristen – die zu einem Neubeginn der Verjährungsfrist führte – einen breiten Raum einnahm, steht nunmehr die Hemmung im Vordergrund, bei der die Verjährungsfrist bei bestimmten Ereignissen nicht weiter läuft.

Aus der Neuaufnahme eines subjektiven Elements – der Kenntnis vom Anspruch und Anspruchgegner – bei der normalen Verjährung wurde tief in das Grundgefüge der bisherigen Regelung eingegriffen. Daraus ergeben sich eine Reihe von nicht zuletzt prozessualen Problemen, die bislang von der Rechtsprechung noch nicht thematisiert wurden. Insoweit weicht die neue deutsche Regelung auch im Detail von den Vorgaben der Lando-Kommission ab, die die fehlende Kenntnis als Hemmungsgrund ausgestalten und nicht als Einwendung, wie dies in der neuen deutschen Fassung der Fall ist.

Zur Abwendung von Härten, die sich aus der radikalen Verkürzung der allgemeinen Verjährungsfrist ergeben, wurden für eine Reihe von Ansprüchen je nach dem betroffenen Rechtsgut verschiedene Fristen eingeführt. Dies führt zu einer Komplizierung von Fällen, da nunmehr verschiedene Verjährungsfristen für ein und denselben Sachverhalt gelten.

Insgesamt wurde ein spezifisch deutscher Weg gewählt. Dies widerspricht dem oftmals geäußerten, aber nur sehr vereinzelt tatsächlich verfolgten Weg einer Vereinheitlichung des Zivilrechts in Europa.

Schlüsselbegriffe: *Gesetz über Obligationen. – Verjährung. – Rechtssicherheit. – Europäisches Zivilrecht. – Rechtsreform.*

in the general part of the German Civil Code underwent thorough changes. The former regulations were a compromise of rules that were valid in different areas (Partikularrechte), prior to the unification of Germany until January 1, 1900. The new changes rely less on European law, (which contains only provisions on the limitation of claims for defects in goods sold to consumers), than on comprehensive discussions, which started early in the eighties, with suggestions for conducting a thorough reform of the German Civil Code. With regard to the duration of limitation, the new rules substantially simplify the previous provisions. Whereas in the former, attention was mainly focused on the interruption of the limitation period, and which was regulated in a comprehensive form, now, in contrast, the phenomenon of the suspension of the limitation is the predominant idea.

The introduction of the subjective element, that is to say, the knowledge of the claim and of the defendant, changed the entire system. This gave rise to several problems, not least procedural ones that were not reviewed in cases, till now. Whereas the German system considers knowledge as an objection (*exceptio*), the Lando Commission, on the contrary, takes the lack of knowledge as grounds for suspension of the limitation period. To avoid injustices, which could arise from the radical shortening of the terminal date, different periods were introduced for a set of claims, in keeping with various rights. It is obvious that this could complicate procedure because different periods could apply even within a single case if a series of rights is affected in the same case. Notwithstanding the frequently declared intention to focus rather on harmonising German Civil Law with evolving European law, the drafters have opted instead for a specific German path in legislating.

Key words: *Germany. – Law of Obligations. – Limitations. – German Civil Code. – Legislative Reform.*

Thomas Meyer\*

## LES MODIFICATIONS CONCERNANT LA PRESCRIPTION DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

### Résumé

La loi sur la modernisation du droit des obligations, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002 a radicalement modifié les dispositions sur la prescription

---

\* Dr. Thomas Meyer, Project Leader GTZ, Project Office, Belgrade.

dans la partie générale du Code civil allemand. Le droit antérieur a été en fait un compromis des systèmes différents en vigueur dans les états et principautés (Partikularrechte) allemands avant la constitution de l'Empire germanique à la veille du 1<sup>er</sup> janvier 1900. Les modifications sont moins fondées sur le développement du droit européen que sur les débats concernant la réforme du Code civil allemand menée depuis les années 80 lorsque l'on a songé à la modernisation du droit.

Pour ce qui est de la prescription extinctive, les modifications signifient une simplification nette du régime des normes par rapport à la situation précédente. Alors que le droit antérieur visait surtout l'interruption, le système nouveau accorde une attention particulière à la suspension des délais de la prescription.

C'est l'idée de l'élément subjectif, c'est-à-dire la connaissance du fait qui marque le début de la créance et du défendeur qui signifie l'une des plus importantes interventions dans la structure de la prescription. Certains problèmes nouveaux, inconnus précédemment sont apparus, surtout pour ce qui est de la procédure. Ils sont sous-jacents, puisque jusqu'à présent les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de se prononcer. Il est à noter que le système allemand ne suit pas fidèlement les propositions faites par la commission Lando. En effet, dans l'un, les délais de prescription courent à partir du moment de la connaissance des faits nécessaires de la part du créancier et dans l'autre (Lando) c'est l'absence de la connaissance qui joue un rôle important dans la suspension des délais de prescription. Pour prévenir les solutions injustes qui pourraient apparaître sur le fond du raccorciissement de la prescription, le législateur a introduit des délais inégaux pour les droits de créances différents. Cette mesure ne peut ne pas compliquer la procédure, car maintenant les délais de prescription peuvent ne pas être identiques dans le même litige si les droits de créance lésés sont de différente nature. En résumant, on peut dire que le législateur a choisi un mode des changements proprement allemand. Ce qui est en contradiction évidente avec les déclarations solennelles répétées à plusieurs reprises en faveur de l'unification du droit civil européen.

Mots-clés: *Allemagne. – Droit des obligations. – Prescription. – Loi sur les obligations. – Réforme législative.*

## ПРИЛОЗИ

Атила Фењвеш\*

### О СТАЊУ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ УГОВОРНОГ ПРАВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

#### I. УВОД

Политичке и привредне уније често постају и грађанско правне заједнице. То не представља обавезан развој ситуације, али је и чест случај, као што се то може видети на примеру Француске (Грађански законик, Трговачки законик, 1804–1807), Аустрије (Општи грађански законик 1812), Немачке (Грађански законик 1900), Италије (Грађански законик 1865) и Швајцарске (Грађански законик и Облигационо право, 1907–1911). Обрнуто постоје и државе, које се, као Уједињено краљевство, САД или Канада, састоје од више разних правних подручја са сопственим уговорним правом, које се и поред тога убрајају у најзначајније индустријске и трговачке државе<sup>1</sup>. Питање, како се Европска Унија поставља према овом проблему, нам је због тога посебно близко и представља предмет овог предавања.

У мом реферату ћу се прво осврнути на питање, да ли и у којој мери хармонизација права представља задатак за Европску Унију. Након тога ћемо се осврнути и на досадашње етапе хармонизације права. Најинтересантније нам је ипак питање будуће хармонизације, која по свој прилици, у овом тренутку добија на динамици.

У мом излагању морам се ограничiti на поље приватног права. Само ћу у једном случају напустити подручје непосредног приватног права, у односу на уговорно право осигурања, о коме ћу говорити на крају мог излагања.

---

\* Проф. др. Attila Fenyves, Беч.

1 Упоредити: Lando in: Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch (1999) стр. 125.

## II. НАДЛЕЖНОСТ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ КОД ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ПРАВНИХ ПРОПИСА

1. Интегративна функција прилагођавања правних прописа призната је већ и од отаца Римских уговора, којим је договорено оснивање ЕЕЗ. Сходно члану 3 Уговора о ЕЕЗ, делатност Заједнице, која се у непромењеној форми помиње и у члану 3 лит х Уговора о Европској Унији, од самог почетка представља и усклађивање законских прописа у земљама чланицама у оној мери, у којој је то потребно за уредно функционисање заједничког тржишта.<sup>2</sup> Усклађивање правних прописа спада према томе у основне функције ЕЗ. Оно није, као што то јасно произилази из члана 3 лит х, потреба сама по себи, већ корисна и интегративна функција у корист циљева Заједнице. Она пре свега треба да омогући бољу практичну примену основних слобода заједничког тржишта.<sup>3</sup> Органи ЕЗ располажу одређеном слободом при оцени, да ли је одређена мера прилагођавања правних норми „потребна“. Исто важи и за оцену критеријума „релативитета“ и „субсидијаритета“, која ограничава извршење свих надлежности Заједнице.<sup>4</sup>

2. Конкретна правила о надлежности, на које се може ослонити усклађивање правних прописа од стране ЕЗ, налазе се пре свега у члановима 94 до 97 (у ранијем тексту чланови 100 до 102) Уговора о ЕУ. Сходно члану 94 (бивши члан 100) Савет има надлежност, да једногласном одлуком донесе смернице на предлог комисије и након прибављања мишљења Европског парламента и Одбора за привредна и социјална питања.<sup>5</sup> Услов за примену овог прописа је, да усклађивање правних прописа стоји у „непосредној функционалној вези“ са заједничким тржиштем. То по важећем мишљењу значи, да су мере ради усклађивања по члану 94 дозвољене само онда, када се правне норме у појединим земљама чланицама „у битној мери“ негативно одражавају на функционисање заједничког тржишта.<sup>6</sup>

Члан 94 је, као основ за усклађивање правних норми, у пракси потиснут од члана 95 (бившег члана 100а), који је Јединственим европском актом из 1986 године уврштен у уговор о Европској Унији и који омогућава једноставније усклађивање правних норми.<sup>7</sup> Сходно овој одредби могуће је доношење одлуке ка-

---

<sup>2</sup> Mänhardt/Posch, Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht<sup>2</sup> (1999) стр. 182.

<sup>3</sup> Упоредити: Oppermann, Europarecht<sup>2</sup> (1999) § 17 Rz 1204.

<sup>4</sup> Упоредити: Schwarze, EU-Kommentar (2000) Art 3 EGV Rz 15.

<sup>5</sup> Упоредити: Mänhardt/Posch, IPR, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht, стр. 192 и даље.

<sup>6</sup> Упоредити: nur Oppermann, Europarecht<sup>2</sup> § 17 Rz 1210; Franzen, Privatrechtsvergleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) стр. 73 и даље

валификованом већином. Поред тога, овај члан 95 предвиђа поред смернице, и уредбу као средство усклађивања правних норми. Са друге стране, за члан 95 важи поступак о саодлучивању из члана 251 (бивши 1896), тако да је учешће Европског Парламента јаче него код члана 94.

На крају треба поменути, да поред генералних одредби члана 94 и 95, од којих је члан 95, као „специјална генерална клаузула“ приоритетан у односу на члан 94, постоје и друге надлежности, које играју улогу на пољу усклађивања правних прописа. У вези овога довољно је указати на члан 47 (бивши 57) уговора о ЕУ, који, ради остварења права на оснивање филијала и (у вези са чланом 55) пружање услуга, Савету даје право на доношење Директива за „кординацију правних и управних прописа земаља чланица о предузимању и вршењу самосталне делатности“. Ова околност је на пример била основ за доношење Директива о праву осигурања, на које ћемо се касније осврнути.

### III. ДОСАДАШЊЕ УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВНИХ НОРМИ НА ПОЉУ ПРИВАТНОГ ПРАВА

1. Досадашња делатност ЕУ на пољу усклађивања правних норми приватног права карактерише „секторални приступ“: ЕУ-законодавац ускладио је само неке делове приватног права. За такво поступање постоје разни разлози. На једној страни и ЕГ – законодавац је подвргнут истим условљавањима као и национални законодавци и доноси регулативу пре свега у областима, у којима разне групе, пре свега привреда и потошачи, артикулишу конкретне потребе за истом. На другој страни усклађивање законских норми изложено је, у зависности од ширине приступа, све већим притисцима. Такво болно искуство морала је да доживи и сама Европска комисија, која се након неколико неуспеха 1985 у Белој књизи „Стварање заједничког тржишта“<sup>8</sup> одлучила за принципијелну промену свог поступка који је назван „нова стратегија“: Код будућих иницијатива ради остварења заједничког тржишта до хармонизације треба да дође само онде, где је она неопходна. У осталом се мора поћи од обостраног признања националних регулатива.<sup>9</sup> Ова промена парадигме одразила се и на опште уговорно право, као и посебно на право о уговору о осигурању. На оба поља комисија се задовољила „колизионо-правним решењем“. Уместо

<sup>7</sup> Упоредити: *Mänhardt/Posch*, IPR, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht, стр. 193 и даље.

<sup>8</sup> Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat vom 14.06.1985, KOM (85) стр. 310.

<sup>9</sup> Ibidem, стр.19 и даље.

хармонизације материјалног права дошло је само до прилагођавања међународног приватног права.

2. Преглед досадашњих активности ЕЗ–законодавца на пољу приватног права мора се овде ограничiti на најважније делове, који су „секторално“ спровођени. Морaju се поменути

- Директива о одговорности за производе<sup>10</sup>
- Директива о заштити потрошача у случају закључења уговора, ван радних просторија<sup>11</sup>
  - Директива о потрошачким кредитима<sup>12</sup>
  - Директива о паушалним путовањима<sup>13</sup>
  - Директива о штетним клаузулама у потрошачким уговорима<sup>14</sup>
    - Директива о делимичном коришћењу<sup>15</sup>
    - Директива о пласману роба доставом (каталошка продаја)<sup>16</sup>
    - Директива о куповини потрошних добара<sup>17</sup>
    - Директива о заједничким оквирним условима за електронску сигнатуру<sup>18</sup>
      - Директива о електронском пословању<sup>19</sup>
      - Директива о борби против доцње у пословању<sup>20</sup> итд<sup>21</sup>

10 Директива 85/374/ЕЕЗ Савета од 25.07.1985 за усклађивање правних и управних прописа земаља чланица о одговорности за производе са недостатима, изменењена смерницом 1999/34/ЕЕЗ Европског парламента и Савета од 10.05.1999.

11 Директива 85/577/ЕЕЗ Савета од 20. децембра 1985, која се односи на заштиту потрошача у случају закључења уговора, ван пословних просторија.

12 Директива 87/102/ЕЕЗ Савета од 22.12.1986 ради усклађивања правних и управних прописа земаља чланица о потрошачким кредитима, изменењена смерницом 90/88/ЕЕЗ и 98/7/ЕЕЗ.

13 Директива 90/314/ЕЕЗ Савета од 13.06.1990 о паушалним путовањима.

14 Директива 93/13/ЕЕЗ Савета од 05.04.1993 о штетним клаузулама у потрошачким уговорима.

15 Директива 94/47/ЕЕЗ Европског парламента и Савета од 26.10.1994 за заштиту купаца у погледу на одређене аспекте уговора о куповини права на делимично коришћење непокретности.

16 Директива 97/7/ЕЕЗ Европског парламента и Савета од 20.05.1997 о заштити потрошача код закључења уговора у продаји робе доставом.

17 Директива 1999/44/ЕЕЗ европског парламента и Савета од 25.05.1999 о одређеним аспектима продаје потрошних добара и гаранције за потрошна добра.

18 Директива 1999/93/ЕЕЗ Европског парламента и Савета од 13.12.1999 о заједничким оквирним условима за електронску сигнатуру.

19 Директива 2000/31/ЕЕЗ Европског парламента и Савета од 08.06.2000 о одређеним правним аспектима услуга информатичког друштва, посебно електронског пословања.

20 Директива 2000/35/ЕЕЗ Европског парламента и Савета од 29.06.2000 о борби против доцње у пословању.

21 Испрна листа одговарајућих прописа налази се у саопштењу Комисије Савету и Европском парламенту у вези европског уговорног права (Саопштење 2) у прилогу I (23–51).

3. Комбинација секторалног приступа и колизионо правних решења је у последњих пар година стекла лошу репутацију. Колизионо правни приступ се увек смatra пропалим.<sup>22</sup> У изјави Одбора за економска и социјална питања на тему „потрошач на тржишту осигурања“ из 1998<sup>23</sup> се на пример критикује, да је колизионим правом друге и треће генерације Директива створено „практично неразмрсиво клупко упута и норматива о степеновању“, које је створило страшну пометњу.<sup>24</sup> За Римске уговоре о праву меродавном за уговорне обавезе (EVÜ) важи мутатис мутандис исто. Пре свега се против колизионо правног решења са правом наводи, да се зауставило на популарном путу. Исто не ослобађа ни предузетника, ни његове потрошаче од тегоба и трошкова, које су потребни ради упознавања меродавног страног права.<sup>25</sup>

Критика се испољава и према секторалном приступу стварима. Независно од тога, није увек јасно, зашто се један проблем регулише а други не, па зато настаје утисак, да само од случајности зависи да ли ће Европски законодавац бити активан, регулисана правна поља не чине затворени систем и делимично су противуречна. Често се ти прописи не уклапају у правни поредак земаља чланица, већ доводе до сметњи и нарушања система.

Због тога се повећава број оних гласова, који захтевају хармонизацију одређених делова приватног права, у првој линији, али не и искључиво облигационог права, пошто постаје све више јасно, да различита уговорна права у земљама чланицама непосредно или посредно умањују функционалност заједничког тржишта. Посебно потрошачи, који нису упознати са различитим системом уговорног права, могу тако бити одвраћени од закључивања прекограницчких послова. На другој стани постоји опасност, да понуђачи роба и услуга трговину са потрошачима у другим земљама сматрају неисклативом и од такве трговине одустану.<sup>26</sup> „Потреба“ за хармониза-

---

22 Reichert-Facilides in Basedow/Hopt/Kötz (Hrsg), FS Drobniq, (1998), Europäisches Versicherungsvertragsrecht? 119 (130f); derselbe in Reichert-Facilides/Schnyder (Hrsg), Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts (2000), Gesetzbildung in Versicherungsvertragssachen: Stand und Ausblick, 1 (10); Basedow in Reichert-Facilides/Schnyder, Versicherungsrecht in Europa, 19; Schnyder in Grundmann (Hrsg), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts (2000), Systembildung und Systemlücken im Europäischen Versicherungsvertragsrecht, 613 (622).

23 Службени лист ЕУ 1998 C 95/72.

24 Џ 95/79 суб. 2.3.1.2.3. Видети извештај одбора за право и унутрашње тржиште Европског парламента о приближавању приватног и трговачког права земаља чланица од 06.11.2001 (A5-0384/2001) који се односи на саопштење комисије о Европском уговорном праву од 11.07.2001 (КОМ 2001 398) и уговоре о осигурању (9/14) о томе, да међународно приватно право више не представља примерен инструмент за унутрашње тржиште, које је већ у знатној мери интегрисано.

25 Lando, op. cit., стр. 125 и даље.

26 Упоредити: Grünbuch der Kommission zum Verbraucherschutz in der EU vom 2.10.2001 (КОМ (2001) 503 endg) стр. 11 и даље.

цијом материјалног приватног права, бар у централном делу, као што је то наведено у члану 3 лит х и члану 14 Уговора о оснивању ЕУ налази на све више одобравања.<sup>27</sup>

4. Предводник ове струје је одувек био Европски парламент. Исти је већ у својој одлуци из 1989<sup>28</sup> констатовао, да правна регулатива у појединим питањима, посебно након усвајања Јединственог акта, не одговара потребама и циљевима заједничког тржишта и затражио да се започне са потребним припремним радовима на изради јединственог Европског закона о приватном праву. Пошто Европска комисија на ово није реаговала, Европски парламент ју је 1994 још једном позвао, да те припреме отпочне.<sup>29</sup>

Поред тога, парламент је наложио израду студије, која треба да размотри могућности, потребе и надлежности ЕУ за стварање јединственог Европског законика о приватном праву. Ова студија је објављена<sup>30</sup> 1999 године, под насловом „Истраживање система приватног права у ЕУ у погледу дискриминације и стварања Европског законика о приватном праву“ и треба је прочитати. У њеној изради учествовали су познати правни научници, који су делимично чланови оних група, које су се посветили задатку прилагођавања Европског права. О томе ће још бити речи.

5. У наставку овог процеса Европски парламент добија подршку Савета. У закључцима Европског савета из Темпереа од 15. и 16. 10 1999<sup>31</sup> под тачком 39 се наводи: „, на пољу материјалног приватног права потребна је општа студија о питању, да ли се ради уклањања препрека за несметано функционисање приватноправних поступака, приватноправни прописи земаља чланица морају усклађивати“. Комисија је након тога најавила „консултативни папир“ на ту тему<sup>32</sup> и као последицу те најаве, 11.07.2001 објавила<sup>33</sup> „саопштење Савету и Европском парламенту о Европском уговорном праву“.

Циљ овог саопштења било је проширење и припрема дискусије о Европском уговорном праву. У ту сврху Комисија је желела да сазна, да ли постоје разлике у Уговорном праву земаља чланица и ако је то случај, које су те разлике. Посебно се у саопштењу

27 Упоредити: Vertragsrecht allgemein *Lando*, оп. cit., стр. 125 и даље. Zum Versicherungsvertragsrecht *Reichert-Facilides*, FS Drobmig, стр. 131 и даље; *Schnyder* in Grundmann, Systembildung, стр. 622 и даље; *Reichert-Facilides* in *Reichert-Facilides/Schnyder*, Versicherungsrecht in Europa, стр. 10 и даље; *Basedow* in *Reichert-Facilides/Schnyder*, Versicherungsrecht in Europa, стр. 17 и даље.

28 Службени лист С 158 од 26.06.1989, 400.

29 Службени лист С 205 од 25.07.1994, 518.

30 Упоредити: *Lando*, оп. cit., стр. 126 и даље.

31 Европски савет у Тампереу, 15. и 16. 10.1999, закључци Председавајућег, SI (1999) 800.

32 КОМ (2000) 167 од 24.03.2000.

33 КОМ (2001) 398.

навело питање, да ли би уредно функционисање заједничког тржишта могло бити ограничено проблемима у вези са закључењем, тумачењем и применом прекограничних уговора. Комисија је поред тога заинтересована за одговор на питање, да ли разлике у Уговорном праву земаља чланица спречавају закључење прекограничних уговора или повећавају трошкове закључења таквих уговора. Поред тога потребно је утврдити, да ли досадашњи приступ секторалне хармонизације Уговорног права доводи до неспоразума на нивоу ЕЗ или до проблема због неуједначене примене права ЕЗ, те различитих националних прописа о спровођењу.<sup>34</sup>

Комисија је у свом саопштењу већ унапред представила четири могуће опције за случај, да различитост националних законских прописа о уговорном праву сварно представља проблем за заједничко тржиште:

- Опција 1 – без израде мера ЕЗ, решење утврђених проблема препушта се тржишту<sup>35</sup>
- Опција 2 – Подршка изради необавезујућих заједничких основа уговорног права, којима се уговорне стране при изради уговора, национални судови и арбитраже у њиховим одлуцима и национални законодавци при изради нацрта закона могу користити<sup>36</sup>
- Опција 3 – Прерада и побољшање важећих прописа ЕЗ о уговорном праву<sup>37</sup>
- Опција 4 – Проглашење нових, обухватних правних прописа на нивоу ЕЗ<sup>38</sup>

6. Саопштење Комисије од 11.07.2001 изазвало је низ реакција. Европски парламент је 15.11.2002 донео „одлуку о прилагођавању приватног и трговинског права земаља чланица“, којом је позвао Комисију, да достави Акциони план, који у оквиру дефинисаног временског рока предвиђа краткорочне, средњорочне и дугорочне мере.<sup>39</sup> До краја 2004 године установиће се банка података националних правних прописа и судске праксе на пољу уговорног права на свим језицима заједнице. Сарадњом са правницима из праксе и науке дефинисаће се заједнички правни термини и решења, те заједничка терминологија 15 правних система земаља чланица, које се сходно опцији 2 из саопштења Комисије могу користити доброљубно, и то не само на пољу општег уговорног права, већ и на

---

34 Саопштење 2.

35 Саопштење 16.

36 Саопштење 17.

37 Саопштење 18.

38 Саопштење 20.

39 КОМ (2001) 398, CV-0471/2001 – 2001/2187 (COS) Сл. лист С 140Е од 13.06.2002, стр. 538.

пољу трговинског права, права о уговорима о услугама, укључујући финансиске услуге и уговоре о осигурању, те права личних залога, права вануговорних обавеза (проузроковање штете, неосновано обогаћење), права преноса апсолутних права над покретним стварима, кредитних залога над покретним стварима и права трастова. На крају овог акционог плана, који овде не може бити описан у детаљу, стоји израда и усвајање Регулативе о уговорном праву ЕУ, која треба да започне 2010 године.

Поред тога је Савет позвао Комисију, да крајем 2002 године саопшти резултате излагања, као и свој став и препоруке, у форми Зелене или Беле књиге.<sup>40</sup>На крају и Одбор за економска и социјална питања је у свом ставу о саопштењу Комисије од 17.07.2002 нагласио, да би требало охрабрити Комисију за стварање јединственог правног оквира, који је применљив на све уговорне стране, укључујући и крајње потрошаче. Европско уговорно право је због постојања прекограницчких уговора, апсолутно и потпуно примерено.<sup>41</sup>

7. Комисија је овим налозима одговорила утолико, што је 12.02.2003 издала саопштење за Европски парламент и Савет, које садржи „акциони план“ за кохерентно (усклађено) Европско уговорно право. Комисија у овом саопштењу сажима резултат повратних информација, које су изазване саопштењем из 2001 године и констатује, да је од четири опције, које су тада понуђене на дискусију, опција I (решење проблема од стране тржишта) добила најмању подршку. Далеко већу подршку добила је мисао из опције II, према којој се морају израдити основи, који су заједнички свим националним уговорним правима. Огромна већина учесника у дискусији изјаснила се за опцију III (побољшање важећег Уговорног права ЕЗ), док је већина, бар у овом тренутку, одбила опцију IV (доношење нових правних норми уговорног права на европском нивоу).

Комисија на основу ових повратних информација закључује, да ЕУ и даље може наставити са специфичним секторским приступом. Слабости status quo уклониће се комбинацијом законодавних и незаконодавних мера. Комисија ће појединачно

- Повећати усклађеност права заједнице на пољу уговорног права
- Поспешити израду даљих општих услова пословања на нивоу ЕУ

---

40 То се наводи у „Саопштењу Комисије европском парламенту, Савету, одбору за економска и социјална питања и одбору регија“ о „потрошачкој стратегији 2002 – 2006“ (КОМ (2002) 208 саопштено (С 137/7).

41 Службени лист С 241 од 07.10.2002, тачка 2.1.4.

– Тачније утврдити, да ли проблеми Европског уговорног права у ствари захтевају вансекторална решења, као што је опционални правни инструмент.

Ради остварења првог наведеног циља (побољшање квалитета права заједнице на пољу уговорног права) разрадиће се у следећих три године, путем широко постављеног истраживачког пројекта, „заједнички референтни оквир“, који ће утврдити заједничке основе и термине на пољу Европског уговорног права. Овим „референтним оквиром“ треба да буду обухваћени уговорно-правни прописи, пре свега о оним врстама уговора, које су од важности у прекограничном пословном промету, као што су купопродајни уговори и уговори о пружању услуга. Поред тога овај оквир треба да садржи опште одредбе о закључењу, правоснажност и тумачењу уговора, као и испуњењу, неиспуњењу и из тога произилазећим правима, као и правила о обезбеђењу покретних ствари и право неосновано обогаћења. При подршци изrade стандардних уговорних клаусула за подручје ЕУ, комисија мисли на опште услове пословања, које неће израдити само једна уговорна страна, већ представници свих заинтересованих група заједно, т.ј. представници предузећа свих величина, трговаца, потрошача и правника.

У вези са пројектом јединственог Европског уговорног права, који пре свега захтева Европски парламент, Комисија показује одређену скепсу. Она је спремна да утврди, да ли је такав инструмент потребан ради отклањања проблема на пољу Европског уговорног права, али такво дело може само да замисли као „опционалну“ регулативу за прекограничне уговоре на заједничком тржишту, која се користи само у случају сагласности обе уговорне стране.

#### IV. УЛОГА ПРАВНЕ НАУКЕ

1. Европски парламент је стално, у последњој одлуци из 2001 године веома изричito указивао на потребу научног саветовања Органа ЕУ. И саопштења Европске комисије од 11.07.2001<sup>42</sup> и 12.02.2003<sup>43</sup> помињу бављење водећих представника правне науке питањем хармонизације одређених делова уговорног права. Због тога ми се чини умесним, да у оквиру овог предавања нагласим, да постоје групе и институције, које се већ дуги низ година баве хармонизацијом Европског уговорног права и других поља приватног права. Наводимо (без полагања права на потпуност) неке од њих

---

42 Саопштење 6.

43 Саопштење 12.

– Commission on European Contract Law, која је своју делатност започела 1980 и која се по свом оснивачу (проф. Оле Ландо, Копенхаген) радо назива Ландо комисијом. Ова група је у 2000 години издала „Principles of European Contract Law“ у два дела<sup>44</sup>

– „Study Group on a European Civil Code“, окупљена око проф. вон Бара (Osnabruck), чије је поље деловања шире од Ландо-комисије, али која са овом комисијом уско сарађује<sup>45</sup>

– Такозвана „Павија група“ (проф. Гандолфи, Павија) која је 2001 године објавила преднацрт Европског законика о уговорном праву (European Contract Code – Preliminary Draft)

– Европска правна академија у Триру

– Европски високошколски институт у Фиренци

– Пројекат „The Common Core of European and Private Law“ Универзитета Тренто

– Европски центар за право накнаде штета и право осигурања (ECTIL) у Бечу, који под руководством проф. Козиола покушава да развије „Principles of European Tort Law“ и који је на том путу стигао прилично далеко<sup>46</sup>

– Група око проф. Reichert-Facilides (Innsbruck) која је себи поставила за циљ развој „Restatement of European Insurance Contract Law“<sup>47</sup>

– Наравно не смемо заборавити, да је UNIDROIT створио „Principles of International Commercial Contracts“, који се код израде Европског уговорног права морају узети у обзир.<sup>48</sup>

Комисија је у свом саопштењу од 12.02.2003 указала, да је код истраживања за израду „заједничког референтног оквира“ за Европско уговорно право нема намеру да „поновно открива топлу воду“, већ да жели да користи делатност наведених група. Само тамо, где текућа истраживања не обухватају сва поља, било би

---

<sup>44</sup> Lando/Beale, *žPrinciples of European Contract Law*, I и II део (2000); у вези са радом ове групе упореди Lando Grünbuch der Kommission zum Verbraucherschutz in der EU vom 2.10.2001 (KOM 2001) стр. 127 и даље.

<sup>45</sup> Упоредити: von Bar, Grünbuch, стр. 135 и даље.

<sup>46</sup> ECTIL је већ издао један број публикација, које се бави темом „Unification of Tort Law“ и то „Wrongfulness“ (1998, Koziol), „Causation“ (2000, Spier) „Damages“ (2001, Magnus) и „Strict Liability“ (2002, Koch и Козиол).

<sup>47</sup> Ова група основана је 1999. Упореди записнике седница: Rudisch (Restatement of European Insurance Contract Law, верзија 2000, 827) Zobel (Нацрт за европски закон о осигурању? VW 2000, 1065), Blaas (Хармонизација европског права о уговору осигурања, ZfRV 2000, 229) и Jacobasch/Zobel (конференција у Greifswaldu „A Common Insurance Market in an Enlarged European Union“ и 4. седница пројектне групе „Restatement of European Insurance Contract Law“ верзија 2001, 135).

<sup>48</sup> Упоредити: Petz, Die UNIDROIT Prinzipien für Internationale Handelsverträge (2001).

пожељно, да се недостатци попуне новим истраживачким пројектима.

2. Као што видите, много тога је у покрету. Како ће се ствари даље развијати, тешко се може рећи. Акциони план Комисије од 12.02.2003 је само један степеник у процесу дискусије о развоју Европског уговорног права. На основу изјава Комисије може се закључити, да у скорој будућности неће бити Европског грађансог законика. Комисија још увек жели да делује „секторално“, иако ће се тај приступ побољшати и допунити незаконским мерама, као што је развој стандардних уговорних клаузула за ЕУ. Тиме постаје јасно, да се комисија овим делимично супротставља замислима Европског парламента.

## V. ХАРМОНИЗАЦИЈА НА ПОЉУ ПРАВА УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ

1. Дозволите ми да се на крају осврнем и на стање напора за хармонизацију на пољу права уговора о осигурању.<sup>49</sup> Право уговора о осигурању је у оквиру ЕУ имало интересантан развој. И поред одећених приговора, који су ишли пре свега у правцу, да хармонизација права уговора о осигурању, у смислу члана 3 лит x Уговора о оснивању ЕЗ није „потребна“ и да због своје нераскидиве везе са општим уговорним правом не може бити започета, пре него дође до стварања Европског права о уговорним обавезама, Комисија је 1979/1980 израдила нацрт смернице, која је предвиђала „основну хармонизацију“ права о уговору осигурања, и тиме имала намеру да регулише одређене „главне проблеме“ у овом пољу права.<sup>50</sup>

На основу упорног отпора кругова, који у томе учествују, овај нацрт смернице није имао изгледа за успех, пошто је 1985 дошло до већ споменуте принципијелне измене поступка комисије код прилагођавања правних прописа. „Нова стратегија“ се наравно одразила и на хармонизацију права уговора о осигурању. Предлог смернице 1979/1980 није даље разрађиван и 1993 је званично повучен. Уместо тога дошло је до (непотпуног) уједначења колизионог права, важећег за уговоре о осигурању, путем друге и треће генерације уговорноправних смерница. Материјално правна хармонизација извршена је појединачно, на пољу обавезног осигурања моторних возила, осигурања живота, осигурања правне заштите и на послетку у вези са питањем посредника и заступника у осигу-

<sup>49</sup> Наводи који следе узети су из мог реферата „Размишљања о хармонизацији права уговора о осигурању у ЕУ“ (VR 2002, 63).

<sup>50</sup> Fenyves, VR 2002, стр. 64.

рању. Тако је и на право уговора о осигурању примењена комбинација „секторалног приступа“ и колизионоправног решења<sup>51</sup>

2. Неће вас изненадити чињеница, да се и такав поступак нашао под ударом критике.<sup>52</sup> Аргументи, који се наводе против оваквог поступка су принципијелно исти, као и они, који су описани у вези са општим уговорним правом. Они се на пољу права о уговору о осигурању ослањају на статистичке податке. Тржишним истраживањем немачких осигурања доказано је, да су немачки осигуравачи, које не нуде услуге осигурања живота, у пословној години 1998 само 0,13% њиховог промета остварили у прекогранничном промету. Број уговора о осигурању у промету услугама је тако мали, да се у нефикасност колизионоправног смера не може сумњати.

И на пољу права о уговору о осигурању све више се чују гласови, који захтевају хармонизацију централних питања ове правне области и који знаке времена за такав подухват данас тумаче бољим него у годинама 1979/1980.<sup>53</sup> То је и представљало позадину за иницијативу, коју је Аустрија, за време њеног председништва, поднела ради хармонизације права о уговору о осигурању на територији ЕУ. Аустријска делегација у одбору за осигурање је истом 01.12.2001 доставила ноту, којом се члановима одбора поставља низ питања о могућности хармонизације права уговора о осигурању. Анализа питања, садржаних у овом документу, извршена је у једном извештају аустријске делегације од 02.05.2000 и она показује изненађујући висок ниво спремности земаља чланица, да се позабаве пројектом хармонизације права уговора о осигурању. Како би та хармонизација могла изгледати, изнео сам Одбору за осигурању у мом реферату од 27.11.2001, који је у међувремену публикован.<sup>54</sup>

3. И овде је такође веома тешко дати прогнозу, да ли и када ће доћи до хармонизације материјалног права уговора о осигурању. На једној стани су на страни поклоника такве идеје, у које се и ја убрајам, мишљења подељена, да ли треба тежити према потпуном „Restatement“ укупног права о уговору о осигурању, чиме се бави већ поменута група око проф. Reichert-Facilides, или се треба задовољити делимичним хармонизацијом најважнијих принципа. Са друге стране поставља се питање, да ли тренутно фокусирање на питања европског приватног права одузима толико енергије, да за размишљања о хармонизацији посебног приватног права, као што је право уговора о осигурању нема више простора. Због тога питање, да се може рачунати са скромом (делимичном) хармонизацијом права о уговору осигурања, морам оставити отвореним.

---

51 Ibidem.

52 Ibidem, стр. 65.

53 Ibidem, стр. 65 и даље.

54 Ibidem, стр. 63 и даље.

# ПРАВНА КУЛТУРА И ЈЕЗИК

Милош Луковић\*

## ИЗВОРИ ТЕРМИНОЛОГИЈЕ ОПШТЕГА ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА<sup>1</sup>

### I. ОБРАДА ТЕРМИНОЛОГИЈЕ ОПШТЕГА ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА У ЛЕКСИКОЛОШКОЈ ЛИТЕРАТУРИ

Не постоје целовити речници историјске правне терминологије српског језика, у којима би се нашла (макар и делимично) и терминолошка лексика Општега имовинског законика за Књажевину Црну Гору (у даљем тексту: Општи имовински законик). Постојећи правни лексикони фрагментарно се осврћу на садржину и поједине институте Општега имовинског законика. Тако, опсежни *Лексикон ћрађанског права* (Београд, 1996, стр. 841)<sup>2</sup> позива се на Општи имовински законик у 22 одреднице (од укупно 1.480 својих одредница), и то у одредницама: *абандон, авулсија, законске стварне службености, засијавне књиге, засијајништво, извори облигација, имовинско право, конвалидација, налаз изјубљене ствари, налаз скривеног blaга, нанос, нужни пролаз, Ойши имовински законик за Црну Гору, приватна својина, примерен рок, прираши-*

---

\* Др Милош Луковић, научни сарадник, Балканолошки институт САНУ, Београд.

1 Овај рад представља део наше опсежније студије о језику Општега имовинског законика (чији је ауторство заштићено), која досад није у целини објављена.

2 Видети: *Лексикон ћрађанског права 1996*. На обради одредница у овом лексикону ангажована су 62 стручњака, међу којима су: наставници универзитета у Београду, Новом Саду, Нишу, Подгорици, Приштини, Крагујевцу, Сарајеву; сарадници Института за упоредно право у Београду; судије Врховног суда Србије и Првога општинског суда у Београду, стручњаци из ондашњих савезних и републичких институција у Београду. На челу шесточланог уређивачког одбора, као главни уредник, био је пок. др Обрен Станковић, професор Правног факултета у Београду.

*шай, речно осијарво, сјоредна сјивар, субона, суседска јрава, шајијски сисијем, шрошкови држаоца сјивари.* А *Лексикон облигациоња јава* (Београд, 2001, стр. 471)<sup>3</sup> позива се на Законик у свега десет одредница (од укупно 874 одреднице): *абандон, имаоник, оршаклук, шоклон, послуга, предмет облигације, сјређа, уговор, ћодела уговора, закон – формални извор облигациоња јава.* Све те одреднице посвећене су конкретним правним институтима, који се анализирају у светлу решења из различитих правних система, међу којима су и она из Општега имовинског законика. Стога, у тим одредницама не налазимо објашњења терминолошких проблема везаних за Законик.

Новија издања Општега имовинског законика редовно прате и две врсте регистара: 1) преглед правних термина коришћених у Законику који је још 1888. године објавио Андра Ђорђевић, професор римског и грађанског права на Правном факултету у Београду;<sup>4</sup> 2) регистар правних појмова (института) објављен први пут уз треће издање Законика 1913. године,<sup>5</sup> који је 1903. године урадио рано преминули суплент права Стево Петровић Његош.<sup>6</sup> Док је А. Ђорђевић у свом прегледу наводио искључиво термине у оном облику како их користи Општи имовински законик (додајући ради поређења и њихове еквиваленте на латинском, француском и немачком језику, као и одговарајуће термине из Грађанског законика Србије), у регистру С. Петровића Његоша налазе се кључни правни институти из Законика (око којих су груписани и други сродни институти), означени не само извorno употребљеним терминима већ понекад и изведеним терминима. Отуда и разлика у броју јединица у ова два регистра: регистар С. Петровића Његоша оперише с око 150 назива основних института, а преглед А. Ђорђевића садржи нешто више него двоструки број јединица – извornих термина Законика. Тиме је извршен инвентар *специфичне терминологије* Законика, али тиме није пописана укућна терминолошка лексика Законика.

Као што смо констатовали у нашем новијем раду,<sup>7</sup> идентификовали смо преко 750 лексема јавне терминолошке конотације (о чему ћемо подробније говорити другом приликом), што је више него двоструко у односу на број термина из прегледа А. Ђорђевића.

<sup>3</sup> Видети: *Лексикон облигациоња јава 2001*. Аутор овог лексикона је универзитетски професор др Илија Бабић из Београда.

<sup>4</sup> Видети: *Ђорђевић 1888, Ђорђевић 1986 [1888]*.

<sup>5</sup> Видети: *Маршиновић 1958, 277*.

<sup>6</sup> Стево Петровић Његош, син војводе Ђура Петровића и рођак књаза Николе, студирао је правне науке у Хајделбергу, у Немачкој. Током студија бавио се проучавањем црногорскога обичајног права и црногорских закона, а због изненадне тешке болести није успео да одбрани докторску титулу и стекне звање доктора правних наука. Умро је 1905. године на Цетињу с непуних 26 година.

<sup>7</sup> Видети: *Ђорђевић 1888*, стр. 15–22.

Пре него што се упустимо у расправљање порекла термино-лошке лексике Општега имовинског законика, ваља размотрити како терминолошку лексику Општега имовинског законика третирају *Приноси за хрватски јавно-јавнестини речник* Владимира Мажуранића и општи речници хрватскога или српског, односно српскохрватског језика.

### 1. Приноси за хрватски правно-повјестни речник

Хрватски правник практичар и историчар права Владимир Мажуранић (син песника и бана Ивана Мажуранића)<sup>8</sup> израдио је опсежно правно-лексикографско дело (укупно 1.830 страница) посвећено хрватској историјској правној терминологији. Под насловом *Приноси за хрватски јавно-јавнестини речник* [даље: *Приноси*] објављивала га је у наставцима од 1908. до 1922. године Југословенска академија знаности и умјетности из Загреба, а 1923. године објављени су и *Додатици Приносима*. Као целина Приноси су први пут објављени тек у репринт издању 1975. године.

Како стоји у предговору *Приноса*, овај специфични речник историјске правне терминологије започет је с намером да послужи бољем разумевању стarih статута дalmatinских и приморских општина и градова (Пољички, Корчулански, Ластовски, Дубровачки, Сплитски, Сењски, Крчки, Каставски, Винодолски, Врбанска, Веприначки),<sup>9</sup> које је ЈАЗУ издавала заједно с Правним факултетом Универзитета у Загребу последњих деценија XIX века. Из опрезности В. Мажуранић своје дело, ипак, није назвао речником већ *Приносима за хрватски јавно-јавнестини речник*.<sup>10</sup> Исказао је и извесне ограде у погледу ваљаности неких својих лингвистичких објашњења код обрађених термина, мада му је у изради *Приноса* стални сарадник био језикословац Драгутин Боранић, коме је ту улогу наменила ЈАЗУ.

Као изворе, Мажуранић је користио поред статута дalmatinских и приморских општина и градова и бројне друге историјске документе, као и историографске и филолошке студије.<sup>11</sup> Грађу је црпео такође из старијих речника, али и из неких новијег времена. То су следећи речници:

- 1) Ardelio Della Bella, *Dizionario italiano-latino-ilirico* (Венеција 1728, Дубровник, 1782),

---

8 О животу и раду В. Мажуранића видети више у *Поговору* на крају *Мажуранић 1975*.

9 *Мажуранић 1975*, књ. I, стр. III.

10 У *Предговору* овог дела В. Мажуранић каже: „[...] волио сам, да се рече о дјелу, кад буде готово: 'Приноса' има доста, него ли: 'Речник' је крњ!“. Вид. *Мажуранић 1975*, књ. I, стр. IV.

11 Видети: *Краћије у Мажуранић 1975*, књ. I, стр. IX–XIX.

- 2) Andrija Jambrešić, *Lexicon latinum interpretatione illyrica, germanica et hungarica locuples* (Загреб, 1742),
- 3) Joakim Stulli, а) *Lexicon latino-italico-illyricum* (Будимпешта, 1801), б) *Rječosložje* (Дубровник, 1806), в) *Vocabulario italiano-ilirico-latino* (Дубровник, 1810),
- 4) Josip Voltiggi, *Ricsoslovnik illiricskoga, italianskoga i nimackog jezika* (Беч, 1803),
- 5) Ivan Mažuranić, Jakov Užarević, *Némačko-ilirski slovar* (Загреб, 1842),
- 6) Вук Стеф. Карадић [у сарадњи с Ђуром Даничићем], *Српски рјечник истпумачен њемачкијем и латинскијем ријечима* (II издање, Беч, 1852),
- 7) *Juridisch-politische Terminologie für die slavischen Sprachen Österreichs. Von der Kommission für die slavischen juridisch-politische Terminologie. Deutsch-kroatische, serbische und slovenische Separat-Ausgabe* (Беч, 1853),
- 8) Ђуро Даничић, *Рјечник из књижевних стварина српских* (Београд, 1863–1864),
- 9) *Rječnik hrvatskoga ili srpskog jezika* (том I–VIII, издање Југославенске академије зnanosti и умјетности, Загреб, 1880–1922).
- 10) Ivan Belostenec, *Gazophilacium seu latino-illyricorum onamatum aerarium* (Загреб, 1740),
- 11) Franz Miklosich, *Lexicon paleoslovenico-graeco-latinum* (Windobonae, 1858),
- 12) Dragutin Parčić, *Rječnik talijansko-slovinski (hrvatski)*, *Vocabulario italiano-slavo (illirico)*, I–II (Задар, 1868),
- 13) Franjo Iveković, Ivan Broz, *Rječnik hrvatskoga jezika* (Загреб, 1901).<sup>12</sup>

Приноси се позивају такође и на следећа дела.<sup>13</sup>

- 1) превод *Закона цара Константина и Јустинијана* (превео Рудолф Строхал, *Мјесечник правничког друштва*, Загреб, XXXVII),
- 2) *Србски стоменици или стваре рисовуље* (приредио Павле Караповић-Твртковић, Београд, 1840),
- 3) *Душанов законик* (приредио Стојан Новаковић, Београд, 1898),

---

<sup>12</sup> О овим и још старијим речницима вид. опширије у: *Енциклопедија Југославије* 1955, књ. 5, 503–513, *Винце* 1978, 60–71, 154–163, 249–265, *Мала енциклопедија Просвете* 1986, 191–193; *Штика* 1998, 148–158.

<sup>13</sup> Видети: *Краћије у Мажуранић* 1975, књ. I, стр. IX–XIX.

4) *Monumenta serbica spectantia historiam Serbie, Bosnae, Ragusii* (приредио Франц Миклошић, Беч, 1858 [даље: *Monumenta serbica*]),

5) *Споменици српски из Дубровачкој архива* (приредио Медо Пуцић, Београд, 1858, 1862).

Општи имовински законик, међутим, уврштен је у корпус *Приноса*. Од Богишићевих дела као грађа за *Приносе* изричito је поменут само *Зборник из садашњих правних обичаја у јужним Словена* (Загреб, 1874). Како су у корпус *Приноса* уврштене и студије објављене у књигама 1–224 часописа *Раг Југославенске академије знаности и умјетности*, обухваћени су још неки Богишићеви радови. При том треба имати у виду опште ставове Владимира Мажуранића о језику и карактеру *Приноса*.

У Предговору *Приноса* Владимир Мажуранић даје и кратку напомену о језику: „О језику нашем књижевном и развоју његову имали су моји старији назоре,<sup>14</sup> како сам их ја донекле оцртао на стр. XIII Увода у моје издање ‘Пјесме Ивана Мажуранића’, Загреб 1895. Не мислим нимало захи у то поље; питање је риешено.“ Владимир Мажуранић је, dakле као и Иван Мажуранић, сматрао да је посреди један језик, без обзира на то како је он зван – *хрватски* или *српски*.

А кад је реч о карактеру овога дела, пре свега се мора имати у виду порекло грађе коју је његов аутор користио. О томе Мажуранић каже у Предговору свог дела: „Има већ много година, што сам настојао да побиљежим и поређам из наших [тј. хрватских – М. Л.] правних споменика с овако и с онако Велебита оно, што ми се чинило вриедно спомена, не би ли послужило за хрватски правно-повјестни речник.“ А у Предговору *Додатицима* из 1923. године Мажуранић вели како је имао намере да укључи и термине из српских и других словенских извора (од којих се понеки спомињу у *Приносима*), али да му је „сустала на листових уморна рука“.<sup>15</sup>

Иако су обухватили и неколико српских правних споменика (*Душанов законик*, *Србски споменици или спаре рисовуље*, *Monumenta serbica*, *Споменици српски из Дубровачкој архива*), Мажуранићеве *Приносе* не можемо сматрати и српским историјским речником. Ипак, ваља анализирати одреднице *Приноса* како бисмо сагледали њихов однос према терминолошкој лексици која је садржана у Општем имовинском законику. Учинићемо то на узорку од 50 препрезентативних термина из Законика.

<sup>14</sup> Владимир Мажуранић овим алудира на ставове свог оца Ивана Мажуранића и ујака Димитрија Деметра (рођени брат Владимиrove мајке Александре), који су били потписници *Бечкоја књижевнојезичкој договора* из 1850. године.

<sup>15</sup> Мажуранић 1975, књ. II, стр. V.

### 1.1. Анализа обраде узорка рејрезенитивних термина у Приносима

Мажуранићево дело третира одабране репрезентативне термине на следећи начин (ове термине наводимо по латиничком редоследу, какав је и у *Приносима*):

- 1) Нема одредницу *доиња* нити одредницу *доињићи*.
- 2) Нема одредницу *добићи*, али код одреднице *добићак* даје алтернативни термин *добићи*, а наводи као извор Польички статут.
- 3) Нема одредницу *држина*, али код одреднице *држава* упућује на значење „државина“ (*possesio*) и наводи као извор Польички статут.
- 4) Нема одредницу *хранилац* нити *хранилац ствари*, а код одреднице *хранићељ* даје значење „гојитељ“ (позивајући се на *Рјечник ЈАЗУ*), које није идентично са значењем „хранилац“.
- 5) Нема одредницу *ималац*.
- 6) Нема одредницу *имаоник*.
- 7) Нема одредницу *изгуб добићка* нити *изгуб*, а има одредницу *изгубљење* (*amissio*) у истом значењу, код које наводи као извор Польички статут.
- 8) Нема одредницу *крајни немар* нити *немар*, али има у истом значењу (*negligentia*) одредницу *немарносци*, а позива се на Белостенчев речник.
- 9) За *кућња* каже да је „стара ријеч, од XIV вијека“, а ради поређења упућује на *Рјечник ЈАЗУ*.
- 10) Код одреднице *најам* наводи Польички статут и још неке друге хрватске историјске изворе.
- 11) Код одреднице *наруч* даје два значења, од којих је прво „зајам“ (позива се на Стулићев речник), а друго „посуда“ (*cottmatio*), за које каже да је исправније (позива се на Вуков речник); поред тога наводе се још два близка значења на основу радова Дубровчанина [Богишићевог пријатеља] Луке Зоре (*Pag ЈАЗУ*, књ. 110, стр. 230): *mutum* („посуда“) и „хипотека“.
- 12) Нема одредницу *незвано вришење шућих послова* нити другу одредницу сличног облика (*незван*, *вришилац*, *шући послови*).
- 13) Нема одредницу *нишићав* нити *нишићави уговор*.
- 14) Нема одредницу *одржај*.
- 15) Код одреднице *одвлака*, према глаголу *одвлачићи*, упућује на Белостенчев и Даничићев речник и *Monumenta serbica*.
- 16) Нема одредницу *ођрошићај дуѓа* нити *ођрошићај*, а код одреднице *ођросићићи* наводи облик *ођрошићење* из Белостенчевог речника.

17) Нема одредницу *особина*.

18) Код одреднице *осијава* са значењем *depositum* наводи се неколико синонима по Јамбрешићевом речнику: *засијава*, *засијавек*, *й положек*, *стјава*, *осијава*, *датба на захранбу*; по Дела Белином речнику: *йохрана*, *схрана*; по Стулићевом речнику: *осијава*, *стрема* (и са значењем „спремиште“). Наводи се и стара реч *йолов* (и пријед *йолован*) с „подобним значењем“.

19) Код одреднице *йодлог* (каже се да значи исто што и *йодлога*) наводи се значење *subiculum* и позива на Белостенчев речник, а даје се и пример: „Земља ’на подлог’ дана зове се ’подложна’“, који одговара значењу термина *йодлог* („хипотека“) у Општем имовинском законику.

20) Нема одредницу *йомеђашке земље* нити *йомеђаш*, а има одреднице *међашки* и *међашник*, при чему се позива на Белостенчев речник и неке старије историјске изворе.

21) Нема одредницу *йослужно добро* нити одредничу *йослужан*.

22) Нема одредничу *йосијошица*.

23) Код одреднице *йосуда* наводе се и алтернативни термини *йосудба*, *наруч*, *зајам*, уз позивање на Белостенчев речник. Такође се констатује да Дела Белин и Стулићев речник не праве терминолошку разлику између израза *заемаши кому* („узети на зајам“) и *йодайши у зајам* („дати на зајам“).

24) Нема одредничу *йовјеришћељ*.

25) Нема одредничу *йовласно добро* нити одредничу *йовластан*.

26) Нема одредничу *йредишасићеник*.

27) Нема одредничу *йријамник*, а има одредничу *йријам* (*ascertio*), код које се наводи констатација Луке Зоре (*Pag JA3У*, књ. 170) да је та реч „у Херцеговини с таковим значењем обична, а *йримитак* да је лоша књижевна ријеч“.

28) Нема одредничу *йриложје стјвари* нити одредничу *йриложје*.

29) Код одреднице *йријаша* наводи се неколико значења, међу којима и „што се тога прољећа окотило“ (у вези с глаголом *йасти*, у значењу „напасати“), с позивањем на дело И. Ујевића *Доконице* (Загреб, 1905). У том значењу потпуно одговара термину из Општега имовинског законика.

30) Нема одреднице *йривола*, а има одредничу *йриволети* с истим значењем, с позивањем на Белостенчев речник. Такође наводи облик *йривољење* из Стулићевог речника.

- 31) Нема одредницу *рукодаће*, а има одредницу *рукодавање* с истим значењем, уз позивање на Строхалов превод *Закона цара Константина и Јустинијана*.
- 32) Нема одредницу *рушиљиви уговор* нити одредничу *рушиљив*.
- 33) Нема одредничу *самоиста ствар* нити одредничу *самоиста*.
- 34) Нема одредничу *самокућност* нити одредничу *самокућан*.
- 35) Код одреднице *стрећа* позива се на Вуков речник, дело М. Ђ. Милићевића *Живот Срба сељака* (у: *Српски етнографски зборник*, књ. I, стр. 111) и Општи имовински законик, чл. 446–455, а наводе се и новије правне студије које су расправљале о овом појму на основу наведених извора.
- 36) Нема одредничу *субиона*.
- 37) Нема одредничу *штапетник*, а има одредничу *штапета* с уобичајеним значењем.
- 38) Нема одредничу *штићеник*.
- 39) Нема одредничу *удруžа*.
- 40) Нема одредничу *удружење*.
- 41) Нема одредничу *уживање*, али тај термин наводи за једно од два значења одреднице *ужитак* (*usufructus*) и с тим у вези позива се на Даничићев и Миклошичев речник. Такође констатује да је *Правно-политичка терминологија за аустријске словенске језике* „покушала да лучи“ значење два наведена термина везујући термин *уживање* за *Fruchtgenuss*, а термин *ужитак* за *Nutzung*.
- 42) Нема одредничу *услов*, али има одредничу *увећај* (увјећај, *uvjeti*) с истим значењем. Констатује се да у старим хрватским правничким изворима означава *уговор*, *погодбу* или пак поједине установе „здоговорно углављене“. Позива се и на Стулићев и Даничићев речник. Додаје и напомену да је ова реч у Дубровнику имала посебно значење, где се годишња натурална обавеза (даћа) кметова према господарима (обрачуната на просеку од више година) звала управо *увећај*.
- 43) Нема одредничу *већинак*.
- 44) Код одреднице *влаштина* даје се значење „властитост, особитост (о ћуди човјека)“ на основу три помена у извору из XIV века. О власништву говори се, пак, код одреднице *властиштос* и *власничтво*.
- 45) Нема одредничу *задавак* али се тај термин наводи као алтернативни код одреднице *задав* („капара“), с позивањем на Белостенчев речник.

46) Нема посебну одредницу *заклада*, али се тај термин наводи и коментарише код одреднице *заклад*. Ту се каже да *заклад* (*pignus*) има исто значење као *оклаг*, *йоклај*, *залоћ*, *засићава*, *йосуѓа*, *зајам*, а увези с глаголом *класити* (и од њега изведеним: *искладати*, *накладати*, *окладати*, *йрикладати* и сл.), а позива се на Белостенчев речник. Даје се и напомена да на југу термин *заклад* има поред тога и посебно значење: „драгоцјеност“ (*ornamentum*), док се за дарове цркви у Црној Гори користи облик *заклада*, с тим што *Правно-йолићичка терминологија за аустијске словенске језике* термин *заклада* користи за замену иностраних речи *Fond, Fundation*.

47–48) Код одреднице *залоћ* (*pignus*) од глагола *залаћати*, *заложити* даје се и алтернативни облик *залоћа*, уз напомену да је у „западним и северним изворимаично мушки род“. Каže се да се среће и облик *залошићво* и упућује се на Богишићев рад *Зборник садашњих ћравних обичаја у јужних Словена, I* (Загреб, 1874).

49) Код одреднице *засићара* каже се да је *Правно-йолићичкој терминологији за аустијске словенске језике* овај термин послужио (поред термина *задода*) за означавање института који се латински назива *praescriptio* а немачки *Verjährung*. Позива се и на Стулићев речник, где се наводи глагол *засићарати се*, глаголска именица *засићарање*, и придеви *засићаран*, *засићарани*.

50) Код одреднице *засићава* наводи се више значења, од којих је једно „залог“, које се јавља у Польчком статуту. Одобрава се и мишљење Дубровчанина Луке Зоре (*Раг ЈАЗУ*, књ. 115) да застава изврorno значи „причува“ (италијански *riserva*).

## 1.2. Закључци

1. Више од три петине (укупно 33) репрезентативних термина Општега имовинског законика из овде коришћеног узорка не налази се у *Приносима*. То су: *доиња*, *држина*, *хранилац* (*хранилац ствари*), *ималац*, *имаоник*, *изгуб* (*изгуб добијтика*), *немар* (*крајњи немар*), *незвано вршење* *шуђих ћословова*, *нишићави уговор*, *одржај*, *отрошићај дуга*, *особина*, *йомеђашке земље*, *йослужно добро*, *йовласно добро*, *йосићица*, *йовериштељ*, *йредишасићвенник*, *йријамник*, *йриложје ствари*, *йривола* (мада има *йривољење*), *рукогаће* (мада има *рукодавање*), *рушиљиви уговор*, *самоисића ствар*, *самокућност*, *суйона*, *шићеник*, *шићићеник*, *удруга*, *удружење*, *услов*, *већинак*, *влашићина* (мада има *влаштина* са значењем „властитост, особитост“).

2. Једна трећина термина (укупно 16) из овог узорка обухваћена је одредницама (или алтернативним значењем код других

одредница) у *Приносима*. То су: *кућња, добијај, најам, наруч, одвла-ка, осипава, подлог, посуда, припана, уживање, задавак, заклад, залођ, залоѓа, засипара, засипава*. Код ових одредница наводе се као извори: *Monumenta serbica* (1 пут), Польички статут (5 пута), Белостенчев речник (8 пута), Стулићев речник (6 пута), Јамбрешићев речник (1 пут), Вуков речник (2 пута), *Правно-јулијански шартистичка терминологија за аустријске словенске језике* (4 пута), Миклошичев речник (1 пут), Даничићев речник (3 пута), дело М. Ђ. Милићевића (1 пут), дело И. Ујевића (1 пут) и превод Рудолфа Строгала (1 пут).

3. *Приноси* се само код одреднице *супреџа* позивају на Општи имовински законик (уз још два извора: Вуков речник и дела М. Ђ. Милићевића).

4. Наведени подаци потврђују да већи број важних термина садржаних у Општем имовинском законику В. Мажуранић уопште није третирао као грађу за *Приносе*. С друге стране, *Приноси* ипак посредно помажу расветљавању порекла једног дела терминолошке лексике Општега имовинског закона: на основу цитираних примера из историјских докумената, старијих речника и других дела види се да неки термини у Општем имовинском законику нису оригинални већ да су преузети из старијих писаних извора.

## 2. Општи речници хрватскога или српског, односно српскохрватског језика

Лексикографско дело намењено стандардизацији савременога *српскохрватског језика*, односно *хрватскосрпског језика* – шестотомни *Речник српскохрватскога књижевног језика* Матице српске и Матице хрватске (Нови Сад – Загреб, прво издање 1967–1976) уопште не садржи примере из Богишићевих дела.<sup>16</sup> То је важно и за паралелну латиничну верзију овог речника (с ијекавским ликовима речи на првом месту у одредницама), чије је издавање Матица хрватска обуставила после другог тома (1967). Богишићева дела нису уврштена ни у најновији једнотомни речник стандардног језика у Хрватској: *Речник хрватскога језика* Владимира Анића (Загреб, 1991 [последње издање 1998]).

Лексикографски третман терминолошке лексике Општега имовинског законика различит је у два велика општа речника *хрватскога или српског језика*, односно *српскохрватског језика*: у *Речнику хрватскога или српскога језика* (књ. I–XXIII, Загреб, 1880–1976 [даље: *Речник ЈАЗУ*]) и у *Речнику српскохрватског књижевног и народног језика* Српске академије наука и уметности

---

<sup>16</sup> Видети: *Речник МС*, 15–33.

и Института за српски језик САНУ (књ. I–XVI, Београд, 1959–2001 [даље: *Речник САНУ*]).

### 2.1. Речник ЈАЗУ

*Речник ЈАЗУ* започет је као лексикографско дело које се ослања на грађу од XII до средине XIX века, мада су током његове дугогодишње израде (1880–1976) за грађу узимани и касније настали извори.<sup>17</sup> Стога се он може сматрати и историјским речником, али општег типа.<sup>18</sup>

Овај тезаурус ексцерпира примере из следећих Богишићевих дела: *Зборник садашњих правних обичаја у јужним Словена* (Загреб, 1874), *Народне јесме из старијих највише приморских записа* (Београд, 1878), *Ошићи имовински законик за књажевину Црну Гору* (Цетиње, 1888). Како је *Речник ЈАЗУ* почeo излазити 1880. године, тј. осам година пре доношења Општега имовинског законика, његови први томови не садрже терминолошку лексику Законика.

Међутим, Општи имовински законик није уврштен у корпус *Речника ЈАЗУ* одмах по његовом објављивању. Тек у шестом тому *Речника ЈАЗУ* (1904–1910) изричito се наводи да се Општи имовински законик налази у корпусу *Речника ЈАЗУ*,<sup>19</sup> а то се констатује и у последњем (XXIII) тому овог речника.<sup>20</sup> Општи имовински законик означава се у *Речнику ЈАЗУ* као *Богишићев законик*, па ћемо га тако у овом одељку и ми именовати како се не би створио утисак да су посреди два различита законска текста. Напоменимо и то да се у *Речнику ЈАЗУ* Законик третира као књига и код датих примера не наводе се чланови Законика него странице где се јављају примери у првом издању Законика (што ми овде и чинимо ради лакшег праћења текста *Речника ЈАЗУ*). Међутим, нигде се у *Речнику ЈАЗУ* не констатује од којег је слова (одреднице) уношење примера из Законика почело. Као што ће се видети у даљем тексту, неки важни термини из Законика нису обрађени ни у трећем (1887–1891) ни у четвртом тому (1892–1897) *Речника ЈАЗУ*.

У корпус *Речника ЈАЗУ* ушли су поред Дела Белиног, Белостенчевог, Јамбрешићевог, Стулићевог и Волтићевог речника (о којима је напред било речи) и још неки старији речници, а то су:

- 1) Faust Vrančić, *Dictionarium quinque nobilissimarum Europae Latinae, Italicae, Germanicae, Dalmaticae et Ungaricae* (Венеција, 1595. године),

17 О принципима рада на *Речнику ЈАЗУ* и коначним лексикографским додатима вид. *Винце 1981*.

18 *Пешикан 1984*<sup>6</sup>, 125.

19 *Речник ЈАЗУ*, књ. VI, 935.

20 *Речник ЈАЗУ*, књ. XXIII, 543.

- 2) Jakov Mikalja, *Blago jezika slovinskoga* (Лорето–Анкона, 1641–1651),
- 3) Juraj Habdelić, *Dikcionar ili reči slovenske z vekšega vukup zebrane* (Грац, 1670),
- 4) Pavao Vitezović, *Lexikon latino-illyricum* (Метрополитана, [MR 112], 1700–1709).

Од речника из друге половине XIX века у корпус *Рјечника ЈАЗУ* уврштени су поред помињаног Вуковог, Даничићевог и Броз-Ивековићевог речника још и ови речници:

- 1) Bogoslav Šulek, *Njemačko-hrvatski rječnik* (Загреб, 1860),<sup>21</sup>
- 2) Božidar Petranović, *Ručna knjiga najnužnijih pravdoslovnih riječi* (Задар, 1862),
- 3) Ђорђе Поповић, а) *Речник српско-немачког језика* (део немачко-српски) Панчево 1879–1881, б) (део српско-немачки) 1886–1895.

Поред тога, код одредница које су овде предмет пажње на воде се у *Рјечнику ЈАЗУ* као извори и следећи документи и ауторска дела:

- 1) *Monumenta serbica*,
- 2) Пољички статут (приредио Матија Месић, Загреб 1859),
- 3) Богишићев *Зборник садашњих правних обичаја у јужним Словенама* (Загреб, 1874),
- 4) збирке народних песама које је објавио Вук Стеф. Караџић,
- 5) дела Јеролима Кавањина, Петра Петровића Његоша, Стевана Митрова Љубише, Милана Ђ. Милићевића и Милана Решетара.

#### 2.1.1. Анализа обраде узорка репрезентативних термина

Анализираћемо обраду лексема у *Рјечнику ЈАЗУ* из већ наведеног узорка од 50 репрезентативних термина Општега имовинског законика. Држимо се латиничког редоследа термина, по коме су одговарајуће одреднице обрађене у *Рјечнику ЈАЗУ*, да би се видео и хронолошки редослед обраде.

- 1) У *Рјечнику ЈАЗУ* не постоји одредница *доиња*, а постоје одреднице *дојкан*, *дојкна*, *доина*, које су све квалификоване као *adv.* (прилог), а на прву (са значењем „касно“) упућују се друге две. Код последње одреднице уз друге примере даје се и пример из

---

21 Видети: *Бохилић 1986*, 136.

Богишићевог зборника, стр. 6.<sup>22</sup> У време припреме овог тома (књ. II, 1884–1886) Богишићев законик још није био донет.

2) Код одреднице *добит* упућује се на одреднице *добитак*, од које се разликује тиме „што се јаче истиче апстрактно значење“. Поред тога наводе се три нијансирана значења, од којих једно значи „оно што се добије, стјече“, а у том оквиру означава а) „исто што и корист“; б) „камату“ (у савременом значењу), као у изразима „дати (новце) на добит“, „узети новце на добит“. Наводе се примери из *Monumenta serbica*, Микаљиног и Дела Белиног речника, као и из Богишићевог зборника, стр. 478.<sup>23</sup> У време обраде овог тома речника (књ. III, 1887–1891) Богишићев законик тек је ступио на снагу и из њега нису ексцерпирани примери.

3) Уопште нема одредницу *држина*. Богишићев законик донет је после објављивања овог тома речника (1884–1886). Код одреднице *државина* у значењу „што ко има, држи“ (упућује се ради поређења и на одредницу *држава*) наводе се примери из Вуковог речника и народних песама из Вукових збирки.<sup>24</sup>

4) Код одреднице *хранилац* упућује се на одредницу *храништељ*. За *хранилац* једино се каже да се користи „у наше вријеме“, те да се јавља само у Стулићевом речнику. Код одреднице *храништељ* каже се, пак, да се јавља у Вранчићевом, Дела Белином, Белостенчевом, Јамбрешићевом и Вуковом речнику.<sup>25</sup> Не наводи се синтагма *хранилац ствари* нити се наводи Богишићев законик јер је у време обраде овог тома (књ. III, 1887–1891) Богишићев законик тек ступио на снагу и из њега нису ексцерпирани примери.

5–6) Код одреднице *ималац* у значењу „човјек који има“ каже се да се јавља од XVIII века, а од речникâ једино у Стулићевом. Даје се пример из Богишићевог зборника, стр. 439.<sup>26</sup> Уз *ималац*, међутим, није регистрован термин *имаоник*, који је један од кључних термина у Законику. У време обраде овог тома (књ. III, 1887–1891) Богишићев законик тек је ступио на снагу и из њега нису ексцерпирани примери.

7) Одредница *изгуб* дефинисана је као „дјело којијем се што изгуби, штета кад се што изгуби“, а илуструје се примерима из делâ Ј. Кавањина, П. П. Његоша, С. М. Љубише и песама Вукових збирки, док нема примера из Општега имовинског законика нити синтагме *изгуб добитака*.<sup>27</sup> У време обраде овог тома (књ. IV, 1892–1897) примери из Богишићевог законика још нису били ексцерпирани.

---

22 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. II, 540.

23 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. II, 502.

24 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. III, 836.

25 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. IV, 680, 682.

26 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. III, 795.

27 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. IV, 187.

8) Код одреднице *крајњи* наводи се и синтагма *крајњи немар*, али нема примера из речникâ, па се констатује да се среће једино у Богишићевом законику, стр. 319.<sup>28</sup> Код једночлане одреднице *немар* каже се, пак, да се јавља у Микаљином, Дела Белином, Белостенчевом, Волтићевом и Вуковом речнику, као и у Богишићевом законику, стр. 897, а дају се и примери.<sup>29</sup>

9) Код одреднице *кућња* са значењем „куповање, куповина“ каже се да се јавља у Стулићевом, Вуковом и Даничићевом речнику, уз напомену да је у Вуковом речнику дата назнака: „говори се у Дубровнику“. Такође се каже да се налази и у Богишићевом законику, стр. 301, а даје се и пример.<sup>30</sup>

10) Код одреднице *најам* каже се да се јавља у Микаљином, Белостенчевом, Јамбрешићевом, Волтићевом, Стулићевом, Вуковом и Даничићевом речнику, као и у Богишићевом законику, стр. 302, а наводе се и примери.<sup>31</sup>

11) Код одреднице *наруч* наводе се три основна значења, од којих једно (под c) означава „посуду, тј. оно што се да или узме на руке с дужношћу да се у своје вријеме врати“, а друго је исто што и „зајам“. Каже се да од речникâ примере наводе само Стулићев и Вуков, а дају се и примери из народних песама и пословица Вукових збирки, дела Ђуре Даничића, говора Польице и других извора.<sup>32</sup> Не помиње се, међутим, Богишићев законик иако је он био на снази више од 20 година у време објављивања овог тома (књ. VIII, 1911–1916).

12) У *Рјечнику ЈАЗУ* нема одреднице *незвано вршење тауђих послова*, али код одреднице *незваник* са значењем „онај који није зван“ каже се да се среће само у у Богишићевом законику.<sup>33</sup>

13) Код одреднице *нишићав* од четири наведена значења само једно значење има правни карактер: „онај који не ваља у јуридичком смислу“. Примери су искључиво из Богишићевог законика, стр. 26, 315, 316, уз напомену да се тако употребљени термин налази „само у једној књизи“, тј. у Богишићевом законику.<sup>34</sup>

14) Код одреднице *одржай* каже се да се јавља у два значења: а) „кука о којој се што држи“, б) „ријеч за оно што се у јуридичком језику каже њем. *Ersitzung*“, лат. *ius sicaripio*. За ово друго значење наводи се пример само из Богишићевог законика, стр. 289.<sup>35</sup>

---

28 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. V, 447.

29 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VII, 897.

30 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. V, 805.

31 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VII, 364.

32 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VII, 594.

33 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VIII, 157.

34 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VIII, 198.

35 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VIII, 671.

15) Код одреднице *одвлака* (према глаголу *одвлачиш*) каже се да се јавља у Белостенчевом, Јамбрешићевом, Хабделићевом, Стулићевом и Даничићевом речнику, као и у *Monumenta serbica* и Богишићевом законику, стр. 317.<sup>36</sup> У Богишићевом законику користи се и дублет *дошња*, што се види и у цитираном примеру.

16) Код одреднице *отроиштај* (према глаголу *отросишти*) каже се да се јавља од речникâ само у Вуковом и у Богишићевом законику, стр. 208, док се дати примери из дела М. Ђ. Милићевића односе заправо на „опраштање“ у смислу: „поздрављање при одласку“ и „опроштај над ковчегом преминулог“.<sup>37</sup>

17) Код одреднице особина упућује се на два значења: 1) „особита, одјелита имовина“ или „особац, особак, осопштина“, 2) „својство, знак, обиљежје“. За прво значење наводи се пример само из Вуковог речника и Богишићевог законика, стр. 333, 334.<sup>38</sup>

18) Код одреднице *осипава* наводи се неколико значења, а код значења „чување, похрана, сахрана“ каже се да се јавља у Јамбрешићевом и Вуковом речнику и Богишићевом законику, стр. 303, а дају се и примери.<sup>39</sup>

19) Код одреднице *шодлог* даје се неколико значења, од којих једно (под e) има значење института хипотеке („кад се за дуг заложи каква земља“), а наводи се и пример из Богишићевог законика, стр. 296, уз напомену да се среће и у Микаљином и Стулићевом речнику.<sup>40</sup>

20) Код одреднице *шомеђашки* каже се да се јавља само у Вуковом речнику и у Богишићевом законику, стр. 53, 291, а даје се пример за *шомеђашке земље* и *шомеђашке шрилике*.<sup>41</sup>

21) Код одреднице послужан каже се да има два значења: а) *adj. poss. „od sluge“*, б) „онај којим се може служити“, а за термин послужно добро каже се да се јавља „само у једној књизи“, тј. у Богишићевом законику, стр. 55, 292, и даје се пример.<sup>42</sup>

22) Код одреднице *шосийша* даје се напомена да је нема ни у једном речнику, али да се јавља у делима С. М. Љубише и у Богишићевом законику, стр. 44, 293, и дају се примери. Такође се каже да је М. Решетар наводи у свом делу о штокавском дијалекту, а да је овај термин нашао у Пиперима.<sup>43</sup>

23) Код одреднице *шосуда* према глаголу *шосудиш* каже се да се јавља само у Вуковом речнику и у Богишићевом законику,

---

36 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VII, 715.

37 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. IX, 120.

38 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. IX, 238.

39 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. IX, 262.

40 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. X, 256.

41 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. X, 607.

42 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. X, 946.

43 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XI, 49.

стр. 301, и дају се примери.<sup>44</sup> У примеру из Богишићевог законика наводи се и дублетни термин *наруч*, али се код одреднице *наруч* не упућује на Богишићев законик.<sup>45</sup>

24) Код одреднице *повјеритељ* наводе се два значења: а) опште: као код савременог термина *власнодавац*, које се среће једино у Шулековом речнику и у Богишићевом законику, стр. 133; б) у же: „вјеровник, рукодавац, creditor“, уз напомену да се јавља само у Поповићевом речнику.<sup>46</sup>

25) Код одреднице *йовласнан* каже се да се термин *йовласно добро* (као и термин *йослужно добро*) јавља „само у једној књизи“, тј. у Богишићевом законику, стр. 55, 292, и даје се пример.<sup>47</sup>

26) Код одреднице *предишастивеник* каже се да је то термин у Богишићевом законику, стр. 311, те да гласи као у руском језику и даје се пример само из Законика.<sup>48</sup>

27) Код одреднице *тиријамник* наводе се два значења: а) „при малац“, цитиран је пример само из Поповићевог речника; б) „исто што и наследник“ (као у руском), а констатује се да се у том значењу „јавља само у једној књизи“, и то у Богишићевом законику, стр. 298, и даје се пример.<sup>49</sup>

28) Код одреднице *тириложје* каже се да се јавља само у једној „књизи“, тј. у Богишићевом законику, стр. 64 и 277 („за коју је ријеч и начињена“) и даје се пример.<sup>50</sup>

29) Код одреднице *тириаша* каже се да се среће само у Вуковом речнику, и то са значењем као „пањача – кожни појас за држање оружја“.<sup>51</sup> Дакле, није регистрован термин *тириаша* у значењу које му придаје Богишићев законик, тј. као „приплод у стоци“.

30) Код одреднице *тиривола* напомиње се да значи исто што и *тиривоља*, те да се говори и пише „покњишки“, према глаголу *тиривољети*, а упућује се на Стулићев и Шулеков речник.<sup>52</sup> Нема позивања на Богишићев законик.

31) Код одреднице *рукодаће* са значењем „исто што и зајам“ каже се да се налази у Вуковом речнику, с додатном напоменом из тог речника да се ова реч користи у Црној Гори. Наводи се и пример из Богишићевог законика, стр. 301.<sup>53</sup> Код одреднице *руко-*

---

44 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XI, 56.

45 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. VII, 594.

46 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XI, 270.

47 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XI, 274.

48 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XI, 503.

49 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XI, 906.

50 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XII, 44.

51 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XII, 84.

52 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XII, 217.

53 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIV, 289.

давање с истим значењем каже се да се налази у Вуковом и Богишићевом речнику и наводе се примери.<sup>54</sup>

32) Код одреднице *рушиљив* упућује се на значење „који се може рушити, поништавати“, а наводе се примери из Богишићевог законика, стр. 162, 315, 316, уз напомену да је то термин у правној струци, а нема других примера.<sup>55</sup>

33) Код одреднице *самоисѣти* каже се да се јавља само у Богишићевом законику, стр. 278, и даје се пример за термин *самоисѣта сѣвар*.<sup>56</sup>

34) Код одреднице самокупност каже се да је то „својство онога који је самокупан“, а упућује се на Богишићев законик, стр. 321, и даје се пример.<sup>57</sup> Код одреднице *самокуїан* са значењем „заједнички“ каже се да се среће „само код једног писца“, тј. код Богишића, и упућује се на Богишићев законик, стр. 97, 138, 321, а наводе се и примери.<sup>58</sup>

35) Код одреднице *сѣреѓа* у значењу „спој или свеза волова властитих или сусједових за помоћ при орању“ каже се да се јавља у Вуковом и Шулековом речнику, у делима М. Ђ. Милићевића и у Богишићевом законику, стр. 307, а наводе се и примери. Такође се наводе примери употребе тог термина *сѣреѓа* у Мачви, Срему, Славонији и Ријечкој нахији.<sup>59</sup>

36) Код одреднице *сѹйона* каже се да се јавља у Богишићевом законику, стр. 307, и у раду Ј. Ердељановића *Кучи у Црној Гори*,<sup>60</sup> што указује на то да је посреди специфичан термин из Црне Горе.

37) Код одреднице *штеточина, штеточињац*, а каже се да се реч *штеточник* налази у Вуковом речнику, у којем стоји напомена да се говори само у Црној Гори. Наводе се примери из Богишићевог законика, стр. 318, и из Пољичког статута.<sup>61</sup>

38) Код одреднице *шитићеник* упућује се на значење „брањеник, клијент“ и каже се да се јавља само у Богишићевом законику, стр. 330, 331.<sup>62</sup>

39) Код одреднице *удруѓа* даје се дефиниција: „заједница у којој се налазе удруженi људи по некој погодби или уговору“. Упућује се само на Богишићев законик, стр. 304, и наводи се пример, уз додатну констатацију: „Данас се та ријеч говори у

---

54 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIII, 556.

55 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIV, 341.

56 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIV, 572.

57 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIV, 574.

58 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIV, 574.

59 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XVI, 113.

60 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XVII, 26.

61 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XVII, 787.

62 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XVII, 790.

трговачком и привредном послу“ (година издања овог тома: 1967–1971).<sup>63</sup>

40) Код одреднице *удружење* не помињу се речници, али се упућује на дела М. Ђ. Милићевића и Богишићев законик, стр. 304, а дају се и примери. На крају стоји напомена: „Данас се говори и пише“<sup>64</sup> (година издања овог тома: 1967–1971).

41) Код одреднице *уживање* каже се да се примери срећу у изворима од XV века, а од речника наводе се примери у: Вранчићевом, Микаљином, Хабделићевом, Вitezовићевом, Дела Белином, Белостенчевом, Јамбрешићевом, Стулићевом, Вуковом, Шулековом и Даничићевом речнику (као и у новијем Броз-Ивековићевом речнику). Дају се два значења: а) „радовање, наслаживање“, б) „посједовање, искориштавање“, с напоменом да је „терминологија покушала да лучи“ ова два значења (упућује се на Мажујанићеве *Приносе*, књ. II, стр. 1533). У овом другом значењу дају се примери из *Monumenta serbica* и других историјских текстова, али се не помиње Богишићев законик.

42) Код одреднице *услов* каже се да значи „исто што и погодба, увјет, управо ријеч под којом је што уречено, погођено, увјетовано“. Од речникâ наводе се Поповићев и Броз-Ивековићев, а примери су из дела М. Ђ. Милићевића и Богишићевог законика, стр. 322.<sup>65</sup> Ово значење понавља се (уз нека друга значења) и код одреднице *увјет*, али се тамо упућује на Микаљин, Дела Белин, Белостенчев, Стулићев и Вуков речник (у Вуковом речнику забележено је да се та реч користи у Дубровнику).<sup>66</sup>

43) Код одреднице *већинак* са значењем „добитак“ упућује се само на Богишићев законик, стр. 87, и даје се пример с оба ова термина.<sup>67</sup> Њихово значење одговара савременом појму *камата*.

44) Код одреднице *влашићина* наводе се два значења: а) „нечија особина, својство“ б) „власништво“. Каже се да се у овом другом значењу јавља у Вitezовићевом речнику и у Богишићевом законику, стр. 284, а наводи се и пример.<sup>68</sup>

45) Код одреднице *задавак* каже се да значи исто што и *капара*, а упућује се на Вitezовићев, Дела Белин, Белостенчев, Волтићев и Стулићев речник, као и на Богишићев законик, стр. 321, и дају се примери.<sup>69</sup>

---

63 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIX, 259.

64 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIX, 259.

65 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIX, 894.

66 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XIX, 186.

67 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XX, 670.

68 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XXI, 201.

69 *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XXI, 767.

46) Код одреднице *заклада* упућује се на неколико значења: а) „оклада“, у смислу савременог појма *oiklaga*, б) „драгоценост“, в) „трајна задужбина“ (*fundation*). Код последњег значења наводе се примери из Витезовићевог речника и Богишићевог законика, стр. 257.<sup>70</sup>

47) Код одреднице *залоѓ* са значењем „полог, остава, јамчевина“ каже се да се налази „готово у свим речницима“: у Микаљином, Витезовићевом, Дела Белином, Белостенчевом, Јамбрешићевом, Волтићевом, Стулићевом, Вуковом, Шулековом и каснијим (Броз-Ивековићевом речнику и Мажуранићевим приносима). Наводи се пример из Богишићевог законика, стр. 295.<sup>71</sup>

48) Код одреднице *залога* каже се да значи „исто што и залог“, а од речникâ се наводе: Микаљин, Вуков, Шулеков, Данчићев и каснији. Даје се пример из Богишићевог законика, стр. 296.<sup>72</sup>

49) Код одреднице *засићара* каже се да означава „вријеме кад што застари, застарјелост“, те да је то правни термин који одговара лат. *praescrip̄io* и нем. *Verjährung*. Јавља се у Шулековом и Петрановићевом речнику, као и у Богишићевом законику, стр. 81, за шта се дају примери.<sup>73</sup>

50) Код одреднице *засићава* наводи се више значења, а у правном смислу: „залог, заклад, упис на имање“, дакле за појмове који одговарају савременом појму *хиљадека*. Каже се да се јавља у Микаљином, Белостенчевом и Јамбрешићевом речнику, као и у Пољичком статуту и Богишићевом законику, стр. 296, 297, а наводе се и примери.<sup>74</sup>

#### 2.1.2. Закључци

На основу ове анализе обраде лексемâ у *Рјечнику ЈАЗУ* из узорка од 50 репрезентативних термина могу се извући одређени закључци који се тичу извора терминолошке лексике у Општем имовинском законику. Термини Општега имовинског законика обухваћени овим узорком могу се сврстати у следећих пет група:

1. Термини који се јављају и у некима од старијих речника (Вранчићевом, Микаљином, Хабделићевом, Витезовићевом, Дела Белином, Белостенчевом, Јамбрешићевом, Стулићевом, Волтићевом) и у историјским правним документима (*Monumenta serbica*, Пољички статут): *добићи, ималац, хранилац, кујња, најам, наруч, одвлака, осићава, подлог, привола, штетник, власница, задавак,*

<sup>70</sup> *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XXII, 959.

<sup>71</sup> *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XXII, 101.

<sup>72</sup> *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XXII, 102.

<sup>73</sup> *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XXII, 416.

<sup>74</sup> *Рјечник ЈАЗУ*, књ. XXII, 421.

*заклада, залоѓ, залога, заслуга, заслуга* (укупно 18). Неки од ових термина јављају се и у речницима или делима Богишићевих савременика.

2. Термини који се јављају само у речницима или делима Богишићевих савременика (Вука Карадића, Ђуре Даничића, Богдана Петрановића, Богослава Шулека, Ђорђа Поповића, Стефана Митрова Љубише, Јеролима Кавањина, Јована Ердељановића), и то са значењем које имају у Општем имовинском законику: *изгуб, особина, поседац земље, поседница, посуда, повјерилац, руко-даће, спрећа, удружење, уживање* (укупно 10).

3. Термини који се јављају и у руском језику: *предшаследник, приёмник* (укупно 2).

4. Термини који се јављају само у Општем имовинском законику: *дошаља, крајњи немар, незвано вршење поуђих послова, ниси-шави уговор, одржај, оправдатијај дуга, послужно добро, погласно добро, приложје ствари, рушљиви уговор, самоиста ствар, самокупност, субона, шашаћник, удрuga, већинак* (укупно 17).

5. У *Речнику ЈАЗУ* уопште није регистровано неколико термина који се користе у Општем имовинском законику: *држина, имаоник, пријаша* (укупно 3).

6. Из датог прегледа види се следеће:

а) Најбројнија је она група (од 18) термина који се јављају у старијим речницима или у старијим правним документима, од којих се неки опет јављају и у каснијим изворима. То говори да нису били сасвим застарели ни у Богишићево време, што је он имао у виду кад је припремао Законик.

б) Знатно је мања, али релативно бројна, она група (од 10) термина који се јављају само у речницима или другим делима Богишићевих савременика (тј. нема их у старијим речницима и правним документима). То говори не само о актуелности тих термина у Богишићево време него и о томе да је Богишић вероватно познавао речнике у којима су обрађени.

в) Најмања је група од свега две позајмљенице (из руског језика).

г) Веома је бројна она група (од 17) термина који се јављају само у Општем имовинском законику. Њој треба приодати и три термина из Законика које уопште не региструје *Речник ЈАЗУ* (тиме ова група по бројности надмашује прву). Ти термини чине оригиналну терминолошку лексику Законика, која је (самим тим што је обрађена у *Речнику ЈАЗУ*) почела стицати и шире „право грађанства“ у хрватском или српском језику. Детаљна појединачна анализа треба да покаже који термини из те групе представљају

личне Богишићеве кованице, а који су непосредно преузети из језичке праксе у Црној Гори или евентуално из других извора.

7. Без обзира на то што се ради само о узорку из Општега имовинског законика (мада веома репрезентативних термина), у наведеном прегледу јасно се назишу сви извори терминолошке лексике Законика:

- а) старији речници на хрватском или српском језику,
- б) старији правни документи на хрватском или српском језику,
- в) речници или друга дела Богишићевих савременика,
- г) други језици (позајмљенице),
- д) Богишићеве властите кованице,
- ђ) обичајно право у Црној Гори.

## 2.2. Речник САНУ

Речник САНУ започет је с идејом да буде тезаурус савременога и књижевног и народног језика, с ослонцем на грађу од почетка XIX века до времена обраде.<sup>75</sup> Он експертира примере из ових Богишићевих дела: *Правни обичаји у Словена* (Загреб, 1867), *Главније ириће обићајскога писаног права у старом Дубровнику* (Загреб, 1868), *Зборник садашњих правних обичаја у јужних Словена*, I (Загреб, 1874), *Спјучно називље у законима* (Сплит, 1876), *Технички термини у законодавству*, Београд, 1887, *О положају породице и наслеђства* (Београд, 1893).<sup>76</sup> Општи имовински законик, међутим, није ушао у корпус Речника САНУ, ни у првобитној концепцији нити је уведен накнадно, што заслужује посебан коментар.

Богишићеви текстови *Спјучно називље у законима* и *Технички термини у законодавству* настали су управо поводом израде Општега имовинског законика. У њима се налази тек двадесетак термина које је Богишић имао у виду и коментарисао поводом припреме Законика: *субоник, наруч (посуда), ситега (гисијлина, заји), рукодаће, дужник (поверилац, вјеровник), лукавство, субона, субоник, право, ризик, кайара, иншерес, залог/залога, пуномоћје*. То јесу лексеме које улазе у круг специфичних термина Законика, али је њихов број толико мали да не могу репрезентовати целу терминолошку лексику Законика, чији је инвентар неу-

<sup>75</sup> Рад на припреми овог речника почeo је Стојан Новаковић својом чувеном посланицом *Раг Српске краљевске академије и нежовање језика српског* из 1887. године, коју је објавио *Глас Српске краљевске академије*, бр. X, Београд, 1888.

<sup>76</sup> *Речник САНУ*, књ. I, XLIII.

поредиво већи и по значењима разноврснији. У предговору *Речника САНУ* наведен је критеријум на основу којег су стручни термини уопште уврштени у његов корпус: „Од стручних термина унети су они који су ушли у свакидашњи живот и књижевност.“<sup>77</sup> Не верујемо да је у примени овог критеријума намерно направљен избор наведених термина из Законика. Више се ради о тежњи да се у корпус *Речника САНУ* уврсти неколико Богишићевих ауторских текстова него што се желела заступљеност терминологије Законика у некаквој унапред замишљеној целини. Додуше, речник општег карактера какав је овај „не служи терминологији него се њоме служи, посаже у њене лексичке фондове ради сопственог попуњавања и целовитости“, те се „у томе он битно разликује од енциклопедијског лексикона, у коме оно што је из једне струке треба да чини заокругљену целину, способну да делује као сажети стручни приручник“.<sup>78</sup>

#### 2.2.1. Анализа обраде узорка репрезентативних термина

Анализираћемо узорак репрезентативних термина на исти начин као и код *Рјечника ЈАЗУ*. Термина ће, наравно, у овом случају бити мање (21) јер нису обрађене све одреднице од 50 наведених: *Речник САНУ* и даље је у раду, а до 2005. године издато је 16 томова, закључно с одредницом *одврзиваћи*.<sup>79</sup> Следићемо азбучни распоред, какав је и у *Речнику САНУ*.

1) *Речник САНУ* нема одредницу *већинак*.

2) Код одреднице *влаштина* упућује се на одредницу *влашинство*, што одговара значењу у Општем имовинском законику. Каже се да је лексема застарела и покрајинска, а не каже се да представља правни термин. Наведени примери узети су из два Богишићева дела: *Технички термини у законодавству* (Београд, 1887) и *О положају породице и наслједства* (Београд, 1893). Богишићев рад *Технички термини у законодавству* настало је при kraju рада на припреми Законика, а рад *О положају породице и наслједства* после доношења Законика, dakле, у време кад је термин *влаштина* Богишић увек користио. Други наведени примери узети су из следећих делâ: Андрија Јовићевић, *Плавско-ђурсињска област* (Београд, 1921), Натко Нодило, *Есеји* (Загреб, 1918) и Лујо Војновић, *Вођ кроз Дубровник и околна мјеста* (Дубровник, 1893).<sup>80</sup> А. Јовићевић (који је родом из Црне Горе а бавио се етнографијом Црне Горе у време кад је Општи имовински законик већ био донет),<sup>81</sup> термин *влаштина* преузима непосредно из Зако-

---

<sup>77</sup> *Речник САНУ*, књ. I, XXXIV.

<sup>78</sup> *Пешикан* 1982, 214.

<sup>79</sup> Видети: *Речник САНУ*, књ. I–XVI.

<sup>80</sup> *Речник САНУ*, књ. II, 720.

<sup>81</sup> *Мала енциклопедија Просвета* 1986, књ. I, 989.

ника. Натко Нодило (који је родом из Далмације а бавио се хрватском и српском историјом средњег века)<sup>82</sup>, термин *влашићина* преузео је из старије језичке традиције у Далмацији. Лујо Војновић (син Богишићевог пријатеља Косте Војновића и Богишићев наследник на положају црногорског министра правде) термин *влашићина* користио је имајући у виду Општи имовински законик, а не треба искључити ни утицај старије језичке традиције у Далмацији јер је живео и у Сплиту.<sup>83</sup>

3) Код одреднице *добићи* наводи се између осталог финансијско и банковно значење: „увећање које се добије на позајмљена средства, интерес, камата“, које одговара значењу у Законику. Поред других, наводи се и пример из Богишићевог дела *Зборник садашњих правних обичаја у јужним Словена*, I (Загреб, 1874).

4) Код одреднице *доиња* наводи се значење „закашњавање, неблаговремено извршавање нечега“, што одговара значењу у Општем имовинском законику. Каже се, међутим, да је лексема застарела, а наведени примери преузети су из текста правника Живојина Перића и часописа *Поморски годишњак* из 1929. године, који су објављени у време примене Општега имовинског законика.

5) Код одреднице *држина* даје се значење *имање, имовина, власништво, својина*, што је блиско значењу у Општем имовинском законику (мада му више одговара значење одреднице *државина* у Речнику САНУ [под 2б]). Лексема се квалификује као покрајинска, а дати примери преузети су из дела Мићуна Павићевића, *Црногорци у причама и анегдотама* (Херцег Нови – Котор – Загреб – Београд, 1928–1940) и Зборника за народни живот и обичаје Јужних Словена, XXIV (Загреб).

6) Одредница *задавак* уопште не постоји у Речнику САНУ. Он има само одредницу *задава* (означена је као покрајински израз) у значењу „лична својина задругара, оно што је одвојено од заједничке имовине“.<sup>84</sup> Њено значење није идентично с термином *задавак* из Законика, у којем он представља дублет термина *кайара*.

7) Код одреднице *заклад* с паралелним ликом заклада наводи се неколико значења, међу којима је и: „новчана средства одређена за посебну намену (обично хуманитарну или просветну), фонд; завештање, легат; задужбина“. То одговара значењу у Општем имовинском законику. Неведени примери преузети су из делâ Миховила Павлиновића (*Хрватски разговори*, Задар, 1877) и Симе Матавуља (*Целокућна дела*, I, Београд) и листова: *Вила, лист за књижевносӣ, забаву и поуку* (Београд, 1868), *Бранково Коло за*

82 *Мала енциклопедија Просвета* 1986, књ. II, 822.

83 *Мала енциклопедија Просвета* 1986, књ. I, 451.

84 *Речник САНУ*, књ. V, 664.

*забаву, юуку и књижевносӣ* (Сремски Карловци, 1895), *Гласник Српске православне цркве* (Београд, 1940).<sup>85</sup>

8–9) Код одреднице *залоӣ* с паралелним ликом *залоӣ* наводи се неколико значења, од којих на првом месту: „ствар од вредности коју дужник даје повериоцу као обезбеђење његовог потраживања; (обично с предлогом 'у') само имовинскоправно стање такве ствари, условно отуђење одн. задржавање“. Наведени примери преузети су из Богишићевог *Зборника садашњих правних обичаја у јужним Словена*, I (Загреб, 1874 [у Богишићевом зборнику говори се о залози у вези с опкладом: као о улогу у игри]) и делâ Аугуста Шеное, Стевана Сремца, Лазе Лазаревића и Глигорија Николића, као и листа *Славенски јућ* (Загреб, 1849), који је уређивао Богослав Шулек.<sup>86</sup>

10) Код одреднице *засӣава* наводи се више значења од којих и: „залаѓање некретнина за осигурање примљеног зајма, залога у некретнинама, хипотека“, а квалификује се као застарело. Наведени примери преузети су из Богишићевог дела *О положају йородице и наслједства* (Београд, 1893) и делâ С. М. Љубиш и економисте Милана Ђоковића (1933).<sup>87</sup>

11) Код одреднице *засӣара* каже се да представља правнички застарели израз и упућује се на одредницу *засӣарелосӣ*, а дају се и примери. Први наведени пример преузет је из Богишићеве студије *О положају йородице и наслједства* (Београд, 1893). Следећа два примера преузета су из правног часописа *Мјесечник Правничкој друштвa* (Загреб, 1912, 1926), затим следи пример из рада Милана Влајинца *Моба и йозајмиша* (Београд, 1929). Последњи пример је из књижевности (Стјепан Михалић).<sup>88</sup> Међутим, нема примера из Законика.

12) Код одреднице *изгуб* (која је означена као покрајински израз) каже се да значи: а) „оно што је изгубљено, губитак, штета“ (сви су примери искључиво књижевни, најчешће у песми), б) „нестанак нечега што се изгуби, губљење“.<sup>89</sup> У овом другом значењу пример је преузет из дела Стевана Дучића *Живоӣ и обичаји йлемена Куча* (Београд, 1931).<sup>90</sup> Нема синтагму *изгуб добиӣка* нити било каквих примера из Законика и других правних текстова.

13–14) Код одреднице *имаоник* каже се да представља покрајински израз и упућује се на одредницу *ималаи*. Наведена су три примера употребе термина *имаоник*, који су преузети из следећих

---

85 Речник САНУ, књ. V, 782.

86 Речник САНУ, књ. V, 78.

87 Речник САНУ, књ. VI, 417.

88 Речник САНУ, књ. VI, 423.

89 Речник САНУ, књ. VII, 413.

90 Речник САНУ, књ. VII, 413.

радова: Нинко Перић, *Основи грађанског права* (Београд, 1923), где се цитира Богишић; Андрија Јовићевић, *Плавско-гусињска обласност* (Београд, 1921); Никола Милаш, *Православно црквено право* (Мостар, 1902).<sup>91</sup> Према томе, и код овога важног термина нема примера из Законика нити се каже да је посреди правни термин, а позивање на Богишића следи из секундарног извора. Код одреднице ималац наводи се значење: „онај који има, поседује нешто у правном смислу, власник, сопственик“. Наведени примери преузети су из међуратних прописа *Ново санићејско законодавство*, књ. V и VI (Београд, 1930), препева Драгише Станојевића (Београд, 1895–1897) и војне литературе Павла Пауновића (Београд, 1898).<sup>92</sup>

15) Одредница *немар* дефинише се, пак, као: 1. „непосвећивање довољно труда, пажње некоме, нечему, нехат, небрига, непажња“, 2. „равнодушност, незаинтересованост, индиферентност, апатија“ и наводи се више примера.<sup>93</sup> Код одреднице *крајни* наводе се два значења, од којих једно: „врло велики, врло јако изражен, највећи, изузетан“. Наведени су примери употребе лексеме *крајњи* у неколико синтагми из старије и новије литературе: *крајње пошићено* (М. Миловук, *Начела науке о трговини*, Београд, 1861); *крајња демократија* (*Преодница, књижевни лист*, Београд, 1873); *крајња немарносост* (*Бриљан, лист за забаву, поуку и књижевносост*, Београд, 1885); *крајња беда* (Ј. Скерлић, *Уништење естетике и демократизација уметности*, Београд, 1903), *крајња упорносост* (ред.), *крајња поштреба* (Д. Ђурић, *Тактика великих шактичких штела*, Београд, 1885).<sup>94</sup> Речник САНУ, дакле, не наводи синтагму *крајњи немар*, коју је терминологизовао Општи имовински законик, али има синтагму *крајња немарносост* с истоветним значењем.

16) Код одреднице *кућња* упућује се на одредницу *кућовина*, или се наводе и примери за *кућња* из делâ Сима Матавуља, Лазара Комарчића, Григорија Божовића, Ива Козарчанина, Исака Самоковлије, Ранка Маринковића и Светозара Ђоровића (код Ђоровића има нешто уже значење: „куповна цена“).<sup>95</sup>

17) Код одреднице *најам* наводи се неколико значења, а као основно: „служба, посао, рад уз одређену накнаду, плату“. Наведени примери преузети су из приповедака Вукових збирки и делâ Јанка Веселиновића, Григорија Божовића, Исидоре Секулић, Милана Беговића и Вејсила Ђурчића (Сарајево, 1905), као и из листа *Бранково коло за забаву, поуку и књижевносост* (Београд, 1905).<sup>96</sup>

---

91 Речник САНУ, књ. VII, 695.

92 Речник САНУ, књ. VII, 693.

93 Речник САНУ, књ. XV, 145.

94 Речник САНУ, књ. X, 408.

95 Речник САНУ, књ. XI, 54.

96 Речник САНУ, књ. XIII, 749.

18) Код одреднице *наруч* наводи се (поред значења: „наручје“) као основно значење: „уступање нечега некоме на привремено коришћење, позајмица“. Наведени примери преузети су из народних пословица Вукових збирки, хрватских народних песама из збирки Луке Марјановића (Загреб, 1864) и делâ Лазара Арсенијевића Баталаке, студијâ Франа Иванишевића о Пољицама, Стевана Дучића о Кучима и Мићуна Павићевића о народном благу Црне Горе, као и из *Зборника за народни живоји људских Славена*, књ. 9.<sup>97</sup>

19) Нема одредницу *незвано вришење* *шумских шослова* нити се таква синтагма наводи код неке друге одреднице.

20) Код одреднице *нишићав* / *нишићава* / *нишићаво* упућује се на одредницу *нишићаван*, али се дају примери и за *нишићав*, а преузети су из Богишићевог *Зборника садашњих правних обичаја у јужним Словена*, I, и следећих дела: превода *Корана* Мића Љубибрата и преводилачких радова Светислава Вуловића (Београд, 1880), књижевних делâ књаза Николе и Јосипа Косора (Загреб, 1905), лексичке збирке Митра Пешикана из говора Цуцâ у Црној Гори и листа: *Босанска вила – лист за забаву, шоуку и књижевносост* (Сарајево, 1901).<sup>98</sup> А код одреднице *нишићаван* наводи се неколико значења, међу којима и једно правно: „који не важи, који није на снази, неваљан, неважећи“, а наводе се примери из правних и других извора. То значење одговара значењу у Општем имовинском законику.<sup>99</sup>

21) Код одреднице *одвлака* даје се значење: „одлагање доношења одлуке или покретања акције и сл., одувлачење, оклевашење, отезање“, а квалификује се као покрајинско. Наведени примери преузети су из књижевних делâ Матије Бана (Београд, 1891), Мирка Боговића (Загреб, 1856) и Јосипа Драженовића (Загреб, 1901), преводилачких радова Јосипа Матасовића (Београд, 1925–1926) и *Речника ЈАЗУ*.<sup>100</sup>

## 2.2.2. Закључци

Из ове анализе обраде узорка од 21 репрезентативног термина Општега имовинског законика у *Речнику САНУ* могу се извући следећи закључци о односу *Речника САНУ* према терминолошкој лексици Општега имовинског законика, као и о њеном пореклу:

1. *Речник САНУ* не обраћује три термина која користи Општи имовински законик: *већинак*, *незвано вришење* *шумских шослова*,

97 *Речник САНУ*, књ. XIV, 373.

98 *Речник САНУ*, књ. XV, 710.

99 *Речник САНУ*, књ. XV, 712.

100 *Речник САНУ*, књ. XVI, 765.

*задавак*. Поред тога, иако не обрађује термин *крајњи немар*, наводи двочлану лексему *крајња немарносӣ* са у суштини истоветним значењем (мада није преузета из правног акта), а има одредницу *изѣуб* која покрива и значење термина *изѣуб добиѣка* из Законика.

2. *Речник САНУ* уопште нема примера непосредно преузетих из Општега имовинског законика, али су термини *влашићина* и *имаоник* обрађени на основу извора који су ове термине несумњиво преузели из Законика (секундарни извори). Међутим, не каже се да су *влашићина* и *имаоник* правни термини већ се квалификују као покрајински термини, што говори и о недовољном познавању њиховог порекла приликом обраде.

3. Код терминâ *доиња* и *држина*, који се квалификују као застарели, односно покрајински, примери су преузети из извора који су настали у време примене Општега имовинског законика, па не треба искључити могућност да су ти термини преузети из Законика. Термину *ималаи* приписује се правно значење, а примери су преузети из прописа и делâ која су настала у време примене Законика, па такође не треба искључити могућност да су га ти извори преузели из Законика.

4. Правно значење приписује се терминима *добиѣй*, *ималаи*, *нишићав*, *заклада*, *залоѣ*, *зaloѡ*, *засићава*, *засићара*, *најам* и *наруч* (мада се код неких то изричito не каже), али су им различити извори. За термине *добиѣй*, *нишићав*, *залоѣ*, *зaloѡ*, *засићава* и *засићара* примери су преузети (између остalog) из Богишићевих ауторских дела, а наведени примери код термина *заклада*, *најам* и *наруч* не потичу из правних прописа већ из делâ о „народном животу“.

5. Лексеме *засићара*, *изѣуб*, *куїња*, одвлака квалификују се као покрајинске или застареле, а наведени примери преузети су из делâ која нису у вези с Богишићем и Општим имовинским закоником.

6. Иако Општи имовински законик није уврштен у корпус *Речника САНУ*, његова обрада лексема које се налазе у узорку од 21 препрезентативног термина Законика показује да су те лексеме знатним делом употребљене и у другим правним актима, као и у текстовима књижевног, есејистичког, публицистичког и научног карактера (и то из различитих средина употребе српскога или хрватског језика).

То даје основа за два општа закључка: а) терминолошку лексику за Општи имовински законик Богишић је црпао из различитих извора и из различитих средина употребе српскога или хрватског језика, али у неједнакој мери, б) терминолошка лексика Законика делимично је продрла у шире српски (и хрватски) језички стандард, без обзира на то што се понекад квалификује као покрајинска или застарела, а понекад јој се не придаје правно значење. То тек треба

ближе да осветли детаљна анализа целокупног инвентара терминолошке лексике Општега имовинског законика.

## II. ТЕРМИНОЛОГИЈА ОПШТЕГА ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА

### 1. Језичко-правна традиција

У нашем раду, о коме је било речи,<sup>101</sup> констатовали смо да се подаци о решавању конкретних терминолошких питања у припреми и изради Општега имовинског законика могу наћи у следећим Богишићевим радовима: *Спурчно називље у законима* (Сплит, 1876), *О облику названом инокоштина у сеоској Ђородии Срба и Хрвата* (Брисел, 1884),<sup>102</sup> *Технички термини у законодавству* (Београд, 1887),<sup>103</sup> *И оћеј о спурчним изразима у законима* (Загреб, 1900),<sup>104</sup> *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори* (Београд, 1967)<sup>105</sup> и *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији (анкета из 1873. г.)* (Београд, 1984). Неизабилазна су још два извора: 1) записници са седница Одбора на којима су размотрене две верзије нацрта Законика (прво и друго читање нацрта Законика);<sup>106</sup> 2) Богишићево опширно писмо Кости Војновићу од 17. јануара 1889. године,<sup>107</sup> у којем даје кратке али прецизне коментаре о тридесетак термина употребљених у Законику.

У наведеним изворима сусрећемо првенствено Богишићеве исказе о решавању конкретних терминолошких питања, али су ту садржани и ставови Богишићевих (званично одређених) сарадника у Црној Гори: информатора у анкети спроведеној 1873. године и чланова Одбора који је размотрio две верзије нацрта Законика, као и самога књаза Николе.

Податке из ових извора ваља поредити с подацима из старијих и новијих речника српскога/српскохрватског, односно хрватског или српског језика. Богишић је добро говорио немачки, италијански, француски и руски, па је, стoga, потребно посебну пажњу посветити речницима који су му стајали на располагању. Као што смо констатовали, Богишић је имао у својој библиотеци следеће

101 Упоредити: Луковић 2004, 275–288.

102 Видети: Богишић 1986, 471–500.

103 Видети: Богишић 1986, 101–122.

104 Видети: Богишић 1986, 123–142.

105 Видети: Богишић 1967.

106 Видети: Богојвић 1992.

107 К. Војновић се спремао да реферише о Законику на седници ЈАЗУ, што му је потом донело звање *правођа* [редовног] члана ЈАЗУ. Вид. Вожњовић 1889, Мартињовић 1958, 291–204, Сироћковић 1989.

речнике: Арделија Дела Беле, Андрије Јамбрешића, Јоакима Стулића, Јосипа Волтића, М. Рихтера и А. Балмана, Ивана Мажурањића и Јакова Ужаревића, Вука Кацаџића, Божидара Петрановића, Ђуре Даничића, *Речник ЈАЗУ* (том I–V), као и *Правно-пољитичку шерминологију за аустријске словенске језике*.<sup>108</sup> У својим текстовима, Богишић је коментарисао садржај још три речника: Ђорђа Петровића, Богослава Шулека и терминолошки речник Матице далматинске *Тумач (шалијанско-хрватски) за чиновнике*. Поред наведених старијих и новијих речника постојали су још неки речници Богишићевих савременика, који су могли бити од користи у његовом раду на припреми Законика, мада нема података о томе да ли их је Богишић заиста и користио.

Терминологију Општега имовинског законика треба пажљиво поредити с терминима из Пољичког статута и других статута приморских општина и градова који су били доступни Богишићу, јер има знакова да се Богишић ослањао на неке од тих историјских извора. Такође је корисно упоредити терминолошку лексику Законика с лексиком Његошевог језика, која је добро истражена. А поређење с терминологијом Грађанског законика Србије (1844) и *Правно-пољитичком шерминологијом за аустријске словенске језике* (1853), који су важили у време припреме и доношења Општега имовинског законика, посредно нам пружа додатне податке о изворима терминолошке лексике Законика.

Тако укрштени подаци пружају могућност да се расветле они термини који су били предмет највеће пажње В. Богишића и његових сарадника, а тиме се добија јаснија слика о укупном пореклу терминологије Законика. Сâm Богишић идентификовао је три категорије правних термина употребљених у Законику: 1) *шермини у народном језику*, 2) *шермини поуздано скованы*, 3) *шермини самостално сковорени (скованы)*.<sup>109</sup> Овакву Богишићеву поделу употребљених термина ваља преиспитати у светлу свих извора терминолошке лексике које је он користио у припреми Законика. Обично право у Црној Гори као извор терминолошке лексике Законика биће предмет наше пажње у раду који ће бити објављен као засебна целина.

#### A. Примери исказаних терминолошке лексике Општега имовинског законика с лексиком Његошевог језика

У време кад Петар II Петровић Његош ствара своја књижевна дела рускословенски је у Црној Гори не само богослужбени

108 Видети: *Луковић 2004*, 285, 286.

109 *Богишић 1986*, 109–122.

језик него и језик на којем се стицала основна писменост.<sup>110</sup> Међутим, Његош, као митрополит и господар Црне Горе, обавља на народном језику преписку с главарима и свештеницима у земљи, као и с појединцима и властима у иностранству, чиме наставља традицију свога претходника на владичанском трону – Петра I Петровића Његоша.<sup>111</sup> На народном језику, пројектом *славенизмима*, Његош је створио и своја песничка дела. Објављивање *Горског вијенца* 1847. године допринело је „учвршћивању угледа народног језика као литерарног израза“,<sup>112</sup> а појављивање исте године још три знаменита дела – Вуковог превода *Ново<sup>г</sup> завјета*, *Песама Бранка Радичевића* и студије *Рай<sup>г</sup> за српски језик и правопис* Ђуре Даничића – представљало је догађаје „одлучне за исход борбе око српског књижевног језика и правописа“.<sup>113</sup>

Кад је Богишић започео своју кодификаторску мисију, Његошева песничка дела (а посебно *Горски вијенац*) била су позната и слављена и у Црној Гори и изван ње. Та чињеница дошла је до изражaja и у раду Одбора приликом читања нацрта Законика. У записницима са седница Одбора на једном месту изричito је поменут узор из *Горског вијенца*: прихваћена је лексема *изгуб* (а тиме и термин *изгуб добијика*)<sup>114</sup> уз напомену да се користи у народу, а и да се среће у Његошевом *Горском вијенцу*.<sup>115</sup> С обзиром на оцену да је Његош не само велики песник српског језика већ и „један од твораца нашег књижевног језика“,<sup>116</sup> важно је сагледати однос терминолошке лексике Општега имовинског законика и лексике Његошевог језика. Да би се у целини сагледао тај однос, било би потребно предузети опсежна истраживања, уз посебну методологију. За потребе овог рада ми смо се ограничили на идентификовавање примера из лексике Његошевог језика који су значењем и обликом истоветни (или су то бар у основи) с оним правним терминима из Законика о којима је управо Богишић давао своје коментаре.

У лексици Његошевог језика, посебно у Његошевим песничким делима, истраживачи су издвојили оне лексеме које имају карактер *славенизама*.<sup>117</sup> Зато и овде идентификовани примери из Његошевог језика припадају трима врстама:

а) народна лексика: *добијак, доходак, забрана, зајријетиши/зайрећивати, збор, кућа, обвезан, љас, љријетиња, љрилика, љуси, самовољно, сељанин, уговор, узајмиши/узажмљивати, чељаде*;

---

110 *Стијовић* 1992, 27.

111 *Осјојић* 1976, 11.

112 *Ивић...* 1981, 350.

113 *Ивић* 1991, 284.

114 *Бојовић* 1992, 112.

115 Видети: стих 781–782 *Горског вијенца*: „Ох, да ми је виђети Црна Гора изгуб да намери!“ Уп. *Речник Његошева језика*, стр. VII.

116 *Речник Његошева језика*, стр. VII.

117 Видети: о томе подробно у *Стијовић* 1992.

б) славенизми: *власићан*, *дјејствије*, *законик*, *извињавати се*, *нужда*, *обид*, *погибељ*, *побобан*, *правило*, *прејемник*, *сокровиште*, *штвар*, *штворац*, *штјелесни*, *шировласни*, *условије*;

в) турцизми: *зайти*, *кесим*.

*Б. Богишићев однос према Пољичком стараштину и другим стараштима приморских општина и градова*

Захваљујући свом раду у дворској библиотеци у Бечу и архивским истраживањима, Богишић је на прелому шездесетих и седамдесетих година XIX века био одличан познавалац статута приморских градова и општина (кнежина) писаних на „народном језику“, тј. хрватском или српском. Он је уопште био свестан значаја објављивања правних споменика за даља историографска и правна истраживања, па је већ на једној од првих седница Југославенске академије знаности и умјетности предложио да Академија покрене едицију за издавање историјских правних аката и друге грађе за историју Јужних Словена.<sup>118</sup> Његов је предлог усвојен, а и сам је почeo сакупљати грађу за четири књиге о историјским законима Јужних Словена, од којих би једна била посвећена законима мањих законотворних заједница: градова и општина. О њима је Богишић касније дао ове опаске:

„Готово сваки повећи приморски град, од Трста до Будве, имао је своје засебне законе и правила, на којима су доцније оснивани познати грацки старашти, који затим добивају своје реформације и друге законодавне додатке и преинаке. Али је и у крајевима који не имају градова било автономних предјела, са засебним, чак кодификовним законима: за копнену је страну доста напоменути Винодол и Пољица, а за острвље Мљећ и Ластово.“<sup>119</sup>

Од сакупљеног материјала Богишић је успео да изда само прву планирану књигу, под насловом *Писани закони на словенском јуѓу, I. Закони издани највишом законодавном влашћу у самосталним државама. Библиографски нацрт* (Загреб, 1872).<sup>120</sup> Она је обухватала писано законодавство у средњовековним државама: Бугарској, Србији, Босни, Хуму (Захумље, Херцеговина), Зети (Црна Гора), Дубровнику и Хрватској, али и у невеликој кнежини (општини) Пољица, при ушћу реке Цетине у Јадранско море. Пошто је објаснио унеколико проширени појам самосталности јужнословенских земаља у средњем веку, Богишић је у *Пристарашину* навео разлоге што је и кнежину Пољица уврстио у ову књигу. Он каже:

„Ми то учинисмо не само ради тога, што би неспретно било уврстити Пољица међу муниципија и просте опћине, него и ради у

---

118 *Маршиновић* 1958, 33.

119 *Богишић* 1998, 501.

120 Видети: *Богишић* 1872.

припреми Законика тога што се у духу и правцу самих пољичких закона види убеђење самосталности своје државице: својство које се често и иностранцима признавало називањем Пољицâ државом, републиком.<sup>121</sup>

У одељку књиге који се односи на зборник законâ Пoљицâ из XV века (касније допуњаван), познат као *Пољички сТАИПУШ*,<sup>122</sup> Богишић је дао библиографски опис овога правног споменика на основу загребачког издања Матије Месића из 1859. године,<sup>123</sup> а констатовао је да поред словенске основе Статут има изворе и у римском и канонском праву. Пољички статут је и раније побуђивао пажњу истраживача: у листу *Правдоноша* (Задар, 1851, 1852) један од уредника овог листа Иван Данилов објавио је серију написа под насловом *УстАНОВЕ КнЕЖИНЕ ПОЉИЧКЕ*, о Пoљицама је убрзо писао Р. Шафарик (Праг, 1854),<sup>124</sup> што је све Богишићу било познато.<sup>125</sup> И после објављивања Општега имовинског законика, све до наших дана, Пољички статут био је предмет пажње и домаћих и иностраних истраживача, па је и превођен на италијански, немачки и руски језик.<sup>126</sup> А у својој књизи о писаним законима на словенском југу Богишић је дао и запажања о језичким особинама Пољичког статута: „Језик је српско-хрватски наријечја западнога, са неколико знакова чакавштине или већином прелазеће у штокавштину. Туђе ријечи, што се налазе, највише су из талијанскога позајмљене. Слова су у оригиналу ћирилска босанска рода са неколико локалних особина, међу којима је најзнатније, да *jai* (Б) извршује обично посао који је у латиници јоту (j) повјерен.“

Beđ 1890. године у оквиру едиције *Monumenta historico-juridica Slavorum meridionalium* Југославенске академије знаности и умјетности у Загребу Пољички статут поново је објављен заједно с *Винодолским, Врбанским* („а донекле и свега Крчкога отока“), *Кастиавским, Вејриначким и Трасицким сТАИПУШом*, који су сви писани на народном језику (отуда за њих заједнички наслов у овом издању: *Lingua croatica conscripta*).<sup>127</sup> Предговор за Пољички статут написао је Ватрослав Јагић, који је истовремено приредио и речник Статута, док је речник осталих статута у овом издању приредио Фрањо Рачки. На тај начин омогућен је увид у домаћу правну терминологију ових правних аката и она се може лако поредити с терминолошком лексиком Општега имовинског законика. Јагићев речник

---

121 *Боѓишић 1872*, 5.

122 Видети: *Боѓишић 1872*, 116–120.

123 Видети: *Месић 1859*.

124 Видети: *Шафарик 1854*.

125 Упоредити: *Боѓишић 1872*, 120.

126 Видети: литературу уз одреднице *Пољица* и *Пољички сТАИПУШ* у *Енциклопедија Југославије 1955*, 532–534.

127 Видети: *Lingua croatica conscripta* 1890.

Пољичког статута преузео је Б. Д. Греков у својој опсежној студији *Пољница на руском језику* (Москва, 1951).<sup>128</sup>

Садржај Пољичког статута веома је различит. Његове одредбе односе се на устројство Пољичке кнежине (управу и судство) и њено кривично, грађанско и процесно право. За правну историју нарочито су важне одредбе грађанскоправног карактера које се тичу института патријархалног племенског друштва ове кнежине. Постоји знатна сличност с институтима обичајног права у Црној Гори, који су били предмет Богишићеве пажње. Оцењено је да је Пољички статут (уз Винодолски) „највреднији правноисторијски споменик с подручја Хрватске“.<sup>129</sup>

Поређењем терминолошке лексике Општега имовинског законика и речника Пољичког статута долази се до списка заједничких термина (у угластим заградама наведени су нешто другачији облици у Законику): *ближика, браћиво [браћество], волја, глоба, граница, данак, двор, дионица, добитак, добри људи, договор, доходак, друг, дуг, дужник, живљење, заклад [заклада], закон, законит, заслуга, зајам, збор, злочинац [злочин], знање, имање, искушавај [искушавај], јамац, корист, крив, кривац, кривина [кривица], међа, мејаш [међаш], моба, молба, најам, најамник, наручи<sup>130</sup>, оговор [уговор], оглука, осуда, ћелеме, ћравда, ћрогаја, разлог, рок, саг, свидочча [свједоцба], сељанин, сирот, служба, смрт, смилање, ствар, суд, судац, тарг, тарговина, удовица, чељад, штета [иштејта], штеташа [иштејник]*.

Из записника са седница Одбора на којима је читан нацрт Законика несумљиво произлази да је Богишић користио Пољички статут у припреми и изради Законика, иако се он изричito спомиње само на једном месту приликом првог читања нацрта Законика: поводом обликовања неких решења у одељку о „дуговима од недопуштенih дјела“.<sup>131</sup> Расправљајући поводом имовине *шековинској удружењу* Одбор је такође имао у виду Пољички статут, из кога је на kraју преузео термин *дионица*.<sup>132</sup>

Богишић је добро познавао и друге статуте приморских градова и општина, мада после прве објављене књиге из замишљене серије ЈАЗУ, *Писани закони на словенском језику*, није стигао да објави наредну књигу, која би обухватила искључиво ту врсту

128 Видети: *Греков 1951.*

129 *Енциклопедија Југославије 1955*, 534.

130 Термин *наруч* не налази се у Јагићевом речнику Пољичког статута нити у речнику у књизи Б. Д. Грекова *Пољница*, али га је идентификовao Франо Иванчићевић у својим написима о Пољицама у *Зборнику за народни живот и обичаје Јужних Славена* (излазио у Загребу 1896–1949); вид. одредницу *наруч* у Речнику *САНУ*.

131 Видети: *Бојовић 1992*, 105.

132 Видети: *Ђорђевић 1888, Ђорђевић 1986 [1888]*, 487.

правних споменика. Непосредно пре преузимања катедре историје словенског права у Одеси, Богишић је умножио своју збирку статута приморских градова и општина. На захтев савета универзитета у Одеси, Богишић је 1869. године истражио архиве и библиотеке у Бечу, Венецији, Трсту и Загребу како би дошао до потребне историјске грађе за свој предмет. О томе је по доласку у Одесу почетком 1870. године поднео исцрпан извештај.<sup>133</sup>

У њему је навео да је у Бечу нашао на једанаест рукописних и седамнаест штампаних текстова јадранских приморских градова, међу којима и Трста, Копра, Пирана, Ровиња, Шибеника, Трогира, Сплита, Дубровника, Котора, односно острвâ (и општинâ) Пага, Хвара, Корчуле, Ластова, Мљета. У Бечу је Богишић сравнио тамошње рукописе Дубровачког статута с онима које је сâм преписао у Дубровнику. У Загребу (у ЈАЗУ, где је постојала богата библиотека Ивана Кукуљевића-Сакцинског) преписао је или описао Ријечки, Рапски, Сењски, Крчки, Каставски, Веприначки и Будвански статут (као и паштровске привилегије), од којих су само Каставски и Веприначки били на народном језику (овај други уз то писан глагољицом), а остали на латинском или италијанском језику.<sup>134</sup> У Трсту је Богишић нашао четири различита текста тршћанског статута и десет истарских градова, а у Венецији статуте Котора, Будве, Шибеника, Скрадина, Ровиња, Новиграда и општине Бује. У свом извештају савету универзитета у Одеси Богишић напомиње да је такође успео да препише или купи све рукописне статуте, осим Сплитског и Крчког, а од штампаних је купио седам, док је за остале писао својим пријатељима у Далмацији да му их набаве. С ретким изузецима, наведени статути били су писани на латинском језику. Богишић се у свом извештају не осврће посебно на Пољички статут јер је раније био објављен, а он га је и библиографски обрадио у својој књизи о писаним законима на словенском југу, чији је рукопис био готов већ 1868. године.<sup>135</sup> У свом опширенјем раду *О положају йородице и наслѣдствиа у юравној сисијеми*,<sup>136</sup> објављеном 1892. године у београдском часопису *Правник*, Богишић се детаљно осврнуо на регулативу породичног и наследног права у Пољичком статуту и у другим статутима приморских градова и општина (Дубровачком, Которском, Хварском [„Лезинском“], Корчуланском, Крчком и Трсатском, као и статутима истарских градова), што такође потврђује да му је њихов садржај био добро познат.

Статути приморских градова и општина писани на латинском језику по природи ствари нису могли бити извор терминолошке

---

133 Видети о томе опширенје у *Мартиновић 1958*, 32–36, 50–55.

134 О Которском и Будванском статуту вид. *Јокић 2002*, 33–41.

135 Видети: *Богишић 1872*, 2. Предговор овој књизи Богишић је писао у Одеси јуна месеца 1871.

136 *Богишић 1998*, 442.

лексике за Општи имовински законик, па ни као узор за кованице. За калкирање могли су местимично послужити општеусвојени латински називи за поједине правне институте, који су Богишићу били добро познати. Стога ни Дубровачки статут, писан на латинском језику, није могао бити непосредан извор терминолошке лексике за Законик. Богишић је, наравно, добро познавао Дубровачки статут и (заједно с чувеним историчарем Константином Јиречеком), приредио је његово критичко издање, али тек 1904. године (мада је ЈАЗУ од њега то очекивала више од 30 година).<sup>137</sup> Поредећи ова два знаменита правна споменика, истраживач из Дубровника Анте Мариновић указао је на сличност у начину њиховог настанка, која се огледа управо у чињеници да оба представљају кодификацију обичајног права (старог дубровачког и црногорског), док су њихова форма и језички израз различити.<sup>138</sup> Стога би инсистирање на сличности језичког израза Дубровачког статута, као акта велике правне репутације (али на латинском језику), с језичким изразом Општега имовинског законика (на народном језику), коме је печат дао један „Дубровчанин“ (заправо родом Цавтаћанин, пореклом из дубокога конавоског залеђа – „на граници Херцеговине и старе дубровачке државе“) било потпуно излишно. Из истог разлога нема сврхе поредити језички израз Општега имовинског законика с Которским статутом на латинском језику, с мањим додацима на италијанском језику. То исто важи и за Будвански статут, који је такође писан на италијанском језику. Оба ова правна споменика била су Богишићу добро позната.<sup>139</sup>

Међутим, у Богишићевим објављеним списима нема трагова да је у изради Општега имовинског законика Богишић користио осим Пољичког и друге статуте писане на народном језику: Винодолски, Брбански, Каставски, Веприначки и Трасатски. Ипак, ваља констатовати да су њима и Општем имовинском законику заједнички следећи правни термини: *блаћо, ближика, граја [грађа], добитак, доходак, дућ, двор, закон, збор комун, међаш, невоља, обичај, обићељ, осуд [осуга], љеме, подобан, правда, приходак [приход], рог, сила, сирота, служба, суд, судац, уживавање*.

Богишић је, међутим, показивао живо интересовање за правно наслеђе Паштровића и Грбља, приморских крајева у непосредном суседству Црне Горе. У Паштровићима је боравио у рану јесен 1875. године (тада се задржавао и у Грбљу и Котору) желећи да се упозна с правним институтима паштровскога аутономног права, о чему ће писати знатно касније (1906). У објављеном тексту под насловом *Десетина судских зајиса из Паштровића*,<sup>140</sup> Богишић је

---

137 Видети: *Дубровачки статут 1904.*

138 Упоредити: *Мариновић 1974, Мариновић 1989.*

139 *Мариновић 1958, 172.*

140 Видети: *Бођишић 1998, 500–530.*

описао паштровски крај и његов статус у средњем веку (када је био у саставу српске државе) и касније под Млетачком републиком (а сасвим кратко и под Француском), када је ова *кнезина* постала млетачки *komunitad*, задржавајући своје аутономно право. О паштровској аутономији Богишићу су пре његовог одласка у Паштровиће казивали Стефан Митров Љубиша и Висарион Љубиша, архимандрит манастира Острог (а касније и митрополит Црне Горе), обојица родом из паштровског краја. Међутим, у Паштровићима Богишић није нашао „споменике старинске самоуправе“ о којима је слушао: „Законик“ и „Староставник“. Једино је нашао две „крње свеске не одвећ старих судских записа паштровских“,<sup>141</sup> насталих 1799–1807. године, из којих је преписао десет судских пресуда. Идентификовао је и сва три писара („канцалијера“) ових судских записа (који су били „коријенити Паштровићи“). За њихов језик каже да је „доста лош“, али да је „ипак народан, само што је препун мјесних идиотизама и прошаран млетачко-талијанским ријечима дотјераним, наравно, према српском предјелном говору“.

Објављене пресуде Богишић је пропратио својим објашњењем специфичних лексема (домаћих и позајмљеница), како би читаоци могли разумети смисао текста. Из тако писаних паштровских аката Богишић није могао црпти терминолошку лексику за Општи имовински законик. Богишић је трагао и у архивама за Паштровским статутом (његово постојање наговестио је податак из каталога Кукуљевићеве библиотеке у ЈАЗУ), о чему постоје Богишићеве кратке белешке у архиву у Цавтату.<sup>142</sup> У Бечу је утврдио да у дворској библиотеци нема никаквог статута „него само уговор продаје с Млецима и неколико повластица и слободшина“, а забележио је да је садржај рукописа означен (под бројем 488) у каталогу Кукуљевићеве библиотеке „то исто“.<sup>143</sup> Те су привилегије биле писане на италијанском језику и зато нису могле бити извор терминолошке лексике за Општи имовински законик.

У Богишићевом архиву у Цавтату чува се и један рукопис анонимног аутора, писан ћирилицом, који је означен као *Обичаји у Паштровићима*.<sup>144</sup> У њему су обраћена разна питања из правне праксе: мрење поводом убиства и рањавања, крађа, прошиња девојке, обичаји о смрти, поступање суда. Из тога рукописа види се сличност паштровских правних обичаја с онима у суседној Црној Гори, али се они не односе на грађанскоправне односе какве регулише Општи имовински законик. У свом чланку, који је писао пред

---

141 *Богишић 1998*, 504.

142 *Мартиновић 1958*, 172.

143 *Мартиновић 1958*, 173.

144 *Мартиновић 1958*, 177.

сам крај живота, Богишић не помиње изричito овај рукопис нити друге правне акте из Паштровића.

Богишића је такође занимао *Грбаљски законик* из XV века, чији је текст на народном језику Вук Врчевић објавио (латиницом) 1851. године у задарском листу *Правдоноша* (бр. 25–29, 32–36, Задар, 1851). Према Врчевићевом објављеном тексту, Грбаљски законик има 126 чланова. Богишић је желео да прегледа и оригинални рукопис, али му је Врчевић одговорио да је рукопис у међувремену пропао у манастиру Свете госпође под Лаством у Паштровићима. Богишић је сматрао да је оригинални рукопис био писан ћирилицом, а оставио је и кратку белешку о садржају овога правног споменика:

„Закон је различне садржине: ту има установа за казнено право, за аграрне одношаје, за приватно право и за паулицију, и то све смијешано по навики такијех средњовјековних закона. И овде, како у већини њих, најпрво долази казнено право ... казне су управ драконске и за кривице које би се данас једва и у преступљење уврстиле.“

Александар Соловјев оспорио је аутентичност објављеног текста Грбаљског законика.<sup>145</sup> Он је у Богишићевом архиву у Џавтату нашао књигу привилегија Грбљанске жупе (1647–1767) с преписаним текстом Душановог законика раваничке верзије<sup>146</sup> (препис је вероватно сачинио сам Богишић према тексту Душановог законика који се налазио у Кукуљевићевој библиотеци у ЈАЗУ). Међутим, у Богишићевој заоставштини нема знакова да је лексеме из грбаљских правних споменика користио при изради Општега имовинског законика. Ипак, из текста Грбаљског законика издвојили смо оне лексеме које су заједничке с Општим имовинским закоником: *бир, браџка скуїштина, добра волја, добри људи, домаћин, имање, јемац, кајара, међа, млин, надница, обрана, рог, свједоџба, браџка скуїштина, сироћа, штучење, усјев*.

С већином цитираних термина из Пољичког и других наведених статута Богишић се сусретао у Црној Гори или у живој језичкој пракси других крајева (пре свега приморја), а неки су му били познати из литературе. Они су значајни првенствено као истоветни називи заједничких института обичајног права у овим аутономним заједницама и у Црној Гори. Из тога заједничког фонда терминолошке лексике веома су ретке оне лексеме којих није било у Црној Гори а уврштене су у Законик.

---

145 Видети: Соловјев 1938.

146 Видети: Соловјев 1938. Душанов законик Богишић је користио на својим семинарским вежбањима у Одеси. На Богишићеве коментаре Душановог законика који су нађени у архиву у Џавтату критички се осврну професор Правног факултета у Београду Драгослав Јанковић; вид. Јанковић 1953.

*B. Богишићев однос према званичној правној терминологији у Кнежевини / Краљевини Србији и Хабзбуршкој монархији*

У време кад је Богишић започињао своју кодификаторску мисију у Црној Гори (1873) већ је постојала званична правна терминологија у области грађанског права на српском језику у две државе: у Кнежевини Србији и у Хабзбуршкој монархији (која је од 1867. године постала дуална држава – Аустроугарска).

У Србији је од 1844. године био на снази *Грађански законик за Књажество Србско* (преименован у *Грађански законик за Краљевину Србију* после проглашења Србије за краљевину 1882. године [даље: Грађански законик Србије]). Његов је аутор био Јован Хацић, афирмисани правник и угледни списатељ свога времена из Новог Сада, главни законописац у Кнежевини Србији у раздобљу 1837–1846. године. Хацићев рад на законодавству Србије несумњиво представља епоху у његовом изграђивању.<sup>147</sup> Иако је радио на више прописа у Србији, па и на Уставу Кнежевине, Грађански законик је Хацићево главно законодавно дело. С обзиром на преоптерећеност законодавним пословима у то време, а имајући у виду важност материје грађанскоправних односа, Хацић је с *Правитељством* Кнежевине закључио 29. јула 1840. године посебан уговор о изради Грађанског законика, а готов пројекат Законика (на коме је углавном радио у Новом Саду) послao је 24. новембра 1842. године, да би овај био усвојен („на Благовести“) 25. марта 1844. године. То значи да је Хацић радио на Законику ефективно две године. Уз неколико новела, Грађански законик Србије важио је више од сто година и формално је укинут кад и Општи имовински законик 1946. године – *Законом о неважности правних прописа доношених пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације* (мада су се многа правна правила Законика још дуго примењивала, а и данас има неких које признаје позитивно право). И Грађански законик Србије веома је проучаван. Судови правника цивилиста и историчара права о Законику сумирани су и на посебном научном скупу одржаном поводом 150. годишњице доношења,<sup>148</sup> када су прављени и паралелни осврти на овај законик и Општи имовински законик.<sup>149</sup> У области грађанског права у првим деценијама после доношења Законика ступило је на снагу и неколико пратећих прописа комплементарних Законику.

---

<sup>147</sup> Видети: о томе више у Луковић 1994, 48–51.

<sup>148</sup> У организацији САНУ и Правног факултета у Београду одржан је у Београду 23. и 24. маја 1994. године научни скуп посвећен овом јубилеју. На скупу је поднето 38 реферата, који су објављени у зборнику *Сто педесет година од доношења Српско-ћрађанског законика*, издање САНУ, Београд, 1996.

<sup>149</sup> Видети: Молнар 1996, Војиновић 1996, Чизмовић 1996.

Богишић је пратио и добро познавао законодавство Кнежевине Србије, о чему је писао и у посебном додатку своје књиге *Писани закони на словенском језику из 1872. године*. Ту је Богишић подробно обрадио и законодавство Кнежевине Србије, и то од настанка првих прописа за време Првога српског устанка до стицања аутономије, а потом све до 1867. године. Из овог приказа види се да је Богишић пратио *Зборник закона и уредба и уредбени указа*, који је излазио у Београду почев од 1840. године као редовно службено издање Кнежевине Србије.

Њему је био познат и *РХчникъ закона, уредба, и уредбены пройписа изданы у Княжескому Србии одъ 1827. до половины 1854. го.*, који је израдио Ђорђе Петровић, „член суда Округа Београдског“, објављен у Београду 1856. године у оквиру службеног издања свих прописа Кнежевине. У овом речнику наводе се и сви термини из Грађанског законика Србије.

Кад је Богишић започео припрему Општега имовинског законика, Грађански законик Србије дошао је у средиште његове пажње. Као што је напред речено, Богишић је 1874. године у Београду био сведок покушаја да се сумирају искуства из тридесетогодишње примене Законика, па се понадао да ће бити рађен и нов Законик.<sup>150</sup> То је давало изгледа да се и он ангажује на изради јединственога грађанског законика за Србију и Црну Гору, за две најсродније земље – како је говорио.<sup>151</sup> Ова идеја ипак је била далеко од реалности, а Богишић се у својим анализама често враћао на Грађански законик Србије. Он је постао и његов критичар, а у томе га није спутало ни лично познанство успостављено са Хацићем у Новом Саду, где је становao док је био на служби у Петроварадину крајем шездесетих година XIX века.

Богишић је генерално оцењивао да су недостаци Законика последица Хацићеве неспособности и кодификаторске неспретности, те да цео Законик представља „копијаје туђих узорака“ (тј. аустријскога Општега грађанског законика).<sup>152</sup> Највише података о Богишићевом односу према материјалним решењима Грађанског законика Србије могу се наћи у незавршеном рукопису Богишићеве студије *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори* (објављеној 1967),<sup>153</sup> јер је припремајући ову студију имао највише потребе да прави поређења материје и структуре („спољних и унутрашњих граница“) ова два законика. Али, Богишић анализира Грађански законик Србије и у својим посебним

---

150 Видети: о томе више у *Никчевић 1971*.

151 *Богишић 1987*, 56.

152 *Никчевић 1971*, 42.

153 Видети: *Богишић 1967*, 49, 56, 78, 80, 83, 85, 86, 89, 94, 103, 117, 128, 135, 147.

радовима о породичној задрузи, о положају породице и наследства у правном систему и о техничким терминима у законодавству.<sup>154</sup> А када је о правним терминима реч, Богишић у свом последњем чланку на ту тему (1900) каже да се с „редактором србијанског Грађанског законика“ ретко слагао „у одређивању, па и у простом избирању термина“.<sup>155</sup> Неколико случајева таквог неслагања Богишић ће истаћи у својим коментарима терминолошких питања, али, као што ћемо видети, има и примера подударности у избора термина код ова два кодификатора.

Званични терминолошки речник *Правно-политичка терминологија за аустријске словенске језике* (Беч, 1853) настао је у специфичним околостима у Хабзбуршкој монархији после револуционарне 1848. године. У складу с тада прокламованим начелом о једнакости народа у Монархији одлучено је да се и службени лист има издавати на свим „књижевно изграђеним словенским наречјима“ у тој вишенационалној (мултиетничкој) земљи. То је словенским народима пружило нову прилику да афирмишу своје тежње ка што већој културној самосталности. У јулу 1849. године царско-краљевско Министарство правосуђа основало је посебан одбор са задатком да што пре сачини речник правно-политичких термина за потребе словенских народа, а пре свега за објављивање прописа на њиховим језицима у службеном листу Монархије. Та терминологија морала је бити упоредива с немачком правно-политичком терминологијом (из претходних шест деценија). У састав новооснованог одбора, за чијег је председника именован Павле Шафарик, ушли су правници, филозози и познати културни посленици словенских народа.<sup>156</sup>

У августу исте године основан је и одсек за „словеначко и хрватско-српско наречје“. Ова наречја обједињена су у једном одсеку да би се „њихова сродност очито показала и да би се правнички изрази и изреке међусобно подупирали, оправдавали и допуњавали“.<sup>157</sup> Чланови јужнословенског одсека били су: 1) за „словеначко наречје“: Франц Миклошић, наставник на бечком универзитету и службеник царско-краљевске дворске библиотеке; Матеј Доленц, дворски и судски адвокат; Матеј Цигал из Љубљане, тадашњи уредник службеног („државозаконског“) листа; 2) за „хрватско-српско наречје“: Стјепан Цар, тадашњи привремени уредник службеног листа; Вук Стефановић Каракић („дописујући члан царско-краљевског ученог друштва“); Иван Мажуранић, књижев-

---

154 Видети: *Богишић 1986*, 101–189, 207–238.

155 Видети: *Богишић 1986*, 129.

156 О настанку, карактеру и утицају *Правно-политичке терминологије за аустријске словенске језике* вид. више у *Павловић 1963*, *Винце 1978*, 379–392, *Ивић... 1981*, 371, 372, *Ивић 1991*, 285, 286, *Њоморкај 1990*, *Мамић 1992*, 12.

157 *Терминологија 1853*, стр. XIII.

ник и тадашњи бенски саветник, и Божидар Петрановић, правник и културни посленик из Далмације, тадашњи уредник службеног листа.

Како је Иван Мажуранић због нове дужности иступио из овога одсека, почетком децембра 1849. године, Министарство правосуђа именовало је Димитрија Деметра за уредника хрватске стране Речника. Уредник за српску страну Речника био је Божидар Петрановић, а за словеначку је остао Матевж Цигале.

Цео Одбор радио је веома брзо, а пошто је обавио посао, распушен је почетком децембра 1849. године.<sup>158</sup> Потом се приступило пословима припреме за штампу обрађеног материјала, у чему су значајну улогу имали уредници.

Већ наредне године (1850) појавио се немачко-чешки сепарат овога сложеног речника,<sup>159</sup> или немачко-хрватско, српско, словеначки тек 1853. године. На више од 700 страница дат је преглед немачких правно-политичких термина с јужнословенским еквивалентима: хрватским (исписаних латиницом), српским (исписаних предвуковском Ћирилицом) и словеначким. У међувремену морала су бити решавана нека практична питања уређивања и припреме за штампу овог јужнословенског сепарата. О томе су у предговору сепарата дали потребне напомене у засебним текстовима уредници Димитрије Деметер, Божидар Петрановић и Матевж Цигале, из којих сазнајемо многе детаље и о догађајима који су потом уследили а добили су шире значење.

Димитрије Деметер је на почетку констатовао: „Прије свега морам са жалошћу напоменути, да се није могла оживотворити жеља да се барем за хрватско и србско нарјечје састави подпунома једнак назовник, јер србски књижевници привикли су неким црквеним и руским изразима већ навелико, да се бојати било, да би се још за сада нагазило на превелик упор, ако би их сасвим одстравили, с друге стране пако будући да су сасвим против духу живућега југославенскога језика, нису се могли примити у хрватско нарјечје, које је стопрам у новије вријеме подигнуто на писмени језик и зато се је већма уздржало у својој извornoј и пучкој простоти. Држало се је дакле за сходно садашњим околностима времена, да се господину доктору Петрановићу, који је особито бранио то мнијење, остави на вољу у српску страну примити сва она одступања од израза нађених по свеколицим члановима одбора за сходне хрватском нарјечју, која би се њему као особитом познатељу тако званога славено-србскога књижевнога језика чинила за неопходно потребна.“

---

158 *Терминологија 1853*, стр. III.

159 Видети: *Терминологија 1850*.

Деметер је такође објаснио поступак утврђивања израза, при чему су се нарочито уважавале опаске Вука Караџића („који је по свем славенском ученом свијету познат као први језикословац нашег народа у том правцу“). Затим је Деметер посебно образложио то како се дошло до правописних правила примењених у том речнику. Међутим, Деметер је као уредник искористио своје право да у приређивању хрватске стране Речника у понечем одступи од прокламованих правописних начела. Та је одступања прецизно објаснило у предговору, а скренуо је пажњу и на исправке објављене на крају сепарата.

У свом тексту Божидар Петрановић је као уредник такође објаснио одступања на српској страни. Он каже: „Ако хоћемо да нам овај [језик – М. Л.] буде носилац – *medium* – ваља нам уњ примати из сваког нарјечја што је најбоље, – бисер и драго камење. Тако је и црквено-славенски, тако су поздње књижевни језици код Талијана и Француза постали. Што је језицима тим у точноме опредељењу граматични форми, у изјасњењу најтежки поњатија, у снази израза недостајало, добили су све то од велики умова које је промисао на корист а кадkad и на штету људства слАО, и једнако шаље. Овим правцем треба и ми да ударимо. С овим речима не мислим бранити оне српске списатеље који код чисти народни речи примају без невоље црквено-славенске или руске.“

Божидар Петрановић је десетак година касније издао и дело *Ручна књиџа најнујднијих правословних риечих, изреках и образницах*, којим је желео да олакша практичну примену *Правно-йолићичке терминологије за аустријске словенске језике*. Исту сврху имао је и терминолошки речник Матице далматинске *Тумач (шаплијанско-хрватски) за чиновник* из 1872. године.

Иако се посредно осврнуо на *Правно-йолићичку терминологију за аустријске словенске језике* још у својој посланици „пријатељима филолозима“ из 1876. године (дајући и примере неких њених „наказа“), Богишић је свој став о овом специфичном речнику много експлицитније изразио у предавању које је одржao у Петербургу 1887. године, тј. у раду *Технички термини у законодавству*. О начину рада одбора („комисије“) која је припремала Речник Богишић каже:<sup>160</sup>

„Иако је у тој комисији било неколико најбољих зналaca језика, ипак српске ријечи, које су одговарале њемачким терминима (еквиваленти) особито оне, које нијесу узимане из народнога језика, рађене су механички, које како, на брзу руку, не наслонивши се у томе ни на један раније обрађени научни метод, да би њихов смисао био разумљив народу. Укратко: то је био хитан

---

160 *Богишић 1986*, 106.

састав да га се њиме колико год намири потреба, која се тада појавила. Осим тога, у томе су издању изостали многи врло потребни термини. Један између главнијех филолога те комисије<sup>161</sup> лично ми је казивао да су у њој имали одлучан утицај правници, од којих ниједан није имао појма о лингвистици; а филологе су сматрали више као савјетодавце.“

Богишићу су била позната (како их сам назива) и „два извода из те књиге у Далмацији“: Петрановићев речник из 1862. и *Тумач (шалијанско-хрватски) за чиновнике* Матице далматинске из 1872. године. За њих каже да су „недостаци исти као и у књизи из којих су узети“.<sup>162</sup> Овакав Богишићев генерално негативан став према *Правно-јолијничкој терминологији за аустријске словенске језике* и њеним дериватима ваљало би проверавати и на конкретним примерима употребљених термина у Општем имовинском законику, што ћемо ми касније и учинити.

Наведене судове о Грађанском законику Србије и *Правно-јолијничкој терминологији за аустријске словенске језике* Богишић је изрекао у својим краћим радовима, од којих је први заправо пригодно предавање одржано при kraју рада на изради Законика, а други чланак у загребачком правном часопису објављен 1900. године, тј. 12 година после ступања на снагу Законика, кад су о Законику већ биле познате све генералне оцене. Богишић је, међутим, знатно опрезнији у оценама које даје у својој не завршеној студији *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*. Њена је сврха била да научно образложи свој кодификаторски рад и одбрани се од евентуалне критике. Ту налазимо ове Богишићеве ставове:

„Не требам мислим искати, других разлога да се докаже потреба одређења техничких израза. Доста је и наведенога. Него, могу нам показати на два законика, један написан српски (*Грађански законик Србије*) и други преведен на српски језик (австројски)<sup>163</sup> и по људима Србима који заузимаху важно место у српској књижевности. Може се показати на израђени већ пред 30 година особитим Одбором у Бечу речник техничких називља,<sup>164</sup> из кога издани бјеху у самој Далмацији два извода за тамошње потребе. Осим тога, у Срба и Хрвата имају и два-три стручна часописа у

---

161 Не зна се тачно ко је то био, али свакако један од двојице Богишићевих пријатеља: Вук Каракић (кога је Богишић виђао у Бечу) или Ф. Миклошић (кога је Богишић наследио у Дворској библиотеци у Бечу). А кад је реч о правницима у Одбору, ту се, пре свега, мисли на Б. Петрановића, И. Мажурунића и М. Џигала.

162 *Богишић 1986*, 106.

163 Богишић мисли на Петрановићев превод *Ошишега аустријског грађанској законника*; уп. *Богишић 1967*, 128.

164 Богишић мисли на *Правно-јолијничку терминологију за аустријске словенске језике*.

којима се такође налази не мали број стручних израза. Није место упуштати се у критику тих термина, особито опширенога рјечника у којима бијаху сурадници првостепени зналици језика. Нама је тек примијетити да у наведеним писменим изворима има много грађе којом се можемо и хоћемо добро користити. Али је познато да је има и таке на коју и до сада остате признак хитње и разногласја неудаћа. Уосталом, познато је да се ти изрази тек вјековима утврђују, а у нас се о томе тек почело мислити да тако речем с јучерашњег дана.<sup>165</sup>

Цитирани Богишићеви ставови (написани вероватно у интервалу 1884–1885. године)<sup>166</sup> знатно су блажи од оних о Хацићевим „кодификаторским неспретностима“ и понеким „наказама“ у *Правно-политичкој терминологији за аустријске словенске језике*, изречених десетак година раније. Тих година (1884–1885) иза Богишића је било 10–12 година његове кодификаторске мисије, када се и сам уверио колико је избор термина за Законик сложен посао. А у међувремену сарадња са „зналцима народног језика“ показала му је да и приступ „живоме народном језику“ мора бити знатно рафинирањији од поступка простог преузимања „у народу живућих израза“, те да се ваљани технички изрази „тек вјековима утврђују“ (а „у нас се о томе тек почело мислити да тако речем с јучерашњег дана“ – закључује Богишић).

Свестан на крају тих чињеница, Богишић при крају свог чланка из 1900. године ламентира што су пре окончања његовог рада на Законику била обрађена тек „два-три прва слова“ у *Рјечнику ЈАЗУ* и закључује: „Отуда слиједи, да и саме сирове материјале, тј. ријечи, ми бијасмо принуђени сами по изворима тражити, сабирати и изучавати, а то је све тим мучније било што силни и неодгодиви послови око самога садржаја не допуштаху нам трошити него сразмерно мало времена око формалне стране Законика: око језика, стила, термина“.<sup>167</sup>

Зато се неодољиво намеће поређење Богишићевог рада на утврђивању правне терминологије Општега имовинског законика са Хацићевим радом на Грађанском законику Србије и с радом одбора за израду *Правно-политичке терминологије за аустријске словенске језике*. Док Богишић сматра да му ни 15 година, колико

---

165 *Богишић 1967*, 128.

166 Цео рукопис ове студије несумњиво је настао у реализацији Богишићеве обавезе коју је преuzeо протоколом потписаним с руским министарствима 1882. године. Уместо ове опширејије студије (од 120 штампаних страница) Богишић је представио јавности знатно краћи текст (од 25 штампаних страница) на француском језику *Поводом црногорскога грађанског законика*, који је штампао као брошуру у Паризу 1886, али је из опрезности није дистрибуирао већ је две године касније, кад је Законик био потпуно готов, у Бриселу поново објавио исти текст.

167 *Богишић 1986*, 142.

је трајала његова кодификаторска мисија (када је, живећи пре-тежно у Паризу, уживао богату руску финансијску и сваку другу подршку), није било довољно за савршено језичко обликовање Законика и утврђивање до краја задовољавајуће терминологије, – Хацић је цео кодификаторски посао обавио за две године према прецизном уговору с *Правиљељситом* сиромашне Кнежевине Србије не ослањајући се (као Богишић) на помоћ других „зналација језика“, но је, напротив, имао муке с некима од њих (у то време Хацић је водио чуvenу полемику с Вуком Каџићем, којој се потом на, Вуковој страни, придружио и млади Ђура Даничић).<sup>168</sup> А *Правно-йолијичка терминологија за аустријске словенске језике* настала је за мање од четири месеца (август–децембар 1849), према строгом налогу аустријске владе, где није било места за велика филолошка премишљања, па ни Вукова терминолошка детаљисања, јер – вальто је што пре издавати службени лист Царевине на „словенским наречјима“ (тј. на признатим словенским језицима).

Поред тога, и Грађански законик Србије и *Правно-йолијичка терминологија за аустријске словенске језике* настали су у време кад укупно стање у српском књижевном језику ни изблизу није било онако сазревло као у време Богишићеве дуготрајне кодификаторске мисије. Том сазревању српскога језичког стандарда знатно су доприносила својим укупним деловањем два експедитивна правника практичара – Јован Хацић и Божидар Петрановић, од којих је први сâм написао Грађански законик Србије, а други је поднео главни терет израде српске стране *Правно-йолијичке терминологије за аустријске словенске језике* и у исто време превео на српски језик *Ошићи аустријски грађански законик*.

У сваком случају, терминологија Грађанског законика Србије и терминологија *Правно-йолијичке терминологије за аустријске словенске језике* заслужују да буду темељно изучене и осветљене. Ова друга не сме се сматрати другоразредним правним и терминолошким наслеђем. Савремени хрватски истраживачи до сада су јој поклањали много више пажње<sup>169</sup> и већ су је оквалификовали „првим правим темељом хрватског правног називља“,<sup>170</sup> што је и разумљиво јер се у оквирима Хабзбуршке монархије тада почела изграђивати модерна хрватска правно-политичка терминологија. Српски истраживачи овом специфичном терминолошком речнику нису, међутим, ни изблизу придавали такав значај (мада је ушао у корпус *Речника САНУ*): као да су се (уз осветљавање Вуковог учешћа у раду одбора за припрему Речника)<sup>171</sup> задовоља-

168 Видети: *Каџић 2001*, 21–33, 61–83, 221–226, 265–309, 394–432, 969–1085.

169 Видети: *Винић 1978*, 379–392, *Мамић 1992*, 12.

170 *Мамић 1992*, 5.

171 Видети: *Павловић 1963*.

вали закључком да „то дело није много утицало на развој терминологије код Срба“, уз образложение да је „Кнежевина Србија тада већ поседовала законодавство и донекле уходану судску и управну праксу“, а да „после укидања Српске Војводине 1860. није остало много простора за администрирање на српском језику“. <sup>172</sup>

Остаје, ипак, питање у којој мери је лексика *Правно-јолијичке терминологије за аустријске словенске језике* продрла у савремени стандард српског језика. Преузимање термина из овог речника није морало бити искључиво непосредно и у неком континуитету: нпр. из терминолошке лексике Српске Војводине – непосредно у модеран српски језички стандард, или – у терминолошку лексику Кнежевине Србије, па потом у модерни стандард. Начелно узев, пут преузимања неких термина из *Правно-јолијичке терминологије за аустријске словенске језике* у савремени стандард српског језика могао је у XX веку бити заобилазан и посредан: преко хрватске терминологије, утемељене управо на *Правно-јолијичкој терминологији за аустријске словенске језике*. А могао је бити заобилазан и на други начин – преко Општега имовинског законика, под условом да је он заиста преuzeо неке термине из *Правно-јолијичке терминологије*, што вальјиво анализирати. Тек, посла је још на претек у истраживању домашаја *Правно-јолијичке терминологије за аустријске словенске језике*.

Први корак у томе јесте још подробније осветљавање улоге коју је имао главни аутор овог речника Божидар Петрановић.<sup>173</sup> У време његовог настанка Петрановић је био не само познати правник и српски културни посленик из Далмације већ и посланик у парламенту у Бечу и, уопште, јака политичка личност. Он је и први преводилац Општега аустријског грађанског законика на српски језик, а Деметер га означава (говорећи о његовој уредничкој улози) као „особитог познатеља тако названога славено-србскога књижевног језика“. Захваљујући свему томе, он је и водио главну реч у припреми Речника и парирао Вуку Карадићу, мада је тада и Вук био признат од аустријских власти за угледног грађанина Монархије и врхунског српског филолога и књижевника.<sup>174</sup> Свеколиком Петрановићевом деловању на „путовима хрватскога књижевног језика“ посвећена је пак знатна пажња.<sup>175</sup>

Речник назван *Правно-јолијичка терминологија за аустријске словенске језике*, створен под окриљем аустријских власти, зачео је процесе стандардизације правне и политичке терминологије у језику Хрвата и Срба у Монархији и прокрио је путеве за

---

<sup>172</sup> Ивић 1991, 285, 286.

<sup>173</sup> О Петрановићевом деловању вид. у Ивић... 1981, 274, 293, 371, 372, и Срби – биохрватски лексикон 1994, 431–432.

<sup>174</sup> Вук је 1847. године добио од самога цара скupoцен прстен, што је било изузетно признање за његов дугогодишњи рад на културном пољу, али и нагоштај неких посебних намера аустријских власти према Вуку.

<sup>175</sup> Видети: Винце 1978, 321–392.

њихово књижевнојезичко зближавање. Зато овај речник заслужује већу пажњу и као непосредан увод за тзв. *Бечки књижевнојезички* (или *књижевни*) *договор* из 1850. године, који је у XX веку различито интерпретиран код Срба и Хрвата у појединим раздобљима њиховог живљења у истој државној заједници.

При изради и озваничењу *Правно-јулијанчке терминологије за аустријске словенске језике* Кнежевина Србија држала се по страни, мада се радило о терминолошком подухвату који се тицало (и) српског језика. То се може разумети: Кнежевина Србија није била кадра да се меша у овакве подухвате унутар моћне суседне земље, макар се они односили и на Србе из Хабзбуршке монархије.

## ЦИТИРАНА ЛИТЕРАТУРА СА СКРАЋЕНИМ ОЗНАКАМА БИБЛИОГРАФСКИХ ЈЕДИНИЦА

### Богишић 1872

Valtazar Bogišić, *Pisani zakoni na slovenskom jugu*. Bibliografski nacrt, Zagreb, 1872.

### Богишић 1967

Валтазар Богишић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори* [приредио Томица Никчевић, серија САНУ Посебна издања, књ. CDIX], Београд, 1967.

### Богишић 1986

Valtazar Bogišić, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru* [приредила Јелена Даниловић, серија *Klasici jugoslovenskog prava* у издању НИУ Службени лист СФРЈ], Београд, 1986.

### Богишић 1998

Valtazar Bogišić, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i izabrana djela* [приредила Јелена Даниловић], Podgorica–Beograd, 1998.

### Бојовић 1992

Јован Р. Бојовић, *Усвајање шекспира Ойшишке имовинске зајоника за Књажевину Црну Гору*, Подгорица, 1992.

### Винце 1978

Zlatko Vince, *Putovima hrvatskoga književnog jezika*, Zagreb, 1978.

### Војновић 1889

Konstantin Vojnović, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru obzirom na ostalo crnogorsko zakonodavstvo*, „Rad JAZU“, br. 96, Zagreb, 1889, 1–109.

**Војиновић 1996**

Новица Војиновић, *Грађански законик за Кнежевину Србију и Ошићи имовински законик за Књажевину Црну Гору (елементи упоредне анализе)* [у]: *Сто година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994)*, Београд [1994], 1996.

**Греков 1951**

Б. Д. Греков, *Полица, ойти изучения обеесиленных оити-ношени в Полице XV–XVII вв.* Москва 1951.

**Ђорђевић 1888**

Андра Ђорђевић, *Ошићи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, „Бранич“, бр. 15–22, Београд, 1888.

**Ђорђевић 1986 [1888]**

Andra Đorđević, *Pregled pravnih termina korišćenih u Opštem imovinskom zakoniku* [у]: Valtazar Bogišić, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik*, Beograd, 1986, 487–500.

**Енциклопедија Југославије 1955**

*Enciklopedija Jugoslavije 1 (A/Bosk)*, Загреб [издавач Југославије Лексикографски завод ФНРЈ], MCMLV.

**Ивић... 1981**

Павле Ивић, Јован Јашић, *Културна историја Срба у XIX веку (до седамдесетих година)* [у]: *Историја српској народа. Од првог устанка до Берлинског конгреса 1804–1878*, пета књига, други том, Београд, 1981, 311–380.

**Ивић 1991**

Павле Ивић, *Изабрани огледи*, II. *Из историје српскохрватској језика*, Ниш, 1991.

**Јанковић 1953**

Драгослав Јанковић, *Богишићеви коментари Душановој законици*, „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 3–4, Београд, 1953, 393–409.

**Јокић 2002**

Ljiljana Jokić, *Državnopravna istorija Crne Gore*, Podgorica, 2002.

**Караџић 2001**

Вук Стефановић Караџић, *Сабрана дела Вука Караџића. XV. О језику и књижевности. III/I*, Београд, 2001.

*Лексикон грађанског права 1996*

Лексикон грађанског права: ойшићи део грађанског права, стварно право, облигационо право, наследно право, породично право, ауторско право, право индустријске својине, лично право, грађанско-процесно право [главни уредник Обрен Станојевић, издавач Номос], Београд, 1996.

*Лексикон облигационоћи права 2001*

Ilija Babić, *Leksikon obligacionog prava*, Beograd, 2001.

*Lingua croatica conscripta 1890*

*Lingua croatica conscripta, hrvatski pisani zakoni: vinodolski, poljički, vrbanski a donekle i svega krčkoga otoka, kastavski, veprinački i trsatski*, Zagreb, 1890.

*Луковић 1994*

Милош Луковић, *Развој српскога правног система*. Прилог историји језика и права у Србији, Београд, 1994.

*Мажуранић 1975*

Vladimir Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno-povjestni rječnik*, Zagreb, 1975 [1908–1922].

*Мамић 1992*

Mile Mamić, *Temelji hrvatskoga pravnog nazivlja*, Zagreb, 1992.

*Мала енциклопедија Просвете 1986*

Мала енциклопедија. Општа енциклопедија [четврто издање, издавач Просвета], Београд, 1986.

*Мариновић 1974*

Ante Marinović, *Običajno pravo i samouprave u bivšoj Dubrovačkoj republici i njihovo izučavanje* [y]: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* [Зборник радова са међународног научног скупа одржаног 1. и 2. новембра 1971. год. у Београду], Београд, 1974, 91–115.

*Мариновић 1989*

Ante Marinović, *Utjecaj dubrovačkog srednjovjekovnog statutarnog prava na Bogišićev Opštiti imovinski zakonik za knjaževinu Crnu Goru* [y]: *Стигогодишњица Ойшићег имовинског законика за Књажевину Црну Гору*, Титоград, 1989, 117–124.

*Мартиновић 1958*

Нико С. Мартиновић, *Валпазар Божишић. I Историја кодификације црногорског имовинског права*, Цетиње, 1958.

*Mесић 1859*

Matija Mesić, *Poljički statut*, „Arkv“, br. 5, Zagreb, 1859.

*Молнар 1996*

Александар Молнар, *Социјална мисао у Ђозадини кодификација Јована Хаџића и Валђазара Богишића* [у:], *Сино једесет ћодина од доношења Српској грађанској законике (1844–1994)*, Београд, 1996.

*Никчевић 1971*

Томица Никчевић, *Послтанак и ђокушијај прераде грађанској законике Кнежевине Србије*, Београд, 1971.

*Њомаркај 1990*

Istvan Nyomárkay, *Да ли је ђознавао Амброзије Шарчевић тарминолошке речнике и осмала двојезична издања своја доба*, „Начучни састанак слависта у Вукове дане“, бр. 18/1, Београд, 1990, 137–142.

*Осчиојић 1976*

Бранислав Остојић, *Језик Петра I Петровића*, Титоград, 1976, 217–228.

*Павловић 1963*

Миљовој, Павловић, *Сарадња Вука Стефановића Караџића на тарминолошком речнику из 1853. год.* „Filologija“, br. 4, Zagreb, 1963, 129–139.

*Пешикан 1982*

Митар Пешикан, *О селекцији речи у описним речницима, Лексикографија и лексикологија* [Зборник реферата], Београд–Нови Сад, 1982, 209–215.

*Пешикан 1984*

Митар Пешикан, *Ошибки и специфична лексика у дигалекатским и историјским речницима*, [у:] Лексикографија и лексикологија [Зборник радова], Нови Сад – Београд, 1984, 125–128.

*Речник закона 1856*

Ђорђе Петровић, *РХчникъ закона'*, уредба', и уредбены прописа' изданы у Княжеству Србији одъ 1827. до ћоловине 1854. год., Београд, 1856.

*Речник Његошева језика*

*Речник језика Петра II Петровића Његоша, I-II* [израдили Михаило Стевановић и сарадници], Београд–Титоград–Цетиње, 1983.

*Речник МС*

*Речник српскохрватскога књижевног језика, I–VI, Нови Сад, 1967–1976.*

*Речник САНУ*

*Речник српскохрватског књижевног и народног језика [Издаје Српска академија наука и уметности и Институт за српски језик САНУ], Београд, I том 1959, XVI том 2001.*

*Рјечник ЈАЗУ*

*Рјечник хрватскога или српскога језика, I–XXIII, Загреб, 1880–1976.*

*Сиротковић 1989*

Hodimir Sirotković, *Ocjena prof. Koste Vojnovića (čitana u JAZU 9. ožujka 1889) o značenju i znanstvenoj vrijednosti crnogorskog Opštег imovinskog zakonika [y]: Stogodišnjica Opštег imovinskog zakonika za Crnu Goru* [зборник радова, серија ЦАНУ Научни склопови, књ. 19], Титоград, 1989, 57–75.

*Соловјев 1938*

Александар Соловјев, *Богишићева универзитетска прегавања, „Архив за правне и друштвене науке“*, друго коло, књ. 35/2, бр. 5, Београд, 1937, 385–386.

*Срби – биографски лексикон 1994*

Јован С. Радојчић, *Срби – Српска Крајина, Славонија, Далмација, Хрватска. Биографски лексикон*, Београд, 1994.

*Стијовић 1992*

Светозар Стијовић, *Славенизми у Његошевим јесничким делима*, Нови Сад, 1992.

*Терминологија 1850*

*Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs. Deutsch-böhmisches Separat-Ausgabe*, Wien, 1850.

*Терминологија 1853*

*Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs. Deutsch-kroatische, sebische und sovenische Separat-Ausgabe*, Wien, 1853.

*Шафарик 1854*

Pavel Šafarik, *Kratká zpráva o statutu polickém*, „Časopis Českého muzeuma“, Praha, 1854, 270–283.

## ПРИКАЗИ

Luc Reydams:

*Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspective*

Preface William A. Schabas

(Oxford University Press, New York, 2003,  
XVIII + 258, ISBN: 0-19-925162-2)

Прва монографија која се бави концепцијом универзалне надлежности у међународном праву заправо је изменењена и допуњена докторска дисертација Лука Рејдамса (Luc Reydams), доцента у Центру за грађанска и људска права у Индијани, САД (Center for Civil and Human Rights, Notre Dame Law School). У питању је исцрпна и компаративна анализа универзалне надлежности у међународном праву на енглеском језику, у којој аутор прецизно и свеобухватно истражује ситуације у којима држава гони и кажњава починиоце тешких злочина међународног права.

Монографија се појавила у тренутку поновног покретања расправе о концепту универзалне надлежности и њеном месту у међународном праву. Од XVII века, када је овај концепт прихваћен у међународном обичајном праву за дело пиратерије, па све до друге половине XX. века, када је овај основ надлежности прихваћен и за друге међународне злочине, нема значајније расправе о овом институту.

Аутор наглашава да се први пут заинтересовао за начело универзалности још 1994. године. Тада су све новинске агенције писале о избеглицама из Руанде, које су у Белгији поднеле тужбу против других руандских држављана, који су учествовали у масакру над сопственим грађанима. Од тог тренутка, пријављен је већи број суђења по основу универзалне надлежности, него у целокупној историји модерног међународног права. Како су све постојеће студије о универзалној надлежности или застареле, или не обрађују савремену праксу држава, тако је аутор закључио да је потребно бавити се овим питањем у једној свеобухватној студији.

Да би се објаснила концепција универзалне надлежности, потребно је поћи од самог појма надлежности у међународном праву. Тако, надлежност представља законито правно овлашћење

државе да обавља одређене државне функције, или овлашћење државе да појединце и ствари потчини свом правном поретку. Аутор наглашава, да појам надлежности има уже значење у овој студији, и односи се на међународни капацитет или овлашћење државе на основу међународног права да гони и казни починиоце тешких злочина, или суверено право једне државе да створи и примени своје кривично право.

Држава може засновати следеће надлежности у кривичним стварима:

1. територијалну надлежност;
2. персоналну надлежност у односу на починиоца дела (активна пресонална надлежност);
3. персоналну надлежност у односу на жртву (пасивна персонална надлежност);
4. заштитну надлежност; и
5. универзалну надлежност.

Уобичајено је да надлежност за злочине заснује територијална држава, дакле она на чијој територији је кривично дело учињено. Стални међународни суд правде је 1927. године у својој одлуци, у познатом случају *Lotus*, пронашао да је „начело територијалног карактера кривичног права у свим правним системима основно“. Ово начело има бројне предности у односу на друге основе за заснивање надлежности. У ситуацији када се суди у држави на чијој територији је злочин учињен, најлакше је извести доказе, позвати странке пред суд, заштитити права оптуженог (разумевање правног система једне земље и језик на којем се води поступак), омогућити једном друштву да се суочи са последицама учињених злочина и створити виши степен одговорности делиоца правде према друштву у којем се води поступак.

Међутим, када је реч о међународним злочинима, начело територијалитета показује и своја знатна ограничења. Државе често нису способне или вольне да гоне и казне починиоце најтежих злочина, јер су они, углавном, највиши државни службеници те земље. Уз прећутну сагласност и њихову помоћ врши се највише злочина. До ерозије територијалног принципа доводи и технолошки напредак у свету, као и пораст броја међународних организација. Такође, масовне миграције и велика покретљивост лица условљава и ерозију персоналног концепта.

Како је то у поменутом случају *Lotus* истакнуто, „територијалитет у кривичном праву ... не представља апсолутно начело међународног права“. Ова пресуда, потврдила је важно правило о праву на успостављање надлежности државе уколико међународно

право такво овлашћење не забрањује. Суд је закључио да међународно право регулише област екстратериторијалне надлежности над странцима и да међународно право признаје конкурентну надлежност. Ова одлука и данас остаје једина међународна одлука о праву државе на успостављање кривичне надлежности.

Универзална надлежност значи правну способност тужиоца или истражног судије било које државе да води истрагу или гони појединце за међународне злочине који су почињени ван њене територије, где не постоји персонална веза са том државом (активна или пасивна), или штета за интересе те државе (заштитни принцип). Суштина овог концепта јесте у томе да свака држава може да гони и кажњава учиниоце тешких злочина, без обзира на њихово држављанство, држављанство самих жртава или места извршења злочина. За разлику од осталих начина за заснивање надлежности, овде се не тражи никаква веза са државом која жели да процесуира случај.

Универзална надлежност, овако широко дефинисана, своје оправдање налази у постојању одређених злочина који се негативно одражавају на међународну заједницу као целину, попут геноцида, ратног злочина, злочина против човечности, трговине робљем и мучења. У питању су најтежи злочини данашњице. Као такве окарактерисале су их све државе, а интерес целокупне међународне заједнице јесте да учиниоци оваквих тешких злочина буду изведени пред лице правде.

Лук Рейдамс поделио је ову монографију на два дела, бавећи се прво питањем универзалне надлежности у међународном праву. У овом делу, аутор идентификује међународне правне проблеме који настају у ситуацији када држава заснива универзалну надлежност, објашњава и коментарише теоријски концепт универзалне надлежности и истражује међународне текстове који обухватају овај институт.

Како ниједна озбиљнија студија не може заобићи доктринарни поглед на предмет свог истраживања, тако је и аутор ове монографије започео студију управо анализирајући три главна теоријска тумачења универзалне надлежности: кооперативни општи принцип универзалности (*co-operative general universality principle*), кооперативни ограничени принцип универзалности (*co-operative limited universality principle*) и једнострани ограничени принцип универзалности (*unilateral limited universality principle*).

Аутор потом истражује међународне текстове који садрже принцип универзалне надлежности, делећи их на међународне конвенције, резолуције међувладиних тела и званичне нацрте и студије. Анализирајући знатан број међународних конвенција, Рейдамс указује на то да су државе закључиле много мултилатералних конвен-

ција са казненим одредбама, а неке од тих конвенција успостављају и систем универзалне репресије.

Пре Другог светског рата, донето је око стотину конвенција које садрже казнене одредбе, и односе се на трговину робљем, ропство и принудни рад, тероризам, дрогу и сличне повреде међународног права. Државе се углавном обавезују да криминализују одговарајуће понашање, док се израз „међународни злочин“ или „злочин по међународном праву“ још увек не појављује. Само три конвенције успостављају основу за екстратериторијалну надлежност и захтевају сузбијање одговарајућег понашања на универзалном плану. То су Међународна конвенција за сузбијање фалсификовања новца, Конвенција за сузбијање недозвољене трговине опасним дрогама и Конвенција за спречавање и кажњавање тероризма.

Три наведене конвенције уводе у међународно право прву верзију клаузуле „изручити или судити“ (*aut dedere, aut judicare*). Њихова заједничка карактеристика је и у томе што оне у фокус стављају интересе држава, што признају да државни агенти нису типична група прекршитеља и што повреде у питању углавном садрже транснационални елемент.

После Другог светског рата, услед активности међународних организација, донет је велики број конвенција које инкриминишу одговарајућа понашања. Аутор објашњава само неке од њих, међу којима и Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, Женевске конвенције које се односе на заштиту жртава оружаних сукоба, Конвенцију за заштиту културних добара у време оружаног сукоба, Конвенцију о праву мора, Међународну конвенцију о сузбијању и кажњавању злочина апартхејда, Конвенцију за сузбијање незаконите отмице ваздухоплова и Конвенцију против тортуре и других сирових, нечовечних или понижавајућих поступања или кажњавања.

Анализирајући поменуте конвенције, аутор закључује да данас око тридесет конвенција успоставља систем универзалне репресије за одређене повреде. Углавном све конвенције садрже клаузулу *aut dedere, aut judicare*, која је 1970. године модернизована, и која добија свој императивни карактер у смислу јасног успостављања међународне обавезе. Женевске конвенције из 1949. године, Конвенција о заштити културних добара, Конвенција о праву мора, Конвенција о апартхејду и Конвенција о тортури иду и корак даље, јер садрже самосталне одредбе о универзалној надлежности.

У одељку који се бави резолуцијама међународних тела, аутор прво објашњава карактер оваквих одлука, наглашавајући да оне нису извор међународног права, али могу указивати на *opinio juris* држава по одређеном питању. Потом аутор анализира неколико резолуција које су усвојене као одговор на одређене догађаје

који су се десили у блијој и даљој прошлости, међу којима су: Принципи међународне сарадње у откривању, хапшењу, изручењу и кажњавању лица која су крива за ратне злочине и злочине против човечности из 1973. године, Резолуција Савета безбедности бр. 978 која се односи на успостављање *ad-hoc* Трибунала за Руанду и резолуције које се односе на хапшење Пиночеа, бившег председника Чилеа.

У последњем одељку, кроз анализу нацрта и званичних извештаја, који могу бити основа за будуће резолуције, принципе или конвенције, Рејдамс указује на савремене трендове који су везани за институт универзалне надлежности. Аутор анализира најзначајније међу њима, разматрајући Нацрт европске конвенције о сукобу надлежности у кривичним стварима, Нацрт кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства, као и извештаје специјалних извештача и експерата у Јединијеним нацијама.

У другом делу своје студије, аутор се бави питањем универзалне надлежности у националним правним системима, илуструјући како је овај концепт прихваћен и примењен у законодавствима четрнаест земаља. Рејдамс је више него успешно обрадио начин на који су државе имплементирале ову међународну обавезу, анализирајући правни систем и праксу Аустралије, Аустрије, Белгије, Канаде, Данске, Француске, Немачке, Израела, Холандије, Сенегала, Шпаније, Швајцарске, Велике Британије и САД. Као први критеријум у одабиру земаља, аутор је узео оне чији кривични статути признају принцип универзалне надлежности, или имају богату праксу у односу на овај институт. Други критеријум био је представљање главних правних система (континенталног и англо-саксонског система), као и доминантна улога неких великих сила на међународној сцени данашњице. Не постоји ниједна друга студија која пружа овако опсежну компилацију и критику релевантног националног права.

Треба истаћи да се у овом делу обрађује искључиво надлежност судских тела у односу на злочин, а не и деликт, чиме питање универзалне грађанске надлежности остаје изван делокруга овог рада. Ипак, аутор наглашава да уколико је универзална кривична надлежност допуштена на основу међународног права, на основу те чињенице допуштена је и универзална грађанска надлежност (принцип *qui peut le plus peut le moins*). Међутим, чини се да овакво питање захтева много опсежнију расправу, јер велики број теоретичара сматра да накнада штете жртвама одговарајућих међународних злочина није сврха постојања овог института, већ управо гоњење и кажњавање злочинаца. Наведени недостатак, ипак, не умањује вредност ове студије, посебно ако се узме у обзир

опсежна расправа о положају жртве у поменутим правним системима, примени принципа забране ретроактивне примене кривичних закона и принципа *ne bis in idem*.

Аутор је посебно обузет проблемом гоњења и суђења у одсуству (*in absentia*), где држава може гонити лице без обзира на то да ли је окривљени ухапшен, или на било који начин присутан на територији државе форума. Рејдамс сматра да се у пракси појавило само неколико оваквих случајева и указује на то да модерне конвенције предвиђају гоњење или изручење тек онда када је злочинац ухапшен. Међутим, аутор је могао указати на неке документе људских права, који забрањују суђење у одсуству. Тако из дословног тумачења чл. 14, ст. 3 д) Међународног пакта о грађанским и политичким правима не произлази могућност суђења уколико оптужени није присутан. Генерални секретар УН такође је подржао ову интерпретацију у свом извештају о препорукама за оснивање *ad-hoc* трибунала за бившу Југославију. Иако је Комитет за људска права у Општем коментару бр. 13 заuzeо став да у изузетним околностима може бити дозвољено суђење у одсуству, Комитет је нагласио да је у таквим ситуацијама још више потребно строго поштовање права на одбрану. Ови и многи други извори представљају незаобилазан материјал на који мора бити упућено када се говори о суђењу *in absentia*.

Аутор је желео да повеже закључке до којих је дошао у првом и другом делу своје студије, одговарајући на три унапред постављена питања. Прво, до које мере су различити доктринарни ставови о универзалној надлежности уочљиви у националној пракси обрађених правних система? Друго, који се правни закључци могу извести из националне праксе држава? И коначно, који утицај има оснивање Међународног кривичног суда на савремену праксу држава и обратно, у односу на концепт универзалне надлежности?

У односу на прво постављено питање, аутор закључује да пракса држава рефлектује сва три доктринарна концепта универзалне надлежности. Ипак, од обрађених правних система највише је оних који признају кооперативни ограничени принцип универзалности, где је акценат пре на *негативној обавези* држава да не пруже уточиште лицу које је почнило озбиљне повреде међународног права, него на *позитивној обавези* држава да заснују универзалну надлежност.

Друго питање указује на статус који концепт универзалне надлежности има у савременом међународном праву, па Рейдамс закључује да је на основу обрађене праксе држава тешко извући неки релевантан закључак. При том, он посебно узима у обзир број обрађених правних система у односу на укупан број држава у

међународној заједници. То наводи на закључак да је у већини правних система овај концепт занемарен, или да не постоји. Такође, како је за настанак обичаја важно да се државе саглашавају са одговарајућом праксом, а она није у потпуности конзистентна, тешко да би се могао извршити закључак о постојању међународног обичаја у односу на овај концепт. Посебно се такав закључак не би могао извршити за суђење *in absentia*, које је забележено само у неколико случајева.

Да би се одговорило на треће питање, мора се поћи од Статута Међународног кривичног суда, који је ступио на снагу 1. јула 2002. године. На основу члана 5 Статута, Међународни кривични суд има надлежност за геноцид, злочине против мира, ратне злочине и злочине против човечности. Иако је преко 80 одсто делегата из разних земаља на дипломатској конференцији у Риму подржало предлог Републике Кореје да се Међународном кривичном суду призна иста универзална надлежност коју имају и државе по међународном праву, преовладало је мишљење да из тог разлога неке државе неће приступити Римском статуту и да ће га активно бојкотовати. Тако је надлежност Суда предвиђена само за одређена кривична дела, а на основу принципа комплементарности. То значи да Међународни кривични суд има надлежност тек онда када је држава невољна или није у могућности да суди за поменуте злочине.

Питање међусобног односа и паралелне коегзистенције Међународно кривичног суда и заснивања универзалне надлежности држава, остало је ван домаћаја студије Лука Рејдамса, иако оно заокупља велику пажњу бројних аутора. Како је израелски суд у случају Ајхман (Eichmann) истакао, „злочини, који погађају целокупно човечанство и потресају савест народа, представљају озбиљне повреде права народа (*delicta juris gentium*) ... међународно право у одсуству Међународног суда, има потребу за судским и законодавним органима сваке државе који ће пружити дејствво кривичним забранама и довести криминалиску преог суд“. Из ових речи се може закључити да државе имају овлашћење да заснивају међународну надлежност само услед непослођања једног сличног кривичног суда. Ипак, изледа да стварносћ рефлексију речи Филипа Кирша (Philippe Kirsch), који је у свом чланку о Међународном кривичном суду најласио да „нико не очекује од Међународног кривичног суда, да сам сречи сва кривична дела. Међународни кривични суд мора бити само део скрута мера које подржавају културу одговорности, укључујући и повећан број домаћих процеса за штаква дела, већу употребу универзалне надлежности и болу међународну сарадњу у сузбијању међународних злочина“.

Уједно, ово је и ауторов закључак, који сматра да ће будућа пракса држава бити под великим утицајем међународне кампање о постизању одговорности и сузбијању тешких повреда људских права. Томе ће допринети управо свест људи да злочин почињен над неким удаљеним народима, заслужује подједнаку осуду као и исти такав злочин над сопственим народом. Мноштво међународних и, превасходно, унутрашњих сукоба, указује на непостојање адекватних механизама за њихово спречавање, али исто тако и недовољан број механизама за суђење и кажњавање злочинаца. Ипак, државе нерадо пристају да воде поступак против неког појединца уколико не постоји територијална или персонална веза, или изричита уговорна обавеза да се лице гони или изручи другој држави. Зато се овај концепт још увек сматра неконзистентним и контроверзним, па је и бављење овом темом од изузетне важности.

Данас, већина аутора сматра овај концепт веома важним правним средством у међународној кампањи против некажњивости појединача који су починили тешке повреде међународног права. С друге стране, државе које суде по основу универзалне јурисдикције јесу превасходно велике силе, тако да велики број малих и неразвијених земаља овај институт посматра као нови облик неоколонијализма. Тиме и потреба за утврђивањем јединствених правила и једнообразне праксе у односу на начело универзалности постаје ургентна. Зато треба поздравити пионирско дело Лука Рейдамса, који је успешно објединио теоријски концепт и праксу држава у односу на универзалну надлежност, отварајући бројна питања која ће тек у будућности бити решена.

mr Ивана Крстић

Уједно, ово је и ауторов закључак, који сматра да ће будућа пракса држава бити под великим утицајем међународне кампање о постизању одговорности и сузбијању тешких повреда људских права. Томе ће допринети управо свест људи да злочин почињен над неким удаљеним народима, заслужује подједнаку осуду као и исти такав злочин над сопственим народом. Мноштво међународних и, превасходно, унутрашњих сукоба, указује на непостојање адекватних механизама за њихово спречавање, али исто тако и недовољан број механизама за суђење и кажњавање злочинаца. Ипак, државе нерадо пристају да воде поступак против неког појединца уколико не постоји територијална или персонална веза, или изричита уговорна обавеза да се лице гони или изручи другој држави. Зато се овај концепт још увек сматра неконзистентним и контроверзним, па је и бављење овом темом од изузетне важности. Данас, већина аутора сматра овај концепт веома важним правним средством у међународној кампањи против некажњивости појединача који су починили тешке повреде међународног права. С друге стране, државе које суде по основу универзалне јурисдикције јесу превасходно велике силе, тако да велики број малих и неразвијених земаља овај институт посматра као нови облик неоколонијализма. Тиме и потреба за утврђивањем јединствених правила и једнообразне праксе у односу на начело универзалности постаје ургентна. Зато треба поздравити пионирско дело Лука Рејдамса, који је успешно објединио теоријски концепт и праксу држава у односу на универзалну надлежност, отварајући бројна питања која ће тек у будућности бити решена.

mr Ивана Крстић

Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves:  
*Les obligations*  
(Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2002)

## I УВОД

Дело под називом *Les obligations*, чије ће одабране тачке бити приказане овом приликом, настало је у сарадњи тројице универзитетских професора François-a Terré-a, Philippe-a Simler-a и Yves-a Lequette-a.

Ево како су аутори организовали свој рад.

*Књиџа ўрва* посвећена је изворима облигација.

*Први одељак* обрађује питања везана за уговор.

*ПРЕИХОДНО ЂОГЛАВЉЕ* носи наслов „Увод у уговорно право“.

*Први ћододељак* се бави закључењем уговора. У глави првој понуђена је пролегомена теорији ништавости. У другој глави анализирана је сагласност волја. Трећа глава објашњава садржину уговора. Четврта глава односи се на правни режим ништавости.

*Други ћододељак* носи назив „Дејства уговора“. Прва глава посматра снагу уговорне везе. Друга глава објашњава деловање уговорне везе. Трећа глава обрађује питања везана за кршење уговорне везе.

*Други одељак* посвећен је деликтима и квазиделиктима као и грађанскоправној одговорности.

*Уводна глава* доноси општа разматрања о казни и кривици, кривици и ризику, гаранцији и накнади...

*Први ћододељак* посвећен је радњи из које потиче штета. Разрада је учињена у три главе које следе. Прва обрађује питања везана за штету, друга радњу која покреће механизам грађанскоправне одговорности а трећа се бави узрочном везом.

*Други ћододељак* односи се на накнаду штете. Прва глава прати путеве накнаде. Друга глава посматра резултате.

*Трећи одељак* посвећен је посебним врстама грађанскоправне одговорности. Главе које следе објашњавају режиме обештећења жртава несрећа на раду, жртава саобраћајних удеса, жртава штете која настане од ствари са недостатком и жртава санитарних ризика.

*Четврти одељак* бави се квазиуговорима. Прва глава посвећена је незваном вршењу туђих послова. Друга глава прати исплату недугованог. Трећа глава објашњава обогаћење без основа.

*Друга књига* зове се „Општи режим облигација“.

*Први одељак* има за предмет обавезујућа дејства облигације и права повериоца. Његова прва глава прати однос између повериоца и дужника. Друга глава бави се односом између повериоца и трећих лица.

*Други одељак* посвећен је модалитетима облигације. Они су објашњени у главама о року, услову и облигацијама које се одликују умножавањем било предмета било учесника.

*Трећи одељак* приказује цесију облигација. Прва глава прати пренос потраживања. Друга глава анализира уступање дуга и уступање уговора.

Конечно, *четврти* и последњи *одељак* зове се „Престанак облигација“. Прва глава обрађује испуњење. Друга глава посматра начине престанка облигације посредним задовољењем повериоца.

Реч је о компензацији, конфузији, новацији и делегацији. Трећа глава обрађује престанак облигација без задовољења повериоца. Такви начини престанка облигације су отпушт дуга и застарелост.

Разматрање свих тачака посматраног дела, које би могле да буду интересантне за српског правника, далеко би превазишло уобичајени обим аналитичког приказа. Због тога ће бити одабрана и приказана само нека од најзанимљивијих места, и то како из области уговорног права (II) тако и из области грађанскоправне одговорности (III).

## II ОДАБРАНА МЕСТА ИЗ УГОВОРНОГ ПРАВА

Међу веома бројним и изузетно занимљивим елементима француског уговорног права од којих су неки више а неки мање слични са одговарајућим састојцима српског уговорног права<sup>1</sup> овом приликом биће учињено неколико напомена о јавном поретку (A) и ништавости (B).

### A. Јавни поредак

Чланом 6 француског Грађанског законика прописано је да уговор не сме да буде супротан јавном поретку и добрим обичајима. Сагласност са јавним поретком и добрим обичајима је услов пуноважности уговора. Средства контроле поменуте сагласности су предмет и основ. Они морају да буду допуштени и морални.

Јавни поредак и добри обичаји врше исту функцију. То су друштвене забране које ограничавају слободу уговорања. Наиме, постоје изнад појединачних интереса општи интереси које волја појединца мора да призна и поштује.

Аутори се без околишњања изјашњавају да су јавни поредак и добри обичаји норме неодређене садржине. То су стандарди, кажу они, који не могу да буду прецизно дефинисани и који, према томе, морају да буду употребљени радом судије<sup>2</sup> (стр. 371).

<sup>1</sup> Тако, на пример, постоји суштински различит приступ између српског облигационог права, које чланом 133 ЗОУ узима у обзир утицај изванредне промене околности након закључења уговора и француског облигационог права, које то, по правилу, не чини. Видети: Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Les obligations*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2002, стр. 459–468.

<sup>2</sup> У четвртој подели која постоји у нашој правној мисли о садржини установе јавног поретка ово мишљење би требало сврстати у другу групу. Према њему појам јавног поретка не треба дефинисати већ одређивање садржине овог појма треба препустити мудрости суда. Ипак, суду треба дати одређена упутства. То се у анализираном делу, као што ће се показати, обилато чини. Тако, Перовић С., *Облигационо право*, Београд 1990, стр. 165–167, посебно фуснота 209, стр. 165–166.

Појам јавног поретка се примењује и у многим другим областима а не само у грађанском материјалном праву. Тако, на пример, у јавном праву, грађанском судском поступку, међународном приватном праву, праву Европске уније јавни поредак проналази своје место<sup>3</sup> (стр. 371–372).

Класификације јавног поретка могу да буду учињене с обзиром на извор (1) и с обзиром на садржину (2).

*1) Јавни поредак с обзиром на извор:  
текстуални и виртуелни*

Када је реч о изворима јавног поретка говори се о *текстуалном и виртуелном* јавном поретку. Наука XIX века је сматрала да слободу уговорања може да ограничи само законодавац. Она је зазирала од произвољности судија и тежила је да ограничи у значајној мери њихова овлашћења. Само закон, према присталицима овог учења, може да каже шта јесте а шта није јавни поредак. Међутим, аутори анализираног дела се не слажу са оваквим поимањем јавног поретка. Не може се свести јавни поредак на ситуације уређене законом. Стога је судска пракса увек признавала постојање такозваног виртуелног јавног поретка, који није тако јасно изражен као текстуални. Он представља одговор на потребе времена и појединачне ситуације. Тако, судија може да окарактерише једну одредбу као одредбу која припада јавном поретку уколико је њено поштовање неопходно за очување интереса француског друштва. Поврх тога, судија може да прогласи уговор, који не врећа ниједан појединачно одређени текст, супротним јавном поретку. Тако ће бити када је његов предмет у супротности са основним принципима француског права и тренутном организацијом друштва. Али, судија не може да одлучује произвољно. У одсуству прецизне законске одредбе он мора да узме у обзир целину текстова (Г. Г. законских) који су на снази онога дана када одлучује (стр. 374–375).

3) Какав је однос између међународног јавног поретка и унутрашњег? У међународном приватном праву јавни поредак уређује сукоб који може да постоји између основних принципа француског друштва и извесних страних норми примењивих у Француској на основу колизионог правила француског закона. У случају да норме страног права повређују поменуте основне принципе француског друштва приговор међународног јавног поретка допушта да примена страних правних норми буде отклоњена и да те одредбе буду замењене одговарајућим одредбама француског права. Тако, на пример, странци не могу да уговоре у Француској једну полигамну заједницу чак и када им њихов лични закон (Г. Г. мисли се на закон њихове земље) то допушта. Тако нешто би било супротно вредностима француског друштва. Насупрот томе, у француском грађанском праву појам јавног поретка означава надмоћ правила која опште интересе друштва над уговорним одредбама у чијој основи се налази остварење појединачних интереса. То потврђује да у једном правном систему постоји поредак врховне вредности који не може да буде доведен у питање појединим уговорима. Реч је о унутрашњем јавном поретку. Он је стена на којој почива једно друштво (371–373).

С обзиром на садржину појма јавног поретка аuthor разликује *класични и економски јавни поредак*.

*2) Јавни поредак с обзиром на садржину:  
класични и економски*

У оном делу у коме штити основне „стубове“ сваког друштва, државу, породицу и појединца *класични јавни поредак* могао би да се схвати као постојан, непромењив. Ипак, извесне промене постоје и у самом класичном делу јавног поретка, а оне се испољавају кроз отклањање неких традиционалних забрана. Примера ради, све више и више се сужава домен „породичног“ јавног поретка.<sup>4</sup>

1. Када је реч о *држави* недопуштен је предмет уговора који вређа правила јавног поретка о њеној уставној, управној и судској организацији. Забрањен је уговор који има за циљ да утиче на то како ће бирачи гласати. Исто тако, противан је јавном поретку и уговор који има за предмет оставку коју подноси службеник. Ништав је уговор о осигурању који обезбеђује једну особу од осуде која би могла да буде проглашена против ње. На крају, правила која се односе на организацију правосуђа имају обележја јавног поретка. Тако, странке не могу да се одрекну права да се обрате државном правосуђу у случају будућег спора. Изузетак ће постојати уколико је закон прогласио ваљаном компромисну клаузулу. По правилу, странке не могу ни да промене правила о надлежности *ratione materiae*.

2. Када је у питању *породица* забрањени су уговори који би имали за предмет измену њене организације. Ипак, у данашње време је присутно једно попуштање чврстине породичне организације. Оно се испољава, изнад свега, кроз допуштање споразумног развода и споразума о вршењу родитељског права.

3. Ништави су уговори који наносе повреду независности личности *појединца* или његовом интегритету. На пример, забрањено је вечно обавезивање, а исто тако уговори који имају за предмет људско тело.<sup>5</sup> Ипак, под притиском потреба науке и захтева економије данас присуствујемо једном прогресивном „постварењу“ људског тела. Као примере можемо навести теретне преносе који почивају на обележјима личности (имену, приватном животу, слици, творевини духа, патњи, емотивној наклоњености) или на физичком интегритету (давању органа, тржишту деце, замени материнства).

---

<sup>4</sup> Довољно је само навести као пример Закон из 2002. године који се односи на модалитетете вршења родитељског права.

<sup>5</sup> Члан 16 ФГЗ предвиђа да „закон обезбеђује првенство личности“ и „забрањује сваку повреду њеног достојанства“.

Почев од прошлог века постоји један *економски јавни поредак*. У XX веку створено је веровање да држава може да усмери уговорни живот тако да он буде општекористан. Поврх тога, држава мора да интервенише у уговорним односима како би заштитила слабију страну. Отуда говоримо о усмеравајућем економском јавном поретку и заштитном економском јавном поретку. Њихове границе нису увек извесне.

1. *Усмеравајући економски јавни поредак* означава правила уз чију помоћ држава жели да усмери уговорну активност у правцу који јој се чини у највећој мери усклађеним са друштвеном коришћењу. За разлику од прошлости, данас се, осим у случају посебних одредби, цене слободно одређују игром конкуренције. Усмеравајући економски јавни поредак социјалистичког духа уступа место једном неолибералистичком усмеравајућем економском јавном поретку. Зато се суштински део ове врсте јавног поретка данас враћа праву конкуренције. Касациони суд се једном приликом изјаснио:

*Ништајави су уговори без обзира на облик, који имају за предмет или могу да имају за последицу спречавање, ограничење, или деформисање правила конкуренције.*

Понекад закон намеће закључење одређених уговора или обликује њихов садржај. Исто тако, злоупотреба доминантног положаја директно може да шкоди образовању уговора, његовом обнављању под изменењим условима или чак некој од његових одредби (нпр. одредби искључивости, одредби о неконкуренцији итд.). Овоме се додаје злоупотребно искоришћавање стања економске зависности, које представља врсту економског насиља.

2. У уговорним односима треба да постоји равнотежа између јаче и слабије стране (*заштитни економски јавни поредак*). У том циљу законодавац поставља императивна правила о садржини појединих уговора који се, по правилу, закључују међу неједнаким странама (нпр. послодавац и радник, осигуравач и осигураник итд.). Важно је напоменути да одредбе једног таквог „друштвеног“ јавног поретка могу да буду замењене одредбом која је повољнија за слабију страну (нпр. за радника).

Слабија страна таквог „заштитног“ законодавства је обилна регулатива која тешко може да буде обуздана. Најбољи пример у том смислу је посебно законодавство у области закупа. Такво законско уређивање води претераној заштити слабије стране. Осим тога, на тај начин обесхрабрују се улагања и изазивају несташице. На крају, периоди прекомерне заштите закупца су праћени смањењем изградње и представљају заметак будућих криза стамбеног простора.

Услед напред реченог присуствујемо повратку, додуше у мање чистој форми него код усмеравајућег економског јавног поретка, концепцијама неолибералног духа.

На крају, поставља се питање *санкције* која погађа уговор супротан јавном поретку? Уговор супротан класичном јавном поретку и усмеравајућем економском јавном поретку апсолутно је ништав. Насупрот томе, уговор противан заштитном економском јавном поретку релативно је ништав, пошто се ради о заштити појединачних интереса. Није увек лако поставити границу.<sup>6</sup> Иза сваког заштитног правила постоји један друштвени интерес. Међутим, када општи интерес, довољно јасно одређен, постоји истовремено са појединачним интересима, тада овај први одређује природу ништавости (стр. 374–384).

Након што смо размотрили најважнија питања везана за јавни поредак то исто треба учинити у погледу ништавости уговора.

#### Б. Ништавост уговора

Нови Законик о грађанској судском поступку је значајно проширио овлашћења судије. Било да је ништавост апсолутна, било релативна, судија убудуће може да истакне по службеној дужности ништавост, наравно под условом да је од њега претходно затражена судска заштита. Услов је да заснује своју одлуку само на чињеницама изнетим у расправи и да бди над поштовањем принципа контрадикторности. Поједини аутори сматрају да се ту ради не само о овлашћењу већ и о морању, без обзира на то је ли ништавост апсолутна или релативна.

Странка која тежи да издејствује поништење уговора у обавези је да докаже ништавост. Она мора суду да поднесе захтев за утврђење да је уговор ништав или да истакне ништавост уговора приговором (стр. 390–391).

Након што будемо размотрили најважнија питања о проглашењу ништавости (1) проучићемо последице евентуалног поништења уговора (2).

##### *1) Поједина питања о проглашењу ништавости*

*Ко има право да истиче ништавост?* Док свако заинтересовано лице има право да поднесе тужбу за утврђење апсолутне

<sup>6</sup> Тако, на пример, смањење радног времена може да се појави као заштитна мера када није праћена смањењем плате. Насупрот томе, оно може да представља меру усмеравајућег јавног поретка када, праћена смањењем плате, покушава да се избори са незапосленошћу.

ништавости уговора, на релативну ништавост може да се позове само лице коме закон жели да обезбеди заштиту.<sup>7</sup> Не постоји, у принципу, никакво средство да се принуди овлашћено лице да захтева поништај уговора. Апсолутну ништавост може да захтева свако заинтересовано лице. Како дефинисати појам заинтересованог лица? Неспорно, реч је о уговорним странама. Једна од странака може, чак и када од ње потиче неморалност која погађа уговор, да захтева поништење. Уговорним странама додајемо као овлашћена лица у погледу поништаја и универзалне сукцесоре. Затим, прибавилац ствари има интерес да захтева поништење уговора о закупу који се односи на њу. Резултат проглашења ништавости закупа је ослобађање непокретности од ограничења које он поставља. Хирограферни повериоци су овлашћени да захтевају поништај уговора када им овај наноси штету. Вреди истаћи став аутора о признавању права да се истиче апсолутна ништавост уговора осталим трећим лицима. Будући да та трећа лица нису ни у каквом правном односу са уговорним странама, њима недостаје правни интерес. Ипак, уговор се може супротставити трећим лицима као чињеница. Стога, трећи могу да имају интерес да истичу апсолутну ништавост како би се ослободили посредних учинака који проистичу из, малочас поменуте, супротстављивости. Тако, на пример, могуће је да купопродајни уговор нема директан учинак у погледу подносиоца захтева зато што он није ни продавац ни купац. Али, исто тако је могуће да је тај уговор један од елемената државине туженог и да је, према томе, супротстављив подносиоцу захтева. Због тога ће подносилац захтева, да би отклонио дејства поменутог уговора, морати да истакне његову апсолутну ништавост. Насупрот томе, лице које живи у једној кући, у циљу ослобађања од компије који му смета, не би могло да захтева ништавост уговора којим је неко трећи том суседу пренео право својине на кући. Исто тако, један трговац не би могао да захтева ништавост трговачког друштва установљеног уз повреду јавног поретка, само због тога што жели да види како његова конкуренција нестаје. У оваквим случајевима *однос између ништавости и ошишег интереса није доволјно близак*.

Каква је улога јавног тужилаштва у истицању апсолутне ништавости? Према решењу судске праксе тужба по службеној дужности јавног тужилаштва била је ограничена на случајеве где је јавни поредак непосредно повређен. Ипак, према члану 423 новог

<sup>7</sup> Тако, реч је најпре о уговорнику чији је пристанак манљив. Затим, може се као пример навести пословно неспособно лице након престанка те неспособности. И, на крају, код заблуде-препреке, могућност поништења је стављена на располагање обеима странама. Право на тужбу припада, такође, законском заступнику заинтересоване стране, његовим универзалним сукцесорима као и сингуларним. Када је требало прибавити сагласност трећег лица, оно би могло да захтева поништај ако та сагласност недостаје.

Законика о грађанском судском поступку јавно тужилаштво „може да дела ради заштите јавног поретка поводом радњи које га повређују“. То је једна формула шира од напред наведене.

Јавно тужилаштво може да употреби тужбу за поништај једино из разлога јавног поретка схваћених у строгом смислу речи. Тако ће бити, пре свега, када су предмет и основ уговора недопуштени. Ипак, ваља поменути да је данас интервенција јавног тужилаштва у напред наведеном смислу скоро мртво слово на папиру. Она се испољава углавном у области породичног права.

Ништав уговор *неће увек осиграти без правних дејстава*. Такав уговор може да буде преображен у ваљани уговор на неколико начина.

*Потврђивање (конфирмација)* јесте правни посао којим се једно лице, овлашћено да захтева поништај одређеног раније предузетог правног посла, одриче од позивања на његове недостатке. Правни посао је ваљан од самог настанка. *Позакоњење (регуларизација)* се састоји у оснажењу у почетку ништавог правног посла додавањем недостајућег елемента. Разлика позакоњења од потврђивања је у томе што позакоњење чини правни посао ваљаним од његовог настанка у погледу свих. Потврђивање производи учинак само према ономе ко се одриче од позивања на ништавост. Примери за позакоњење су понуда да се цена допуни, у случају када је обећана цена недовољна, или понуда исплате вишке који је примљен приликом деобе. С друге стране, ради се о потврђивању када се жртва прекомерног оштећења одрекне од права на тужбу пре него што је примила допуну цене.

Коначно, од претходно наведених начина одржавања ништавог уговора на сази ваља разликовати нову сагласност воља која се појављује након претходне, погођене ништавошћу. Нови уговор исте је садржине као првобитни. Нова сагласност воља није погођена недостатком који је оправдавао поништење првог уговора. Понекад је само такво решење могуће. Тако, када је поклон ништав због недостатка форме, недостатак не може да буде отклоњен потврђивањем поклонодавца (члан 1339 француског Грађанско-законика). Мораће да буде испуњена законска форма предвиђена као услов пуноважности.

У начелу, апсолутно ништави правни послови нису подложни потврђивању. Насупрот њима, релативно ништави јесу. Начело немогућности потврђивања апсолутно ништавих правних послова данас, додуше, трпи изузетке. Уистину, они су ретки у пракси<sup>8</sup> (стр. 391–403).

---

<sup>8</sup> Тако ће бити нпр. у случају када законодавна реформа допусти уговор који је према ранијим текстовима био погођен санкцијом ништавости. Ипак, судска

У ком року се ништавост може истицати? За релативну ништавост предвиђен је рок од пет година осим ако посебним законом није другачије прописано (члан 1304 став 1 француског Грађанског законика).<sup>9</sup> Краћи рок за истицање ништавости предвиђен је за случај када постоји оштећење веће од седам дванаестина. Рок тада износи две године (члан 1676 француског Грађанског законика).

Како се објашњава губитак права да се истиче ништавост протеком времена? Традиционално схватање проналази основ у *претпоставци истицања*. Закон претпоставља да се сауговорник одрекао од подношења тужбе за поништај ако остане неактиван у току рока прописаног законом. Ипак, преовлађујуће схватање у науци данас оштро је критиковало ово објашњење. Њему се, на првом месту, упућује примедба у погледу става да рок никада не може да тече против лица које није у стању да потврди правни посао због тога што не зна за његово постојање или за недостатак који га погађа. Решење позитивног права оповргава схватање традиционалне теорије. А затим, члан 1304 Законика помера полазну тачку од које тече рок за подношење тужбе за поништај. Због чега онда рок постоји? Наиме, сауговорник овлашћеног лица и трећа лица су у непријатном положају. Ништавост за њих представља сталну претњу. Да би се избегло да таква неодређена ситуација траје предуго Законик врло строго ограничава трајање рока у коме се поништење може захтевати. Поменути петогодишњи рок се рачуна од различитог тренутка у зависности од разлога рушљивости.

Класична правна наука учила је да се апсолутна ништавост може истицати без ограничења. Међутим, судска пракса сматра насупрот поменутом схватању, да тужбе за поништај апсолутно ништавих правних послова потпадају под удар члана 2262 француског Грађанског законика. Према њему све тужбе, како стварноправне тако личноправне, застаревају за тридесет година. Такав подужи рок је прихватљив најпре зато што су сва заинтересована лица једнака у погледу позивања на ништавост. Затим, таквим роком умножавају се шансе за поништај уговора. Ипак, ова тужба не би смела да остане доступна неодређено дуго.

Рок почиње да тече од дана закључења уговора.

Аутор представља и један занимљив практични проблем. У случају да је заблуда откривена тридесет две године након зак-

---

пракса одбија да призна у таквим случајевима потврђивање и захтева нову сагласност воља исте садржине. Она истрајава на поштовању правила забране ретроактивности новог закона.

<sup>9</sup> Скраћење са десет на пет година је извршено 1968. године.

ључења уговора поставља се питање да ли петогодишњи рок може да тече након истека тридесетогодишњег? Аутор подвлачи да разлози правне сигурности налажу да тридесетогодишњи рок обухвати петогодишњи и да самим тим повлачи његов престанак. Погрешно би било сматрати да би заштита појединачних интереса могла да се протегне ван онога на шта овлашћује заштита општег интереса.

Последица пропуштања поменутих рокова је немогућност да се поднесе тужба за поништај.

За разлику од тужбе за поништај *приговор ништавости* је вечан. Који су разлози временске неограничености приговора ништавости? Најпре, једно лице би могло да сачека истек рока у коме се ништавост може истицати а затим да захтева извршење једног неваљаног правног посла. Осим тога, протек рокова не ослобађа правни посао од недостатка који га погађа. Оно што престаје протеком рока је тужба за поништај а не сама ништавост. Иако постоје они који истичу да су историјски разлози за овакво решење нестали њему се у прилог наводи још један аргумент. Оно обезбеђује очување стања онаквог какво јесте (403–411).

Проглашење ништавости уговора производи одређене правне последице.

## 2) Правне последице поништења уговора

Какве су *последице ништавости*? Ништав правни посао очигледно је лишен дејства за будућност. И више од тога, он је поништен од самог свог настанка, и сматра се да никада није ни постојао. Шта ће се десити уколико је уговор био делимично или потпуно извршен? Тада се може захтевати повраћај извршених чинидби. Уколико није било ни почетка извршења ништавог правног посла, неће постојати ни дуг ни потраживање. Али, ако је ништав уговор извршен, макар и делимично, ствари морају да буду враћене у исто стање као да он није ни постојао. Свако треба да врати оно што је примио од другог. Повраћај се, по правилу, врши у натури. Уколико такав повраћај није у потпуности или делимично могућ, због тога што је, примера ради, ствар пропала, или је оштећена, или је отуђена а тужбу против трећег је немогуће поднети, реституција се састоји у давању одговарајућег еквивалента. Наравно, и овде постоје изузети и ублажавања правила.

1. Код такозваних уговора са сукцесивним извршењем, рад запосленог, коришћење просторија од стране закупца, рад који је извршио предузимач карактерише немогућност повраћаја у пређашње стање. То су уговори који садрже периодичне или продужене чинидбе. Не може се извршити повраћај коришћења закупљеног

простора или извршеног рада. Ипак, тврдња да у оваквим случајевима ништавост не делује ретроактивно само је делимично тачна. Ретроактивно дејство поништаја није могуће али одговарајућа накнада се дuguје ономе ко је извршио чинидбу чији је повраћај немогућ.

2. Савесни држалац има право да задржи плодове (члан 549 француског Грађанског законника). Савестан је онај прибавилац који није знао за недостатак који је довео до поништаја његовог основа стицања. Тако, на пример, обавеза повраћаја не постоји за држаоца земљишта и он може да задржи приносе жетве коју је извршио. Исто тако, држалац непокретности могао би да задржи примљене закупнине. У оба случаја поменуто право држаоца постоји уколико није несавестан. Држалац постаје несавестан од тренутка када буде позван на суд ради поништења.

3. На крају, постоји правило *nemo auditur*, које се назива још и изузетак недостојности. Поменуто правило предвиђа да неће бити саслушан онај ко се позива на сопствено срамно дело. Поврх тога, у праву важи још једно допунско правило да нема места повраћају ако су две стране подједнако повезане у нечасном делу. Правило *nemo auditur* онемогућава да уговорник који извлачи корист из своје неморалности добије повраћај чинидбе коју је извршио. Оно је у великој мери расправљано. Један од приговора који му се упућују јесте да оно додаје неправду неморалности. Осим тога, каже се да поменуто правило омогућава ништавом уговору да произведе учинак и да омогућава обогаћење без основа. Тако на пример, стицалац јавне куће, који је ушао у државину пре него што је платио цену, моћи ће истовремено да захтева поништење уговора, чиме ће избегти плаћање цене, и да одбије повраћај непокретности продавцу, на основу правила *nemo auditur*. Правило *nemo auditur* подразумева барем делимично извршење обавезе. Правило је од значаја само у присуству неморалности, прецизније неморалног основа.

На крају, где се налази основ правила *nemo auditur*? Некада је постојала тежња да он буде пронађен у заштити достојанства суда. Указивано је да би правило могло да почива на захтевима јавног поретка, који би био боље задовољен одбијањем повраћаја. Не тако давно подржано је схватање да је правило *nemo auditur* варка која допушта да се донесе вредносни суд о узајамном понашању страна. Кључ се налази у другој максими: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Она може да оправда решење да реституција није систематски одбијана када је уговор поништен због неморалног основа и да је њено одбијање понекад, насупрот, могуће у присуству обичне недопуштености (стр. 417–425).

Након што смо простирали поједина одабрана места из области уговорног права исто ћемо учинити у погледу грађанско-правне одговорности.

### III ОДАБРАНА МЕСТА ИЗ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Док кривична одговорност може да постоји због самог по-кушаја, грађанскоправна одговорност претпоставља штетну радњу тј. радњу којом је нанета штета (стр. 675).

Не дају све штете које буду проузроковане у једном друштву право на накнаду. Тако, на пример, акт лојалне конкуренције којим се проузрокује штета не даје право на било какву накнаду у француском друштву. Судска пракса је утврдила услове који треба да буду задовољени да би се стекло право на накнаду. Догађа се да се кривица штетника и узрочна веза претпостављају. Али, доказ о проузрокованој штети треба да учини онај ко се сматра жртвом (стр. 677).

Штета мора да поседује одређене особине како би оштећени могао да тражи њену накнаду. Да би штета могла да буде накнађена треба да буде одређена и директна (1) и неопходно је да се жртва користи оправданим интересом (2).

#### A. Одређеност и директност штете

Најпре ћемо објаснити одређеност штете (1) а затим њену директност (2).

##### 1) *Одређеност штете*

Штета треба да буде *одређена*. Она може да буде садашња и будућа. Тако, штета која траје у времену омогућава осуду штетника на исплату дожivotне ренте. Очигледно је да се на тај начин тежи обезбеђењу накнаде једне извесне али будуће штете. Садашња и будућа штета се супротстављају *евентуалној*, чије остварење није извесно. Поменута врста штете биће накнађена само уколико се евентуалност преобрази у извесност (стр. 678).

Када процењују да ли се изгубљена шанса може квалифицвати као штета судови воде рачуна о рачунима вероватноће, уз разматрање околности сваког конкретног случаја. Судска пракса је признала да губитак једне стварне и озбиљне шансе образује извесну штету која даје право на накнаду. Тако, на пример, накнађује се губитак шансе да се стекне непокретност кривицом но-

тара или да се победи у судском поступку због чега није дошло због крвице адвоката или судског чиновника (стр. 679–681).

Осим што треба да буде одређена штета треба да буде *директна*.

## 2) *Директносит иштете*

Према захтеву директности штете треба непосредно да проистиче из незгоде. Не би баш било сагласно правди, правничности и здравом разуму да се неко обавеже да трпи све последице својих радњи, обухватајући тиме и оне најудаљеније. То не би било оправдано, чак и ако је реч о скривљеним радњама. Уколико бисмо пошли тим путем, уосталом, ко зна где бисмо се зауставили (стр. 682–683).

Жртва треба да се користи оправданим интересом како би имала право на накнаду.

### Б. Оправданост интереса жртве

Захтев оправданости интереса жртве у погледу права на накнаду штете се у судској пракси и правој науци поставља у односу на одређене обавезе (1) али и у односу на одређена лица (2).

#### 1) *Примена захтева оправданости интереса жртве у погледу појединих обавеза*

Најпре, накнада штете ће бити отклоњена применом већ познатог правила *nemo auditur*.

Осим тога, када је криминалца услед радње трећег открила полиција, он не може да захтева накнаду штете од тог трећег лица. Тако, штета коју прати неоправдани интерес жртве неће бити накнађена.

Конечно, скривљено понашање жртве ће бити узето у разматрање при утврђивању и уређивању накнаде.

У једној прилици, Касациони суд је одбио да дâ накнаду предузећу које је претрпело штету због одсуства запослене узроковану извесном незгодом. Наиме, приходи поменуте запослене нису били пријављени пореским властима нити се она икада налазила на листи запослених (стр. 684–685).

Осим што неоправданост интереса жртве може да проистиче из постојања појединих обавеза она може да буде везана за одређене категорије лица.

## 2) Примена захтева оправданости и интереса жртве у последу појединих лица

Један суложник је преминуо. Други трпи губитак шансе која се састоји у могућности да се настави заједнички живот. Је ли интерес преживелог суложника оправдан? У начелној одлуци од 27. јула 1937. године Грађанско одељење Касационог суда није тако мислило. Оно је сматрало да суложница нема право на накнаду штете, зато што односи конкубината *не могу, због саме њихове неправилности, да представљају вредност оправданог интереса, који је правно заштићен*. Међутим, Кривично одељење Касационог суда, позвано да се изјасни када је грађанска тужба била придржана оптужници јавног тужиоца, нешто касније усваја различит став. Оно признаје да преживели суложник може да тражи и добије накнаду штете, ако не у свим случајевима а оно барем када је конкубинат био *довољно стабилан и није садржавао у себи прелубничке односе*. Након тога, Касациони суд је 1970. потврдио да у датој прилици конкубинат нема деликтни карактер.

Може ли *рођење детета* да створи штету чија накнада може да се захтева? Издржавање и образовање детета нису бесплатни. Обавеза издржавања лежи на његовим родитељима. Остаје да се сазна да ли се таква штета накнађује. Касациони суд то не мисли. Он је прецизирао да постојање зачетог детета само за себе не може за његову мајку да створи штету која се накнађује, чак и ако је рођење изненада уследило након једне безуспешне интервенције ради прекида трудноће. Штета се не накнађује јер не постоји оправдан интерес да се накнада захтева, иако је прекид под одређеним условима постао законит. Са изнетим становиштем сложили су се и аутори изричito и недвосмислено, истичући да није баш најјасније како бисмо могли сматрати једно здраво дете штетом. Ни родитељи ни само дете не би могли да истичу штету која потиче од самог рођења једног људског бића (стр. 685–686).

## IV ЗАКЉУЧАК

Представљено дело поседује далеко више занимљивих тачака које заслужују да буду представљене српској правничкој јавности од оних које су могле, с обзиром на уобичајени обим овог рада, да буду приказане. На неки начин, реч је о једном истинском руднику облигационог права. Књига која је приказана у најкраћим цртама садржи далеко више од основа облигационог права. Обилује примерима из судске праксе који су праћени одговарајућим објашње-

њима. Исто тако, у фуснотама се дају упутства онима који желе да иду даље у проучавању појединих питања из облигационог права. Све су то обележја која поменути рад сврставају у ред често навођених и препоручиваних на најпризнатијим правним факултетима у Француској.

Горан Георгијевић

## IN MEMORIAM

### Др БОРИВОЈЕ ПОЗНИЋ (1914–2003)

Други пут се за последња три месеца на згради Правног факултета вије црни барјак. Овога пута у знак жалости због одласка дугогодишњег наставника, последњег из непоновљиве генерације која је овом Факултету и нашој науци дала сразмерно највећи број делатника. Отишао је нечујно, дискретно како је дошао и у Београд и на Факултет. У Београд је дошао као дете чиновника и у њему је завршио све школе с одличним успехом, у њему је остао до краја јер га је смрт затекла на привременом одсуству не дочекавши да се врати, како ми је рекао приликом последњег сусрета у Библиотеци Правног факултета, пред полазак у Немачку. Али ако то физички није могао остао је као многи његови вршњаци духовно везан за Београд у коме је провео своје најбоље младе и зреле године. Тако је текла и његова каријера, типична за његово време.

Два и по месеца после дипломирања (1936) почeo је да ради као адвокатски приправник и ступио на праксу у Окружном суду у Београду (1937) коју је прекину због одласка на одслужење војног рока (1938). Истовремено се уписао на докторандски курс. Годину дана касније се запослио у Државном правобраништву у коме је радио од 1939. до 1945. и за то време положио судијски испит (1942). Од 1945. до 1960. је радио у више министарстава или најдуже у Комитету за законодавство савезне владе (1946–1960), увек и свуда на пословима везаним за законодавство, најчешће далеко од очију јавности али значајним за праксу и науку.

Науком је почeo да се бави још као адвокатски приправник и докторанд о чему сведочи чланак о неправичном обогаћењу<sup>1</sup> који много говори о писцу. Касније је професионални рад у државној служби наметао теме које је могао да бира тек пошто је прешао на Правни факултет (од 1955. као хонорарни доцент а од 1960. као професор у радном односу) али је и даље наставио рад на збиркама и коментарима поједињих закона. Младог правника широке опште културе су пре свега интересовала општа питања права и правне науке. Приликом примања двоброја *Анала Правног факултета* у

<sup>1</sup> Б. Познић, *О неправичном обогаћењу*, Правна мисао, 1939, бр. 3-4, стр. 107–122.

*Београду* који је посвећен осамдесетогодишњици његовог живота (бр. 2–3/1996), рекао је да су на његово опредељење утицала *Начела приватног процесног права* Борислава Благојевића.<sup>2</sup> Иако је сматрао да је, за разлику од Андре Ђорђевића, Драгољуба Аранђеловића, Адама Лазаревића и Борислава Благојевића, требало да се посвети једном предмету он то није могао да учини у потпуности.

Професор Боривоје Познић је предавао само један предмет или његови писани радови показују широко тематско интересовање, не само због потреба службе у чијем средишту није било грађанско процесно право. И у радовима из наоко само грађanskog процесnог права није могао да се одвоји од других предмета који су били важни за питања „у којима долази до изражaja однос материјалног и процесног права“.<sup>3</sup> То најбоље показују чланци у којима се додирују питања наследног и процесног права,<sup>4</sup> породичног, облигационог и грађanskog процесnог права,<sup>5</sup> управног и грађanskog процесnог права,<sup>6</sup> радног и грађanskog процесnог права,<sup>7</sup> кривичног и парничног поступка о чему је писао на почетку и на крају научне каријере.<sup>8</sup> Њега су посебно занимала тзв. гранична питања која су због своје „мултидисциплинарности“ остајала запостављена у науци. Сувишно је помињати радове с темама потпуно ван грађanskog процесnог права.

У средишту стручног и научног интересовања професора Познића било је питање заштите права у парничном поступку. Он је расправљао не само о праву на правну заштиту<sup>9</sup> (чemu је посветио посебну пажњу у својим изврсним предавањима) већ и о другим питањима из тога круга као што су правноснажност пресуде (докторска дисертација, 1952), изборно судство (и пре него што је

<sup>2</sup> Анали Правног факултета у Београду, 1997, бр. 1–3, стр. 303.

<sup>3</sup> Истло, стр. 304.

<sup>4</sup> Б. Познић, *Расправљање заосетавшићине, Анали Правног факултета у Београду*, 1955, бр. 3, стр. 257–266.

<sup>5</sup> Б. Познић, *Изрека о кривини у бракоразводној пресуди, Архив за правне и друштвене науке*, 1958, бр. 1, стр. 50–60; – *Осврт на неке одредбе Закона о облигационим односима, Анали Правног факултета у Београду*, 1978, бр. 3–5, стр. 367–387.

<sup>6</sup> Б. Познић, *Процеснотправна прирова стпорова из чл. 18, стп. 2. и чл. 82, стп. 2. Закона о државним службеницима, „Правни животи“, 1953, бр. 2, стр. 7–12; – Управни и грађански судски поступак у истој сврви, „Нова администрација“, 1960, бр. 4, стр. 378–387.*

<sup>7</sup> Б. Познић, *Осврт на неке одредбе о процесног значају на највију закона о удруженом раду, Анали Правног факултета у Београду*, 1976, бр. 4, стр. 351–359; – *Повојом Закона о судовима удруженог рада, Анали Правног факултета у Београду*, 1974, бр. 4, стр. 441–453.

<sup>8</sup> Б. Познић, *О јавијају кривичне пресуде на грађански стпор, „Архив за правне и друштвене науке“, 1952, бр. 11 стр. 30–39; – Јавијај кривичне пресуде на парницу, „Анали Правног факултета у Београду“, 1991, бр. 1–3, стр. 249–263.*

<sup>9</sup> Б. Познић, *Повојом права на правну заштиту, Анали Правног факултета у Београду*, 1962, бр. 3–4, стр. 310–314.

постао арбитар Спљенотрговинске арбитраже),<sup>10</sup> другостепени поступак и ефикасност поступка (чланци о спајању тужбених захтева, пресуди због изостанка и на основу признања). Тако је, на себи својствен, дискретан начин научу којом се бавио ставио у службу човеку или је тако посматрао. Иако се трудио да остане у границама позитивног права и правне науке он није био бирократски равнодушан посматрач и неопредељени бележник али је и своју приврженост и критику изражавао једнако одмерено, рекли бисмо толико уздржано да је остала за многе неприметна.

Опрезност професора Познића у оцењивању свега је произлазила из његове тежње за максимално могућом објективношћу и из избегавања олаког опредељивања, својственог многима у нашој средини, али и из поштовања неистомишљеника. Професор Познић је био човек сасвим другог кова, држао се свога мишљења али га никоме није ни саветовао а камоли наметао. За њега би се слободно могло рећи да је у том погледу био један од ретких а можда и једини следбеник професора Михаила Константиновића. Он је то посредно рекао говорећи о професорима који су утицали на његово правничко формирање<sup>11</sup> али се и „осмелио“ да каже да је заузимао и критички став према законодавству.<sup>12</sup> Нема сумње да ће поновно читање чланака о субјектима друштвене својине<sup>13</sup> и о судовима удруженог рада открити Боривоја Познића каквог га нисмо познавали. Имао сам задовољство да упознам његову реакцију на „мишљења“ Арбитражне комисије Конференције о Југославији (тзв. „Бадентерове комисије“). Насред улице, што није био његов манир, испред „Гргеча“ ме је велики познавалац арбитраже питао: „Молим Вас, колега, каква је то арбитражна комисија?“ Разговор о тој теми смо наставили касније у Библиотеци Правног факултета.

У овој тужној прилици би било неприлично пропустити да се каже да је професор Познић био један од најоданијих сарадника *Анала Правног факултета у Београду* од његовог првог броја.<sup>14</sup> У њима је редовно приказивао уџбенике и општа дела из грађанског процесног права<sup>15</sup> и коментарисао збирке судских одлука.

10 Није нимало случајна подударност: M. Konstantinovitch, *Le droit international du nouveau Code de procédure civile yougoslave*, „Annuaire de l'Association yougoslave de droit international“, Belgrade – Paris 1931, pp. 214–228; – Б. Познић, *Међународна надлежност југословенског правосуђа по Закону о парничном постуђуку*, „Југословенска ревија за међународно право“, 1959, бр. 3, стр. 400–412.

11 *Анали Правног факултета у Београду*, 1997, бр. 1–3, стр. 305.

12 *Истобо*, стр. 304.

13 Б. Познић, Питање правних субјеката у имовинско-правним односима који се тичу ойцијенародне имовине, „Народна држава“, 1952, бр. 5–6, стр. 290–296.

14 Б. Познић, Arthur Nikisch, *Zivilprozeßrecht*, *Анали Правног факултета у Београду*, 1953, бр. 1, стр. 87–90.

15 Изузетке представљају прикази књига Миливоја Марковића (*Грађанско процесно право. Парнични постуђак*, књ. I, св. 1, „Архив за правне и друштвене науке“, 1959, бр. 1, стр. 111–113), Мирка Бесаровића (*Признање и извршење иностраних арбитражних одлука*, „Архив за правне и друштвене науке“, 1959, бр. 4,

Професор Боривоје Познић је по свему био јединствена личност од почетка до краја. Рођен је на Малу госпојину (21. септембра) а умро је на други дан Ускрса (28. априла). Ако је тачно да су блажени умрли на велике празнике шта да се каже за оне који су на празнике и рођени? Ако они вечно трају онда ни професор Боривоје Познић није умро већ је вакрсао. Ваистину вакрсе!

Момир Милојевић

---

стр. 520) и Самуела Камхија (*Грађански судски љоситуџак*, „Архив за љравне и груштавене науке“, 1952, бр. 2, стр. 254–256) која је објављена пре него што су „Анали“ почели да излазе.

## СЕНИМА ПРОФЕСОРА ПОЗНИЋА

Поштоване колегинице и колеге,

окупили смо се да одамо последњу пошту професору Боривоју Познићу и да га се сетимо – уверена сам – не последњи пут.

Правном факултету у Београду била је част што је Боривоје Познић био његов професор. Јер, значај његовог дела и научни ауторитет који је професор имао, већ су одавно прекорачили грађице ове земље. Реч је о једном о најутицајнијих научних дела у нас, о делу које је загледано у будућност и које ће дugo трајати.

Боривоје Познић је рођен 21. септембра 1914. године у Новој Градишки, као једино дете Вукосаве и Данила Познића. У Београд је дошао као шестогодишњи дечак и овде је завршио основну школу и гимназију. Уписао се на Правни факултет у Београду 1932. године. Причао је радо како се добро сећа дана када су сађени платани у улици у којој се данас налази Правни факултет. Био је један од најбољих студената своје генерације. Дипломирао је 1936. године. Одмах по дипломирању отпочео је докторандски курс на овом Факултету. Своју правничку каријеру почeo је праксом – не теоријом. Радио је као адвокатски и као судски приправник. Потом се, пред II светски рат запослио у Државном правобранаштву. Године 1942. положио је правосудни испит. После рата, 1945. године ступио је на рад у Министарство за конституанту, а потом у Комитет, касније у Министарство за законодавство, у којем је радио све до 1960. године, када је изабран за професора Правног факултета у Београду. Свој први научни рад, чланак „О неправичном обогаћењу“, професор Познић је објавио 1939. године, као двадесетпетогодишњак. Већ у току студија показао је изразиту склоност ка правној цивилистици. Први наговештај о нарочитом интересовању управо за грађанско процесно право, налази се у његовој службеничкој документацији и потиче из 1946. године. Тамо стоји да се Боривоје Познић бави научним радом у области грађanskog процесног права. У првој половини педесетих година, његови објављени радови показују подједнак научни интерес за материјално и за процесно грађанско право.

Професор Познић је написао 12 књига, било сам, било као коаутор са другим писцима. Објавио је преко 100 чланака на нашем језику и на страним језицима.

Систем свог најутицајнијег дела – уџбеника „Грађанско процесно право“, професор Познић је поставио 1958. године када је објавио прва своја скрипта. Од 1962. до 1999. године изшло је 15 издања овог уџбеника. Готово сва нова издања бивала су изменеана и обогаћивана, не само променама у законодавству, већ и новим научним сазнањима, а посебно систематичним излагањима судске праксе. Главна теоријска линија концепта грађанског процесног права у обради професора Познића креће се од одређивања битних карактеристика науке грађанског процесног права, као самосталне научне дисциплине, теоријски одвојиве од материјалног грађанског права, да би у позијим издањима, у складу са савременим гледањима израженим крајем XX века, указивао на функционалну неподвојивост процесног од материјалног права.

О осталим његовим делима могло би се дugo и добро говорити. Кратко речено – нема ниједног интригантног научног задатка из области грађанског процесног права, којег се професор није подухватио у својим радовима. Ваља нарочито издвојити теме у којима је дао незаобилазан научни допринос: појам тужбеног захтева, правноснажност, утицај кривичне пресуде на парнични поступак, арбитражно право.

Основне карактеристике научног стила професора Познића јесу: солидност и поузданост. О свакој теми читалац редовно добија јасно изречену упоредноправну и позитивноправну информацију. Када препоручује решење проблема који поставља, професор Познић износи супротна гледишта подједнако пажљиво као и сопствена. Често је знао да антиципира и противаргументе који у објављеној литератури још нису бивали изнесени. У залагању за свој научни став код њега има жара, али никад нема потцењивања супротног становишта. Говорио је и читao пет страних језика и вредно пратио страну литературу. Међу онима који су ближе сарађивали са професором Познићем, његов научни стил сматран је прворазредном вредношћу његовог научног дела.

Поред писаног опуса, они који су имали среће да им професор предаје, никад неће заборавити његова предавања. Боривоје Познић је био професор у најплеменитијем смислу речи. Изрицана брижљиво и добро припремљено, усмена излагања професора Познића била су права школа добрe универзитетске наставе. Његови бројни курсеви на постдипломским студијама наставили су да живе и да се дugo памте, али је права штета што су само фрагментарно публиковани у виду чланака. Нека само мали избор тема буде

презентиран овом приликом: право на тужбу, пресуда због изостанка, појам парничне радње, дејства кривичне пресуде у парници.

Деценијама је професор радио на Коментару Закона о парничном поступку. Остао је незавршен. Његова докторска дисертација, одбрањена 1952. године, „О објективним границама правносажности грађанске пресуде“, остала је необјављена. Критичка анализа првих 300 чланова ЗПП, припремљена за рад на новом Закону је прекуцана и чека да се употреби. Његово дело се мора заокружити и објавити. То му дугујемо.

Како описати оно што носим у себи о његовој личности? То је подједнако вредно као и његово научно дело. Личност професора Познића била је оличење ненаметљивог шарма господственог, скромног и часног човека. Упорност са којом је професор Познић следио пут чисте науке резултирала је – подједнако у његовом научном раду и у приватном животу – нечим изузетним: све што је чинио, чинио је *lege artis*, дакле са потпуном прилагођеношћу предмету, без обзира да ли је тај предмет научни, педагошки или чисто лични. Водио је стално тиху, али упорну борбу за друштвену промоцију права и правништва.

ознића је био један добар, плодан, испуњен живот. Умро је у осамдесет деветој години, окружен својом породицом – супругом, ћерком, унуцима и зетом. Кад сам га испраћала на његов последњи пут у Немачку била сам сигурна да ћемо се у априлу поново срести. Крај априла није дочекао.

Имала сам привилегију да будем блиска сарадница професора Познића – можда најближа. Било је лепо и лако учити од њега, јер он је уживао у ономе што је радио. Године интензивне сарадње са професором Познићем биле су најбоље године мог живота. Не због тог времена, не због тих година, већ због благотворног утицаја и незаборавног зрачења његове непоновољиве племените личности.

Весна Ракић-Водинелић

## ДР ДИМШО ПЕРИЋ (1954-2003)

Почетак сваке нове године је праћен жељом да она буде срећна, нарочито ако претходна није таква била. За нас је ова година почела с тугом. Прво смо сазнали да је болестан а последњег дана првог месеца ове године нас је напустио по стажу на Факултету један од најмлађих наставника. Димшо Перић се на нашем Факултету појавио као јуче а данас га већ нема. Као да је пролетео кроз њега, као кроз кратак живот који није тако изгледао у почетку.

Првих двадесет година је проведено у детињству, основној и средњој школи (богословији) после чега је уследила свештеничка служба од парохије до парохије, од епархије до епархије. Тако се приближавао Београду где је студирао теологију. Дипломирао је на Богословском факултету у Београду (1980) а затим, као свештеник у Шљивовици, студирао у Одељењу Правног факултета у Ужицу где је дипломирао (1987).

Завршена два факултета су му омогућила да докторира с темом: „Устројство, организација и рад на законодавству Српске православне цркве у првој половини XX века (1901-1950)“. Наслов показује да је тема више правна него што се рђавим језиком каже „мултидисциплинарна“ али тада (1991) Црквеног права није било на Правном факултету у Београду. То је Димшу Перићу омогућило да на Богословском факултету четири године хонорарно предаје Канонско и црквено право са црквеном администрацијом (1991-1995) где је повремено предавао и касније када је већ био доцент на Правном факултету у Београду. Његово све веће посвећивање праву је примећено и у редовима Српске православне цркве. Патријарх Павле га је поставио за црквеног тужиоца Архиепископије београдско-карловачке а Свети архијерејски синод га је именовао у комисију за израду закона о Српској православној цркви. По том раду се прочуо и у иностранству па је учествовао у изради статута Канадске епархије и Британско-скандинавске епархије и Правила Српске православне црквене општине у Бечу.

Бесумње је најважнији његов рад на црквеном праву. Када је (1993) Црквено право нашло место у Наставном плану Правног факултета у Београду (макар као последњи опциони предмет на

IV години студија) Димшо Перић је (с Миодрагом Петровићем, научним саветником Историјског института САНУ) израдио наставни програм за тај предмет, прилагођен потребама како правних тако и богословских студија. Истовремено је припремао увођење Црквеног права на Правном факултету у Крагујевцу. Али за Димша Перића највећи успех представљају његов избор за доцента за Црквено право на Правном факултету у Београду и уџбеник „Црквено право“ (1997). И ту је редослед испао срећан за Димша: на основу доктората је постао доцент а затим се појавио уџбеник на основу кога је могао бити унапређен (1998). За годину и по дана два звања што није постигао ни Ђорђе Тасић у млађим годинама! Како је у међувремену био хабилитован за наставника Националне историје државе и права изабран је за ванредног професора за Националну историју државе и права и Црквено право. Због различитог положаја ових предмета догодило се да је више студената испитао из Националне историје државе и права него из Црквеног права иако је с поносом говорио да је интересовање за тај предмет сваке године све веће.

Вредни и амбициозни Димшо Перић је напредовао на свим пољима. Као свештеник је из београдске околине прешао у Београд. Постао је парох,protoјереј и старешина цркве Светог архангела Гаврила<sup>16</sup> претекавши тако у оба својства многе старије колеге. Претекао их је и у брзини објављивања другог издања уџбеника Црквеног права (1999) које је делимично изменјено и допуњено. Нема сумње да би још боље било треће издање које је припремао.

По угледу на Чедомира (Чедомиља) Митровића Димшо Перић је посебну пажњу посвећивао односу цркве и државе, било непосредно пишући о томе било у радовима о законодавству Српске православне цркве а нарочито о законодавству о Српској православној цркви. У том склопу су били неизбежни радови о положају (страдању) Српске православне цркве и свештеника у појединим крајевима Југославије. Повезани заједно ти радови као да представљају наставак црне хронике која је почела да се исписује познатим извештајем Синода православне цркве почетком окупације Југославије у другом светском рату. Судбину цркве којој је припадао је носио у души у толикој мери као да је био савременик збивања о којима је писао иако је то могао чинити само на основу докумената. Писао је са страшћу, не штедећи никога ни у радовима цркве ни ван ње, ни творце наставних програма ни писце уџбеника.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Љубитељи фудбала знају да се налази преко пута северне трибине Стадиона „Партизана“.

<sup>17</sup> То се може видети и у кратком тексту *Сергеј Викторовић Трошак и његово Црквено право*, „Анали Правног факултета у Београду“, 2002, бр. 1-2, стр. 177-183.

Писао је о епископима Николају, Дионисију и Варнави,protoјереју Благоти Гардашевићу (члану комисије пред којом је брањио докторску дисертацију) и о свештеницима које није стигао да боље упозна. Сузе патријарха Германа над посмртним говором против М. Јараковићу говоре о Димши и као човеку. Писао је Димшо полетно али и сажето, понекад толико да се није видела огромна документација коју је прикупио и консултовао. На то га је можда терало и време јер је ускоро морао да „полаже рачун“ о петогодишњем раду од чије је оцене зависило да ли ће бити унапређен. Писао је брзо као што је живео, као у неком грчу, притиснут разним невољама с којима је морао да се бори, трошећи немилице физичку снагу. У томе је сагорео пре времена. Познајући његову вредноћу и самокритичност остаје нам да верујемо да би у другим, повољнијим околностима и мање притиснут временом своје замисли остварио до краја не остављајући своје радове недорађене.

Упркос свему Димшо је имао времена и за нове колеге и пријатеље на факултету помажући им и у ванфакултетским пословима. Редовно је, из почасти, чинодејствовао на опелу нашим наставницима. Када сам му једном приликом, алудирајући на разлику у годинама, рекао да ће, ако тако настави, имати доста посла одговорио ми је весело: „Само да сте ми живи и здрави.“ Нико па ни он у том тренутку није могао да помисли да ће отићи пре нас и да ћемо остати без свештеника – колеге а Факултет без правог наставника за Црквено право кога је имао после дуго времена. Димшо је стекао и нашу наклоност. Освојио нас је својим неодољивим шармом и оптимизмом којим је храбрио и нас и себе али нас тиме и поистовећивао. У нашем последњем разговору нисам знао ко је од нас двојице болестан. Не знам то ни данас. Знам само да његов одлазак доживљавамо као велики сопствени ненадокнадиви губитак.

Момир Милојевић

## Мр ДОБРИЛА ЉУБИБРАТИЋ

Једна тиха особа, која је такорећи на прстима ходала нашим ходницима, храбро и достојанствено се придружила својим прецима којима се поносила али о којима из скромности није говорила. Већ само њено презиме је упућивало на херцеговачког војводу Мића Јубибратића чији је синовац био Добрилин отац. Њена мајка је по обе линије била из чувених херцеговачких породица. Њен отац, а Добрилин деда, је из требињске породице Дучић. Добрилина баба је била кћер чувеног херцеговачког попа, кнеза и војводе и црногорског сенатора Богдана Зимоњића. Њен рођени брат, ујак Добрилине мајке, је био Петар Зимоњић, митрополит дабробосански и великомученик који је, 24. маја ове године, проглашен за светитеља.

Добрила је рођена у Сарајеву али је њена породица прешла у Београд где је Добрила завршила све школе с одличним успехом иако је њена генерација била осуђена да прође кроз многа искушења која је донео рат. Ванредно је студирала права јер је за све време студија радила у Деканату Правног факултета у Београду, у почетку бесплатно. То јој није сметало да дипломира с одличним успехом. После дипломирања је две године радила у Савезном заводу за социјално осигурање да би после тога била изабрана за асистента за међународно приватно право на Правном факултету у Београду где је остала до краја. Стога се може рећи да је њено одвајање од Факултета било краткотрајно и да је читав живот провела на Факултету међу колегама и нарочито студентима.

На Правном факултету у Београду је руководила вежбама и обављала испите из Међународног приватног права и Породичног права. Поред тога је учествовала и у комисијама за испите из Грађанског права све док тај начин полагања није постао факултативан. Истовремено је предавала и обављала испите из Међународног приватног права на Високој школи економских наука у Прилепу и на Правном факултету у Крагујевцу. Свој посао је обављала предано трудећи се да студентима пренесе што више свог огромног знања а на испитима да им максимално помогне у шта сам имао прилике да се лично уверим.

Свој хуманизам је уносила и у писане радове. Посебно је привлачила тамнија страна држављанства која се зове бездржављанство. Магистарски рад је посветила највише обесправљеној групи људи – апаријдима испитујући правне начине да се избегне појава бездржављанства ма колико се међународна заједница трудила да обезбеди макар минималну заштиту основних права свим људским бићима без обзира на њихов лични положај. Није нимало случајно да нас је она „упознала“ с нашим пријатељем Дантеом Капонером, учесником Копаоничких сусрета правника, чију је књигу о положају странаца у Италији приказала у *Jugoslovenskoj reviji za međunarodno pravo*.<sup>18</sup> При том се није устезала да каже да књига има „низ недостатака правно-теоријског карактера“<sup>19</sup> *показујући да може да буде и сироћа у оцењивању*.

Добрала Љубибрatiћ је то могла да каже јер је њу красило не само одлично познавање права већ и широка култура. О томе најбоље говоре назлови књига које су остале у њеном кабинету. Сваки сусрет са њом је био пријатан јер је значио духовно обогаћивање у тешком и несрћном времену које смо преживели. У тој на изглед једноставној и нежној особи је било више физичке и интелектуалне снаге него што би се у први мах помислило. И када се нечујно повукла с Факултета пре времена као да је њен дух остао. Добру вилу више нећемо виђати али ће она остати у нашем трајном сећању.

Момир Милојевић

---

<sup>18</sup> D. Ljubibratić, Dante A. Caponera, *Gli stranieri in Italia, Jugoslovenska revija za medunarodno pravo*, 1959, бр. 3, стр. 465-468.

<sup>19</sup> Исто, стр. 468.

## **ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА**

### **ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ ОД 1. ЈУЛА ДО 31. ДЕЦЕМБРА 2003. ГОДИНЕ**

Стручно вече за правне науке, политичке науке и науке о цивилној одбрани на седници од 8. јула 2003. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 16. јуна 2003. године, за избор:

др ЗОРАНА МИРКОВИЋА, асистента, у звање и на радно место *доцентија* за научну област Национална историја државе и права.

Стручно веће за економске науке, правно-економске, агротехничке, статистичке и демографске науке на седници од 16. јула 2003. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 16. јуна 2003. године, за избор:

др АЛЕКСАНДРЕ ЈОВАНОВИЋ, ванредног професора, поново у звање и на радно место *ванредног професора* за научну област Политичка економија.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 15. септембра 2003. године, изабрало је:

мр ДРАГАНА ПАВИЋА, асистента, поново у звање и на радно место *асистенћа* за научну област Облигационо право;

мр ВЛАДАНА ПЕТРОВА, асистента-приправника, у звање и на радно место *асистенћа* за научну област Уставно право;

МИРЈАНУ МАРКОВИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место *асистенћа-приправника* за научне области Трговинско право и Саобраћајно право.

Стручно веће за друштвене и културно-историјске науке на седници од 27. октобра 2003. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 15. септембра 2003. године, за избор:

др СЛОБОДАНКЕ НЕДОВИЋ, ванредног професора, поново у звање и на радно место *ванредног професора* за научне области Општа социологија и Социјална политика и право.

Стручно веће за правне науке, политичке науке и науке о цивилној одбрани на седници од 30. октобра 2003. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 15. септембра 2003. године, за избор:

др МАРИНКЕ ЦЕТИНИЋ, доцента, у звање и на радно место *ванредног професора* за научну област Кривично право.

Стручно веће за правне науке, политичке науке и науке о цивилној одбрани на седници од 30. октобра 2003. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 13. октобра 2003. године, за избор:

др СЛОБОДАНА ПАНОВА, доцента, у звање и на радно место *ванредног професора* за научну област Породично право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 1. децембра 2003. године изабрало је:

мр МОНИКУ НИНКОВИЋ, асистента-приправника, у звање и на радно место *асистента* за научну област Грађанско процесно право.

### ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОД 1. ЈУЛА ДО 31. ДЕЦЕМБРА 2003. ГОДИНЕ

Мр ЗОРАН ГУДОВИЋ, „Социјални и психолошки садржај људског идентитета као основ афирмације човекових права“ – одбранио 7. јула 2003. године;

мр ВЕЛИЗАР РАКОЧЕВИЋ, „Откривање и сузбијање злоупотребе дрога“ – одбранио 11. јула 2003. године;

мр ЗАТИЛА МИЛЕНА ЈОВАНОВИЋ, „Повериоци у стечају“ – одбраница 11. јула 2003. године;

мр БРАНО МИЉУШ, „Природа савремених рјешења босанско-херцеговачког питања“ – одбранио 17. јула 2003. године;

мр ПРЕДРАГ ДЕДЕИЋ, „Правно-финансијски стандарди управљања предузећем и њихов утицај на предузеће – емитента хартија од вредности и инвеститора“ – одбранио 7. октобра 2003. године;

мр ТАМАРА МИЛЕНКОВИЋ КЕРКОВИЋ, „Правни аспекти и правна природа међународних контратговинских послова“ – одбраница 9. октобра 2003. године;

мр ДРАГАН ВАСИЉЕВИЋ, „Управне радње полиције и начело законитости“ – одбранио 25. децембра 2003. године.

**ОДБРАЊЕНЕ МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ  
ОД 1. ЈУЛА ДО 31. ДЕЦЕМБРА 2003. ГОДИНЕ**

МИРЕЛА БОШКОВИЋ, „Правна заштита чувених жигова“ – одбранила 15. јула 2003. године;

НЕБИЈАШАРИ, „Локална самоуправа у уставном систему Републике Србије“ – одбранио 19. септембра 2003. године;

МИОДРАГ МАЈИЋ, „Ратни злочин у међународном кривичном праву“ – одбранио 7. октобра 2003. године;

ЗОРИЦА ВУКАШИНОВИЋ, „Стратегија развоја државне управе у Србији – правни аспекти“ – одбранила 8. октобра 2003. године;

АЛЕКСАНДАР ЂУРЂИЋ, „Преговарање као поступак у међународним односима“ – одбранио 9. октобра 2003. године;

ДЕЈАН МИРОВИЋ, „Привредноправни и радноправни односи наших радника код иностраних послодаваца“ – одбранио 4. новембра 2003. године;

САША САВИЋ, „Оснивачки капитал акционарског друштва“ – одбранио 4. новембра 2003. године;

ДАРКО МАРИНКОВИЋ, „Кривичноправни и криминалистички аспекти спречавања злоупотреба опојнихドラга“ – одбранио 10. новембра 2003. године;

ВЕРИЦА ВУКОВИЋ, „Права и обавезе телевизије поводом емитовања музичких дела“ – одбранила 3. децембра 2003. године;

ЗОРИЦА ТОМИЋ БАШТИЋ, „Ибераамеричка интеграција (1991–2001)“ – одбранила 23. децембра 2003. године;

ДРАЖЕН ЏЕРОВИЋ, „Управна ствар и уставна жалба“ – одбранио 24. децембра 2003. године.

## **ПРЕГЛЕД ПРЕТПЛАТНИКА**

### **ПРЕТПЛАТНИЦИ НА ЧАСОПИС АНАЛИ ЗА 2003. ГОДИНУ**

#### **ПОЈЕДИНЦИ**

1. Калаба Драган (заменик јавног тужиоца)  
Окружно јавно тужилаштво у Чачку
2. Дрљачин Берислав  
Станишић, Цара Душана 63
3. Букуров Гордана  
Проте Матеје 42, Београд
4. Величковић Драган (адвокат)  
Милентија Поповића 70/1, Н. Београд
5. Дејовић Горан  
Трг слободе 1, Стара Пазова
6. Јеремић Драгана  
Милоша Зечевића 2/3, Београд
7. Др Кубињец Јанко  
Кубањева 2, Бачки Петровац
8. Лазић Жика (адвокат)  
Милешевска 5, Београд
9. Миљевић Владимир (адвокат)  
7. јула 10а, Београд
10. Обрадовић Дејан  
Моравска 51, Деспотовац
11. Трифковић Владимир (адвокат)  
Вука Караџића 15, Прибој
12. Човић Живан (адвокат)  
Омладинска 3, Ужице

#### **ПРАВНА ЛИЦА**

1. Часопис „Привредни саветник“
2. Библиотека Скупштине Србије и Црне Горе
3. Градска Библиотека-Суботица
4. Институт за криминолошка и социолошка истраживања
5. Институт за упоредно право
6. Југословенска књига

7. Компанија Дунав осигурање
8. Партенон – М.А.М систем (издавачка кућа)
9. Полицијска академија
10. Савезни завод за информатику – Библиотека
11. Српска академија наука и уметности
12. Универзитетска библиотека „Светозар Марковић“
13. Уставни суд Србије
14. Њолф Тхеис & Партнерс д.о.о.

#### СТУДЕНТИ

1. Шинкар Предраг
2. Марковић Душан
3. Вучковић Јелена
4. Дејан Гојков
5. Кувекаловић Љубиша
6. Никшић Жељко
7. Марко Поповић
8. Вујанић Милица
9. Перезановић Данијела
10. Михаиловић Невена
11. Баства Милица
12. Учајев Петар
13. Васовић Ивана
14. Ковачевић Марија
15. Ђулафић Ивана
16. Марковић Мирко
17. Најдановић Наташа
18. Лалевић Марија
19. Живковић Ненад
20. Коловић Братислав
21. Зељковић Наташа
22. Вуликић Катарина
23. Вукашиновић Мaja
24. Узелац Наташа

25. Павловић Нада
26. Будимировић Јелена
27. Јаковљевић Драган
28. Митровић Мирјана
29. Филиповић Јелена
30. Јанковић Бојана
31. Видаковић Предраг
32. Прибиловић Мирослав
33. Змајкоски Столе
34. Делагић Агнеса
35. Радојичић Јелена
36. Перовић Владимира
37. Бралић Лука
38. Рајковић Владимира
39. Карадић Душан
40. Кнежевић Марија
41. Лазаревић Љиљана
42. Кујачић Горан
43. Срдић Михајло

#### НАСТАВНИЦИ И САРАДНИЦИ

Сви наставници и сарадници Правног факултета у Београду претплаћени су на *Анале* Правног факултета.

*Уредништво изражава усрдну  
благодарност тима за  
сву оданост и подршку коју при-  
жају изложењу часописа.*

**TABLE OF CONTENTS**

**ARTICLES**

Slobodan Perović, An Expert's Opinion on the Draft Law on Obligations of the Republic of Srpska/Federation of Bosnia and Herzegovina, Volume 1, General Part, Situation on Jan. 28, 2003. Part II. - - - - -	324–416
Dragan M. Mitrović, Autonomy: Notion and Forms on the Meaning, Types and Scope of Autonomy - - - - -	417–440
Miodrag Orlić, Preliminary Agreements in the Law of Contracts - - - - -	441–489
Thomas Meyer, Changes Regarding Limitations in the German Civil Code - - - - -	490–530

**CONTRIBUTIONS**

Atila Fenyves, Harmonisation of the Contract Law in the European Union - - - - -	531–542
---	---------

**LEGAL CULTURE**

Miloš Luković, Sources of Terminology of General Code of Property of Montenegro - - - - -	543–593
--	---------

---

## **BOOK REVIEWS**

- Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspective* Preface William A. Schabas (Oxford University Press, New York, 2003, XVIII + 258, ISBN: 0-19-925162-2) (Ivana Krstić) - - - - - 594–601

- Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, *Les obligations* (Dalloz, 8e ´ed., 2002) (Goran Georgijevi ) - - - - - 601–616

## **IN MEMORIAM**

- Dr Borivoje Pozni  (1914–2003) (Momir Milojevi ) - - - - - 617–620  
In Memory of Professor Pozni  (Vesna Raki –Vodineli ) - - - - - 621–623  
Dr Dim o Peri  (1954–2003) (Momir Milojevi ) - - - - - 624–626  
Mr Dobrila Ljubibrati  (Momir Milojevi ) - - - - - 627–628

## **FACULTY CHRONICLE**

- Election of Professors and Assistants of the Faculty of Law, July–December, 2003. - - - - - 629–630  
Doctors' Degrees Conferred, July–December, 2003. - - - - - 630  
Masters' Degrees Conferred, July–December, 2003. - - - - - 631

- LIST OF SUBSCRIBERS** - - - - - 632–634

**Annales de la Faculté de Droit de Belgrade**

Année LI, numéro 3-4, juillet-décembre 2003, pages 321-640  
UDC 34/35 YU-ISSN 0003-2565

## TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Slobodan Perović, Opinion d'expert sur l'avant-projet de la loi sur les rapports d'obligations de la République serbe/Fédération de Bosnie et Herzegovine, volume II – Contrats spéciaux, état du texte au 28 janvier 2003 – - - - -	324–416
Dragan M. Mitrović, Autonomie, la notion et les formes sur le sens, les sortes et le seuil de l'autonomie – - - - -	417–440
Miodrag Orlić, Les accords préparatoires dans le droit des contrats – - - - -	441–489
Thomas Meyer, Les modifications concernant la prescription dans le Code civil allemand – - - - -	490–530

VARIÉTÉS

Atila Fenyves, L'harmonisation du droit des contrats dans l'Union Européenne ————— 531-542

CULTURE JURIDIQUE

---

## COMPTES RENDUS DES LIVRES

Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspective* Preface William A. Schabas (Oxford University Press, New York, 2003, XVIII + 258, ISBN: 0-19-925162-2) (Ivana Krstić) - - - - - 594–601

Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, *Les obligations* (Dalloz, 8e éd., 2002) (Goran Georgijević) - - - - - 601–616

## NÉCROLOGIE

Dr Borivoje Poznić (1914–2003) (Momir Milojević) - - - - - 617–620  
A la mémoire du Professeur Poznić (Vesna Rakić–Vodinelić) - - - 621–623  
Dr Dimšo Perić (1954–2003) (Momir Milojević) - - - - - 624–626  
Mr Dobrila Ljubibratić (Momir Milojević) - - - - - 627–628

## CHRONIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Élections des professeurs et assistants  
du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2003. - - - - - 629–630  
Thèses de doctorat soutenues du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2003. - 630  
Thèses de troisième cycle soutenues du 1<sup>er</sup> juillet au  
31 décembre 2003. - - - - - 631

**LISTE DES ABONNÉS** - - - - - 632–634

## **Annalen der Juristischen Fakultät Belgrad**

**Jahrgang LI, Heft 3–4, Jul–Dezember 2003, Seiten 321–640**

UDC 34/35

YU-ISSN 0003-2565

## **INHALTSVERZEICHNIS**

### **ABHANDLUNGEN**

Slobodan Perovic, Gutachterliche Stellungnahme zum Obligationsgesetzesentwurf für die Föderation Bosnien und Herzegowina / Republika Srpska, Buch II, Einzelne vertragliche Schuldverhältnisse, Stand 20.1.2003. - - - - -	324–416
Dragan M. Mitrović, Autonomie: Begriff und Formen über den Sinn, die Arten und die Reichweite von Autonomie - - -	417–440
Miodrag Orlić, Vorläufige Vereinbarungen im Vertragsrecht - - -	441–489
Thomas Meyer, Änderungen im Verjährungsrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches - - - - -	490–530

### **BEITRÄGE**

Attila Fenyves, Zum Stand der Vertragsrechtsharmonisierung in der Europäischen Union - - - - -	531–542
---	---------

### **RECHTSKULTUR**

Miloš Luković, Quellen der Terminologie des Allgemeinen Verkögensgestezes - - - - -	543–593
--	---------

---

## DARSTELLUNGEN

Luc Reydams, <i>Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspective</i> Preface William A. Schabas (Oxford University Press, New York, 2003, XVIII + 258, ISBN: 0-19-925162-2) (Ivana Krstić) - - - - -	594–601
--	---------

Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, <i>Les obligations</i> (Dalloz, 8e ´ed., 2002) (Goran Georgijevi�) - - - - -	601–616
--	---------

## IN MEMORIAM

Dr Borivoje Pozni� (1914–2003) (Momir Milojevi�) - - - - -	617–620
Zum Gedenken an Professor Pozni� (Vesna Raki�–Vodineli�) - - -	621–623
Dr Dim�o Peri� (1954–2003) (Momir Milojevi�) - - - - -	624–626
Mr Dobrila Ljubibrati� (Momir Milojevi�) - - - - -	627–628

## CHRONIK DER FAKULTÄT

Wahl der Professoren und wissenschaftlichen Assistenten im Jahre 2003 - - - - -	629–630
Doktorarbeiten, verteidigt im Jahre 2003 - - - - -	630
Magisterarbeiten, verteidigt im Jahre 2003 - - - - -	631

<b>ABONNENTEN�BERSICHT</b> - - - - -	632–634
--------------------------------------	---------