

**Dr Dragor HIBER\***

## **PRINUDNI PROPISI U NOVIJOJ DOMAĆOJ SUDSKOJ I UGOVORNOJ PRAKSI**

*Sloboda ugovaranja i dispozitivne norme zakona karakteristične su za ugovorno pravo. Imperativne su izuzetak i njihovo kršenje vodi nevažnosti ugovora ili drugim posledicama. Otuda je u svakom konkretnom slučaju bitno utvrditi da li je norma ugovornog prava koju treba primeniti dispozitivna ili imperativna. U skladu sa slobodom ugovaranja, u zakonu se polazi od pretpostavke da su norme dispozitivne, izuzetak treba utvrditi. U pojedinim slučajevima praksa se kolebala, a sudovi su stav da su u pitanju imperativne norme branili neprihvatljivim argumentom da zakonom nije izričito dozvoljeno drugačije ugovaranje. Suprotno, u pojedine međunarodne ugovore, za koje je kao merodavno ugovoreno pravo Srbije, naročito o prodaji udela u privrednom društvu, sve češće se unose ustanove koje potiču iz anglosaksonskog prava, Representations and Warranties i Put option. Praksa tada nije uvek spremna da prepozna i primeni imperativne norme srpskog prava. U članku se kritički analiziraju primeri takve prakse.*

**Ključne reči:** *Sloboda ugovaranja. – Imperativne norme. – Pretpostavka dispozitivnosti. – Napuštanje pretpostavke dispozitivnosti u sudskoj praksi. – Domaće imperativne norme i preuzete ustanove stranog prava.*

---

\* Redovni profesor u penziji, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, [hiber@ius.bg.ac.rs](mailto:hiber@ius.bg.ac.rs).

## 1. UVOD

U opusu Mihaila Konstantinovića postoji jedan članak (Konstantinović [1957] 1982, 549–556), na prvi pogled, bar sudeći po aparaturi i metodologiji, bez naročito visokih naučnih ambicija, pisan kao praktičan odgovor na dileme o jednom važnom pitanju u ondašnjoj sudskoj i privrednoj praksi – 1957. godine, u vreme kada se privreda tek oslobađala planskog i administrativnog režima. Analizirajući stavove sudova i oskudne doktrine koja ih je pratila, ponudio je odgovore na konkretna pitanja dalekosežne po svom dometu. Neka od rešenja koje je tada izneo ušla su docnije u njegovo životno delo – Skicu.<sup>1</sup>

Pošavši od načela slobode ugovaranja, Konstantinović je najpre postavio pitanje da li kršenje svake zabrane, svake imperativne norme kojom se reguliše ugovor dovodi do toga da ugovor bude ništav. Koji je domet različitih administrativnih sankcija koje se za povredu zabrana u ugovaranju propisuju? Stoje li one u odnosu na ništavost ugovora kao osnovnu građanskopravnu sankciju u kumulativnom odnosu, da li je sud dužan da konstatuje ništavost ugovora kada god nije poštovana neka zabrana pri ugovaranju, pa, na primer, i ona za koju je propisana novčana kazna, ili je odnos alternativan, administrativna sankcija je i propisana da sačuva ugovor uz kažnjavanje onoga ko je zabranu prekršio. U krajnjoj liniji, kako se primećuje, ako je ugovor ništav, njega nema, *ex tunc*, pa nema ni pravnog dejstva zbog koga je administrativnom kaznom zaprećeno.

Naravno, u pravu kao i u životu ne mora biti ili/ili, pa Konstantinović uočava i srednja rešenja (Konstantinović [1957] 1982, 555–556).

U tom članku Konstantinović ispituje posledice činjenice da su stranke ugovarajući izašle iz zone slobode ugovaranja i ugovorile nasuprot nekoj prinudnoj normi zakona, zabrani. Centralno pitanje teksta koji sledi jeste kako jednu pravnu normu kvalifikovati (prepoznati) kao imperativnu. Zakon o obligacionim odnosima<sup>2</sup> koji je, kada je reč o načelu slobode ugovaranja, njenim granicama i posledicama povreda, uglavnom pratio rešenja *Skice*, sadrži jednu odredbu kakve u Skici nema, kojom se utvrđuje princip dispozitivnosti normi tog zakona, ali ukazuje i na postojanje imperativnih normi kao izuzetka; imperativnost treba da proizilazi iz same odredbe zakona ili iz njenog smisla.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Mihailo Konstantinović. [1969] 1996. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (dalje: *Skica*).

<sup>2</sup> Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ, 31/1993 i *Službeni list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja.

<sup>3</sup> ZOO, čl. 20.

U ovom tekstu ćemo nastojati da utvrdimo značenje i domet te norme i njenu praktičnu primenu stavivši je u kontekst načela slobode ugovaranja.

## 2. SLOBODA UGOVARANJA, IMPERATIVNE NORME I NAČIN NJIHOVOG PREPOZNAVANJA

### 2.1. Sloboda ugovaranja i njena ograničenja

Ugovor je saglasnost volja dva ili više lica kojom se postiže neko pravno dejstvo (umesto mnogih, Perović 1990, 151). Takva, klasična, uobičajena definicija ugovora se označava i kao *funkcionalna* (Ghestin, Loiseau, Serinet 2013, 41), u nemačkoj literaturi se navodi i da je u pitanju pravno tehnički ili prirodni pojam ugovora (prema Radišić 2004, 71), ili se kaže, idući za Kelzenom, da je u pitanju ugovor – pravna činjenica (Hiber 1991, 41). Za tako posmatran pojam ugovora određujući, ujedno i neophodan element, jeste postojanje saglasnosti volja, činjenica da je ugovor tvorevina volja stranaka. Sam pojam saglasnosti volja bio je predmet teorijske kritike, koja je dovela u pitanje i njenu samu održivost kao pravnog pojma. Kritike su krunu doživele u često citiranoj doktorskoj disertaciji Rueta, koji je snažnom argumentacijom negirao konzistentnost i pravnu relevantnost tog pojma, pokazavši, s jedne strane, da svaka saglasnost volja nije ugovor<sup>4</sup>, da joj može nedostajati obaveznost koja potiče iz objektivnog prava. S druge strane, on ukazuje i na to da i kada su izjave volja saglasne, podudarne, s obzirom na suprotne interesne pozicije stranaka, tu saglasnost može biti samo prividna; Ruet je to ilustrovao rečenicom koju je uzeo za moto odgovarajućeg dela studije, navodeći reči Šekspirovog junaka: „Kakva divna saglasnosti postoji između mog rođaka Šarla VIII i mene. Obojica hoćemo istu stvar – Milano“ – Sforca, pred bitku njih dvojice za Milano (Rouhette 1965, 378). Dovedena je u sumnju sama uloga volje u nastanku ugovora (umesto drugih, prikaz Hiber 1991, 46), pa je druga polovina XX veka bila vreme rađanja antivoluntarističkih, najčešće normativističkih teorija o ugovoru. Prihvatanje neizbežnosti uloge volje u pojmu ugovora je ipak preživelo. Kako piše jedan autor, kritikujući odbacivanje uloge volje, „voluntarizam ne može da odgovori na svu kompleksnost činjenica koje predstavljaju ugovor, ali jedno prenaplašeno i pojednostavljeno odbacivanje svakog voluntarizma odgovara

---

<sup>4</sup> Ghestin Ruetov zaključak ilustruje rečenicom iz teze: „...saglasnost dvojice da idu na finale teniskog turnira na Rolan-Garosu ne znači da su zaključili ugovor“ (Ghestin, Loiseau, Serinet 2013, 43).

na to još manje“ (Patarin 1954, 8). Prema rečima drugog, „nesumnjivo je da autonomija volje ostaje jedan od osnovnih koncepata civilne doktrine“ (Ranouil 1980, 193).

Shvatanje ugovora kao akta volje za posledicu ima činjenicu da je tom pojmu imanentna sloboda ugovaranja – to je prvi korak ka bližem određenju teme ovoga uratka. Ugovor podrazumeva da je pravni sistem dozvolio subjektima prava da regulišu međusobne odnose izjavama svojih volja, tako da te izjave volje proizvode pravna dejstva, što u obligacionom pravu znači nastanak, promenu ili prestanak obligacionih prava i obaveza. Konstantinović je Skicu započeo odredbom: „Strane ugovornice su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala, da svoje odnose uredi po svojoj volji.“<sup>5</sup>

U doktrini se sloboda ugovaranja ponekad ističe kao posebno načelo obligacionog ili ugovornog prava (na primer, Đorđević, Stanković 1987, 187–188) ili kao element šireg načela autonomije volje (tako Ripert, Boulanger 1957, 7; autori u teoriji autonomije volje vide filozofski okvir, a u načelu slobode ugovaranja tehničko pravilo). U svakom slučaju, sloboda ugovaranja (autonomija volje) određuje se kao element metoda regulisanja u građanskom pravu (na primer, Vodinec 2012, 38; Gams 1977, 39). Sloboda ugovaranja je karakteristična za građansko i uže obligaciono pravo i njoj odgovaraju *dispozitivne* norme zakona kao oblik ili metod uređenja pravnih odnosa (Marković 1997, 199; Vodinec 2012, 38).

Ugovor se, s druge strane, definiše i kao pravni odnos, *ius vinculum* koji po objektivnom pravu iz izjava volja nastaje (Hiber 1991, 41; Radišić 2004, 71), dakle kao pravna norma koja važi za stranke (Ghestin, Loiseau, Serinet 2013, 49). Valtazar Bogišić je to iskazao sentencom: „Razgovor je razgovor a ugovor je strankama zakon.“<sup>6</sup> Pravo, država garantuje pravnu snagu obavezama koje ugovor rađa. Naravno da pravo ne može stati iza svake saglasnosti volja stranaka. U hijerarhiji izvora prava ugovor je najniži. Samim tim, da bi važio, ugovor mora biti po svojoj sadržini, u najširem smislu te reči, saglasan objektivnom pravu.

---

<sup>5</sup> Skica, čl. 1, st. 1. Isto čl. 10 ZOO, jedino što je u važećoj verziji reč „morala“ iz Skice zamenjena izrazom „dobri običaji“. Uporediti švajcarski Zakonik o obligacijama, čl. 19, st. 1: „Predmet ugovora može biti slobodno uređen u granicama zakona. – Zakon isključuje sporazume strana samo kada postoje propisi prinudnog karaktera ili kada bi odstupanje od njihovog teksta bilo protivno dobrim običajima, javnom poretku ili pravima vezanim za ličnost.“ U sva tri teksta objedinjeno se regulišu sloboda ugovaranja i njene granice. Kako se navodi u švajcarskoj doktrini, sloboda ugovaranja je element osnovnog prava na samoodređenje inherentno čoveku (Guillod 2003, 122–123).

<sup>6</sup> Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, čl. 1007. Isto čl. 1, st. 3 Skice. „Ugovor vezuje strane ugovornice kao zakon.“

Tako se dolazi do pojma ograničenja slobode ugovaranja. Pravni sistem postavlja granice autonomiji volje stranaka. Nasuprot dispozitivnih pravnih normi, kojima zakonodavac oblikuje, dozvoljava slobodu ugovaranja, njene granice se ostvaruju *imperativnim normama*, ali i pravilima koja potiču iz drugih normativnih sistema, iz morala, običaja. Ovaj tekst se obraća prinudnim pravilima sadržanim u pravnim propisima.

## 2.2. Dispozitivne i imperativne norme u ugovornom pravu u ZOO

Pojam ugovora oslanja se na slobodu ugovaranja, a sloboda ugovaranja se ostvaruje dispozitivnim normama zakona. Za razliku od Skice, koja slobodu ugovaranja i njena ograničenja uređuje na jednom mestu, u citiranom članu 1, ZOO, na prvi pogled pravilo, slično onom iz Skice i sadržano u članu 10 Zakona, ponavlja, propisujući: „Strane mogu svoj obligacioni odnos urediti drugčije nego što je ovim zakonom određeno...”<sup>7</sup>

Dispozitivne norme su dakle pravilo, za odredbe ZOO se pretpostavlja da su dispozitivne.

Kada zakonodavac odstupa od slobode ugovaranja, on to čini prinudnim, imperativnim normama. Dakle, imperativne norme, neimenovane u tekstu zakona su izuzetak: „...ako iz *pojedine* odredbe ovog zakona ili iz njenog smisla ne proizilazi šta drugo”.<sup>8</sup>

Ovo lakonski izraženo pravilo zahteva izvesna pojašnjenja.

Može se primetiti da cilj, time i predmet regulisanja kod te odredbe nije isti kao kod one kojom se regulišu sloboda ugovaranja (autonomija volje) i njene granice. Dok ova druga govori o sadržini ugovora i slobodi stranaka u njenom oblikovanju, pravilo iz člana 20 ZOO u suštini opisuje pravna sredstva, pravnu tehniku kojom se ta sadržina izražava, nastojeći da utvrdi ključ prepoznavanja karaktera norme, odnosno kriterijum za iznalaženje odgovora na pitanje da li jedno pravilo zakona dopušta ili ne dopušta drugačije ugovaranje, da li dispozitivno ili imperativno. U Skicu Konstantinović takvu odredbu nije uneo.

---

<sup>7</sup> ZOO, čl. 20.

<sup>8</sup> *Ibid.*

U suštini, dakle, reč je o specifičnom pravilu *tumačenja*, kvalifikacije jedne norme. Zakonodavac, dakle, unapred dopušta da za neku normu može biti nejasno da li je dispozitivna ili prinudna i određuje pravilo tumačenja. Koliko ono, takvo kakvo je, vrši takvu funkciju preispitivače se, na primerima, u ovom tekstu. Pre toga, još nekoliko načelnih napomena.

Prvo, ZOO govori o izuzecima od dispozitivnosti koji se nalaze u *ovom* zakonu. Jedan ugovorni odnos može, međutim, biti uređen i nekim drugim propisom, zakonom ili podzakonskim aktom čija je primena obavezna. Takav *lex specialis* po pravilu ne isključuje primenu ZOO na pitanja koja njime nisu regulisana. Pravilo o odnosu između dispozitivnih i imperativnih normi trebalo bi da važi i tada. Drugim rečima, na pojedine ugovore koji nisu uređeni ZOO ili nisu u potpunosti uređeni i predmet su regulative nekog drugog posebnog zakona, primeniće se imperativne norme tog zakona, ali i imperativne norme ZOO u pitanjima koja taj zakon ne dotiče, dok će u odnosu na ostalo važiti načelo slobode ugovaranja. Tako je niz pitanja koja se odnose na ugovor o prometu nepokretnosti uređen imperativnim normama Zakona o prometu nepokretnosti,<sup>9</sup> ali će se primeniti i imperativna pravila ZOO, pa i nekog trećeg zakona, na primer, o sposobnosti ugovaranja.<sup>10</sup>

Drugo, izuzetno, na jedan ugovorni odnos regulisan Zakonom o obligacionim odnosima može se primeniti, na pojedino pitanja, na neki segment ugovora, zahvaljujući dispozitivnosti odredaba ZOO i na osnovu ugovora stranaka, rešenje koje potiče iz stranog prava. Tada će se postaviti pitanje (a) primene imperativnih normi tog stranog prava kao takvog, ali i, što je neposredno povezano sa temom ovog teksta, (b) primena imperativnih normi domaćeg prava na ustanovu za koju su stranke ugovorile strano pravo.

U daljem tekstu ispitivaće se primena prinudne norme koju na ugovor treba primeniti, bez obzira na to iz kog propisa potiče, ako se na taj ugovor generalno primenjuje ZOO.

### 2.3. Opšte o sadržini imperativnih normi u ugovornom pravu

Kada zakonodavac želi da ograniči slobodu ugovaranja, imperativna norma kojom to čini pojavljuje se u obliku *zabrane* (češće) ili  *naredbe*.

---

<sup>9</sup> Zakon o prometu nepokretnosti, *Službeni glasnik RS* 93/2014, 121/2014 i 6/2014, čl. 5–10 (o pravu preče kupovine), čl. 11.

<sup>10</sup> ZOO, čl. 56; Porodični zakon Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 18/2005, 72/2011 i 6/2015, čl. 64.

Prvom se ugovornim stranama zabranjuje zaključenje ugovora određene sadržine. Drugom se nalaže obavezno postojanje nekog elementa ili ispunjenje nekog uslova, da bi ugovor, „zakon za strane“, proizvodio pravna dejstva.

Osim takve dispozicije, zabrane ili naloga, imperativna norma podrazumeva i sankciju koja će se primeniti ako dispozicija ne bude poštovana. Ako je nema, reč je o preporuci ili savetu, a ne imperativnoj normi.

Nepoštovanje imperativnih normi kojima se uređuje jedan ugovor, ugovaranje nasuprot tim normama, čini jedan ugovor nevažećim, po pravilu ništavim<sup>11</sup>, to je građanskopravna sankcija za kršenje zabrane. Za njom mogu uslediti, a često će tako i biti, još neke, ali kao izvedene, sekundarne, kao posledice ništavosti: povraćaj datog<sup>12</sup>, naknada štete.<sup>13</sup> Posebna sankcija je unošenje obavezne sadržine u ugovor, neka vrsta delimične zakonske konverzije: „odredbe propisa kojim se delimično ili u celini, određuje sadržina ugovora sastavni su delovi tih ugovora, te ih upotpunjavaju ili stupaju na mesto ugovornih odredaba koje nisu u saglasnosti sa njima“.<sup>14</sup> Moguća je i druga građanskopravna sankcija koja je, zapravo, modalitet, odnosno izuzetak od pravila o nevažnosti ugovora, na primer, konvalidacija<sup>15</sup> ili konverzija.<sup>16</sup> Specifična građanskopravna sankcija je prekluzija, gubitak (određenih vrsta – Vodinić 2012, 526) prava zbog njihovog nevršenja u određenom roku.

Može, međutim, biti predviđena i neka druga posledica, koja najčešće dolazi iz javnog prava, ali tada je reč o kršenju javnopravne norme na koje Skica i ZOO samo referišu.<sup>17</sup> Te druge posledice su, po logici stvari, neke javnopravne sankcije i mogu biti raznovrsne. Konstantinović ih je još 1957. godine, nabrajajući ih, razvrstao na sledeći način: „...za slučaj povrede propisa koji zabranjuju zaključivanje izvesnih ugovora... dolaze, pre svega, razne upravne mere, od kojih je najblaža privremena zabrana obavljanja određene trgovinske delatnosti, a najteža stavljanje privredne organizacije pod prinudnu upravu... Na drugom mestu, od privredne organizacije

<sup>11</sup> Skica, čl. 79, st. 1: „Zabranjeni ugovori su *ništavi*.“; ZOO, čl. 103, st. 1: „Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima je ništav...“.

<sup>12</sup> ZOO, čl. 104; Skica, čl. 85.

<sup>13</sup> Skica, čl. 87; ZOO, čl. 108.

<sup>14</sup> ZOO, čl. 27, st. 2; Skica, čl. 1, st. 2.

<sup>15</sup> Tako ZOO, čl. 73.

<sup>16</sup> Skica, čl. 83; ZOO, čl. 106.

<sup>17</sup> Skica, čl. 79, st. 2; ZOO, čl. 103, st. 1, predviđaju isto: „...ako cilj povređenog zabrane (u ZOO ‘povređenog pravila’) ne upućuju na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje šta drugo“.

koja je radnjom učinjenom protivno odredbama uredbe pribavila sebi imovinsku korist oduzima se celokupan iznos tako pribavljene koristi... najzad predviđene su i novčane kazne raznih iznosa za razne slučajeve povrede njenih propisa, ... i novčane kazne za odgovornolice u privrednoj organizaciji“ – u citiranju su izostavljena iz teksta upućenja na tada važeće propise. (Konstantinović [1957] 1982, 549–551).

U tekstu Konstantinović analizira pitanje aktuelno u ondašnjoj sudskoj praksi: kakav odnos postoji između građanskopravne sankcije (ništavosti) i javnopravne. Kako navodi, prema jednom shvatanju, ako u propisu u kome je neka zabrana predviđena nije istovremeno predviđena i građanskopravna sankcija (ništavost), odnosno ako i inače nije ništav, bez obzira na administrativnu sankciju, ugovor je punovažan i mora se izvršiti, a odgovarajuća kazna će biti izrečena i izvršena u za to predviđenom postupku. Prema drugom mišljenju, činjenica da zabrana postoji i da je prekršena dovoljan je razlog da se tretira kao zabranjen i ništav. Prikazujući u vreme nastanka teksta aktuelnu sudsku praksu, u odnosu na strogo postavljeno pravilo o registrovanoj delatnosti privrednih društava<sup>18</sup> odnosno zabrani ugovaranja van te delatnosti, autor izdvaja ugovore koji bi svakako bili zabranjeni, bez obzira na to ko ih zaključi, pa su ništavi, od onih koji su zabranjeni samo za jednu stranu i najzad onih kod kojih bi administrativna sankcija bila cilj zabrane, na primer, kada je reč o novčanoj kazni koju će platiti onaj ko je zaključio i izvršio iz određenog razloga zabranjen ugovor; neka od rešenja u uočenom valeru slučaja Konstantinović je uneo u Skicu i kasnije su ušla u ZOO.<sup>19</sup> Iz formulacije tih odredaba, jednako iz Skice i Zakona, proizilazi da se ništavost i druga (administrativna) sankcija nalaze u alternativnom odnosu, i to kao pravilo (ništavost) i izuzetak; shodno jezičkom tumačenju odredaba moguće je i drugačije, dakle kumulativna primena obe vrste sankcija ako sam zakon na to izričito upućuje.

Ako stranke prekrše kakvu zabranu predviđenu imperativnim normama zakona, ugovor će kao zabranjen biti ništav. Kada se imperativnom normom ne zabranjuje već naređuje, obavezuje na postojanje određenog elementa ili uslova ugovora, nepoštovanje će takođe dovesti do toga da ugovor ne proizvodi pravna dejstva, neki će reći da bude takođe ništav, a neki će u

<sup>18</sup> Uredba o trgovinskoj delatnosti i trgovinskim preduzećima i radnjama od 23. decembra 1953, prečišćen tekst *Službenog lista FNRJ* 37/1955.

<sup>19</sup> Videti kada je zaključenje ugovora zabranjeno samo jednoj strani: Skica, čl. 79, st. 3; ZOO, čl. 103, st. 2, za drugu sankciju na koju upućuje cilj zabrane ili je određuje zakon: Skica, čl. 79, st. 2; ZOO čl. 103, st. 1.



ovom slučaju videti tzv. nepostojeći ugovor.<sup>20</sup> Ilustracija za to su formalni ugovori. Kada zakon, ZOO ili neki drugi, nalaže da ugovor bude zaključen u određenoj formi „ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo...“<sup>21</sup>; slična je i za izostanak saglasnosti date zastupniku pravnog lica da zaključi neki ugovor kada se ta saglasnost zahteva.<sup>22</sup>

## 2.4. O problemu prepoznavanja imperativnih normi i pravnoj praksi

Jedna potpuna imperativna norma ugovornog prava podrazumevala bi propisivanje i dispozicije i sankcije. Na primer: „Ona (ugovorna obaveza) mora biti moguća, dopuštena i određena odnosno određiva. – Kad je predmet obaveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv, ugovor je ništav.“<sup>23</sup> Ta nedvosmislena pravna tehnika, međutim, činila bi zakonski tekst komplikovanim i preopširnim. Često bi se ponavljali istovetni iskazi.

U većini pravnih sistema, uz sve razlike u pojmovima, odnosno izrazima koji se koriste,<sup>24</sup> pa i u našem, prihvata se sistem u kome su postavljene opšte granice slobodi ugovaranja: „Strane ugovornice su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala, da svoje odnose urede po svojoj volji“, kako stoji u citiranom članu 1 Skice. U svakom konkretnom slučaju treba, dakle, da se utvrdi da li je ugovoreno protivno tim granicama.<sup>25</sup> Ako se nađe da je neki element ugovora nesaglasan sa granicama slobode ugovaranja predviđenim u ZOO, odnosno protivan prinudnom propisu, javnom poretku ili dobrim običajima, konstatovaće se da je ništav.

---

<sup>20</sup> Videti u prilog prihvatanju pojma nepostojećih ugovora u zaključku studije Dolović 2021, 237–239.

<sup>21</sup> ZOO, čl. 70, st. 1.

<sup>22</sup> ZOO, čl. 55, st. 4. Supr. za zastupanje privrednih društava čl. 33, st. 2 Zakona o privrednim društvima – ZPD, *Službeni glasnik RS* 36/2011, 99/ 2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021.

<sup>23</sup> ZOO, čl. 46, st. 2 i 4.

<sup>24</sup> Videti za uporednopravni prikaz sistema Perović 1975, 21–37. Videti, na primer, švajcarski Zakonik o obligacijama 1911, čl. 19, st. 1, francuski Građanski zakonik 1804, čl. 1102/2, nemački Građanski zakonik 1896, § 138, rumunski Građanski zakonik 2009, čl. 11 (zakonici su citirani po stanju na dan 15. oktobra 2022).

<sup>25</sup> U Skici i ZOO se predviđa da način na koji su stranke uredile svoje odnose mora biti u postavljenim opštim granicama slobode ugovaranja. Švajcarski Zakonik o obligacijama kaže da *predmet* ugovora mora biti u granicama zakona (čl. 19, st. 1), odnosno da će biti ništav ako je taj predmet nešto što je nemoguće, nezakonito ili protivno običajima (čl. 20, st. 1). Praksa je protumačila te odredbe na najširi način, ne vezujući ih striktno za osobine predmeta. Tako Guillod (2000, 127–128).

U slučaju koji je tema ovog teksta to znači da treba utvrditi da je neki element protivan prinudnom propisu, zabranjen. Kada zakonodavac postavlja neku posebnu zabranu, kada se ne zadovoljava opštom granicom slobode ugovaranja, propisujući je, najčešće će upotrebiti napred prikazanu potpunu formulu, uneće u tekst zakona i dispoziciju i sankciju. Na primer: „Odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari ništava je ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj.“<sup>26</sup> Često je i bez spominjanja sankcije jasno da je u pitanju zabrana izrečena imperativnom normom i da je posledica suprotnog ugovaranja ništavost. Na primer: „Ugovorna kazna ne može biti ugovorena za novčane obaveze.“<sup>27</sup> Jasno je da ako ugovornici postupe suprotno, krše zabranu iz prinudnog propisa i da sledi ništavost takvog ugovaranja kao posledica. Slično može biti i kada je reč o naredbi, a ne zabrani. Na primer: „Ugovor o prodaji nepokretnih stvari mora biti zaključen u pismenoj formi, pod pretnjom ništavosti.“<sup>28</sup>

Često zakon i jasno određuje da je odredba dispozitivna, otklanjajući svaku zabunu, najčešće rečima „ako nije šta drugo ugovoreno“, „kad nije drugačije određeno ugovorom“. Na primer: „Troškove predaje, kao i one koji joj prethode, snosi prodavac, a troškove odnošenja stvari i sve ostale troškove posle predaje snosi kupac, ako nije šta drugo ugovoreno.“<sup>29</sup> Odredba je jasna, ali se toj, inače čestoj zakonskoj tehnici može prigovoriti da je napomena o mogućnosti drugačijeg ugovaranja u zakonskom tekstu suvišna, da se pretpostavlja da je moguće drugačije ugovoriti, pa zato može navesti na (pogrešnu) ideju da je moguće tumačenjem putem *argumentum a contrario*, ako nema takvog iskaza, zaključiti da drugačije ugovoranje nije dozvoljeno, što praksi nije strano, kao što ćemo dalje pokazati.

U nekim slučajevima se, međutim, iz „slova“ zakona, iz upotrebljenih reči odnosno rečenica, ne može *prima facie*, bez ostatka utvrditi da li je norma dispozitivna ili imperativna. Na primer: „Ostavoprimalac je dužan vratiti stvar čim je ostavodavac zatraži i to sa svim plodovima ili drugim koristima od stvari.“<sup>30</sup> Ili: „Zakupodavac je dužan održavati stvar u ispravnom stanju za vreme trajanja zakupa i radi toga vršiti potrebne opravke na njoj.“<sup>31</sup> Mogu li

<sup>26</sup> ZOO, čl. 486, st. 2.

<sup>27</sup> ZOO, čl. 270, st. 3.

<sup>28</sup> ZOO, čl. 455.

<sup>29</sup> ZOO, čl. 474.

<sup>30</sup> ZOO, čl. 718, st. 1.

<sup>31</sup> ZOO, čl. 570, st. 1.

stranke ugovoriti da, na primer, ostavoprimac ima pravo da zadrži plodove stvari date u ostavu ili da će zakupac a ne zakupodavac biti dužan da zakupljenu stvar održava i da snosi sve troškove opravki?

To je izvor za moguće probleme u tumačenju. U svakom konkretnom slučaju, ako sumnja postoji, treba utvrditi da li je jedna norma, sadržana u nekom propisu koji se na ugovor primenjuje, dispozitivna ili imperativna. Zakonodavac je, nasuprot Skice (i rešenja u uporednom pravu), u citiranom članu 20 ZOO dao indikativnu odredbu, upućujući buduće ugovornike, Sud ili drugog ko ugovor tumači na tekst ugovora, ali i smisao neke odredbe kao osnov da se utvrdi da je ona imperativna ili dispozitivna.

### **3. PREPOZNAVANJE IMPERATIVNIH I DISPOZITIVNIH NORMI U PRAVNOJ PRAKSI**

#### **3.1. Pravilo tumačenja iz člana 20 ZOO**

To pravilo bi bilo iskaz bez prevelikog značaja da mu namena nije da olakša tumačenje odnosno kvalifikaciju jedne norme kao dispozitivne ili imperativne i kao takvo je na prvi pogled jednostavno: pretpostavlja se da su norme ugovornog prava dispozitivne. Da bi se zaključilo da je jedna norma imperativna, treba naći dovoljne argumente za odstupanje od dispozitivnosti.

Poslednjih godina u pravnoj praksi, sudskoj i ugovornoj, pažnju javnosti su izazvali neki slučajevi zbog načina na koji je pravna norma protumačena i dat joj imperativni ili dispozitivni karakter. Tendencije u praksi koje se mogu uočiti osnov su za pitanja dubljeg značenja.

Takvi slučajevi, odnosno tumačenja uži su predmet ovog uratka.

#### **3.2. Širenje kvalifikacije normi kao imperativnih u sudskoj praksi**

U našoj sudskoj praksi ima slučajeva u kojima je nedoumica sudova da li da jednu pravnu normu kvalifikuju kao dispozitivnu ili imperativnu očigledna: različiti sudovi, različitih nivoa, u relativno kratkom vremenskom periodu, na osnovu sličnog činjeničnog stanja, kvalifikovali su je različito. Biće prikazana dva takva slučaja koja se čine posebno interesantnim i za budućnost važnim.

### 3.2.1. Dozvoljenost ugovaranja naknade troškova obrade kredita

To pitanje je nedavno privuklo pažnju ne samo pravničke javnosti. Praćeno je sa mnogo strasti, uz javne proteste i navijački pristup, stavovi su ponekad branjeni pseudopravnim argumentima. Za ovaj tekst nisu od značaja svi argumenti koji se mogu izneti u prilog jednog ili drugog odgovora na pitanje da li je bankama bilo dozvoljeno ili nije da ugovaraju naknadu troškova obrade kredita. O tome je, između ostalog, napisano više tekstova u našoj pravnoj periodici. Za predmet ovog napisa bitno je jedno uže pitanje: da li je pravilo člana 1065 ZOO (povezano sa onim iz čl. 1066, st. 2 ZOO) dispozitivno, pa stranke mogu ugovarati drugačije ili, preciznije, preko onoga šta u njemu piše, ili je pak imperativno, pa se stranke mogu kretati samo u okviru u njemu sadržanog. Sudovi su na to pitanje odgovarali različito pa i međusobno suprotno.

Analitički prikaz kretanja stavova sudova o tome postoji u našoj literaturi (Živković 2018, 22–24), ovde navodimo samo odluke značajne za postavljeno pitanje.

Prvu sudsku odluku u kojoj se sud pozvao na kvalifikaciju pravila sadržanog u članu 1065 ZOO doneo je Vrhovni sud Srbije 2000. godine<sup>32</sup> i njome je poništio ugovornu odredbu o plaćanju naknade troškova obrade kredita u procentualnom iznosu od iznosa odobrenog kredita. Sud se pozvao na stav da je takvo ugovaranje suprotno ZOO<sup>33</sup> u kojem je utvrđeno da banka ima pravo na povraćaj glavnice i kamatu, a ne i na (procentualno utvrđene) troškove. Takav stav Suda je u docnijoj sudskoj praksi napušten, pa su sudovi dozvoljavali da se naknada tih troškova ugovori, da je dozvoljena. Čini se da je prvobitno zauzet stav o zabrani takvog ugovaranja uzrokovan procenom da je ugovaranjem naknade tih troškova zapravo povišena kamatna stopa, tim pre što su obračunavani periodično i procentualno. Verovatno da je sud imao na raspolaganju manje sporne razloge da dođe do istog cilja umesto izabranog ograničenja slobode ugovaranja.

Toj odluci suprotnu sudsku praksu najbolje ilustruje presuda Privrednog apelacionog suda iz 2013. godine u čijem se obrazloženju jasno ističe stav o pitanju (ne)imperativnosti odredbe o pojmu ugovora o kreditu: „Činjenica da u specijalnim odredbama koje regulišu ugovor o kreditu ZOO, te u Zakonu

<sup>32</sup> Rešenje Vrhovnog suda Srbije Prevl. 295/99 od 19. januara 2000.

<sup>33</sup> ZOO, čl. 1065: „Ugovorom o kreditu banka se obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez utvrđene namene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je utvrđeno ugovorom.“

o bankama, nije izričito zakonom predviđeno pravo banke da prilikom plasmana novčanih sredstava kroz ugovor o kreditu, od korisnika kredita naplaćuje i naknade za troškove svog poslovanja, ne znači da je ugovaranje ovakvih vrsta naknade zabranjeno.<sup>34</sup> Sud je, dalje, ideji da je u pitanju imperativna norma i da je stoga takvo ugovaranje zabranjeno suprotstavio načelo autonomije volje iz člana 10 ZOO na osnovu kojeg je ugovornik banka slobodna da, osim kamate, ugovori i drugi oblik naknade koji bi platio korisnik kredita.

Usledio je novi preokret započet jednom odlukom Vrhovnog kasacionog suda<sup>35</sup>, koji je ukinuo odluke nižih sudova kojima je odbijen zahtev za utvrđivanje ništavosti ugovorene obaveze na plaćanje troškova obrade kredita. U obrazloženju sud je doveo u pitanje njihov stav da je ta naknada deo cene ugovora (kredita) koji može da bude ugovoren odvojeno i preko kamate.

Za temu ovog rada nije od značaja preostala argumentacija koja je u brojnim sporovima i načelnim shvatanjima iznošena i u stručnoj publicistici, ali i u medijima, a koja se odnosi na zaštitu potrošača finansijskih usluga, ravnopravnost stranaka i slično. Ovde je ključno pitanje da li je odredba zakona kojom se definišu bitni elementi jednog ugovora, u ovom slučaju o kreditu, imperativna na način da je strankama zabranjeno da ugovore drugačije, posebno da dodaju još neki element. Nameće se negativan odgovor na postavljeno pitanje. Kako je istaknuto, objektivno bitni elementi ugovora koje zakonodavac navodi samo identifikuju ugovor i upućuju na dispozitivna pravila koja će na taj ugovor biti primenjena. Nije teško složiti se sa autorom koji nalazi da „pored objektivno bitnih elemenata, načelo slobode ugovaranja dozvoljava stranama da, u okviru prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja ugovore i brojne druge odredbe“ (Živković 2018, 30), mada se manje slažemo sa njegovim pokušajem da ublaži ocenu stava suda prihvaćenog u toj odluci. Sud je presudio, poništio je ugovor, pa ne stoji da se nije „decidno izjasnio, pomenuvši samo da ‘za sada’ ne može da prihvati zaključak nižih sudova da se radi o delu cene ugovora“. Naprotiv, sud se, poništivši presude nižih sudova koje su od toga pošle, sasvim decidno izjasnio, a da li je to „za sada“ ili će se ubuduće izjasniti drugačije, iskaz je kome nema mesta u sudskoj odluci.

<sup>34</sup> Privredni apelacioni sud Pž. 2603/2013 od 25. septembra 2013, navedeno prema Živković 2018, 24.

<sup>35</sup> Vrhovni kasacioni sud, Rev. 1655/2017 od 1. novembra 2017.

Sudovi su propuštali da primene član 20 ZOO. Kada su branili stav da je sporno ugovaranje dozvoljeno, argument je bio načelo slobode ugovaranja (autonomije volje) iz člana 10 ZOO i nepostojanje izričite zabrane u ZOO i drugim propisima. Kada su tvrdili da je zabranjeno, iznošena je tvrdnja da takvo ugovaranje nije izričito dozvoljeno. U biti, sloboda ugovaranja se pretpostavlja, a iz smisla člana 1065 ZOO koji su analizirali ne proizilazi drugačije. Štaviše, odredba člana 1066 koji kaže da stranke ugovorom o kreditu uređuju i „uslove davanja, korišćenja i vraćanja kredita“ ukazuje na to da je prostor slobode ugovaranja otvoren.

### 3.2.2. *Da li je odredba o obavezi vraćanja dvostruke kapare imperativna*

Zakonom o obligacionim odnosima je, uređujući posledice neizvršenja ugovora u slučaju da je u trenutku njegovog zaključenja jedna strana dala drugoj kaparu pa je za neizvršenje kriva strana koja je kaparu primila, propisano: „Ako je za neizvršenje kriva strana koja je primila kaparu, druga strana može, po svom izboru, tražiti izvršenje ugovora, ako je to još moguće, ili tražiti naknadu štete i vraćanje kapare, ili tražiti vraćanje udvojene kapare.“<sup>36</sup>

Regulišući kaparu kao odustanicu, u zakonu se kaže: „U ovom slučaju, ako odustane strana koja je dala kaparu, ona je gubi, a ako odustane strana koja je kaparu primila, ona je *udvojeno* vraća.“<sup>37</sup>

U sudskoj praksi je postavljeno pitanje dispozitivnosti pravila da je primalac kapare za slučaj da je kriv za neizvršenje obaveze svakako dužan da vrati dvostruku kaparu ili je moguće ugovoriti da vrati samo ono što je primio. To pitanje se postavlja i kada je ugovorena kapara kao odustanica.

U jednom slučaju koji je već komentarisano (Hiber 2018, 80–82), stranke su kaparom obezbedile predugovor o prodaji nepokretnosti, ugovorivši kaparu kao odustanicu. U korist prodavca, koji je primio kaparu, ugovoreno je da je može zadržati ako kupac odustane od ugovora, a ako prodavac odustane od prodaje, vratio bi kaparu ali ne u dvostrukom iznosu već onoliko koliko je primio. Prodavac je odustao od ugovora ponudivši vraćanje (jednostruke) kapare. Usledila je tužba kupca koji je tražio dvostruku kaparu, kako je to zakonom predviđeno, a ne kako je ugovoreno.

<sup>36</sup> ZOO, čl. 80, st. 2.

<sup>37</sup> ZOO, čl. 83, st. 2.

Prvostepeni sud je tužbu odbio, našavši da su odredbe o kapari dispozitivnog karaktera<sup>38</sup>, da su stranke mogle i jesu ugovorile drugačije. Privredni apelacioni sud kao drugostepeni tu je odluku preinačio usvojivši tužbeni zahtev.<sup>39</sup> Za temu ovog napisa je bitan stav iz obrazloženja da su odredbe o kapari delom dopunsko-dispozitivne, delom imperativne prirode a da su odredbe o kapari kao odustanici imperativne, pa nije bilo dozvoljeno ugovoriti povraćaj jednostruke kapare. Prema mišljenju drugostepenog suda, imperativnost proizilazi iz činjenice da se „samom normom ne predviđa njena primena na slučajeve kada stranke nešto drugo nisu ugovorile“. Sud je zauzeo stav da bi bilo protivno načelu ravnopravnosti stranaka, načelu savesnosti i poštenja i načelu zabrane zloupotrebe prava ugovoriti različito za jednu i drugu stranu. U ovom slučaju, braneci imperativnost jedne norme zakona, drugostepeni sud zauzima krajnje neprihvatljiv stav da je za tumačenje jedne norme kao dispozitivne neophodno da zakon izričito dozvoli drugačije ugovaranje. Na prvi pogled je vidljivo da je taj stav protivan logici ugovornog prava. Dispozitivnost se pretpostavlja, imperativnost treba da bude izričito određena nekom odredbom zakona ili da se da utvrditi analizom smisla te odredbe. Pozivanje na načela obligacionog prava čijom se primenom brani stav o imperativnom karakteru tumačenog pravila ne može biti opravdano. Ako sud nalazi da je ugovaranjem neko od tih načela povređeno, morao se na to i pozvati, utvrdivši tu povredu i pozvavši se na zakonske sankcije za tu povredu, i utvrditi da je njena posledica nevažnost ugovora.<sup>40</sup>

Ni u tom slučaju zakon nije izričito zabranio ugovaranje vraćanja samo jednostruke kapare od primaoca. Štaviše, za tu obavezu postoji alternativa sa pravom izbora stranke koja nije kriva za neizvršenje ugovora. I po izričitom tekstu zakona ona može tražiti vraćanje jednostruke kapare i naknadu štete. U svakom slučaju, i ovde argument da drugačije ugovaranje nije zakonom izričito dozvoljeno ugrožava normalno funkcionisanje prava.

---

<sup>38</sup> Presuda Privrednog suda u Kragujevcu 3P230/16 od 22. aprila 2016.

<sup>39</sup> Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 4443/16 od 16. septembra 2017.

<sup>40</sup> Sud je u tom slučaju išao i dalje, pa je, umesto ugovorenog, kada je utvrdio da takvo ugovaranje nije dozvoljeno, našao da se ima primeniti pravilo iz navodno imperativne norme analogno čl. 27, st. 2 ZOO.

### 3.3. Ugovorene ustanove stranog prava i imperativne norme domaćeg prava

Ako se u sudskoj praksi domaćih sudova može uočiti tendencija širenja kvalifikovanja normi ugovornog prava kao imperativnih, kada se domaće pravo primenjuje u kombinaciji sa ustanovama stranog, postoje uslovi da kvalifikacijom jedne norme kao dispozitivne nastupi suprotan proces, time i zaobilaženje imperativnih normi prava Srbije.

Imamo u vidu situaciju u kojoj ugovorne strane, po pravilu domaća i strana, podvrgnu svoj ugovor domaćem pravu, ali ugovore, za neko, pojedino pitanje ustanovu stranog prava.<sup>41</sup> Takvo ugovaranje se poslednjih godina najčešće javlja kod ugovora u privredi i, uže, kod ugovora o prenosu udela u društvima sa ograničenom odgovornošću. Samo po sebi takvo ugovaranje ne mora biti nedozvoljeno, ali se problemi mogu pojaviti u primeni prava. Ugovarajući ustanove koje ne postoje u pravu Srbije, stranke u praksi, naime, ne referišu na određeno pravo, pravo neke države ili kakav međunarodni multilateralni ugovor. U ugovor se unosi ustanova kao takva, na prvom mestu nazivom, a zatim se ugovara konkretna sadržina, oblikuje konkretan posao.

Dve najčešće ovako „pozajmljene“ ustanove su *Representations and Warranties* (najčešće se prevodi kao *izjave* i *garancije*) (Veličković 2018, 486; Mišković 2019, 337, dok Jovanović 2018, 86, govori o prikazivanju odnosno pogrešnom prikazivanju) i *Put option* (ponuđeni prevod je *opcija prodaje* – Marošćuk 2015, 88).

Kada stranke ugovore jednu od tih ustanova<sup>42</sup>, ako se pojavi kakvo sporno pitanje, nešto što nije uređeno odredbama ugovora, nema dispozitivnih odredaba nekog zakona koje bi se mogle primeniti, nema ni određenog prava koje bi se moglo primeniti. Reč je o ustanovama koje imaju poreklo u nekim, najčešće anglosaksonskim pravnim sistemima; ne samo da se oni

---

<sup>41</sup> Neće biti analizirane neke druge pravne situacije u istoj oblasti, na primer, primena prinudne norme stranog prava od domaćeg suda ili mogućnost ugovaranja stranog prava kada je neko pitanje u domaćem predmet imperativne norme. To su pitanja sukoba zakona i predmet su međunarodnog privatnog prava.

<sup>42</sup> „Finansijski izveštaji društva su u svim značajnim delovima sastavljeni u skladu sa propisima koji su važili u vreme njihovog sastavljanja i sadrže tačan i pravičan pregled finansijskog stanja poslovanja društva, njegovog profita i gubitaka za finansijsku godinu za koju su sastavljeni.“ Ovaj standardan primer za izjavu naveden je prema Mišković 2019, 340. Evo primera za put opciju, iz teksta ugovora koji je predmet sudskog spora: „U slučaju nastupanja sledećih događaja, u zavisnosti od toga koji nastupi prvi [...] manjinski članovi će steći pravo da svoje udele ponude na prodaju Društvu ili većinskom članu, a društvo ili član će biti dužni da te udele kupe. Cena udela u tom slučaju biće utvrđena u skladu sa prilogom 1.“



međusobno razlikuju<sup>43</sup> već nijedno konkretno pravo nije ugovoreno. Nije moguće neposredno primeniti ni dispozitivne norme domaćeg prava, tih ustanova u domaćem pravu nema. Složenim postupkom kvalifikacije treba utvrditi ustanovu domaćeg prava, kao najpribližniju, čija primena dolazi u obzir, a tada će se postaviti dodatno pitanje moraju li se poštovati imperativne norme domaćeg prava kojima se ta ustanova reguliše. Sledi poslednje, opšte pitanje: identifikovati jednu normu domaćeg prava kao dispozitivnu ili imperativnu. Sudska i arbitražna praksa su se susretale sa tim pitanjima. Ilustrovaćemo pravac kojim su tražile odgovore na dve spomenute ustanove.

### 3.3.1. *Put option*

*Put option (Agreement)* je ustanova koja bi se mogla elementarno definisati kao ugovor<sup>44</sup> koji ovlašćuje jednog člana privrednog društva da po unapred u tom ugovoru utvrđenoj ceni proda, odnosno da od drugog ugovornika zahteva da kupi udeo u društvu sa ograničenom odgovornošću (Garner 2001, 1128).<sup>45</sup> Reč opcija u nazivu te ustanove ne treba, bar ne unapred, mešati sa istim izrazom u našem pravu. Kako piše jedan autor, „...pojam opcije označava pravo određene osobe da svojom jednostranom izjavom volje upućenoj drugoj određenoj osobi izazove perfektuiranje nekog privrednog obveznog ugovora ili određenom ugovoru promeni sadržaj“ (Jelčić 1988, 1505).

Pravo Srbije ne poznaje put opciju, ne spominje se pod tim ili drugim imenom ni u ZOO ni u ZPD, ali to samo po sebi ne znači da je takvo ugovaranje zabranjeno; ZPD ovo predviđa ne samo kroz opšte načelo slobode ugovaranja već i izričito: „Prenos udela je slobodan, osim ako je ovim zakonom ili osnivačkim aktom drugačije određeno.“<sup>46</sup> Međutim, za pitanja koja nisu izričito ugovorena pozvati se u rubrumu člana ugovora ili na drugi način na put opciju znači samo staviti etiketu, bez sadržine. Da bi se proverila konkretna dozvoljenost ugovorenog, da bi se popunile pravne praznine primenom dispozitivnih normi, neophodno je tumačenjem ugovorenog izvršiti *kvalifikaciju*, odnosno utvrditi o kakvom je ugovoru

---

<sup>43</sup> Videti razliku između izjava i garancija u američkom i britanskom pravu u Mišković 2019, 338.

<sup>44</sup> Zamislivo je da put opcija bude ugovorena kao samostalan ugovor, a prirodno je da bude deo ugovora članova, jer u suštini reguliše njihov odnos, mada se dešava da bude sadržan i u osnivačkom ugovoru. Ali uvek zadržava svoju samostalnost.

<sup>45</sup> Nasuprot te ustanove stoji ustanova *Call option*, koja predstavlja pravo većinskog člana društva da po unapred utvrđenoj ceni otkupi udeo manjinskog. Uporediti Garner 2001, 112.

<sup>46</sup> ZPD, čl. 160.

reč, koja je njegova pravna priroda, time i koja se pravila domaćeg prava na njega mogu primeniti. Ova prethodna kvalifikacija, određivanje vrste ugovora, pravno je pitanje (Perović 1990, 368). Kao sa svakim tumačenjem, ako se zajednička volja stranaka ne može iz upotrebljenih reči nesumnjivo utvrditi, tumačiće se „osloncem na niz drugih objektivnih kriterijuma, uglavnom povezanih sa načelima obligacionog prava: da stranke slobodno ugovaraju ali u granicama normi i dobrih običaja, čl. 10 i 21 ZOO, da su pri ugovaranju ravnopravne, čl. 11 ZOO, da se kod dvostranih ugovora pridržavaju načela jednakih vrednosti svojih činidbi, čl. 15 ZOO (Vodinelić 2012, 183).<sup>47</sup> Sledi, naravno, poređenje sa postojećim ustanovama ZOO.

U kvalifikovanju put opcije, verovatno i zbog samog naziva, prva mogućnost određivanja vrste i prirode takvog sporazuma je tvrdnja da je u pitanju opcioni ugovor. To shvatanje je branjeno u praksi.<sup>48</sup> Protiv govori činjenica da takva kvalifikacija ne bi, sama po sebi, pomogla u primeni prava. Naime, kao ni put opcija, ni ustanova opcionog ugovora nije uređena u pravu Srbije. Opcioni ugovori su bili predviđeni u Skici<sup>49</sup>, redaktori ZOO je nisu prihvatili, pa bi za iznalaženje odgovarajućih pravnih normi kojima se taj ugovor uređuje bila potrebna nova kvalifikacija.<sup>50</sup>

Sušтина opcionog ugovora je da prethodni sporazum stranaka – opcioni ugovor, postaje konačan izjavom volje onoga u čiju je korist opcija ustanovljena. Nije potrebna izjava volje drugog ugovornika, ona je konačno data zaključenjem opcionog ugovora.

Moguća je i hipoteza da put opciju treba kvalifikovati, kada se na nju primenjuje pravo Srbije, kao ugovor (o prodaji udela) zaključen pod odložnim uslovom ili rokom. Po toj hipotezi, ugovarajući put opciju, stranke su postigle saglasnost volja kakva je potrebna za ugovor o prodaji udela, a on će početi da proizvodi dejstva ako se ispune uslovi predviđeni u tom ugovoru ili kad nastupi rok. I toj hipotezi protivureći činjenica da kod put opcije ugovor tek treba zaključiti, potrebne su saglasne izjave volja obe strane.

---

<sup>47</sup> Na istoj liniji je sud: „Tumačenje nejasnih i spornih odredbi sud vrši utvrđujući zajedničku nameru stranaka a „ako to nije moguće tumačenjem u skladu sa osnovnim načelima obligacionog prava.“ – Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 710/2006 od 22. juna 2006.

<sup>48</sup> Tako u Arbitraži prema LCIA arbitražnim pravilima, broj predmeta 183866 iz 2019. godine i tamo navedena pravna mišljenja (neobjavljeno, autor je imao uvid u spise).

<sup>49</sup> Skica, čl. 30.

<sup>50</sup> Opcioni ugovori su prihvaćeni u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije, čl. 189, *Branich* 3/2018.

Najviše argumenata ima za tezu da je u pitanju predugovor.<sup>51</sup> Ako je taj predugovor punovažan, ako, između ostalog, sadrži sve bitne elemente budućeg glavnog odnosno konačnog ugovora (Hiber 2018, 62–64)<sup>52</sup>, stvoriće obavezu na zaključenje tog ugovora, baš kao što put opcija stvara obavezu da se ugovor o prodaji udela zaključi. Hipoteza za dalju analizu je, dakle, da je put opcija predugovor, a da je ugovor o prenosu udela glavni, konačni ugovor.

Prema odredbama Zakona o privrednim društvima, predviđeno je da se „udeo (se) prenosi ugovorom u pisanoj formi sa overenim potpisima prenosioca i sticaoca“.<sup>53</sup> Prema Zakonu o obligacionim odnosima, predugovor se zaključuje u formi glavnog ugovora.<sup>54</sup> Zakonom je predviđeno i da „zahtev zakona da ugovor bude zaključen u određenoj formi važi i za sve buduće izmene ili dopune ugovora“.<sup>55</sup> U jednom arbitražnom predmetu, u kome je ugovorena put opcija i pravo Srbije kao merodavno, bilo je sporno da li izmena klauzule o put opciji, činjena bez forme javne isprave (overe potpisa), proizvodi pravna dejstva. Konačna arbitražna odluka u tom predmetu nije doneta, stranke su se poravnale, ali se čini da bi suprotan stav značio izbegavanje imperativne norme srpskog prava.<sup>56</sup>

Sporno može biti i da li je forma poštovana kada je ova klauzula ugovorena kao deo ugovora o osnivanju privrednog društva, pa taj ugovor, kao osnivački akt, bude menjan u proceduri koja je u skladu sa članom 12 ZPD, dakle tako što ugovornici – osnivači potpišu odluku o izmenama i dopunama pri čemu potpise nisu overili, kao što je to učinjeno pri zaključenju ugovora, a uz pripremu prečišćenog teksta dokumenta koji je potpisao zakonski zastupnik društva. Pri tome učinjena promena nije podlegala registraciji. Forma za promenu osnivačkog akta je zadovoljena, ali novi akt nije u formi koja se traži

---

<sup>51</sup> ZOO, čl. 45, st. 1: „Predugovor je takav ugovor kojim se preuzima obaveza da se docnije zaključi drugi glavni ugovor.“

<sup>52</sup> ZOO, čl. 45, st. 3. Fleksibilnija je Skica, čl. 29, st. 4 i 5. „Pravi predugovor je onaj koji obuhvata sve elemente budućeg ugovora, i za konačnu konsekvencu može imati da će se na osnovu presude koja obavezuje na njegovo zaključenje ‘smatrati kao zaključenje glavnog ugovora’, a kada ih nema nastaće samo obaveza na naknadu štete.“

<sup>53</sup> ZPD, čl. 175, st. 1.

<sup>54</sup> ZOO, čl. 45, st. 2.

<sup>55</sup> ZOO, čl. 67, st. 2.

<sup>56</sup> Arbitration under LCIA Arbitration Rules, Case No 183866. Videti i Presudu Privrednog apelacionog suda Pž 8426/15 od 15. avgusta 2016. (portal *Ing Pro, Paragraf Lex*): „Zakon o privrednim društvima ne propisuje posebne razloge za ništavost ugovora o prenosu udela, zbog čega se ništavost tog ugovora može ceniti samo na osnovu Zakona o obligacionim odnosima“, iz čega bi proizašlo da bi takva izmena ugovora bila ništava.

za put opciju. Ovde se problem komplikuje i rešenje zavisi od odgovora na pitanje da li je izmenama i izdavanjem prečišćenog teksta ugovora prethodni ugovor ugašen uz istovremeno zaključenje novog, kada bi zaključak bio da forma predugovora nije poštovana. Koliko nam je poznato, praksa se o tome još nije izjasnila.

### 3.3.2. *Representations and Warranties*

Izjave i garancije (*Representations and Warranties*) je (su) ustanova(e)<sup>57</sup> koje poreklo takođe imaju u anglosaksonskom pravu i koje su ušle u međunarodnu, pa i našu ugovornu praksu, pre svega kod ugovora o prenosu udela. Reč je o ugovornoj klauzuli u kojoj prodavac izjavom tvrdi da postoje određene činjenice relevantne za ugovor odnosno transakciju ili obećava da je navedeno u izjavi tačno. Ako se ispostavi da je izjava netačna, da garantovanog nema, uslediće pravne posledice, naknada štete ili/i raskid ugovora.<sup>58</sup> Uz *Representations and Warranties* u ugovornoj praksi se često ugovara i visina naknade štete, na način sličan jednoj ustanovi anglosaksonskog prava – *Liquidated damages*, ali i *Pauschalierter Shadensersatz* u nemačkom pravu (Hiber, Živković 2015, 451–452).<sup>59</sup>

Problem kvalifikacije se kod izjava i garancija ne postavlja na tako oštar način kao kod put opcije. U pravnim tekstovima kod nas o tome objavljenim ne dovodi se u pitanje stav da je najpribližnija ustanova domaćeg prava na koju treba referisati u ovom slučaju odgovornost za materijalne (ili pravne) nedostatke stvari (Veličković 2018, 486; Mišković 2019, 347–348). Nadalje, doktrina (videti, na primer, Vasiljević 2019, 259) smatra da se na prenos udela sa naknadom primenjuju pravila ZOO o ugovorima kojima se prenos vrši (prodaja poklon...), uključujući ona o skrivenim manama i evikciji.<sup>60</sup> To uostalom proizilazi i iz člana 121 ZOO kojim se predviđa primena tih pravila na sve ugovore sa naknadom. Drugačiju kvalifikaciju, po svemu sudeći, ima u vidu Jovanović (2018, 86), koji smatra da je pogrešno prikazivanje, *misrepresentation*, „vrlo slično prevari“.

---

<sup>57</sup> Videti stav da li su pitanju jedna ili dve ustanove u Mišković 2019, 338.

<sup>58</sup> Pravno je pitanje da li je u pitanju sankcija za povredu izjave, deliktna odgovornost zbog lažne izjave ili pak za povredu ugovorne obaveze, dakle ugovorna odgovornost – videti o postojanju te razlike u Mišković 2019, 338. O posledicama pogrešnog prikazivanja u Jovanović 2018, 88–89.

<sup>59</sup> Nemački Građanski zakonik, izmena iz 2002. godine, čl. 309, st. 1, t. 5. Videti i Medicus 2002, 217.

<sup>60</sup> Videti i presudu Privrednog apelacionog suda Pž 8426/15, citiranu u fusnoti 55.

U praksi se postavilo pitanje da li u pravilima o odgovornosti za materijalne ili pravne nedostatke stvari iz ZOO ima imperativnih pravila i da li se ona moraju poštovati. To pitanje ima posebnu dimenziju zbog činjenice da se za te ugovore često ugovara nadležnost arbitraže koje imaju sedište u inostranstvu. Evo kako je praksa na to odgovarala.

U jednom predmetu stranke su, naime, ugovorile da kupac udela prava iz izjave može koristiti u opštem roku zastarelosti a izvršiti notifikaciju, obavestiti drugu stranu čim je to razumno izvodljivo. Garancija se odnosila na tačnost finansijskih izveštaja – kupac je tvrdio da je i cena udela ugovorena na osnovu tih izveštaja. Ispostavilo se da je finansijski izveštaj netačan i da je u bilansu stanja jedno pravo prodavca iskazano kao nematerijalno dobro određene vrednosti, a da je kao obligaciono pravo trebalo da bude iskazano u dugovima. Tačnost ili netačnost, odnosno postojanje nedostatka za problem u pitanju nije relevantna. Kupac je, naime, duže vreme nakon zaključenja transakcije, pa i duže vreme nakon što je iz revizije sačinjene od međunarodno priznatog revizora za to saznao, prijavio nedostatak, a zatim podneo tužbu.

Tuženi je tvrdio da se na izjavu primenjuju pravila o materijalnim nedostacima stvari, među kojima je i odredba člana 482, stav 1 ZOO koja je imperativne prirode: kupac je dužan *pod pretnjom gubitka prava* da u roku od osam dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja, obavesti prodavca o nedostatku. U prilog tvrdnji da je ta norma imperativna tuženi se pozvao i na tumačenje člana 500 ZOO, po kome kupac koji je blagovremeno obavestio prodavca o nedostatku gubi prava po osnovu nedostatka u objektivnom roku od jedne godine. Dakle, prava po osnovu nedostatka ima, pa ih može prekluzijom izgubiti, samo kupac koji je izvršio blagovremeno obaveštavanje. Zbog toga je predložio da zahtev tužioca zbog neblagovremenosti reklamacije bude odbijen. Takvo stanovište je branjeno u našoj doktrini: „Rok za stavljanje prigovora za materijalne nedostatke po svojoj pravnoj prirodi je prekluzivan, te kupac gubi prava koja ima prema prodavcu ako prigovore ne stavi blagovremeno i uredno“ (Vasiljević 2001, 540).<sup>61</sup>

Arbitraža se nije složila sa tim shvatanjem. Ne ulazeći u posebnu argumentaciju, u odluci je navedeno da je srpsko ugovorno pravo zasnovano na principu slobode ugovaranja<sup>62</sup>, ona nije u ovom članu izričito isključena, pa su prema tome stranke mogle da ugovore i duži rok. Dodatno, u sledećem stavu zakona stoji da stranke mogu da ugovore duži rok u odnosu na

<sup>61</sup> Pravilo o obavezi obaveštavanja „bez odlaganja“ preuzeto iz švajcarskog Zakonika o obligacijama, čl. 201, st. 1, i tamo se tumači kao *odmah*, izuzev jednog *kratkog* roka koji je potreban da se reaguje. O strogosti tog roka videti u Venturi 2003, 1082. Posledica propuštanja je da će se smatrati da je pribavilac prihvatio stvar sa nedostatkom.

<sup>62</sup> Tako neobjavljena Odluka ICC Case No. 23237/MHM International Chamber of Commerce, autor je imao uvid u odluku.

objektivni rok od šest meseci u kome skriveni nedostatak treba da se pokaže. U ugovoru koji je bio u pitanju rok za notifikaciju je produžen tako što je rečeno da treba da bude učinjena čim je to razumno izvodljivo (*as soon as reasonably practicable*). U konkretnom slučaju, za grešku u finansijskom izveštaju kupac je saznao u februaru, a obaveštenje je poslao krajem novembra iste godine!

Ovako shvatanje je teško braniti. Tačno je da je sloboda ugovaranja, time i dispozitivnost normi zakona izuzetak, ali je izuzetak moguć. Prema članu 20 ZOO, pokazano je, izuzetak treba da proizilazi iz pojedine odredbe zakona, dakle njenog teksta, njene formulacije ili iz njenog smisla. Način na koji je zakonodavac formulisao tu normu, *dužnost pod pretnjom gubitka prava*, nasuprot mogućnosti ugovaranja dužeg roka kod objektivnog roka u kome skriveni nedostatak može da se pokaže, argumenti su da se odredba člana 482, stav 1 tumači kao imperativna. Takvom tumačenju vodi i njen smisao. „Zakonodavac propisuje prekluziju onda kada je posebno važno da posle određenog vremena u pogledu dotične pravne situacije u svakom slučaju nastupi izvesnost, pa zato ne postoji ni prekid ni zastoj roka, a sud po službenoj dužnosti vodi računa o tome da li je rok istekao“ (Vodinelic 2012, 526). Arbitraža je, smatramo, pogrešila.

U primeni ustanova *Representations and Varanties* koje su unete u ugovor za koje merodavno pravo Srbije otvara se još jedno pitanje, postavljeno, inače u istom predmetu. Te izjave obično prati u ugovoru utvrđen iznos naknade štete koji će se za slučaj prekršaja izjave dugovati. Dakle, druga strana ne mora da dokazuje da li je i koliko je štetu pretrpela. Postavljeno je pitanje da li je takvo ugovaranje dozvoljeno u pravu Srbije.

Prema ZOO, „punovažna je odredba ugovora kojom se određuje *najviši iznos* naknade, ako tako određeni iznos nije u očiglednoj nesrazmeri sa štetom i ako za određeni slučaj nije šta drugo zakonom određeno“.<sup>63</sup> Ako je ugovoren najviši iznos naknade, to podrazumeva da postojanje i visina štete moraju biti utvrđeni, pa će se dosuditi niža naknada ako je tako ugovoreno. To bi značilo da u našem pravu nije predviđen sporazum o paušalnom obeštećenju, koji je suština anglosaksonske ustanove *liquidated damages*, mada i ona podrazumeva postojanje štete (Treitel 1991, 883), za razliku od čisto kaznene *penalty clause* (Pinto-Monteiro 2015, 726). Takva ustanova postoji i u kontinentalnom pravu, posle izmena zakona u nemačkom, kroz ustanovu *pauschalierter Schadensersatz*<sup>64</sup> (Pinto-Monteiro 731; Hiber, Živković 2015, 450–452 i 460–462). U pravu Srbije, međutim,

<sup>63</sup> ZOO, čl. 265, st. 1.

<sup>64</sup> Videti nemački Građanski zakonik, izmena iz 2002. godine, čl. 309, st. 1, t. 5 i čl. 339 i 343 za ugovornu kaznu i njeno smanjenje.

ustanove poput *liquidated damages* nema. Dugovati određeni iznos zbog neizvršenja ugovorne obaveze, nezavisno od prouzrokovane štete, moguće je ugovoranjem ugovorne kazne, ali ugovaranje *Representations and Warranties* taj smisao nema. Imajući u vidu da su pravila o naknadi štete pretežno imperativna, mogao bi se osporiti stav da je za povredu izjave ili garancije dozvoljeno ugovoriti *liquidated damages*, odnosno unapred utvrđeni iznos koji je nezavisan od postojanja i visine štete.

#### 4. ZAKLJUČAK

Lična *sloboda* dozvoljava svakome da se obaveže (ugovorom) kako želi u granicama javnog poretka (Ghestin, Goubeaux 1977, 82). To je suština slobode ugovaranja. Dokle će se ta sloboda u jednom društvu kretati, zavisi od bitnih političkih i moralnih okolnosti, ali i ekonomskih i društvenih činilaca (Ghestin, Goubeaux 1977, 82). Više nego moralna shvatanja i društveni običaji, zakon je taj koji, prinudnim normama, tu slobodu ograničava.

Pitanje mere u kojoj će zakonodavac intervenisati u sistem ugovornog prava izgrađen na temeljima slobode ugovaranja pitanje je iznalaženja ravnoteže između pomenutih činilaca. Pitanje primene prihvaćenih rešenja moralo bi biti pitanje dobre pravne prakse.

Nema savršene nomotehnike i kada je o tom pitanju reč, zakonodavac je smatrao da je korisno da onima koji ZOO primenjuju dâ uputstvo kako da razlikuju da li je pravilo sadržano u jednoj odredbi zakona prinudno ili ne: to je sadržina člana 20 ZOO. I kao što se mera ograničenja slobode ugovaranja vremenom menjala, pa se jasno uočava razlika između zakona donetih u periodu liberalizma i pojačane državne intervencije, razlika zasigurno postoji i u tumačenju, odnosno primeni prava.

Analizirani slučajevi ukazuju na nužan oprez koji je neophodan da bi se zaključilo da je jedna norma nepodložna drugačijem ugovaranju. Uočena je i suprotna pojava neprihvatanja imperativnog uređenja pojedinih pitanja u srpskom pravu, u arbitražnoj praksi. Za ovo drugo, zaključak je, uzrok leži u pravnotehnički neuspešnom unošenju stranih, pre svega anglosaksonskih pravnih ustanova u našu ugovornu praksu. Uslovi privrednog života mogu učiniti njihovo prihvatanje nužnim, ali to treba činiti mnogo pažljivije u pravnom smislu, preciznim i potpunim ugovornim regulisanjem, kako bi se umanjila mogućnost pogrešnog tumačenja prava Srbije, kada se ono kao okruženje tih adoptiranih ustanova ima primeniti.

## LITERATURA

- [1] Đorđević, Živomir, Vladan Stanković. 1987. *Obligaciono pravo*. 5. izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
- [2] Gams, Andrija. 1977. *Uvod u građansko pravo*. 9. izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
- [3] Grane, Brian A. (editor in chief). 2001. *Black's Law Dictionary*. 7<sup>th</sup> edition. St. Paul, Minn: West.
- [4] Ghestin, Jacques, Gilles Goubeaux. 1977. *Traité de Droit civil. Introduction général*. Paris: LGDJ.
- [5] Ghestin, Jacques, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet. 2013. *La formation du Contrat*. Tome I. Paris: LGDJ.
- [6] Guillod, Olivier. 2003. Des obligations résultant d'un contrat. *Commentaire romand, Code des obligations*. Tome III. Edité par Luc Thevenoz, Franz Werro. Tome II. Genève: Schulthess.
- [7] Hiber, Dragor. 1991. *Zabluda pri zaključenju ugovora*. Neobjavljeni rukopis doktorske disertacije. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [8] Hiber, Dragor, Miloš Živković. 2015. *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [9] Hiber, Dragor. 3/2018. Predugovor obezbeđen kaparom kod ugovora o prometu nepokretnosti u pravu Srbije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 57–87.
- [10] Jelčić, Olga. 12/1988. Odnos između predugovora i ugovora o opciji. *Pravni život* 38: 1499–1512.
- [11] Jovanović, Nebojša. 2018. *Ključne razlike engleskog i srpskog ugovornog prava*. 2. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [12] Konstantinović, Mihailo. [1969]1996. *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, ponovljeno izdanje, Beograd: Službeni list SRJ.
- [13] Konstantinović, Mihailo. [1957] 3–4/1982. Zabranjeni ugovori o trgovini. Reprint. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 549–558.
- [14] Marković, Lazar. 1997. *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.
- [15] Marošćuk, Luka. 2015. *Ugovor o raspolaganju udelom u društvu sa ograničenom odgovornošću*. Neobjavljeni rukopis master rada. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.



- [16] Medicus, Dieter. 2002. *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*. 13. Auflage. München: C.H.Beck.
- [17] Mišković, Petar. 4–5/2019. Izjave i garancije u ugovorima o prodaji udela – pojam i problematika u srpskom pravu. *Pravo i privreda* 57: 335–351.
- [18] Patarin, Jean. 1954. *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*. Paris: Dalloz.
- [19] Perović, Slobodan. 1975. *Zabranjeni ugovori*. Beograd: Službeni list SFRJ.
- [20] Perović, Slobodan. 1990. *Obligaciono pravo I*. Beograd 1990: Službeni list SFRJ.
- [21] Pinto-Monteiro, António. 2015. La clause pénal en Europe. *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI siècle*. Paris: L.G.D.J.
- [22] Radišić, Jakov. 2004. *Obligaciono pravo, opšti deo*. 7. izdanje. Beograd: Nomos.
- [23] Ranouil, Veronique. 1980. *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*. Paris: P.U.F.
- [24] Ripert, George, Jean Boulanger. 1957. *Traité de droit civil : d'après le traité de Planiol. Tome II*. Tome II. Paris: L.G.D.J.
- [25] Rouhette, Georges. 1965. *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*. Paris: [s.n.].
- [26] Treitel, Guenter H. 1991. *The Law of Contract*. 8<sup>th</sup> edition. London: Sweet & Maxwell.
- [27] Vasiljević, Mirko. 2019. *Kompanijsko pravo. Pravo privrednih društava*. 11. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [28] Vasiljević, Mirko. 2001. *Poslovno pravo*. Beograd: Udruženje pravnikâ u privredi SR Jugoslavije.
- [29] Veličković, Jovana. 4–6/2018. Arbitražni sporazum kod ugovora o prodaji udela – tri (sporna) pitanja u vezi punovažnosti sporazuma. *Pravo i privreda* 56: 485–500.
- [30] Venturi, Silvio. 2003. De la vente et de l'échange. *Commentaire romand, Code des obligations, Tome III*, Luc Thévenoz, Franz Werro (éds.). Genève-Bâle-Munich: Helbing & Lichtenhahn.

- [31] Vodinelić, Vladimir V. 2012. *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
- [32] Živković, Miloš. 2/2018. O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije. *Bankarstvo* 47: 14–48.

## **Dragor HIBER, PhD**

Professor (retired), University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

### **MANDATORY RULES IN RECENT SERBIAN JURISPRUDENCE AND CONTRACTUAL PRACTICE**

#### Summary

Freedom of contract and non-mandatory statutory rules are characteristics of the law on contracts. Mandatory provisions are exceptional and their violation leads to the invalidity of contract and other consequences. Freedom of contract assumes that the rules are non-mandatory, while the exception is to be determined. In a number of cases jurisprudence wavered, and the courts tend to defend their position that a rule is mandatory by invoking the unacceptable position that the statute has not explicitly allowed different contracting. By contrast, Anglo-Saxon legal institutions *representations and warranties* and *put option* are often incorporated in international agreements in which Serbia's law is accepted as applicable, especially in agreements on the sale of shares in limited liability companies. In such cases the jurisprudence is not always willing to recognise and apply mandatory provisions of Serbia's law. In the paper the examples of such practice are subject to a critical analysis.

**Key words:** *Freedom of contract. – Mandatory rules. – Assumption of non-mandatoriness. – Abandonment of the assumption of non-mandatoriness in jurisprudence. – Local mandatory rules and institutions transplanted from foreign law.*

Article history:

Received: 7. 10. 2022.

Accepted: 12. 12. 2022.