

Др Драгор ХИБЕР*

ПРИНУДНИ ПРОПИСИ У НОВИЈОЈ ДОМАЋОЈ СУДСКОЈ И УГОВОРНОЈ ПРАКСИ

Слобода уговарања и диспозитивне норме закона карактеристичне су за уговорно право. Императивне су изузетак и њихово кршење води неважности уговора или другим последицама. Отуда је у сваком конкретном случају битно утврдити да ли је норма уговорног права коју треба применити диспозитивна или императивна. У складу са слободом уговарања, у закону се полази од претпоставке да су норме диспозитивне, изузетак треба утврдити. У појединим случајевима пракса се колебала, а судови су став да су у питању императивне норме бранили неприхватљивим аргументом да законом није изричито дозвољено другачије уговарање. Супротно, у поједине међународне уговоре, за које је као меродавно уговорено право Србије, нарочито о продаји удела у привредном друштву, све чешиће се уносе установе које потичу из англосаксонског права, Representations and Warranties и Put option. Практика тада није увек спремна да препозна и примени императивне норме српског права. У чланку се критички анализирају примери такве праксе.

Кључне речи: Слобода уговарања. – Императивне норме. – Претпоставка диспозитивности. – Напуштање претпоставке диспозитивности у судској пракси. – Домаће императивне норме и преузете установе страног права.

* Редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, hiber@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

У опусу Михаила Константиновића постоји један чланак (Константиновић [1957] 1982, 549–556), на први поглед, бар судећи по апаратури и методологији, без нарочито високих научних амбиција, писан као практичан одговор на дилеме о једном важном питању у ондашњој судској и привредној пракси – 1957. године, у време када се привреда тек ослобађала планског и административног режима. Анализирајући ставове судова и оскудне доктрине која их је пратила, понудио је одговоре на конкретна питања далекосежне по свом домету. Нека од решења које је тада изнео ушла су доцније у његово животно дело – Скицу.¹

Пошавши од начела слободе уговарања, Константиновић је најпре поставио питање да ли кршење сваке забране, сваке императивне норме којом се регулише уговор доводи до тога да уговор буде ништав. Који је домет различитих административних санкција које се за повреду забрана у уговарању прописују? Стоје ли оне у односу на ништавост уговора као основну грађанскоправну санкцију у кумулативном односу, да ли је суд дужан да констатује ништавост уговора када год није поштована нека забрана при уговарању, па, на пример, и она за коју је прописана новчана казна, или је однос алтернативан, административна санкција је и прописана да сачува уговор уз кажњавање онога ко је забрану прекршио. У крајњој линији, како се примећује, ако је уговор ништав, њега нема, *ex tunc*, па нема ни правног дејства због кога је административном казном запређено.

Наравно, у праву као и у животу не мора бити или/или, па Константиновић уочава и средња решења (Константиновић [1957] 1982, 555–556).

У том чланку Константиновић испитује последице чињенице да су странке уговарајући изашле из зоне слободе уговарања и уговориле насупротив некој принудној норми закона, забрани. Централно питање текста који следи јесте како једну правну норму квалификовати (препознати) као императивну. Закон о облигационим односима² који је,

¹ Михаило Константиновић. [1969] 1996. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима* (даље: *Скица*).

² Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ* 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ, 31/1993 и *Службени лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља.

када је реч о начелу слободе уговарања, њеним границама и последицама повреда, углавном пратио решења *Скице*, садржи једну одредбу какве у Скици нема, којом се утврђује принцип диспозитивности норми тог закона, али указује и на постојање императивних норми као изузетка; императивност треба да произилази из саме одредбе закона или из њеног смисла.³

У овом тексту ћемо настојати да утврдимо значење и домет те норме и њену практичну примену ставивши је у контекст начела слободе уговарања.

2. СЛОБОДА УГОВАРАЊА, ИМПЕРАТИВНЕ НОРМЕ И НАЧИН ЊИХОВОГ ПРЕПОЗНАВАЊА

2.1. Слобода уговарања и њена ограничења

Уговор је сагласност воља два или више лица којом се постиже неко правно дејство (уместо многих, Перовић 1990, 151). Таква, класична, уобичајена дефиниција уговора се означава и као *функционална* (Ghestin, Loiseau, Serinet 2013, 41), у немачкој литератури се наводи и да је у питању правно технички или природни појам уговора (према Радишић 2004, 71), или се каже, идући за Келзенем, да је у питању уговор – правна чињеница (Хибер 1991, 41). За тако посматран појам уговора одређујући, уједно и неопходан елемент, јесте постојање сагласности воља, чињеница да је уговор творевина воља странака. Сам појам сагласности воља био је предмет теоријске критике, која је довела у питање и њену саму одрживост као правног појма. Критике су круну доживеле у често цитираној докторској дисертацији Руета, који је снажном аргументацијом негирао конзистентност и правну релевантност тог појма, показавши, с једне стране, да свака сагласност воља није уговор⁴, да јој може недостајати обавезност која потиче из објективног права. С друге стране, он указује и на то да и када су изјаве воља сагласне, подударне, с обзиром на супротне интересне позиције странака, ту сагласност може бити само привидна; Рует је то илустровао реченицом коју је узео за мото одговарајућег дела студије, наводећи речи Шекспировог јунака: „Каква дивна сагласности постоји између мог рођака

³ 300, чл. 20.

⁴ Гестен Руетов закључак илуструје реченицом из тезе: „...сагласност двојице да иду на финале тениског турнира на Ролан-Гаросу не значи да су закључили уговор“ (Ghestin, Loiseau, Serinet 2013, 43).

Шарла VIII и мене. Обојица хоћемо исту ствар – Милано“ – Сфорца, пред битку њих двојице за Милано (Rouhette 1965, 378). Доведена је у сумњу сама улога воље у настанку уговора (уместо других, приказ Хибер 1991, 46), па је друга половина XX века била време рађања антиволунтаристичких, најчешће нормативистичких теорија о уговору. Прихватање неизбежности улоге воље у појму уговора је ипак преживело. Како пише један аутор, критикујући одбацивање улоге воље, „волунтаризам не може да одговори на сву комплексност чињеница које представљају уговор, али једно пренаглашено и поједностављено одбацивање сваког волунтаризма одговара на то још мање“ (Patarin 1954, 8). Према речима другог, „несумњиво је да аутономија воље остаје један од основних концепата цивилне доктрине“ (Ranouil 1980, 193).

Схватање уговора као акта воље за последицу има чињеницу да је том појму иманентна слобода уговарања – то је први корак ка ближем одређењу теме овога уратка. Уговор подразумева да је правни систем дозволио субјектима права да регулишу међусобне односе изјавама својих воља, тако да те изјаве воље производе правна дејства, што у облигационом праву значи настанак, промену или престанак облигационих права и обавеза. Константиновић је Скицу започео одредбом: „Стране уговорнице су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и морала, да своје односе уреде по својој вољи.“⁵

У доктрини се слобода уговарања понекад истиче као посебно начело облигационог или уговорног права (на пример, Ђорђевић, Станковић 1987, 187–188) или као елемент ширег начела аутономије воље (тако Ripert, Boulanger 1957, 7; аутори у теорији аутономије воље виде философски оквир, а у начелу слободе уговарања техничко правило). У сваком случају, слобода уговарања (аутономија воље) одређује се као елемент метода регулисања у грађанском праву (на пример, Водинелић 2012, 38; Гамс 1977, 39). Слобода уговарања је карактеристична за грађанско и уже облигационо право и њој одговарају *диспозитивне* норме закона као облик или метод уређења правних односа (Марковић 1997, 199; Водинелић 2012, 38).

⁵ Скица, чл. 1, ст. 1. Исто чл. 10 300, једино што је у важећој верзији реч „морала“ из Скице замењена изразом „добри обичаји“. Упоредити швајцарски Законик о облигацијама, чл. 19, ст. 1: „Предмет уговора може бити слободно уређен у границама закона. – Закон искључује споразуме страна само када постоје прописи принудног карактера или када би одступање од њиховог текста било противно добрим обичајима, јавном поретку или правима везаним за личност.“ У сва три текста обједињено се регулишу слобода уговарања и њене границе. Како се наводи у швајцарској доктрини, слобода уговарања је елемент основног права на самоодређење инхерентно човеку (Guillod 2003, 122–123).

Уговор се, с друге стране, дефинише и као правни однос, *ius vinculum* који по објективном праву из изјава воља настаје (Хибер 1991, 41; Радишић 2004, 71), дакле као правна норма која важи за странке (Ghestin, Loiseau, Serinet 2013, 49). Валтазар Богишић је то исказао сентенцом: „Разговор је разговор а уговор је странкама закон.“⁶ Право, држава гарантује правну снагу обавезама које уговор рађа. Наравно да право не може стати иза сваке сагласности воља странака. У хијерархији извора права уговор је најнижи. Самим тим, да би важио, уговор мора бити по својој садржини, у најширем смислу те речи, сагласан објективном праву.

Тако се долази до појма ограничења слободе уговарања. Правни систем поставља границе аутономији воље странака. Насупрот диспозитивних правних норми, којима законодавац обликује, дозвољава слободу уговарања, њене границе се остварују *императивним нормама*, али и правилима која потичу из других нормативних система, из морала, обичаја. Овај текст се обраћа принудним правилима садржаним у правним прописима.

2.2. Диспозитивне и императивне норме у уговорном праву у 300

Појам уговора ослања се на слободу уговарања, а слобода уговарања се остварује диспозитивним нормама закона. За разлику од Скице, која слободу уговарања и њена ограничења уређује на једном месту, у цитираном члану 1, 300, на први поглед правило, слично оном из Скице и садржано у члану 10 Закона, понавља, прописујући: „Стране могу свој облигациони однос уредити другчије него што је овим законом одређено...“⁷

Диспозитивне норме су дакле правило, за одредбе 300 се претпоставља да су диспозитивне.

Када законодавац одступа од слободе уговарања, он то чини принудним, императивним нормама. Дакле, императивне норме, неименоване у тексту закона су изузетак: „...ако из *поједине* одредбе овог закона или из њеног смисла не произилази шта друго“.⁸

⁶ Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 1007. Исто чл. 1, ст. 3 *Скице*. „Уговор везује стране уговорнице као закон.“

⁷ 300, чл. 20.

⁸ *Ibid.*

Ово лаконски изражено правило захтева извесна појашњења.

Може се приметити да циљ, тиме и предмет регулисања код те одредбе није исти као код оне којом се регулишу слобода уговарања (аутономија воље) и њене границе. Док ова друга говори о садржини уговора и слободи странака у њеном обликовању, правило из члана 20 300 у суштини описује правна средства, правну технику којом се та садржина изражава, настојећи да утврди кључ препознавања карактера норме, односно критеријум за изналагање одговора на питање да ли једно правило закона допушта или не допушта другачије уговарање, да ли диспозитивно или императивно. У Скицу Константиновић такву одредбу није унео.

У суштини, дакле, реч је о специфичном правилу тумачења, квалификације једне норме. Законодавац, дакле, унапред допушта да за неку норму може бити нејасно да ли је диспозитивна или принудна и одређује правило тумачења. Колико оно, такво какво је, врши такву функцију преиспитиваће се, на примерима, у овом тексту. Пре тога, још неколико начелних напомена.

Прво, 300 говори о изузецима од диспозитивности који се налазе у овом закону. Један уговорни однос може, међутим, бити уређен и неким другим прописом, законом или подзаконским актом чија је примена обавезна. Такав *lex specialis* по правилу не искључује примену 300 на питања која њиме нису регулисана. Правило о односу између диспозитивних и императивних норми требало би да важи и тада. Другим речима, на поједине уговоре који нису уређени 300 или нису у потпуности уређени и предмет су регулативе неког другог посебног закона, примениће се императивне норме тог закона, али и императивне норме 300 у питањима која тај закон не дотиче, док ће у односу на остало важити начело слободе уговарања. Тако је низ питања која се односе на уговор о промету непокретности уређен императивним нормама Закона о промету непокретности,⁹ али ће се применити и императивна правила 300, па и неког трећег закона, на пример, о способности уговарања.¹⁰

Друго, изузетно, на један уговорни однос регулисан Законом о облигационим односима може се применити, на поједино питања, на неки сегмент уговора, захваљујући диспозитивности одредаба 300 и на

⁹ Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС* 93/2014, 121/2014 и 6/2014, чл. 5–10 (о праву прече куповине), чл. 11.

¹⁰ 300, чл. 56; Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС* 18/2005, 72/2011 и 6/2015, чл. 64.

основу уговора странака, решење које потиче из страног права. Тада ће се поставити питање (а) примене императивних норми тог страног права као таквог, али и, што је непосредно повезано са темом овог текста, (б) примена императивних норми домаћег права на установу за коју су странке уговориле страно право.

У даљем тексту испитиваће се примена принудне норме коју на уговор треба применити, без обзира на то из ког прописа потиче, ако се на тај уговор генерално примењује 300.

2.3. Опште о садржини императивних норми у уговорном праву

Када законодавац жели да ограничи слободу уговарања, императивна норма којом то чини појављује се у облику *забране* (чешће) или *наредбе*.

Првом се уговорним странама забрањује закључење уговора одређене садржине. Другом се налаже обавезно постојање неког елемента или испуњење неког услова, да би уговор, „закон за стране“, производио правна дејства.

Осим такве диспозиције, забране или налога, императивна норма подразумева и санкцију која ће се применити ако диспозиција не буде поштована. Ако је нема, реч је о препоруци или савету, а не императивној норми.

Непоштовање императивних норми којима се уређује један уговор, уговарање насупрот тим нормама, чини један уговор неважећим, по правилу ништавим¹¹, то је грађанскоправна санкција за кршење забране. За њом могу уследити, а често ће тако и бити, још неке, али као изведене, секундарне, као последице ништавости: повраћај датог¹², накнада штете.¹³ Посебна санкција је уношење обавезне садржине у уговор, нека врста делимичне законске конверзије: „одредбе прописа којим се делимично или у целини, одређује садржина уговора саставни су делови тих уговора, те их употпуњавају или ступају на место

¹¹ Скица, чл. 79, ст. 1: „Забрањени уговори су *ништави*.“; 300, чл. 103, ст. 1: „Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав...“

¹² 300, чл. 104; Скица, чл. 85.

¹³ Скица, чл. 87; 300, чл. 108.

уговорних одредаба које нису у сагласности са њима¹⁴. Могућа је и друга грађанскоправна санкција која је, заправо, модалитет, односно изузетак од правила о неважности уговора, на пример, конвалидација¹⁵ или конверзија.¹⁶ Специфична грађанскоправна санкција је преклузија, губитак (одређених врста – Водинелић 2012, 526) права због њиховог невршења у одређеном року.

Може, међутим, бити предвиђена и нека друга последица, која најчешће долази из јавног права, али тада је реч о кршењу јавноправне норме на које Скица и ЗОО само реферишу.¹⁷ Те друге последице су, по логици ствари, неке јавноправне санкције и могу бити разноврсне. Константиновић их је још 1957. године, набрајајући их, разврстао на следећи начин: „...за случај повреде прописа који забрањују закључивање извесних уговора... долазе, пре свега, разне управне мере, од којих је најблажа привремена забрана обављања одређене трговинске делатности, а најтежа стављање привредне организације под принудну управу... На другом месту, од привредне организације која је радњом учињеном противно одредбама уредбе прибавила себи имовинску корист одузима се целокупан износ тако прибављене користи... најзад предвиђене су и новчане казне разних износа за разне случајеве повреде њених прописа, ... и новчане казне за одговорнолице у привредној организацији“ – у цитирању су изостављена из текста упућења на тада важеће прописе. (Константиновић [1957] 1982, 549–551).

У тексту Константиновић анализира питање актуелно у ондашњој судској пракси: какав однос постоји између грађанскоправне санкције (ништавости) и јавноправне. Како наводи, према једном схватању, ако у пропису у коме је нека забрана предвиђена није истовремено предвиђена и грађанскоправна санкција (ништавост), односно ако и иначе није ништав, без обзира на административну санкцију, уговор је пуноважан и мора се извршити, а одговарајућа казна ће бити изречена и извршена у за то предвиђеном поступку. Према другом мишљењу, чињеница да забрана постоји и да је прекршена довољан је разлог да се третира као забрањен и ништав. Приказујући у време настанка

¹⁴ ЗОО, чл. 27, ст. 2; Скица, чл. 1, ст. 2.

¹⁵ Тако ЗОО, чл. 73.

¹⁶ Скица, чл. 83; ЗОО, чл. 106.

¹⁷ Скица, чл. 79, ст. 2; ЗОО, чл. 103, ст. 1, предвиђају исто: „...ако циљ повређеног забране (у ЗОО ‘повређеног правила’) не упућују на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује шта друго“.

текста актуелну судску праксу, у односу на строго постављено правило о регистрованој делатности привредних друштава¹⁸ односно забрани уговарања ван те делатности, аутор издваја уговоре који би свакако били забрањени, без обзира на то ко их закључи, па су ништави, од оних који су забрањени само за једну страну и најзад оних код којих би административна санкција била циљ забране, на пример, када је реч о новчаној казни коју ће платити онај ко је закључио и извршио из одређеног разлога забрањен уговор; нека од решења у уоченом валеру случаја Константиновић је унео у Скицу и касније су ушла у ЗОО.¹⁹ Из формулације тих одредаба, једнако из Скице и Закона, произилази да се ништавост и друга (административна) санкција налазе у алтернативном односу, и то као правило (ништавост) и изузетак; сходно језичком тумачењу одредаба могуће је и другачије, дакле кумулативна примена обе врсте санкција ако сам закон на то изричито упућује.

Ако странке прекрше какву забрану предвиђену императивним нормама закона, уговор ће као забрањен бити ништав. Када се императивном нормом не забрањује већ наређује, обавезује на постојање одређеног елемента или услова уговора, непоштовање ће такође довести до тога да уговор не производи правна дејства, неки ће рећи да буде такође ништав, а неки ће у овом случају видети тзв. непостојећи уговор.²⁰ Илустрација за то су формални уговори. Када закон, ЗОО или неки други, налаже да уговор буде закључен у одређеној форми „уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство...“²¹; слична је и за изостанак сагласности дате заступнику правног лица да закључи неки уговор када се та сагласност захтева.²²

¹⁸ Уредба о трговинској делатности и трговинским предузећима и радњама од 23. децембра 1953, пречишћен текст *Службеног листа ФНРЈ* 37/1955.

¹⁹ Видети када је закључење уговора забрањено само једној страни: Скица, чл. 79, ст. 3; ЗОО, чл. 103, ст. 2, за другу санкцију на коју упућује циљ забране или је одређује закон: Скица, чл. 79, ст. 2; ЗОО чл. 103, ст. 1.

²⁰ Видети у прилог прихватању појма непостојећих уговора у закључку студије Доловић 2021, 237–239.

²¹ ЗОО, чл. 70, ст. 1.

²² ЗОО, чл. 55, ст. 4. Супр. за заступање привредних друштава чл. 33, ст. 2 Закона о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС* 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021.

2.4. О проблему препознавања императивних норми и правној пракси

Једна потпуна императивна норма уговорног права подразумевала би прописивање и диспозиције и санкције. На пример: „Она (уговорна обавеза) мора бити могућа, допуштена и одређена односно одредива. – Кад је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив, уговор је ништав.“²³ Та недвосмислена правна техника, међутим, чинила би законски текст компликованим и преопширним. Често би се понављали истоветни искази.

У већини правних система, уз све разлике у појмовима, односно изразима који се користе,²⁴ па и у нашем, прихвата се систем у коме су постављене опште границе слободи уговарања: „Стране уговорнице су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и морала, да своје односе уреде по својој вољи“, како стоји у цитираном члану 1 Скице. У сваком конкретном случају треба, дакле, да се утврди да ли је уговорено противно тим границама.²⁵ Ако се нађе да је неки елемент уговора несагласан са границама слободе уговарања предвиђеним у 300, односно противан принудном пропису, јавном поретку или добрим обичајима, констатоваће се да је ништав.

У случају који је тема овог текста то значи да треба утврдити да је неки елемент противан принудном пропису, забрањен. Када законодавац поставља неку посебну забрану, када се не задовољава општом границом слободе уговарања, прописујући је, најчешће ће употребити напред приказану потпуну формулу, унеће у текст закона и диспозицију и санкцију. На пример: „Одредба уговора о ограничењу или искључењу одговорности за недостатке ствари ништава је ако је недостатак био познат продавцу, а он о њему није обавестио купца, као и кад је продавац

²³ 300, чл. 46, ст. 2 и 4.

²⁴ Видети за упоредноправни приказ система Перовић 1975, 21–37. Видети, на пример, швајцарски Законик о облигацијама 1911, чл. 19, ст. 1, француски Грађански законик 1804, чл. 1102/2, немачки Грађански законик 1896, § 138, румунски Грађански законик 2009, чл. 11 (законици су цитирани по стању на дан 15. октобра 2022).

²⁵ У Скици и 300 се предвиђа да начин на који су странке уредиле своје односе мора бити у постављеним општим границама слободе уговарања. Швајцарски Законик о облигацијама каже да предмет уговора мора бити у границама закона (чл. 19, ст. 1), односно да ће бити ништав ако је тај предмет нешто што је немогуће, незаконито или противно обичајима (чл. 20, ст. 1). Пракса је протумачила те одредбе на најшири начин, не везујући их стриктно за особине предмета. Тако Guillod (2000, 127–128).

наметнуо ту одредбу користећи свој посебан монополски положај.²⁶ Често је и без спомињања санкције јасно да је у питању забрана изречена императивном нормом и да је последица супротног уговарања ништавост. На пример: „Уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе.“²⁷ Јасно је да ако уговорници поступе супротно, крше забрану из принудног прописа и да следи ништавост таквог уговарања као последица. Слично може бити и када је реч о наредби, а не забрани. На пример: „Уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен у писменој форми, под претњом ништавости.“²⁸

Често закон и јасно одређује да је одредба диспозитивна, отклањајући сваку забуну, најчешће речима „ако није шта друго уговорено“, „кад није другачије одређено уговором“. На пример: „Трошкове предаје, као и оне који јој претходе, сноси продавац, а трошкове одношења ствари и све остале трошкове после предаје сноси купац, ако није шта друго уговорено.“²⁹ Одредба је јасна, али се тој, иначе честој законској техници може приговорити да је напомена о могућности другачијег уговарања у законском тексту сувишна, да се претпоставља да је могуће другачије уговорити, па зато може навести на (погрешну) идеју да је могуће тумачењем путем *argumentum a contrario*, ако нема таквог исказа, закључити да другачије уговарање није дозвољено, што пракси није страно, као што ћемо даље показати.

У неким случајевима се, међутим, из „слова“ закона, из употребљених речи односно реченица, не може *prima facie*, без остатка утврдити да ли је норма диспозитивна или императивна. На пример: „Оставопримац је дужан вратити ствар чим је оставодавац затражи и то са свим плодовима или другим користима од ствари.“³⁰ Или: „Закуподавац је дужан одржавати ствар у исправном стању за време трајања закупа и ради тога вршити потребне оправке на њој.“³¹ Могу ли странке уговорити да, на пример, оставопримац има право да задржи плодове ствари дате у оставу или да ће купац а не закуподавац бити дужан да закупљену ствар одржава и да сноси све трошкове оправки?

²⁶ 300, чл. 486, ст. 2.

²⁷ 300, чл. 270, ст. 3.

²⁸ 300, чл. 455.

²⁹ 300, чл. 474.

³⁰ 300, чл. 718, ст. 1.

³¹ 300, чл. 570, ст. 1.

То је извор за могуће проблеме у тумачењу. У сваком конкретном случају, ако сумња постоји, треба утврдити да ли је једна норма, садржана у неком пропису који се на уговор примењује, диспозитивна или императивна. Законодавац је, на супрот Скице (и решења у упоредном праву), у цитираном члану 20 300 дао индикативну одредбу, упућујући будуће уговорнике, Суд или другог ко уговор тумачи на текст уговора, али и смисао неке одредбе као основ да се утврди да је она императивна или диспозитивна.

3. ПРЕПОЗНАВАЊЕ ИМПЕРАТИВНИХ И ДИСПОЗИТИВНИХ НОРМИ У ПРАВНОЈ ПРАКСИ

3.1. Правило тумачења из члана 20 300

То правило би било исказ без превеликог значаја да му намена није да олакша тумачење односно квалификацију једне норме као диспозитивне или императивне и као такво је на први поглед једноставно: претпоставља се да су норме уговорног права диспозитивне. Да би се закључило да је једна норма императивна, треба наћи довољне аргументе за одступање од диспозитивности.

Последњих година у правној пракси, судској и уговорној, пажњу јавности су изазвали неки случајеви због начина на који је правна норма протумачена и дат јој императивни или диспозитивни карактер. Тенденције у пракси које се могу уочити основ су за питања дубљег значења.

Такви случајеви, односно тумачења ужи су предмет овог уратка.

3.2. Ширење квалификације норми као императивних у судској пракси

У нашој судској пракси има случајева у којима је недоумица судова да ли да једну правну норму квалификују као диспозитивну или императивну очигледна: различити судови, различитих нивоа, у релативно кратком временском периоду, на основу сличног чињеничног стања, квалификовали су је различито. Биће приказана два таква случаја која се чине посебно интересантним и за будућност важним.

3.2.1. Дозвољеност уговарања накнаде трошкова обраде кредита

То питање је недавно привукло пажњу не само правничке јавности. Праћено је са много страсти, уз јавне протесте и навијачки приступ, ставови су понекад брањени псеудоправним аргументима. За овај текст нису од значаја сви аргументи који се могу изнети у прилог једног или другог одговора на питање да ли је банкама било дозвољено или није да уговарају накнаду трошкова обраде кредита. О томе је, између осталог, написано више текстова у нашој правној периодици. За предмет овог написа битно је једно уже питање: да ли је правило члана 1065 300 (повезано са оним из чл. 1066, ст. 2 300) диспозитивно, па странке могу уговорати другачије или, прецизније, преко онога шта у њему пише, или је пак императивно, па се странке могу кретати само у оквиру у њему садржаног. Судови су на то питање одговарали различито па и међусобно супротно.

Аналитички приказ кретања ставова судова о томе постоји у нашој литератури (Живковић 2018, 22–24), овде наводимо само одлуке значајне за постављено питање.

Прву судску одлуку у којој се суд позвао на квалификацију правила садржаног у члану 1065 300 донео је Врховни суд Србије 2000. године³² и њоме је поништио уговорну одредбу о плаћању накнаде трошкова обраде кредита у процентуалном износу од износа одобреног кредита. Суд се позвао на став да је такво уговарање супротно 300³³ у којем је утврђено да банка има право на повраћај главнице и камату, а не и на (процентуално утврђене) трошкове. Такав став Суда је у доцнијој судској пракси напуштен, па су судови дозвољавали да се накнада тих трошкова уговори, да је дозвољена. Чини се да је првобитно заузет став о забрани таквог уговарања узрокован проценом да је уговарањем накнаде тих трошкова заправо повишена каматна стопа, тим пре што су обрачунавани периодично и процентуално. Вероватно да је суд имао на располагању мање спорне разлоге да дође до истог циља уместо изабраног ограничења слободе уговарања.

³² Решење Врховног суда Србије Прев. 295/99 од 19. јануара 2000.

³³ 300, чл. 1065: „Уговором о кредиту банка се обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором.“

Тој одлуци супротну судску праксу најбоље илуструје пресуда Привредног апелационог суда из 2013. године у чијем се образложењу јасно истиче став о питању (не)императивности одредбе о појму уговора о кредиту: „Чињеница да у специјалним одредбама које регулишу уговор о кредиту 300, те у Закону о банкама, није изричито законом предвиђено право банке да приликом пласмана новчаних средстава кроз уговор о кредиту, од корисника кредита наплаћује и накнаде за трошкове свог пословања, не значи да је уговарање оваквих врста накнаде забрањено.“³⁴ Суд је, даље, идеји да је у питању императивна норма и да је стога такво уговарање забрањено супротставио начело аутономије воље из члана 10 300 на основу којег је уговорник банка слободна да, осим камате, уговори и други облик накнаде који би платио корисник кредита.

Уследио је нови преокрет започет једном одлуком Врховног касационог суда³⁵, који је укинуо одлуке нижих судова којима је одбијен захтев за утврђивање ништавости уговорене обавезе на плаћање трошкова обраде кредита. У образложењу суд је довео у питање њихов став да је та накнада део цене уговора (кредита) који може да буде уговорен одвојено и преко камате.

За тему овог рада није од значаја преостала аргументација која је у бројним споровима и начелним схватањима изношена и у стручној публицистици, али и у медијима, а која се односи на заштиту потрошача финансијских услуга, равноправност странака и слично. Овде је кључно питање да ли је одредба закона којом се дефинишу битни елементи једног уговора, у овом случају о кредиту, императивна на начин да је странкама забрањено да уговоре другачије, посебно да додају још неки елемент. Намеће се негативан одговор на постављено питање. Како је истакнуто, објективно битни елементи уговора које законодавац наводи само идентификују уговор и упућују на диспозитивна правила која ће на тај уговор бити примењена. Није тешко сложити се са аутором који налази да „поред објективно битних елемената, начело слободе уговарања дозвољава странама да, у оквиру принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја уговоре и бројне друге одредбе“ (Живковић 2018, 30), мада се мање слажемо са његовим покушајем да ублажи оцену става суда прихваћеног у тој одлуци. Суд је пресудио, поништио је уговор, па не стоји да се није „децидно изјаснио, поменувши само да ‘за сада’ не може да прихвати закључак нижих судова да

³⁴ Привредни апелациони суд Пж. 2603/2013 од 25. септембра 2013, наведено према Живковић 2018, 24.

³⁵ Врховни касациони суд, Рев. 1655/2017 од 1. новембра 2017.

се ради о делу цене уговора“. Напротив, суд се, поништивши пресуде нижих судова које су од тога пошле, сасвим децидно изјаснио, а да ли је то „за сада“ или ће се убудуће изјаснити другачије, исказ је коме нема места у судској одлуци.

Судови су пропуштали да примене члан 20 300. Када су бранили став да је спорно уговарање дозвољено, аргумент је био начело слободе уговарања (аутономије воље) из члана 10 300 и непостојање изричите забране у 300 и другим прописима. Када су тврдили да је забрањено, изношена је тврдња да такво уговарање није изричито дозвољено. У бити, слобода уговарања се претпоставља, а из смисла члана 1065 300 који су анализирали не произилази другачије. Штавише, одредба члана 1066 који каже да странке уговором о кредиту уређују и „услове давања, коришћења и враћања кредита“ указује на то да је простор слободе уговарања отворен.

3.2.2. Да ли је одредба о обавези враћања двоструке капаре императивна

Законом о облигационим односима је, уређујући последице неизвршења уговора у случају да је у тренутку његовог закључења једна страна дала другој капару па је за неизвршење крива страна која је капару примила, прописано: „Ако је за неизвршење крива страна која је примила капару, друга страна може, по свом избору, тражити извршење уговора, ако је то још могуће, или тражити накнаду штете и враћање капаре, или тражити враћање удвојене капаре.“³⁶

Регулишући капару као одустаницу, у закону се каже: „У овом случају, ако одустане страна која је дала капару, она је губи, а ако одустане страна која је капару примила, она је удвојено враћа.“³⁷

У судској пракси је постављено питање диспозитивности правила да је прималац капаре за случај да је крив за неизвршење обавезе свакако дужан да врати двоструку капару или је могуће уговорити да врати само оно што је примио. То питање се поставља и када је уговорена капара као одустаница.

У једном случају који је већ коментарисан (Хибер 2018, 80–82), странке су капаром обезбедиле предуговор о продаји непокретности, уговоривши капару као одустаницу. У корист продавца, који је примио капару, уговорено је да је може задржати ако купац одустане од угово-

³⁶ 300, чл. 80, ст. 2.

³⁷ 300, чл. 83, ст. 2.

ра, а ако продавац одустане од продаје, вратио би капару али не у двоструком износу већ онолико колико је примио. Продавац је одустао од уговора понудивши враћање (једноструке) капаре. Уследила је тужба купца који је тражио двоструку капару, како је то законом предвиђено, а не како је уговорено.

Првостепени суд је тужбу одбио, нашавши да су одредбе о капари диспозитивног карактера³⁸, да су странке могле и јесу уговориле другачије. Привредни апелациони суд као другостепени ту је одлуку преиначио усвојивши тужбени захтев.³⁹ За тему овог написа је битан став из образложења да су одредбе о капари делом допунско-диспозитивне, делом императивне природе а да су одредбе о капари као одустаници императивне, па није било дозвољено уговорити повраћај једноструке капаре. Према мишљењу другостепеног суда, императивност произилази из чињенице да се „самом нормом не предвиђа њена примена на случајеве када странке нешто друго нису уговориле“. Суд је заузео став да би било противно начелу равноправности странака, начелу савесности и поштења и начелу забране злоупотребе права уговорити различито за једну и другу страну. У овом случају, бранећи императивност једне норме закона, другостепени суд заузима крајње неприхватљив став да је за тумачење једне норме као диспозитивне неопходно да закон изричито дозволи другачије уговарање. На први поглед је видљиво да је тај став противан логици уговорног права. Диспозитивност се претпоставља, императивност треба да буде изричито одређена неком одредбом закона или да се да утврдити анализом смисла те одредбе. Позивање на начела облигационог права чијом се применом брани став о императивном карактеру тумаченог правила не може бити оправдано. Ако суд налази да је уговарањем неко од тих начела повређено, морао се на то и позвати, утврдивши ту повреду и позвавши се на законске санкције за ту повреду, и утврдити да је њена последица неважност уговора.⁴⁰

Ни у том случају закон није изричито забранио уговарање враћања само једноструке капаре од примаоца. Штавише, за ту обавезу постоји алтернатива са правом избора странке која није крива за неизвршење уговора. И по изричитом тексту закона она може тражити враћање

³⁸ Пресуда Привредног суда у Крагујевцу ЗП230/16 од 22. априла 2016.

³⁹ Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 4443/16 од 16. септембра 2017.

⁴⁰ Суд је у том случају ишао и даље, па је, уместо уговореног, када је утврдио да такво уговарање није дозвољено, нашао да се има применити правило из наводно императивне норме аналогно чл. 27, ст. 2 ЗОО.

једноструке капаре и накнаду штете. У сваком случају, и овде аргумент да другачије уговарање није законом изричито дозвољено угрожава нормално функционисање права.

3.3. Уговорене установе страног права и императивне норме домаћег права

Ако се у судској пракси домаћих судова може уочити тенденција ширења квалификовања норми уговорног права као императивних, када се домаће право примењује у комбинацији са установама страног, постоје услови да квалификацијом једне норме као диспозитивне наступи супротан процес, тиме и заобилажење императивних норми права Србије.

Имамо у виду ситуацију у којој уговорне стране, по правилу домаћа и страна, подвргну свој уговор домаћем праву, али уговоре, за неко, поједино питање установу страног права.⁴¹ Такво уговарање се последњих година најчешће јавља код уговора у привреди и, уже, код уговора о преносу удела у друштвима са ограниченом одговорношћу. Само по себи такво уговарање не мора бити недозвољено, али се проблеми могу појавити у примени права. Уговарајући установе које не постоје у праву Србије, странке у пракси, наиме, не реферишу на одређено право, право неке државе или какав међународни мултилатерални уговор. У уговор се уноси установа као таква, на првом месту називом, а затим се уговара конкретна садржина, обликује конкретан посао.

Две најчешће овако „позајмљене“ установе су *Representations and Warranties* (најчешће се преводи као *изјаве* и *гаранције* (Величковић 2018, 486; Мишковић 2019, 337, док Јовановић 2018, 86, говори о приказивању односно погрешном приказивању) и *Put option* (понуђени превод је *опција продаје* – Марштук 2015, 88).

⁴¹ Неће бити анализирани неке друге правне ситуације у истој области, на пример, примена принудне норме страног права од домаћег суда или могућност уговарања страног права када је неко питање у домаћем предмет императивне норме. То су питања сукоба закона и предмет су међународног приватног права.

Када странке уговоре једну од тих установа⁴², ако се појави какво спорно питање, нешто што није уређено одредбама уговора, нема диспозитивних одредаба неког закона које би се могле применити, нема ни одређеног права које би се могло применити. Реч је о установама које имају порекло у неким, најчешће англосаксонским правним системима; не само да се они међусобно разликују⁴³ већ ниједно конкретно право није уговорено. Није могуће непосредно применити ни диспозитивне норме домаћег права, тих установа у домаћем праву нема. Сложеним поступком квалификације треба утврдити установу домаћег права, као најприближнију, чија примена долази у обзир, а тада ће се поставити додатно питање морају ли се поштовати императивне норме домаћег права којима се та установа регулише. Следи последње, опште питање: идентификовати једну норму домаћег права као диспозитивну или императивну. Судска и арбитражна пракса су се сусретале са тим питањима. Илустроваћемо правац којим су тражиле одговоре на две споменуте установе.

3.3.1. *Put option*

Put option (Agreement) је установа која би се могла елементарно дефинисати као уговор⁴⁴ који овлашћује једног члана привредног друштва да по унапред у том уговору утврђеној цени прода, односно да од другог уговорника захтева да купи удео у друштву са ограниченом одговорношћу (Garner 2001, 1128).⁴⁵ Реч опција у називу те установе

⁴² „Финансијски извештаји друштва су у свим значајним деловима састављени у складу са прописима који су важили у време њиховог састављања и садрже тачан и правичан преглед финансијског стања пословања друштва, његовог профита и губитака за финансијску годину за коју су састављени.“ Овај стандардан пример за изјаву наведен је према Мишковић 2019, 340. Ево примера за пут опцију, из текста уговора који је предмет судског спора: „У случају наступања следећих догађаја, у зависности од тога који наступи први [...] мањински чланови ће стећи право да своје уделе понуде на продају Друштву или већинском члану, а друштво или члан ће бити дужни да те уделе купе. Цена удела у том случају биће утврђена у складу са прилогом 1.“

⁴³ Видети разлику између изјава и гаранција у америчком и британском праву у Мишковић 2019, 338.

⁴⁴ Замислимо је да пут опција буде уговорена као самосталан уговор, а природно је да буде део уговора чланова, јер у суштини регулише њихов однос, мада се дешава да буде садржан и у оснивачком уговору. Али увек задржава своју самосталност.

⁴⁵ Насупрот те установе стоји установа *Call option*, која представља право већинског члана друштва да по унапред утврђеној цени откупи удео мањинског. Упоредити Garner 2001, 112.

не треба, бар не унапред, мешати са истим изразом у нашем праву. Како пише један аутор, „...појам опције означава право одређене особе да својом једностраном изјавом воље упућеној другој одређеној особи изазове перфектуирање неког привредног обвезног уговора или одређеном уговору промени садржај“ (Јелчић 1988, 1505).

Право Србије не познаје пут опцију, не спомиње се под тим или другим именом ни у ЗОО ни у ЗПД, али то само по себи не значи да је такво уговарање забрањено; ЗПД ово предвиђа не само кроз опште начело слободе уговарања већ и изричито: „Пренос удела је слободан, осим ако је овим законом или оснивачким актом другачије одређено.“⁴⁶ Међутим, за питања која нису изричито уговорена позвати се у рубруму члана уговора или на други начин на пут опцију значи само ставити етикету, без садржине. Да би се проверила конкретна дозвољеност уговореног, да би се попуниле правне празнине применом диспозитивних норми, неопходно је тумачењем уговореног извршити *квалификацију*, односно утврдити о каквом је уговору реч, која је његова правна природа, тиме и која се правила домаћег права на њега могу применити. Ова претходна квалификација, одређивање врсте уговора, правно је питање (Перовић 1990, 368). Као са сваким тумачењем, ако се заједничка воља странака не може из употребљених речи несумњиво утврдити, тумачиће се „ослонцем на низ других објективних критеријума, углавном повезаних са начелима облигационог права: да странке слободно уговарају али у границама норми и добрих обичаја, чл. 10 и 21 ЗОО, да су при уговарању равноправне, чл. 11 ЗОО, да се код двостраних уговора придржавају начела једнаких вредности својих чинидби, чл. 15 ЗОО (Водинелић 2012, 183).⁴⁷ Следи, наравно, поређење са постојећим установама ЗОО.

У квалификовању пут опције, вероватно и због самог назива, прва могућност одређивања врсте и природе таквог споразума је тврдња да је у питању опциони уговор. То схватање је брањено у пракси.⁴⁸ Против говори чињеница да таква квалификација не би, сама по себи, по-

⁴⁶ ЗПД, чл. 160.

⁴⁷ На истој линији је суд: „Тумачење нејасних и спорних одредби суд врши утврђујући заједничку намеру странака а ако то није могуће тумачењем у складу са основним начелима облигационог права.“ – Решење Вишег трговинског суда, Пж. 710/2006 од 22. јуна 2006.

⁴⁸ Тако у Арбитражи према LCIA арбитражним правилима, број предмета 183866 из 2019. године и тамо наведена правна мишљења (необјављено, аутор је имао увид у списе).

могла у примени права. Наиме, као ни пут опција, ни установа опционог уговора није уређена у праву Србије. Опциони уговори су били предвиђени у Скици⁴⁹, редактори ЗОО је нису прихватили, па би за изналагање одговарајућих правних норми којима се тај уговор уређује била потребна нова квалификација.⁵⁰

Суштина опционог уговора је да претходни споразум странака – опциони уговор, постаје коначан изјавом воље онога у чију је корист опција установљена. Није потребна изјава воље другог уговорника, она је коначно дата закључењем опционог уговора.

Могућа је и хипотеза да пут опцију треба квалификовати, када се на њу примењује право Србије, као уговор (о продаји удела) закључен под одложним условом или роком. По тој хипотези, уговарајући пут опцију, странке су постигле сагласност воља каква је потребна за уговор о продаји удела, а он ће почети да производи дејства ако се испуне услови предвиђени у том уговору или кад наступи рок. И тој хипотези противуречи чињеница да код пут опције уговор тек треба закључити, потребне су сагласне изјаве воља обе стране.

Највише аргумената има за тезу да је у питању предуговор.⁵¹ Ако је тај предуговор пуноважан, ако, између осталог, садржи све битне елементе будућег главног односно коначног уговора (Хибер 2018, 62–64)⁵², створиће обавезу на закључење тог уговора, баш као што пут опција ствара обавезу да се уговор о продаји удела закључи. Хипотеза за даљу анализу је, дакле, да је пут опција предуговор, а да је уговор о преносу удела главни, коначни уговор.

Према одредбама Закона о привредним друштвима, предвиђено је да се „удео (се) преноси уговором у писаној форми са овереним потписима преносиоца и стицаоца“.⁵³ Према Закону о облигационим односима, предуговор се закључује у форми главног уговора.⁵⁴ Законом је

⁴⁹ Скица, чл. 30.

⁵⁰ Опциони уговори су прихваћени у Преднацрту грађанског законика Републике Србије, чл. 189, *Бранич 3/2018*.

⁵¹ ЗОО, чл. 45, ст. 1: „Предуговор је такав уговор којим се предузима обавеза да се доцније закључи други главни уговор.“

⁵² ЗОО, чл. 45, ст. 3. Флексибилнија је Скица, чл. 29, ст. 4 и 5. „Прави предуговор је онај који обухвата све елементе будућег уговора, и за коначну консеквенцу може имати да ће се на основу пресуде која обавезује на његово закључење ‘сматрати као закључење главног уговора’, а када их нема настаће само обавеза на накнаду штете.“

⁵³ ЗПД, чл. 175, ст. 1.

⁵⁴ ЗОО, чл. 45, ст. 2.

предвиђено и да „захтев закона да уговор буде закључен у одређеној форми важи и за све будуће измене или допуне уговора“.⁵⁵ У једном арбитражном предмету, у коме је уговорена пут опција и право Србије као меродавно, било је спорно да ли измена клаузуле о пут опцији, чињена без форме јавне исправе (овере потписа), производи правна дејства. Коначна арбитражна одлука у том предмету није донета, странке су се поравнале, али се чини да би супротан став значио избегавање императивне норме српског права.⁵⁶

Спорно може бити и да ли је форма поштована када је ова клаузула уговорена као део уговора о оснивању привредног друштва, па тај уговор, као оснивачки акт, буде мењан у процедури која је у складу са чланом 12 ЗПД, дакле тако што уговорници – оснивачи потпишу одлуку о изменама и допунама при чему потписе нису оверили, као што је то учињено при закључењу уговора, а уз припрему пречишћеног текста документа који је потписао законски заступник друштва. При томе учињена промена није подлежала регистрацији. Форма за промену оснивачког акта је задовољена, али нови акт није у форми која се тражи за пут опцију. Овде се проблем компликује и решење зависи од одговора на питање да ли је изменама и издавањем пречишћеног текста уговора претходни уговор угашен уз истовремено закључење новог, када би закључак био да форма предуговора није поштована. Колико нам је познато, пракса се о томе још није изјаснила.

3.3.2. *Representations and Warranties*

Изјаве и гаранције (*Representations and Warranties*) је (cy) установа(e)⁵⁷ које порекло такође имају у англосаксонском праву и које су ушле у међународну, па и нашу уговорну праксу, пре свега код уговора о преносу удела. Реч је о уговорној клаузули у којој продавац изјавом тврди да постоје одређене чињенице релевантне за уговор односно трансакцију или обећава да је наведено у изјави тачно. Ако се испостави да је изјава нетачна, да гарантованог нема, уследиће правне последице, накна-

⁵⁵ 300, чл. 67, ст. 2.

⁵⁶ Arbitration under LCIA Arbitration Rules, Case No 183866. Видети и Пресуду Привредног апелационог суда Пж 8426/15 од 15. августа 2016. (портал *Ing Pro, Paragraf Lex*): „Закон о привредним друштвима не прописује посебне разлоге за ништавост уговора о преносу удела, због чега се ништавост тог уговора може ценити само на основу Закона о облигационим односима“, из чега би произашло да би таква измена уговора била ништава.

⁵⁷ Видети став да ли су питању једна или две установе у Мишковић 2019, 338.

да штете или/и раскид уговора.⁵⁸ Уз *Representations and Warranties* у уговорној пракси се често уговара и висина накнаде штете, на начин сличан једној установи англосаксонског права – *Liquidated damages*, али и *Pauschalierter Shadenersatz* у немачком праву (Хибер, Живковић 2015, 451–452).⁵⁹

Проблем квалификације се код изјава и гаранција не поставља на тако оштар начин као код пут опције. У правним текстовима код нас о томе објављеним не доводи се у питање став да је најприближнија установа домаћег права на коју треба реферисати у овом случају одговорност за материјалне (или правне) недостатке ствари (Величковић 2018, 486; Мишковић 2019, 347–348). Надаље, доктрина (видети, на пример, Васиљевић 2019, 259) сматра да се на пренос удела са накнадом примењују правила 300 о уговорима којима се пренос врши (продаја поклон...), укључујући она о скривеним манама и евикцији.⁶⁰ То уосталом произилази и из члана 121 300 којим се предвиђа примена тих правила на све уговоре са накнадом. Другачију квалификацију, по свему судећи, има у виду Јовановић (2018, 86), који сматра да је погрешно приказивање, *misrepresentation*, „врло слично превари“.

У пракси се поставило питање да ли у правилима о одговорности за материјалне или правне недостатке ствари из 300 има императивних правила и да ли се она морају поштовати. То питање има посебну димензију због чињенице да се за те уговоре често уговара надлежност арбитраже које имају седиште у иностранству. Ево како је пракса на то одговарала.

У једном предмету странке су, наиме, уговориле да купац удела права из изјаве може користити у општем року застарелости а извршити нотификацију, обавестити другу страну чим је то разумно изводљиво. Гаранција се односила на тачност финансијских извештаја – купац је тврдио да је и цена удела уговорена на основу тих извештаја. Испоставило се да је финансијски извештај нетачан и да је у билансу стања једно право продавца исказано као нематеријално добро одређене вредности, а да је као облигационо право требало да буде исказано

⁵⁸ Правно је питање да ли је у питању санкција за повреду изјаве, деликтна одговорност због лажне изјаве или пак за повреду уговорне обавезе, дакле уговорна одговорност – видети о постојању те разлике у Мишковић 2019, 338. О последицама погрешног приказивања у Јовановић 2018, 88–89.

⁵⁹ Немачки Грађански законик, измена из 2002. године, чл. 309, ст. 1, т. 5. Видети и Medicus 2002, 217.

⁶⁰ Видети и пресуду Привредног апелационог суда Пж 8426/15, цитирану у фусноти 55.

у дуговима. Тачност или нетачност, односно постојање недостатка за проблем у питању није релевантна. Купац је, наиме, дуже време након закључења трансакције, па и дуже време након што је из ревизије сачињене од међународно признатог ревизора за то сазнао, пријавио недостатак, а затим поднео тужбу.

Тужени је тврдио да се на изјаву примењују правила о материјалним недостацима ствари, међу којима је и одредба члана 482, став 1 300 која је императивне природе: купац је дужан *под претњом губитка права* да у року од осам дана, а код уговора у привреди без одлагања, обавести продавца о недостатку. У прилог тврдњи да је та норма императивна тужени се позвао и на тумачење члана 500 300, по коме купац који је благовремено обавестио продавца о недостатку губи права по основу недостатка у објективном року од једне године. Дакле, права по основу недостатка има, па их може преклузијом изгубити, само купац који је извршио благовремено обавештавање. Због тога је предложио да захтев тужиоца због неблаговремености рекламације буде одбијен. Такво становиште је брањено у нашој доктрини: „Рок за стављање приговора за материјалне недостатке по својој правној природи је преклузиван, те купац губи права која има према продавцу ако приговоре не стави благовремено и уредно“ (Васиљевић 2001, 540).⁶¹

Арбитража се није сложила са тим схватањем. Не улазећи у посебну аргументацију, у одлуци је наведено да је српско уговорно право засновано на принципу слободе уговарања⁶², она није у овом члану изричито искључена, па су према томе странке могле да уговоре и дужи рок. Додатно, у следећем ставу закона стоји да странке могу да уговоре дужи рок у односу на објективни рок од шест месеци у коме скривени недостатак треба да се покаже. У уговору који је био у питању рок за нотификацију је продужен тако што је речено да треба да буде учињена чим је то разумно изводљиво (*as soon as reasonably practicable*). У конкретном случају, за грешку у финансијском извештају купац је сазнао у фебруару, а обавештење је послао крајем новембра исте године!

⁶¹ Правило о обавези обавештавања „без одлагања“ преузето из швајцарског Законика о облигацијама, чл. 201, ст. 1, и тамо се тумачи као *одмах*, изузев једног *кратког* рока који је потребан да се реагује. О строгости тог рока види у Venturi 2003, 1082. Последица пропуштања је да ће се сматрати да је прибавилац прихватио ствар са недостатком.

⁶² Тако необјављена Одлука ICC Case No. 23237/MHM International Chamber of Commerce, аутор је имао увид у одлуку.

Овако схватање је тешко бранити. Тачно је да је слобода уговарања, тиме и диспозитивност норми закона изузетак, али је изузетак могућ. Према члану 20 300, показано је, изузетак треба да произилази из поједине одредбе закона, дакле њеног текста, њене формулације или из њеног смисла. Начин на који је законодавац формулисао ту норму, *дужност под претњом губитка права*, насупрот могућности уговарања дужег рока код објективног рока у коме скривени недостатак може да се покаже, аргументи су да се одредба члана 482, став 1 тумачи као императивна. Таквом тумачењу води и њен смисао. „Законодавац прописује преклузију онда када је посебно важно да после одређеног времена у погледу дотичне правне ситуације у сваком случају наступи извесност, па зато не постоји ни прекид ни застој рока, а суд по службеној дужности води рачуна о томе да ли је рок истекао“ (Водинелић 2012, 526). Арбитража је, сматрамо, погрешила.

У примени установа *Representations and Varanties* које су унете у уговор за које меродавно право Србије отвора се још једно питање, постављено, иначе у истом предмету. Те изјаве обично прати у уговору утврђен износ накнаде штете који ће се за случај прекршаја изјаве дуговати. Дакле, друга страна не мора да доказује да ли је и колику је штету претрпела. Постављено је питање да ли је такво уговарање дозвољено у праву Србије.

Према 300, „пуноважна је одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом и ако за одређени случај није шта друго законом одређено“.⁶³ Ако је уговорен највиши износ накнаде, то подразумева да постојање и висина штете морају бити утврђени, па ће се досудити нижа накнада ако је тако уговорено. То би значило да у нашем праву није предвиђен споразум о паушалном обештећењу, који је суштина англосаксонске установе *liquidated damages*, мада и она подразумева постојање штете (Treitel 1991, 883), за разлику од чисто казнене *penalty clause* (Pinto-Monteiro 2015, 726). Таква установа постоји и у континенталном праву, после измена закона у немачком, кроз установу *pauschalierter Schadensersatz*⁶⁴ (Pinto-Monteiro 731; Хибер, Живковић 2015, 450–452 и 460–462). У праву Србије, међутим, установе попут *liquidated damages* нема. Дуговати одређени износ због неизвршења уговорне обавезе, независно од проузроковане штете, могуће је уговорањем уговорне казне, али уговарање *Representations and Varanties* тај смисао нема. Имајући у

⁶³ 300, чл. 265, ст. 1.

⁶⁴ Видети немачки Грађански законик, измена из 2002. године, чл. 309, ст. 1, т. 5 и чл. 339 и 343 за уговорну казну и њено смањење.

виду да су правила о накнади штете претежно императивна, могао би се оспорити став да је за повреду изјаве или гаранције дозвољено уговорити *liquidated damages*, односно унапред утврђени износ који је независан од постојања и висине штете.

4. ЗАКЉУЧАК

Лична слобода дозвољава свакоме да се обавезе (уговором) како жели у границама јавног поретка (Ghestin, Goubeaux 1977, 82). То је суштина слободе уговарања. Докле ће се та слобода у једном друштву кретати, зависи од битних политичких и моралних околности, али и економских и друштвених чинилаца (Ghestin, Goubeaux 1977, 82). Више него морална схватања и друштвени обичаји, закон је тај који, принудним нормама, ту слободу ограничава.

Питање мере у којој ће законодавац интервенисати у систем уговорног права изграђен на темељима слободе уговарања питање је изналажења равнотеже између поменутих чинилаца. Питање примене прихваћених решења морало би бити питање добре правне праксе.

Нема савршене номотехнике и када је о том питању реч, законодавац је сматрао да је корисно да онима који 300 примењују да упутство како да разликују да ли је правило садржано у једној одредби закона принудно или не: то је садржина члана 20 300. И као што се мера ограничења слободе уговарања временом мењала, па се јасно уочава разлика између закона донетих у периоду либерализма и појачане државне интервенције, разлика засигурно постоји и у тумачењу, односно примени права.

Анализирани случајеви указују на нужан опрез који је неопходан да би се закључило да је једна норма неподложна другачијем уговарању. Уочена је и супротна појава неприхватања императивног уређења појединих питања у српском праву, у арбитражној пракси. За ово друго, закључак је, узрок лежи у правнотехнички неуспешном уношењу страних, пре свега англосаксонских правних установа у нашу уговорну праксу. Услови привредног живота могу учинити њихово прихватање нужним, али то треба чинити много пажљивије у правном смислу, прецизним и потпуним уговорним регулисањем, како би се умањила могућност погрешног тумачења права Србије, када се оно као окружење тих адоптираних установа има применити.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Ђорђевић, Живомир, Владан Станковић. 1987. *Облигационо право*. 5. издање. Београд: Научна књига.
- [2] Гамс, Андрија. 1977. *Увод у грађанско право*. 9. издање. Београд: Научна књига.
- [3] Grane, Brian A. (editor in chief). 2001. *Black's Law Dictionary*. 7th 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] Хибер, Драгор. 1991. *Заблуда при закључењу уговора*. Необјављени рукопис докторске дисертације. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [8] Хибер, Драгор, Милош Живковић. 2015. *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [9] Хибер, Драгор. 3/2018. Предуговор обезбеђен капаром код уговора о промету непокретности у праву Србије. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 57–87.
- [10] Јелчић, Олга. 12/1988. Однос између предуговора и уговора о опцији. *Правни живот* 38: 1499–1512.
- [11] Јовановић, Небојша. 2018. *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*. 2. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [12] Константиновић, Михаило. [1969]1996. *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, поновљено издање, Београд: Службени лист СРЈ.
- [13] Константиновић, Михаило. [1957] 3–4/1982. Забрањени уговори о трговини. Репринт. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 549–558.
- [14] Марковић, Лазар. 1997. *Облигационо право*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [15] Мароштук, Лука. 2015. *Уговор о располагању уделом у друштву са ограниченом одговорношћу*. Необјављени рукопис мастер рада. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

- [16] Medicus, Dieter. 2002. *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*. 13. Auflage. München: C.H.Beck.
- [17] Мишковић, Петар. 4–5/2019. Изјаве и гаранције у уговорима о продаји удела – појам и проблематика у српском праву. *Право и привреда* 57: 335–351.
- [18] Patarin, Jean. 1954. *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*. Paris: Dalloz.
- [19] Перовић, Слободан. 1975. *Забрањени уговори*. Београд: Службени лист СФРЈ.
- [20] Перовић, Слободан. 1990. *Облигационо право I*. Београд 1990: Службени лист СФРЈ.
- [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] Радишић, Јаков. 2004. *Облигационо право, општи део*. 7. издање. Београд: Номос.
- [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*. 8th edition. London: Sweet & Maxwell.
- [27] Васиљевић, Мирко. 2019. *Компанијско право. Право привредних друштава*. 11. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [28] Васиљевић, Мирко. 2001. *Пословно право*. Београд: Удружење правника у привреди СР Југославије.
- [29] Величковић, Јована. 4–6/2018. Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности споразума. *Право и привреда* 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] Водинелић, Владимир В. 2012. *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
- [32] Живковић, Милош. 2/2018. О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије. *Банкарство* 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.