ANALI
PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

POSEBAN BROJ

U ČAST
PROFESORA

**MIHAILA
KONSTANTINOVIĆA**
/1897 — 1982/

ČASOPIS ZA PRAVNE I DRUŠTVENE NAUKE
BEOGRAD 2022 /POSEBAN BROJ U ČAST PROFESORA MIHAILA KONSTANTINOVIĆA /GODINA LXX

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

UREDNIŠTVO /

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK /

Marija Karanikić Mirić,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

UREDNIK VEB SAJTA /

Boris Begović,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

ČLANOVI REDAKCIJE /

Dušan Popović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija), Bojan Milisavljević (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija), Vojislav Stanimirović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija), Ljubinka Kovačević (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija), Danilo Vuković (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija), Vanja Bajović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija), Svetislav Kostić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija)

ČLANOVI MEĐUNARODNOG UREĐIVAČKOG ODBORA /

Brian Leiter (University of Chicago Law School, USA), Ralf Michaels (Max Planck Institute for Comparative and Int. Private Law, Hamburg, Germany), Herbert Hovenkamp (University of Pennsylvania, USA), Eleanor Fox (New York University School of Law, USA), Yariv Brauner (University of Florida, USA), John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and Int. Private Law, Hamburg, Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of Ljubljana, Slovenia), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and Int. Private Law, Hamburg, Germany), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Slobodan Milačić (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University of Maribor, Slovenia)

SEKRETARI /

Nikola Ilić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija) i Novak Vujičić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija)

TEHNIČKI SEKRETAR /

Milena Mitrović (Institut za međunarodnu politiku i privredu, Srbija)

IZDAVAČ /

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

LEKTOR I KOREKTOR /

Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

TEHNIČKI UREDNIK /

Jovan Đorđević

DIZAJN KORICA /

City Image

SLOG I PRELOM /

DOSIJE STUDIO

ŠTAMPA /

Birograf

TIRAŽ /

300

SEKUNDARNE PUBLIKACIJE U KOJIMA SE INDEKSIRA ČASOPIS /

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO; HeinOnline Law Journal Library; SCIndeks (Srpski citatni indeks); Cobiss; ERIHPLUS

ANALI
PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU
ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

POSEBAN BROJ

U ČAST PROFESORA

MIHAILA KONSTANTINOVIĆA

/1897 — 1982/

ČASOPIS ZA PRAVNE I DRUŠTVENE NAUKE
BEOGRAD 2022 /POSEBAN BROJ U ČAST PROFESORA MIHAILA KONSTANTINOVIĆA /GODINA LXX

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu
Godina LXX, Poseban broj
u čast profesora Mihaila Konstantinovića, str. 1–621

UDC 34/35
ISSN 0003–2565

SADRŽAJ

1 Reč urednika

I ŽIVOTOPIS MIHAILA KONSTANTINOVIĆA

7 Nina Kršljanin
Mihailo Konstantinović (1897–1982): pravnik koji je obeležio jednu epohu

II MIHAILO KONSTANTINOVIĆ – PRAVNIK, KODIFIKATOR, POLITIČAR, UNIVERZITETSKI PROFESOR I OSNIVAČ SPOLJNOTRGOVINSKE ARBITRAŽE

41 Miodrag V. Orlić
Mihailo Konstantinović i preuređenje građanskog prava u srpskom i ranijem jugoslovenskom pravu

79 Zoran S. Mirković
Mihailo Konstantinović o radu na građanskom zakoniku u međuratnoj Jugoslaviji

93 Dragoljub Popović
Federalist Mihailo Konstantinović

117 Tanasije Marinković
Uloga Mihaila Konstantinovića u državnom preuređenju Kraljevine Jugoslavije

139 Dejan Popović
Između ketmana i odbrane univerzitetske profesije: Mihailo Konstantinović u akademskim čistkama četrdesetih godina 20. veka

159 Marko Jovanović
Doprinos Mihaila Konstantinovića modernizaciji jugoslovenske privrede – stvaranje Spoljnotrgovinske arbitraže

III ZNAČAJ PRAVNE MISLI MIHAILA KONSTANTINOVIĆA ZA SAVREMENO PRAVO

1. OPŠTI PRAVNI INSTITUTI

189 **Vladimir V. Vodinelić**
Mihailo Konstantinović o pravu odgovora i zloupotrebi prava odgovora
A kao bonus: moje razumevanje instituta odgovora

2. PORODIČNO, NASLEDNO I STVARNO PRAVO

265 **Marija Draškić**
Teška poremećenost bračnih odnosa kao brakorazvodni uzrok: kreacija profesora Mihaila Konstantinovića

289 **Dejan B. Đurđević**
Normativno uobličavanje ugovora o doživotnom izdržavanju u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije

303 **Katarina Dolović Bojić**
Pravne garancije prava svojine

3. OBLIGACIJE I UGOVORI

325 **Nina Zupan**
Konstantinovićeva koncepcija uređenja zastarelosti: da li su ideje o uticaju vremena u pravu izdržale uticaj vremena na pravo?

355 **Nenad Tešić**
O protivpravnosti cesije u blokadi: prilog teoriji o postojanju zabranjenih ugovora koje ne prati sankcija ništavosti

397 **Marija Karanikić Mirić**
Oslobađajuće „pristupanje" dugu: zaboravljeni institut iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima

421 **Miloš Vukotić**
Obrisi ustanove prebijanja u srpskom pravu

451 **Dragor Hiber**
Prinudni propisi u novijoj domaćoj sudskoj i ugovornoj praksi

479 **Damjan Možina**
Raskid ugovora: Skica i Zakon o obligacionim odnosima

505 **Saša Nikšić**
Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima

535 **Snežana Dabić Nikićević**
O načinu uređenja prekomernog oštećenja u našem pravu i odnosu sa srodnim ustanovama

563 **Nataša Petrović Tomić**
Aktuelnost razlikovanja prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu u delu Mihaila Konstantinovića: klasični instituti i moderno pravo osiguranja

591 **Vladimir Pavić, Miloš Živković**
Ugovor o komisionu – neka otvorena pitanja

VARIA

609 **Uputstvo za autore**

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade
Year LXX, Special issue
dedicated to Professor Mihailo Konstantinović, pp. 1–621

UDC 34/35
ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

1 Editor's Note

I BIOGRAPHY OF MIHAILO KONSTANTINOVIĆ

7 Nina Kršljanin
Mihailo Konstantinović (1897–1982): A Jurist Who Defined an Era

II MIHAILO KONSTANTINOVIĆ – JURIST, CODIFIER, POLITICIAN, UNIVERSITY PROFESSOR, FOUNDER OF THE FOREIGN TRADE COURT OF ARBITRATION IN BELGRADE

41 Miodrag V. Orlić
Mihailo Konstantinović and the Transformation of the Private Law in Serbian and Earlier Yugoslav Law

79 Zoran S. Mirković
Mihailo Konstantinović on Working on the Civil Code in Inter-War Yugoslavia

93 Dragoljub Popović
Federalist Mihailo Konstantinović

117 Tanasije Marinković
The Role of Mihailo Konstantinović in the State Redesigning of the Kingdom of Yugoslavia

139 Dejan Popović
Between Ketman and Defense of the University Profession: Mihailo Konstantinović in the Academic Purges During the 1940s

159 Marko Jovanović
Contribution of Mihailo Konstantinović to the Modernization of the Yugoslav Economy – The Establishment of the Foreign Trade Court of Arbitration

III THE SIGNIFICANCE OF MIHAILO KONSTANTINOVIĆ'S LEGAL THOUGHT FOR CONTEMPORARY LAW

1. GENERAL LEGAL INSTITUTES

189 **Vladimir V. Vodinelić**
Mihailo Konstantinović on Right of Reply and on Abuse of Right of Reply
Bonus: Author's Understanding of Right of Reply

2. FAMILY LAW, LAW OF INHERITANCE, PROPERTY LAW

265 **Marija Draškić**
Divorce of Marriage Due to Severe Deterioration of Marital Relations: The Creation of Professor Mihailo Konstantinović

289 **Dejan B. Đurđević**
Normative Construction of the Life Care Contract in the Draft Code on Obligations and Contracts and in the Predraft of the Civil Code of the Republic of Serbia

303 **Katarina Dolović Bojić**
Legal Guarantees of Ownership

3. OBLIGATIONS AND CONTRACTS

325 **Nina Zupan**
Konstantinović's Concept of Limitation of Claims: Have the Ideas About the Time's Influence on Law Withstood the Influence of Time?

355 **Nenad Tešić**
On Prohibition of Assignment When the Assignor's Account Is Blocked: A Contribution to the Theory on the Existence of Forbidden Contracts That Are Not Sanctioned With Absolute Nullity

397 **Marija Karanikić Mirić**
Liberatory "Accession" to Debt: An Overlooked Institution of the Draft Code on Obligations and Contracts

421 **Miloš Vukotić**
An Outline of the Rules on Set-Off in Serbian Law

451 **Dragor Hiber**
Mandatory Rules in Recent Serbian Jurisprudence and Contractual Practice

479 **Damjan Možina**
Breach of Contract: The Draft Code on Obligations and Contracts and the Law on Obligations

505 **Saša Nikšić**
Liability for Defects in Sale of Things With Digital Elements

535 **Snežana Dabić Nikićević**
Laesio Enormis in Serbian Law and Its Relationship With Other Related Legal Institutes

563 **Nataša Petrović Tomić**
Distinction Between Right to Compensation for Damages and Right to the Insured Amount According to Mihailo Konstantinović: Classic Institutes and Modern Law

591 **Vladimir Pavić, Miloš Živković**
Comission Agency – Certain Open Issues

VARIA

609 **Guidelines for Authors**

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ

REČ UREDNIKA

Ove godine se navršava 125 godina od rođenja i 40 godina od smrti profesora Mihaila Konstantinovića, jednog od osnivača i prvog urednika časopisa *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu.* Ujedno, ovo je sedamdeseta godina redovnog izlaženja Anala. Tim povodom objavljujemo poseban broj časopisa posvećen Mihailu Konstantinoviću – pravniku, kodifikatoru, političaru, univerzitetskom profesoru, osnivaču Spoljnotrgovinske arbitraže u Beogradu, civilisti čija je pravna misao i danas važna za razumevanje mnogih ustanova građanskog prava. Broj i raznovrsnost članaka koji slede svedoče o značaju intelektualne zaostavštine Mihaila Konstantinovića za našu savremenu pravnu kulturu.

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ

EDITOR'S NOTE

This year marks the 125th anniversary of the birth and 40th anniversary of the death of Prof. Mihailo Konstantinović, one of the founders and the first editor of the *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*. It also marks the 70th anniversary of the regular publication of the Annals. On this occasion we are publishing a special issue of the journal, dedicated to Mihailo Konstantinović – jurist, codifier, politician, university professor, founder of the Foreign Trade Court of Arbitration in Belgrade, and civil lawyer whose legal thought to this day remains relevant for understanding the institutions of civil law. The number and diversity of the articles in this issue testify to the significance of Mihailo Konstantinović's intellectual legacy to our contemporary legal culture.

I ŽIVOTOPIS MIHAILA KONSTANTINOVIĆA

/

I BIOGRAPHY OF MIHAILO KONSTANTINOVIĆ

/ČLANCI

UDK 34.08:929 Konstantinović M.

CERIF: H 250, H 300

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK01A

Dr Nina KRŠLJANIN*

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ (1897–1982): PRAVNIK KOJI JE OBELEŽIO JEDNU EPOHU

U članku je dat biografski pregled života i dela Mihaila Konstantinovića, profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i dopisnog člana JAZU. Prikazani su njegovo školovanje, univerzitetska i naučna karijera, politički angažman, rad na zakonodavstvu i u stručnim udruženjima. Autor se osvrće kako na doprinos Mihaila Konstantinovića srpskom zakonodavstvu i pravnoj nauci i priznanja koja je zaslužio, tako i na kontroverze njegovog života i rada, te zaključuje da je detaljnije proučavanje njegovog lika i dela svakako neophodno.

Ključne reči: *Biografija. – Civilistika. – Jugoslavija. – Vlada Kraljevine Jugoslavije. – Zakonodavac.*

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs*.

1. POREKLO I OBRAZOVANJE, PRVI SVETSKI RAT

Mihailo Konstantinović je rođen 10. marta (23. po gregorijanskom kalendaru) 1897. godine u Čačku, kao sedmo od osmoro dete oca Ilije i majke Pave, rođene Ratković. Kršten je 16. marta u Hramu Svetog Vaznesenja u Čačku (u matičnoj knjizi je upisan kao „Mijailo", po dedi po ocu). Roditelji, ranije zemljoradnici u selu Čelice u Sandžaku, izbegli su odande zbog sukoba s Turcima (smatra se da je Ilija Konstantinović odbijao da kuluči nekom lokalnom moćniku) i naselili se u Čačku, gde je Ilija radio kao nadničar, građevinski radnik, a Pava se kao domaćica brinula o kući i deci (Marković, Pavlović 2015; Konstantinović 1998, 7; APF: MK).

Mladi Mihailo je pohađao osnovnu školu i gimnaziju (tada jedine) u Čačku; uprkos siromaštvu, bio je odlikaš. Tek je završio šesti razred gimnazije kada je izbio Prvi svetski rat. Prijavio se dobrovoljno kao bolničar pisar i služio je u Drugoj vojnoj bolnici u Čačku. Kada je došlo do povlačenja, u jesen i zimu 1915. godine, povukao se sa srpskom vojskom na jug, preko Albanije,[1] a u januaru 1916. godine prešao je u Francusku. (Zajedno sa njim taj put je prešao i njegov drug iz gimnazije Božidar Spasović, kasnije lekar i celoživotni prijatelj.) Već u maju stupio je u Srpski univerzitetski bataljon u Žozjeu, gde je proveo trinaest meseci i stekao čin pešadijskog kapetana druge klase. Krajem 1916. godine završio je gimnaziju, jer je đacima izbeglim u Francusku bilo omogućeno da završe školovanje. U junu naredne godine demobilisan je i poslat da upiše Pravni fakultet u Lionu, ali već posle prve godine, u julu 1918. godine, napustio je studije da bi kao dobrovoljac stupio u francusku vojsku. Učestvovao je u borbama na zapadnom frontu u 5, 30. i 254. puku poljske artiljerije, uključujući i Verdensku bitku. Posle demobilizacije, u aprilu 1919. godine, nastavio je trogodišnje studije prava u Lionu i diplomirao 17. jula 1920. godine. Dok je boravio u Francuskoj, redovno se dopisivao sa porodicom u Čačku, naročito sa sestrama (Marković, Pavlović 2015; Marković 2015; APF: MK; In memoriam 1982, 13; Konstantinović 1998, 7; Perović 2006, 9).

Po povratku u Srbiju, ukazom Ministarstva pravde, dobio je posao kao pisar druge klase u Ohridskom prvostepenom sudu, ali je ubrzo dao ostavku jer se ponovo uputio na Pravni fakultet u Lionu, na doktorske studije. Tamo je imao priliku da uči od najvećih stručnjaka svog doba, uključujući i poznatog

[1] Shodno tome, bio je i nosilac Albanske spomenice (Milošević 1982, 12).

civilistu i komparatistu Luja Žosrana (*Louis Josserand*, 1868–1941).[2] Doktorsku disertaciju iz rimskog prava, pod naslovom *Le 'periculum rei venditae' en droit romain*, odbranio je 7. jula 1923. godine (Konstantinovitch 1923).[3] Bila mu je ponuđena i mogućnost da ostane u Lionu i tamo nastavi univerzitetsku karijeru, ali on je želeo da se vrati u Srbiju (Konstantinović 1998, 7; Perović 2006, 9). Osim patriotskih, tome su mogli doprineti i tragični porodični razlozi: 3. jula 1922. godine, dok je boravila sa Mihailom u Lionu, od bolesti je preminula njegova mlađa i najdraža sestra Desanka, a 20. aprila (3. maja) 1923. godine – nedugo pre sinovljeve odbrane doktorata – i majka Pava. Nesporno je da je barem pre Drugog svetskog rata aktivno održavao veze sa Čačkom (Marković, Pavlović 2015, 78–79, 85–87).

2. FAKULTETSKA KARIJERA I RANI NAUČNI RAD

Po povratku u Beograd, u julu 1923. godine, vraćen je na pisarsko radno mesto u Ohridu, ali je već krajem godine izabran za docenta na Pravnom fakultetu u Subotici, na katedru građanskog i međunarodnog privatnog prava: na dužnost je stupio 1. februara 1924. godine. U tom periodu je na subotičkom fakultetu kraće vreme proveo i Đorđe Tasić, koji je o njemu imao „izvanredno mišljenje“ (Kandić 2002, 209) i koji će mu ostati prijatelj i saradnik narednih decenija. Već 21. avgusta 1926. godine Konstantinović je dostigao zvanje

[2] Žosran je bio u dobrim stručnim odnosima i sa beogradskim profesorom Živojinom Perićem, a 1933. godine je, kao dekan Pravnog fakulteta u Lionu, zajedno sa upravnikom Instituta za uporedno pravo Univerziteta u Lionu Eduarom Lamberom (*Édouard Lambert*, 1866–1947), bio predlagač da se Periću dodeli počasni doktorat Univerziteta u Lionu za doprinos nauci uporednog prava (Kršljanin 2020, 211).

[3] Naslov Konstantinovićeve doktorske teze često je prenošen sa manjim ili većim pogreškama u naslovu. Anonimni nekrolog u „Analima Pravnog fakulteta u Beogradu“ iz 1982. godine (In memoriam 1982, 13) i Radomir Konstantinović (1998, 7) navode je kao „*Le periculum rei venditae en droit romain classique*“; Kandić (2002, 209) kao naslov navodi „*Periculum rei venditore – en droit romain*“. O tezi su se mnogi profesori Pravnog fakulteta izjašnjavali veoma pohvalnim rečima: tako Lukić (1982, 5), Đurović (1982, 7), Kandić (2002, 209, 214); doživela je i dva prikaza u francuskim časopisima tog vremena.

vanrednog profesora, a u februaru 1935. godine premešten je na Pravni fakultet u Beogradu,[4] gde je 21. septembra 1937. godine postao redovni profesor[5] (APF: MK; Kandić 2002, 209–210; Konstantinović 1998, 7).

Prema rečima Radomira Lukića (1982, 5), „njegova zaista sjajna predavanja (...) su ostavljala dubok utisak na sve nas ondašnje studente, kao i na njegove kasnije studente sve do odlaska u penziju", a osim usko pravnih znanja (ne samo iz oblasti građanskog prava), Konstantinović je bio poznavalac i drugih društvenih nauka – sociologije, istorije, filozofije – pa i narodnih običaja i seoskog života. Mnogim savremenicima, studentima i kolegama ostao je u sećanju kao čovek široke erudicije, savršenih manira,

[4] O tom premeštaju sačuvan je dopis Savetu Pravnog fakulteta u Beogradu od 15. decembra 1934. godine koji živopisno ilustruje tadašnji fakultetski život. Prvo se ističe kako „Katedra za građansko pravo sa Međunarodnim privatnim pravom pretstavlja ne jednu katedru u uobičajenom smislu te reči već čitav jedan splet nauka, tako da se ona može smatrati skoro kao otsek studija na Pravnom fakultetu". Navodeći dalje kako se građansko pravo vremenom pretvorilo u niz skoro samostalnih pravnih grana, autori dopisa navode predmete koji se predaju (Građansko pravo I, II i III deo i Međunarodno privatno pravo), te broj njihovih časova nedeljno (7, 9, 9 i 5), kojima je sada potrebno dodati i časove na doktorskom kursu, s čime se dolazi do broja od 38 časova nedeljno, što premašuje zakonsko opterećenje postojećih nastavnika na katedri: redovnih profesora Perića i Spasojevića, vanrednog profesora Bartoša i docenta Markovića. Listajući dalje i opterećenje u pogledu broja ispita u poslednjem oktobarskom roku, autori predlažu da se za vanrednog profesora ove katedre izabere Mihailo Konstantinović, vanredni profesor subotičkog Pravnog fakulteta, čije „opšte poznate visoke naučne, nastavničke, moralne i socijalne kvalifikacije (...) nije potrebno ponovno naglašavati". Konačno, bave se i procedurom izbora te naglašavaju da bi nju trebalo završiti u fakultetskom Savetu bez konkursa jer je cilj konkursa „davanje zvanja najdostojnijem", a Konstantinović je već dobio zvanje vanrednog profesora u Subotici, po istim kriterijumima koji se koriste u Beogradu, te je dovoljno glasanje na Fakultetu i Konstantinovićev pisani pristanak „da se ne povredi autonomija fakulteta i lična garantija o nepokretnosti profesora". Posle toga je dovoljno da univerzitetski Senat, kao „prva viša zajednička univerzitetska vlast za oba ova fakulteta" oceni opravdanost premeštaja. Predlog su potpisali Živojin Perić, Dragoljub Aranđelović, Živan Spasojević, Velizar Mitrović, Đorđe Tasić, Relja Popović i Milan Bartoš (APF: MK). Savet je imao neke načelne primedbe na taj predlog – Božidar Marković je bio zabrinut zbog slabljenja subotičkog fakulteta Konstantinovićevim odlaskom, a Dragoslav Janković je istakao da po zakonu ne bi trebalo da bude razlike u izboru u zavisnosti od toga da li kandidat već ima zvanje vanrednog profesora na nekom drugom fakultetu ili ne. Ipak, odluka je uspešno doneta (Kandić 2002, 210).

[5] U kartonu zaposlenog radnika, u arhivi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, verovatno prepisivačkom greškom, pogrešno su navedeni datumi izbora u zvanja vanrednog i redovnog profesora kao 21. jul 1936. i 21. septembar 1939. godine. Iz ostale dokumentacije nesporno proizlaze ispravne godine, koje su i objavljene u biografskoj belešci uz „Politiku sporazuma" (APF: MK, Konstantinović 1998, 7–8).

elegantnog i preciznog jezika (Lukić 1982, 6; Milošević 1982; In memoriam 1982, 14–17; Milojević 2003). Prema studentima se ophodio „istovremeno kao ravnopravnima i onima kojima treba pomoći. To se naročito videlo na ispitima. Prof. Konstantinović je uvek bio ljubazan i na neosetan i blag način pomagao studentu da kaže ono što stvarno zna“ (Lukić 1982, 6). Insistirao je na upotrebi sudske prakse i njenoj obradi pomoću dostignuća savremene pravne nauke u podučavanju, naročito na postdiplomskim studijama, što su naročito cenili njegovi studenti koji su ostali kao nastavnici na fakultetu (In memoriam 1982, 15–16).

Konstantinović je imao i relevantan međunarodni angažman u struci, koji je, verovatno, utabao put i njegovoj kasnijoj političkoj aktivnosti: 1928. godine Ministarstvo inostranih dela poslalo ga je kao delegata na Konferenciju za međunarodno privatno pravo u Hagu, a u periodu od 1936. do 1939. godine bio je pravni savetnik pred Stalnim međunarodnim sudom, pre svega u sporu „Lozinger i komp.“. Krajem 1939. godine učestvovao je na kongresu Međunarodnog instituta za sociologiju u Bukureštu. Ipak, primećeno je da nije naročito često učestvovao na međunarodnim kongresima, već se time primarno bavio profesor Živojin Perić (APF: MK, službenički list; Kandić 2002, 211).

Bio je jedan od članova komisije koja je radila na predlogu Zajedničke uredbe za sve pravne fakultete u zemlji 1937. godine, a zatim je bio predstavnik Pravnog fakulteta u Beogradu u komisiji za redigovanje konačnog teksta Uredbe, u kojoj su učestvovali predstavnici svih pravnih fakulteta. Uredba je doneta 1938. godine, mada nije zaživela u praksi što zbog otpora nekih pravnih fakulteta (naročito zagrebačkog), što zbog izbijanja Drugog svetskog rata (Kandić 2002, 212).

Već u tom periodu, Konstantinović se zanimao za važno pitanje pokušaja kodifikacije građanskog prava u Kraljevini Jugoslaviji, te je njemu posvetio zasebnu raspravu (Konstantinović 1933). Glavno sporno pitanje toga vremena bilo je da li novi građanski zakonik treba da se oslanja na austrijski Građanski zakonik ili u većoj meri na druge, modernije zakonike toga doba (videti detaljnije Mirković 2020). Konstantinović je, međutim, izneo hipotezu da bi najbolje bilo osloniti se na Bogišićev Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, kao mnogo bliži duhu našeg naroda, a proslavljen širom sveta. To nestandardno stanovište nije naišlo na širu podršku i Predosnova je, objavljena naredne godine, ipak bila zasnovana na austrijskom Građanskom zakoniku.[6]

[6] Ipak, neki autori su kasnije Konstantinovićeve ideje smatrali „izvanrednim pravnim argumentima“ (Đurović 1982, 8–9, manje izraženo Kandić 2002, 213).

„Naučno delo prof. Konstantinovića u predratnom periodu po obimu nije veliko, ali je po uticaju na nauku civilnog prava veoma značajno“, ocenila je Ljubica Kandić (2002, 214). Građansko pravo je, razumljivo, bilo fokus njegovog rada. Bavio se pitanjima važnim za praksu, neretko spornim ili problematičnim, počev od položaja žene u građanskom pravu (Konstantinović 1925b), preko naslednog prava (Konstantinović 1930), do pitanja pokretne hipoteke (Konstantinović 1931). Ipak, osim još jednog važnog romanističkog rada o teoriji rizika (Konstantinović 1924), i u drugim tekstovima je pokazivao dobro poznavanje pravne istorije (na primer, Konstantinović 1925a), a tim pre uporednog prava, koje je uočljivo u većini njegovih radova. Osim toga, bavio se i pitanjima iz drugih oblasti prava – na primer, nomotehnikom (Konstantinović 1925c), autorskim pravom (Konstantinović 1928) ili radnim pravom (Konstantinović 1936).[7]

3. POLITIČKI ANGAŽMAN I DRUGI SVETSKI RAT

Tokom 1939. godine, Konstantinović je učestvovao u radu na srpsko-hrvatskom sporazumu, kasnije poznatom po imenima potpisnika kao sporazum Cvetković–Maček. Za taj rad je odlikovan Ordenom Svetog Save prvog reda 1939. i Ordenom Belog orla trećeg reda 1940. godine.[8] I sam je stupio u sastav vlade 26. avgusta 1939. godine, prvo kao ministar bez portfelja, zatim kao ministar pravde. U martu 1941. dao je ostavku, kako sam navodi „zbog neslaganja sa spoljnom politikom vlade“ (APF: MK, Opšti upitnik od 4. decembra 1946). Tokom ministarskog angažmana bio je u svojstvu honorarnog profesora na Pravnom fakultetu (Kandić 2022, 210).

U radu na sporazumu, Konstantinović je, zajedno sa Đorđem Tasićem i Mihailom Ilićem,[9] imao zadatak da nađe pravno prihvatljivo rešenje kojim bi se udovoljilo hrvatskim zahtevima. Cilj je, dakle, bio postavljen odozgo: trebalo je odabrati adekvatna sredstva. Pravnici su se odmah složili da čl. 116. Ustava daje tražene mogućnosti, to jest da predstavlja privremenu – na neki način, probnu – ustavnu reviziju čiji bi konačni efekti bili odloženi do

[7] Detaljniji pregled Konstantinovićevih predratnih radova videti u Kandić (2002, 214–216) i Pajić (2015).

[8] Oba ordena potiču još iz Kraljevine Srbije: uveo ih je kralj Milan 1883. godine. Oba su imala pet stepena (Ristić *et al.* 2016, 10).

[9] Konstantinović je imao srećniju sudbinu od svojih kolega na Pravnom fakultetu i u tom poduhvatu: i Đorđa Tasića i Mihaila Ilića je tokom rata streljao Gestapo, prvog 23. avgusta 1943, drugog 20. marta 1944. godine (Konstantinović 1998, 6).

kraljevog punoletstva; mada su intimno smatrali „da je stvar pravno teško izvodljiva, politički sumnjiva, i da neće rešiti pitanje već ga, možda, samo zameniti“ (Konstantinović 1998, 16). Do sadržine izmena, međutim, bilo je teže doći. Posle više nacrta i pregovora, od prvobitne ideje podele Kraljevine na tri oblasti, odnosno pokrajine – slovenačku, hrvatsku i srpsku – stiglo se do asimetričnog rešenja osnivanjem Banovine Hrvatske i pratećim političkim aktima, raspuštanjem Skupštine i Senata... Konstantinović je više puta isticao da „treba rešiti sva pitanja odjednom i to za celu zemlju, a ne samo za Hrvatsku banovinu: inače oni će dobiti podlogu za sve nove i nove i teže zahteve, pa će biti još teže izaći sa njima na kraj“, te da predloženo hrvatsko rešenje ide ka konfederaciji (Konstantinović 1998, 32–33); međutim, Cvetković nije bio spreman na rizik i otezanje koje bi ovakvo temeljno, principijelno rešenje nosilo, već je bio za efikasnije političke ustupke. Kasniji pokušaji da se Uredba o Banovini Hrvatskoj proširi i na druge teritorije prekinuti su ratom (Konstantinović 1998, 13–44). Prema Popovićevom (2015) mišljenju, kao glavne uporišne tačke Konstantinovićeve politike tog perioda mogu se izdvojiti odanost srpsko-hrvatskom sporazumu, legitimnost i opredeljenje za federalizam.

Konstantinovićeve dnevničke beleške iz perioda približavanja Drugog svetskog rata Srbiji pokazuju misli funkcionera pre nego političara, čoveka zabrinutog za dobrobit svoje zemlje, i umesno je Trkuljino (2015, 28) mišljenje da su posredi „najdramatičnije i najpotresnije stranice“ njegovog dnevnika. Memorandum koji je sastavio povodom potencijalnog pakta sa Nemačkom, 13. februara 1941. godine, otkriva da nije imao nikakvih iluzija u pogledu Hitlerovih namera, a završava se sledećim rečima: „Za nas je bolje da nas direktno napadnu nego da nas izolovane mrcvare. Jer čak i kad bi naš kraj u oba slučaja bio isti, ne bi put bio isti. U slučaju napada i otpora naša bi čast bila čitava, a to će značiti nešto u trenutku likvidiranja ovog rata“ (Konstantinović 1998, 298). Dugo se lomio i dvoumio da li da napusti vladu zbog njene politike približavanja Trojnom paktu, sa kojom nije mogao da se složi. Čak je, 23. marta 1941. godine, povukao već najavljenu (možda i podnetu) ostavku i rešio da ostane u vladi, smatrajući da je to njegova dužnost i da neće biti adekvatne osobe da ga zameni u tako dramatičnom trenutku. Međutim, opservacija generala Petra Pešića, tada ministra vojnog, da su svi koji u tom času daju ostavke izdajnici, uključujući i samog Konstantinovića, za koga Pešić nije znao da je ostavku povukao, te opaska Milana Antića, ministra dvora, da se Konstantinović „popravio“ vratili su ga prvobitnom mišljenju. „Mene to šokira, ali mi se ne dâ da reagiram, jer skoro svi kao po komandi prihvataju drugi razgovor. To me duboko dira, i moja misao je odmah određena: ja ću se povući“, zabeležio je. U audijenciji kod kneza Pavla 26. marta rezimirao je da je „svojom ostavkom hteo postići da se dobije vremena u jednoj kapitalnoj stvari sa kojom se ne slažem.

Ispričao sam mu da sam na sednici Ministarskog saveta rekao da dobijena ograničenja Pakta znače mnogo, vrlo mnogo... Ukoliko budu poštovana, ali to je drugo pitanje. Stvar bi bila prihvatljivija da je data u nekoj drugoj formi. Trojni pakt znači kapitulaciju. To je simbol, a simboli u društvenom životu mnogo znače“ (Konstantinović 1998, 335–344).

Posle stupanja Kraljevine Jugoslavije u rat i naredbe o kapitulaciji, u aprilu 1941. godine, Konstantinović je izbegao u Egipat. Odatle je prešao u Palestinu, pa zatim u Tursku, kako bi prikupljao materijal o ratnim zločinima okupatora u Jugoslaviji i proučavao materiju odgovornosti za ratne zločine. U aprilu 1942. godine vratio se u Egipat, gde je nastavio sa radom. U junu 1944. godine, posle sporazuma Tito–Šubašić, novi predsednik vlade u izgnanstvu Ivan Šubašić pozvao ga je da stupi u vladu i ponudio mu mesto ministra spoljnih poslova. Iako je u julu[10] učestvovao sa Šubašićem u pregovorima u Italiji sa Nacionalnim komitetom oslobođenja Jugoslavije, Konstantinović je odbio ponudu da pristupi vladi, smatrajući da ona posle Sporazuma neće imati realne vlasti, a da on na takav sporazum ne bi ni mogao pristati ako bi bio kraljev ministar.[11] Isticao je kako bi mu bilo draže da stupi u neku boračku jedinicu, bilo savezničku ili jugoslovensku; to, ipak, nije učinio, već je u narednom periodu ostao u Londonu, pomažući u pregovorima i prateći zbivanja, ali lagano se distancirajući od vlade, neretko uz neslaganje i nevericu zbog poteza i metoda kako vlade u izgnanstvu, tako i dolazeće komunističke vlasti. U zemlju se vratio 18. februara 1945. godine (Konstantinović 1998, 7–8, 361–503; APF: MK; Kandić 2005, 294).

Okupacione novine su o Konstantinoviću još početkom okupacije pričale kao o pristalici komunista. Tako je beogradski *Donauzeitung* objavio članak pod naslovom „Trojanski konj, ili: Mihajlo Konstantinović i njegovi prijatelji“, koji je *Obnova* prenela 3. septembra 1941. godine. Članak govori o Cvetkovićevom poveravanju srpsko-hrvatskog sporazuma Mihailu Iliću, Đorđu Tasiću i Konstantinoviću, ali se fokusira na poslednjeg. Njega predstavlja kao čoveka od koga je, zbog poverenja koje mu je Cvetković poklanjao, zavisilo da li će ovaj ili onaj nacrt zakona dobiti podršku vlade

[10] U Opštem upitniku koji je popunio 4. decembra 1946. u vezi sa zapošljavanjem na Pravnom fakultetu, Konstantinović navodi: „Jula 1944 bio pozvan od novog pretsedn. vlade u London da stupi u vladu a jula iste god. išao s njim u Italiju radi pregovora...“ Po konstrukciji rečenice, jedan jul – logično je, prvi – mora biti štamparska greška, umesto kojeg treba da stoji jun; to potvrđuju i dnevničke beleške u „Politici sporazuma“.

[11] U dnevniku je 5. ili 6. jula 1944. godine zabeležio: „Ja bih mogao primiti kao privatno lice sve što je Šubašić uglavio u sporazumu sa Titom. Ali to ne mogu primiti kao kraljevski ministar. Mislim da to ne bi bilo lojalno prema Kruni“ (Konstantinović 1998, 367).

– i koji je to zloupotrebljavao u interesu za okupacione vlasti nepoželjnih društvenih grupa. „Konstantinovićev pisaći sto je ličio na jedno sito, u kome su se zadržavali svi nacrti zakona, koji su, na bilo koji način, ometali namere Jevreja masona, demokrata ili komunista ove zemlje“, navodi se u članku. Tvrdi se kako je Konstantinović „štitio sve što je bilo levičarsko i što je bilo u vezi sa marksizmom, sa Jevrejima i sa masonima“, te kako su studenti i opozicionari u Kraljevini Jugoslaviji takoreći bez izuzetka bili komunisti i rusofili, te kako su se komunizam i boljševizam od 1933. godine širili posredstvom Jevreja emigranata! Tekst stvara sliku da je Konstantinović manipulisao kako seljačkim stanovništvom koje nije bilo blisko ovoj ideologiji i neukim masama opozicionara, ali i samim Cvetkovićem, na koga je imao „neograničen upliv“, te da je za sve to dobijao uputstva iz masonskih loža iz Pariza. Po tom tekstu, Cvetković je Konstantinovića učinio ministrom pravde upravo u neuspešnom pokušaju da prekine taj uticaj, a „Korošec ga je nazvao ‘sivom eminencijom’ i uporedio sa Kerenskim“. Tako je, po tekstu, Konstantinović izazvao državni udar 27. marta, „doveo trojanskog konja komunista i masona u zemlju i čuvao ga do dana velikog sporazuma, do englesko-boljševičkog bratimstva“ (APF: MK, izvod iz lista *Obnova*).

Slično, propagandna knjižica „Komunizam na Beogradskom univerzitetu“ etiketirala je ministre Konstantinovića, Branka Čubrilovića i Srđana Budisavljevića kao pripadnike „masonsko-komunističke“, „masono-jevrejske“ i „anglofilske“ klike, „izmećare crvene Moskve i sluge jevrejske“ te „komuno-masone“[12] (*Komunizam* 1940, 105, 127; APF: MK, izvodi, 3, 20, 25).[13] U pismu od 19. aprila 1944. godine, kada je i sam umakao iz Jugoslavije i stigao u Ankaru, Dragiša Cvetković je, između ostalog, Konstantinoviću napisao: „Vaša je sreća da ste umakli iz zemlje. Vi ste u očima naših domaćih izdajnika i okupatora, krivi za sve. Vas bi umorili najgorom smrću“ (Konstantinović 1998, 660).

S druge strane, Konstantinovićevo učešće u vladi Cvetković–Maček i kasnijim zbivanjima neretko je nailazilo na osudu i, zbog svojih posledica (ili pretpostavljenih posledica), izjednačavano sa izdajom, od napisa Jovana Dučića o Cincarima u *Srbobranu* 1942. godine do pisanja Gojka Malovića 2015. godine (videti Trkulja 2015, 22–27). Među kolegama na Fakultetu

[12] Po zasad nauci dostupnim podacima, čini se da Konstantinović nije bio mason (Trkulja 2015, 30–31).

[13] U izvodima u Konstantinovićevom dosijeu u Arhivi Pravnog fakulteta navedeno je da je izašla u septembru 1941. godine; publikacija je ipak iz 1940. godine, a u septembru 1941. godine štampan je dodatak, na čije stranice Konstantinović i upućuje. Ovde bi se moglo dodati da fototipsko izdanje ove brošure, štampano 2001. godine u okviru edicije sličnih napisa, očito ne namenjene kritičkom akademskom proučavanju prošlosti, donekle zabrinjava čitaoca.

taj period Konstantinovićeve delatnosti je prećutkivan, kao da je posredi donekle sramotan period života inače dostojnog čoveka, te o tome ne bi trebalo govoriti (Milojević 2003, 180–181). Nesporno, postoje kritičke ocene Sporazuma Cvetković–Maček i Uredbe o Banovini Hrvatskoj koje se zasnivaju na veoma validnoj pravnoj argumentaciji (na primer, Jovičić 1995; Stefanovski 1995; nešto neutralnije Marinković 2020, 108–109), te u okviru toga kritikuju i Konstantinovićev rad: mora se, jedino, imati na umu da lično učešće Mihaila Konstantinovića tim istraživačima nije bilo u fokusu. U novije vreme, srećom, postoje kvalitetni radovi koji se trude da objektivnije sagledaju taj aspekt delatnosti Mihaila Konstantinovića i da odgovore na upućene kritike (Trkulja 2015).

Mihailo Konstantinović je tokom dva ključna dela tog perioda – rada na srpsko-hrvatskom sporazumu 1939–1941. godine i boravka u Londonu 1944–1945. – vodio dnevničke beleške. Bile su zamišljene kao lični podsetnik, na osnovu kojeg je planirao da kasnije ostavi autobiografsko svedočanstvo o događajima čiji je bio učesnik i svedok, što, međutim, nikad nije učinio. Uz drugi deo, „Londonske beleške“, ostavio je čak napomenu: „Ove stvari nisu spremne za objavljivanje, te molim da se ne objavljuju u slučaju moje smrti, već da se predadu mome sinu ili mojoj ćerci i ženi.“ Njegov sin Radomir, međutim, ipak je kasnije priredio i objavio i jedne i druge beleške u celosti (uz još neke dodatke povezanih dokumenata iz očeve zaostavštine), smatrajući da predstavljaju suviše vredno istorijsko svedočanstvo da bi ispoštovao očevu poslednju volju (Konstantinović 1998, 5–6). U tome nije pogrešio: Mihailo Konstantinović je u tim beleškama ostavio kako brojne podatke važne za istoriografiju tog perioda, tako i zanimljive i pronicljive opservacije o zbivanjima tog vremena, koje neretko sadrže nedvosmislene vrednosne stavove i mogu čitaocu reći mnogo i o samom autoru.[14] Delu u celini je

[14] Navešćemo samo još nekoliko primera. U opisu sastanka sa Mačekom i Ivom Krbekom u Kupincu 14. jula 1939. godine (dnevnički zapis od 28. jula), dao je jasnu ocenu Krbekovog ponašanja: „Zanimljiv je bio naš kolega Krbek u ovim razgovorima. Imao je prema g. Mačeku stav pun poštovanja i poslušnosti. Govorio je koješta, valjda da bi se udobrio Mačeku. (...) Zgadili smo se na toliku servilnost“ (Konstantinović 1998, 29).

U sredu, 5. marta 1941. godine, kada su pregovori sa nacističkom Nemačkom (i strahovanja od nje) bili u punom jeku, zapisao je na kraju svog unosa: „Događaji se približuju raspletu. Rat nerava ostavio nam je nerve netaknute. Naša sudbina nije sudbina kukavica, već naroda svesnog svoje snage i čiji je put veličine i stradanja jasno povučen. Mi tim putem idemo smireni i pribrani“ (Konstantinović 1998, 308).

U zapisu od 12. januara 1945. godine, kada je sudbina Jugoslavije već bila takoreći rešena, ostavio je i ovu zabelešku: „Današnja štampa ustala je listom protiv kralja Petra. ‘Would-be autocrat’ i slični nazivi ne izostaju. Englesko gostoprimstvo ima interesantne izglede. I njihova politika nemešanja“ (Konstantinović 1998, 498).

Radomir Konstantinović nadenuo naslov „Politika sporazuma“ – višesmislen, posvećen kako sporazumu Cvetković–Maček, tako i sporazumu sa Trojnim paktom, te potom sporazumu Tito–Šubašić. Odabir takvog naslova, prema njegovim rečima, sproveden je „ne samo zato što knjigama tematski odgovara nego i zato što u potpunosti odgovara osnovnom intelektualnom i moralnom opredeljenju Mihaila Konstantinovića“ (Konstantinović 1998, 6).

4. VODEĆI STRUČNJAK OBNOVLJENE DRŽAVE

Po povratku u Jugoslaviju, Konstantinović je nastavio svoj angažman na Pravnom fakultetu, gde je držao nastavu na svim nivoima studija. Bio je šef Katedre za građansko pravo preko dve decenije bez prekida, sve do svog penzionisanja, a 1947–1948. godine izabran je i za dekana Pravnog fakulteta – na funkciju koju će ponovo vršiti u periodima 1951–1953. i 1959–1960. godine i na kojoj je bio poznat po stručnosti i odmerenosti (APF: MK; In memoriam 1982, 13–16; Kandić 2002, 211; Milojević 2003, 174–180; Perović 2006, 10). Bio je prvi predsednik žirija studentskog takmičenja u besedništvu na Univerzitetu u Beogradu (koje se održavalo na Pravnom fakultetu, prvi put 23. maja 1957. godine), semena iz koga je kasnije izraslo proslavljeno takmičenje Pravnog fakulteta (Milojević 2003, 174; Avramović 2014a). Održavao je i aktivnu međunarodnu saradnju, te su u vreme njegovog mandata Pravni fakultet posetili vodeći stručnjaci poput francuskog pravnika i političkog sociologa Morisa Diveržea (*Maurice Duverger*, 1917–2014) ili grčkog komparatiste Petrosa Valindasa (*Πέτρος Βάλληνδας*, 1912–1960),[15] tada dekana Pravnog fakulteta Univerziteta u Solunu (Milojević 2003, 180). Ljubica Kandić (2002, 216) iznela je stav da Konstantinović ni u posleratnom periodu „nije se uspeo osloboditi brojnih obaveza na Fakultetu“; čini se da ovo nije najbolje sročeno i da on tih obaveza ne samo da nije pokušavao da se oslobodi već ih je uzimao na sebe dragovoljno, sa svešću o njihovom značaju i odgovornošću prema ustanovi kojoj je pripadao i na čijem čelu je u tri navrata bio.

Konstantinović je bio predsednik Komisije za izradu nacrta Ustava FNRJ i član više komisija za izradu nacrta zakona iz građanskopravne materije, te je neposredno uticao (neretko skoro u celini samostalno) na sadržinu velikog broja temeljnih zakona socijalističke Jugoslavije. Osim Ustava FNRJ

[15] Valindas je bio dugogodišnji direktor Helenskog instituta za uporedno pravo – od osnivanja 1939. do svoje iznenadne smrti 1960. godine. Predavao je na pravnim fakultetima u Atini i Solunu i, slično Konstantinoviću, bio je aktivan kako u državnoj službi, tako i u akademskoj zajednici (Hellenic Institute 2022; Milojević 2003, 180).

iz 1946. godine, tu su i Osnovni zakon o braku iz 1946. godine,[16] Osnovni zakon o odnosima roditelja i dece, Osnovni zakon o starateljstvu i Zakon o usvojenju iz 1947. godine, Zakon o zastarelosti potraživanja i Zakon o nasleđivanju iz 1953. godine. U radu zakonodavnih komisija „on se pokazao kao izuzetno objektivan, neisključiv i kompromisan sagovornik" (Marković 1990, 1159). Neki od tih nacrta zakona bili su prihvaćeni i u komisijama, a naročito u skupštini skoro bez ikakvih amandmana (uglavnom sa manjim tehničkim ili jezičkim izmenama), što jasno svedoči o njihovom kvalitetu. Kada se uračuna i kasnije pisanje „Skice", odnosno njegov uticaj na izgled Zakona o obligacionim odnosima, vidi se da su sve oblasti građanskog prava u posleratnoj Jugoslaviji, izuzev stvarnog prava (o načinu njegove regulative u tom periodu još nije bilo konsenzusa), ponele Konstantinovićev pečat: naročito bitan doprinos razvoju našeg prava predstavlja izjednačavanje lica oba pola u materiji porodičnog i naslednog prava. Bio je predložen i kao kandidat za sudiju Stalnog međunarodnog suda pravde u Hagu od strane jugoslovenske, čehoslovačke i beloruske nacionalne grupe 1949. godine, ali nije imenovan na tu funkciju. Učestvovao je i u obnavljanju Jugoslovenskog udruženja za međunarodno pravo 1953. godine, čije je bio i jedan od osnivača 1928. godine (In memoriam 1982, 16; Konstantinović 1998, 8; APF: MK; Stanojević 1978, 269; Marković 1990, 1157–1159; Milojević 2003, 181). Ipak, treba istaći da su neki autori kasnije kritikovali Konstantinovićev angažman (naročito Čavoški 2011, 47–48) u stvaranju socijalističkog prava, a naročito Ustava FNRJ smatrajući da je takvim prelaskom u novi sistem pokazao neprincipijelnost i nedostatak stručnog integriteta.

Konstantinović je igrao ključnu ulogu i u osnivanju i radu Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Jugoslavije tri i po decenije. „Od osnivanja Spoljnotrgovinske arbitraže 1947. godine, pa do poslednjih dana života, kao njen dugogodišnji predsednik, a poslednjih osam godina i kao član predsedništva uticao je i odlučujući doprineo da ona izraste u uglednu ustanovu i u zemlji i u svetu", isticao je Đurović (1982, 9). Razvijajući arbitražu kao ustanovu koja je trebalo da nadomesti nedostatke u snalaženju sudova u sporovima vezanim za spoljnotrgovinske odnose, Konstantinović se trudio da je usmeri na rešavanje sporova koji se pred njom pojave, a ne na grabljenje za nadležnost po svaku cenu, te na pomoć jugoslovenskim organizacijama u sporovima u inostranstvu, uključujući i savetodavnu delatnost koja je dovodila do rešavanja problema bez vođenja postupka. Jugoslovenska arbitraža je pružila i veliku organizacionu pomoć osnivanju spoljnotrgovinske

[16] Autorstvo ovog zakona je sporno: Čavoški (2011, 47–48) navodi podatke o tome da su za autore nacrta bili određeni Mehmed Begović i Branislav Nedeljković. Ipak, to je moglo biti naknadno promenjeno, te je dalje istraživanje neophodno (uporediti Trkulja 2015, 31–32).

arbitraže u Grčkoj. Time su i jugoslovenska Spoljnotrgovinska arbitraža i sam Konstantinović kao njen istaknuti stručnjak (koji je i učestvovao na mnogim međunarodnim skupovima vezanim za ovu tematiku) stekli veliki ugled u međunarodnim krugovima (Đurović 1982, 9–11).

Prema rečima Slobodana Perovića (2006, 10): „Oni koji su imali prilike da budu u njegovoj okolini i danas se sećaju njegove jasne misli izgovorene sa nekom vrstom otmenosti, koja je ne tako česta u ovoj našoj sredini. Ta elegancija pokreta reči, svojstvena francuskoj kulturi, bila je kod našeg Profesora u apsolutnoj službi jedne druge vrline koja se zove skromnost. (...) Ta odličja profesor Konstantinović ispoljavao je, ne samo kao pisac 'tananih studija iz teorije i istorije prava', već i kao profesor prava, na predavanjima i studentskim ispitima, na Katedri za građansko pravo i Opštem seminaru, ali i u drugim javnim ulogama."

5. ANALI

Nedugo posle Drugog svetskog rata, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu izgubio je svoj časopis *Arhiv za pravne i društvene nauke*. *Arhiv* je u okrilju te institucije izlazio od 1906. do 1941. i od 1945. do 1949. godine, a njegovi glavni urednici u predratnom periodu bili su značajni profesori i pravni pisci: Kosta Kumanudi (1874–1962), Dragoljub Aranđelović (1873–1850), Čedomilj Mitrović (1870–1934), Mihailo Ilić (1888–1944) i Đorđe Tasić (1892–1943). *Arhiv* je tada bio najznačajniji naučni i stručni pravni časopis u Jugoslaviji – mada je već od 1946. godine, kada je glavni urednik postao Moša Pijade (1890–1957), počeo da gubi vezu sa Pravnim fakultetom. Rez je učinjen 1949. godine, kada je *Arhiv* potpuno otrgnut od fakulteta i kao njegov izdavač se pojavilo novoosnovano Udruženje pravnika Jugoslavije, koje je kao svoju misiju u tom kontekstu videlo promociju ciljeva i vrednosti nove socijalističke vlasti. „Kod profesora Pravnog fakulteta u Beogradu raslo je osećanje nelagodnosti pri pomisli da treba da objavljuju svoje priloge u časopisu, u kome bi zajedno stajali politički referati i naučne studije" (Orlić *et al.* 2003, 8–9; Marković 1991, 2–3).

Kako je ova praznina postajala sve očiglednija, Mihailo Konstantinović je inicirao osnivanje novog fakultetskog časopisa. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* počeli su da izlaze 1953. godine, a Konstantinović je bio njihov glavni urednik od osnivanja do 1960. godine. (Konstantinović 1998, 8; Orlić *et al.* 2003; Milojević 2003, 174). Ostao je u dobrom sećanju i kao savestan i stručan urednik: „Njegovi saveti bili su dragoceno uputstvo svim saradnicima, jer su dati promišljeno, biranim rečima, s težnjom da se, ako treba, rad ispravi,

dopuni, ali da se ne povredi ličnost saradnika" (In memoriam 1982, 16). O njegovoj skromnosti i umerenosti govori, moguće, i činjenica da prvi broj *Anala* ne sadrži nikakvu reč urednika, nikakvo svečano obraćanje čitalačkoj publici: tekstovi su pušteni da govore sami za sebe – a radilo se zaista o člancima vrhunskih stručnjaka, uglednih profesora Pravnog fakulteta, ujedno i članova prve redakcije časopisa: Milana Bartoša, Borislava Blagojevića, Andrije Gamsa, Mehmeda Begovića, Dragomira Stojčevića...[17] Pišući 1991. godine, Ratko Marković (1991, 5) istakao je da se *Anali* još uvek „vezuju za neumrlo ime i neprolaznu naučnu i pedagošku slavu prof. Konstantinovića, koji je bio jedan od najuglednijih i najpoštovanijih profesora u dugoj istoriji Pravnog fakulteta u Beogradu".

6. „SKICA" – KRUNSKO DELO VELIKOG ZAKONOPISCA

Od zakonodavnih poduhvata u kojima je Mihailo Konstantinović bio angažovan, ubedljivo najobimniji i najkompleksniji bilo je kodifikovanje obligacionog prava. Taj posao dat mu je u zadatak 1960. godine.[18] Rad na prednacrtu potrajao je, s prekidima, gotovo deceniju, posle čega je dalji rad preuzela Potkomisija (kasnije Grupa) Zajedničke komisije svih veća Savezne skupštine (Konstantinović 2006, 38; Stanojević 1978, 269, 275–276).[19] Godine 1969, Konstantinović je objavio– samostalno, u izdanju Fakulteta, a ne kao zvanični nacrt – taj tekst kao knjigu „Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima", koja je potom doživela još tri izdanja, poslednje 2006. godine (Konstantinović 2006).

Ugledajući se pre svega na švajcarski model (sekundarno na italijanski), osim klasične materije obligacionog prava, Konstantinović je u „Skicu" uvrstio i privredne, odnosno trgovinskopravne ugovore, regulišući i jedne i druge u

[17] Jedino obraćanje redakcije čitaocu u tom broju bilo je kratko obaveštenje na unutrašnjosti zadnje korice: „Nezavisno od volje redakcije ovaj broj izlazi sa zadocnjenjem od mesec dana. Redakcija se nada da će sva četiri broja predviđena za ovu godinu izaći do kraja decembra." Taj „kuriozitet svoje vrste" (Marković 1991, 5) takođe svedoči o pedantnosti i odgovornosti Mihaila Konstantinovića.

[18] Inicijativu za taj zakonodavni poduhvat podneli su dr Josip Hrnčević, član Saveznog izvršnog veća i sekretar Saveznog sekretarijata za pravosudne poslove, Džemal Bijedić, sekretar Sekretarijata SIV-a za zakonodavstvo i organizaciju, i Nikola Srzentić, podsekretar u saveznom sekretarijatu za pravosudne poslove (Konstantinović 2006, 38).

[19] U pripremi materijala pomagala mu je i Jelena Danilović, profesorka rimskog prava; Ivan Tot (Tot 2022, 17) smatra da je njena pomoć mogla rezultovati i sadržinskim uticajem na regulativu neosnovanog obogaćenja u „Skici", uključujući i uticaj Opšteg imovinskog zakonika.

načelu jedinstveno, ograničavajući tek po potrebi primenu određenog pravila na samo jednu kategoriju ugovora (Konstantinović 2006, 33; Stanojević 1978, 269; Marković 1990, 1163–1164; Perović 2006, 11–12, 22–26). Među idejama vodiljama bila su mu načelo pravičnosti i ekvivalencije prestacija[20] te načelo savesnosti i poštenja, kojima je davao primat u odnosu na klasični princip *pacta sunt servanda*, uvodeći brojne mogućnosti za reviziju ili raskid ugovora usled promenjenih okolnosti, kao i ovlašćenja suda da interveniše u ime pravičnosti kojima „teško ima ravnih u uporednom zakonodavstvu" (Stanojević 1978, 271–272; Perović 2006, 12–15; Poznić 1979, 371–373). Kako bi norme bile što pravičnije i što više odgovarale realnim životnim potrebama, Konstantinović se u velikoj meri oslanjao i na praksu, ali nije prezao ni od pozajmica iz drugih zakonodavstava, uključujući i transplante *ad verbum* „kad god je izgledalo da je tamo (*u stranom zakonodavstvu* – prim. aut.) nađena jasna i precizna formula" (Konstantinović 2006, 33).

Kako je i sam naglasio u prethodnim napomenama uz tekst, naročito je preuzimao odredbe i rešenja iz Konvencije o jednoobraznom zakonu o zaključenju ugovora o prodaji telesnih pokretnih stvari i Konvencije o jednoobraznom zakonu o prodaji telesnih pokretnih stvari, obe usvojene u Hagu 1. jula 1964. godine. Osim već pomenutih švajcarskog i italijanskog građanskog zakonika, nesumnjivo je konsultovao i francuski, nemački (i građanski i trgovinski), austrijski i nekadašnji srpski i crnogorski (tj. Opšti imovinski) zakonik. Nedavno je ukazano na to da je uticaj mogao vršiti i zajednički francusko-italijanski nacrt zakonika o obligacijama i ugovorima iz 1927. godine, koji nikada nije zaživeo ni u jednoj od dve zemlje, ali koji je Konstantinoviću (možda kao francuskom đaku) nesporno bio poznat jer se na njega poziva u nekim radovima. Na taj nacrt su, osim zakonika tih dveju zemalja i drugih već pomenutih kodifikacija, uticali i španski Građanski zakonik iz 1889, nacrt mađarskog građanskog zakonika iz 1913, brazilski iz 1916. i sovjetski iz 1922. godine i pravo SAD. Između nacrta i „Skice" postoji upadljiva sličnost i u naslovima i u rasporedu materije. Konačno, već je isticano da je izgledan bar izvestan uticaj još nekoliko zakonika jer se i na njih Konstantinović pozivao u teorijskim radovima: japanskog iz 1896. godine (naravno, nastalog pod jakim uticajem nemačkog), pomenutog sovjetskog iz 1922, poljskog Zakonika o obligacijama iz 1933. i grčkog Građanskog zakonika iz 1946. godine (Tot 2022, 12–24). Precizan uticaj tih mnogobrojnih izvora na „Skicu" nije poznat jer Konstantinović nije ostavio nikakve detaljne beleške o poreklu pojedinih normi, a između pomenutih kodifikacija je već bilo mnogo pozajmica i uticaja – i, naravno, u svakoj normi „Skice" mogu biti i često nesporno jesu

[20] Detaljnu analizu tog načela u ZOO, mada bez osvrta na Konstantinovićev doprinos, videti u Đorđević 1978.

isprepletani uticaji različitih izvora. Ne težeći originalnosti po svaku cenu, ali težeći harmoničnosti celine i njenoj prilagođenosti domaćim prilikama, Konstantinović je veoma pažljivo pristupio međusobnom usklađivanju elemenata domaćeg i različitih stranih porekla, kako sadržinski, tako i jezički (Konstantinović 2006, 34–35; Tot 2022, 12–24).

Radi potreba prakse, Konstantinović je uvodio i nove, moderne institute, među kojima se naročito ističe objektivna odgovornost za opasne stvari, do tada nepoznata jugoslovenskom pravu, a danas već nezaobilazna usled brzog tehnološkog napretka (Perović 2006, 26–29). Može se pomenuti i izričito uvođenje načela monetarnog nominalizma – obaveze dužnika novčane obaveze da vrati istu količinu iste novčane jedinice, bez obzira na eventualnu promenu njene vrednosti – uz oprezne izuzetke, nešto proširene potom u ZOO (Krulj 1978). Među moderne vrline „Skice" ubrajano je i napuštanje, prema nekim mišljenjima, anahrone i nepotrebne (Stanojević 1978, 272; Kompanjet 1978; Perović 2006, 19–22) kategorije realnih ugovora, to jest pretvaranje zajma, posluge i drugih ugovora koji su u rimskom pravu bili realni u konsenzualne – mada treba istaći da veliki broj zakonodavstava u svetu još uvek poznaje realne ugovore i da i u današnje vreme postoje autori koji smatraju da bi ih bilo korisno vratiti i tamo gde su ukinuti (na primer, Saccoccio 2020, 161–212). S druge strane, u „Skici" je običaju dato neuobičajeno prominentno mesto za naše pravo tog vremena (Perović 2006, 15). Konstantinović je i time sledio švajcarski primer, i to u manje izraženoj formi, jer je predvideo upotrebu običaja samo izričito u pojedinim članovima, a ne načelno kao supsidijarnog izvora prava, kao što je propisivao čl. 1, st. 2 švajcarskog Građanskog zakonika (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*).[21] Međutim, ne može se poreći da se ovde nije radilo o modernizatorskoj težnji već, naprotiv, o oslanjanju na tradiciju. I u tome je, dakle, Konstantinović tražio adekvatnu ravnotežu, ne težeći po svaku cenu ni tradiciji, ni modernosti.[22]

Oslanjajući se, čini se, na tekovine istorijskopravne škole (videti, na primer, Savinji 1998, 25–32), Konstantinović je smatrao da se u praksi zakoni stalno prilagođavaju potrebama života i da, nesumnjivo, pre ili kasnije dođe do potrebe za intervencijom zakonodavca, ali da je bolje da se ona dogodi što kasnije. Zbog toga je pri izradi zakona, a naročito zakonika, važno primeniti odgovarajuće tehnike da „neke odredbe zakona, mesto da budu kruto

[21] ZOO je ovde otišao jedan mali korak dalje (ali i dalje ne koliko švajcarski zakonodavac), propisujući u čl. 21 primenu dobrih poslovnih običaja i, po volji stranaka, uzansi. O tome videti, na primer, Kapor 1978; Brkić 1978, 330–332.

[22] O pojmu tradicije u pravu i odnosu tradicije i inovacije videti Glenn 2000, 1–28.

formulisane dobiju oblik gipkih direktiva, opštih standarda“ i tako produže svoj životni vek, odnosno odlože potrebu za novim zakonodavnim rešenjem (Konstantinović 2006, 35).

Konačno, „Skica“ je pisana veoma jasnim jezikom i stilom, za koji je već primećeno da je donekle sledio – možemo reći, u skladu sa Konstantinovićevim ranijim divljenjem – Bogišićev stil u izradi Opšteg imovinskog zakonika, u tome što se trudio da tekst približi laičkom čitaocu. Konstantinovićeve rečenice bile su jasne i sažete, držao se principa da u jednom stavu zakona sme biti samo jedna rečenica te da ne sme biti direktnog upućivanja na druge članove ili propise. Uvodio je i nove termine kako bi koliko je moguće izbegao tuđice ili postigao veću preciznost: tako je umesto „poklon“ koristio „dar“, umesto „ortakluka“ „privredno udruženje građana“, a umesto dvosmislene „posluge“ postojala je „posuda“ ili „naruč“, nezgrapna pandektistička „kupoprodaja“ zamenjena je „prodajom“, a svoje mesto je našao čak i Bogišićev „imaonik“. (Konstantinović 2006, 36–37; Stanojević 1978, 269–271; In memoriam 1982, 15).

Prve reakcije na „Skicu“ u zakonodavnoj komisiji bile su, kako prenosi Stanojević (1978, 276), „da je to dobar zakonodavni tekst, ali suviše ‘klasičan’, da nedovoljno odražava neke specifičnosti našeg političkog i pravnog sistema“. Ipak, mada su takvi stavovi sigurno uticali na dalji zakonodavni rad, praksa je prepoznala vrednost „Skice“. Od njenog objavljivanja do donošenja Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) 1978. godine[23] proteklo je devet godina (i tri dalja nacrta[24]): ali u međuvremenu se „desila (se) retka pojava“ – mnogi pravnici, naročito sudije, počeli su da se oslanjaju na Konstantinovićevu „Skicu“ gotovo kao da je predstavljala pozitivno pravo. U njenim redovima pronalazili su rešenja za postojeće pravne praznine i, oslanjajući se tobože na „opšta pravna pravila“ iz predratnih propisa, masovno su koristili „Skicu“ (Lukić 1982, 6–7; In memoriam 1982, 14–15; Perović 2006, 7–8).

Zakon o obligacionim odnosima u velikoj meri se oslanjao na „Skicu“, kako sadržinski, tako i stilski i nomotehnički (mada dobrim delom ne i terminološki). Stanojević (1978, 276–279) istakao je da primedbe Potkomisije koja je dalje modifikovala nacrt pretežno deluju kao glose uz Konstantinovićev tekst. Ipak, on primećuje da je postojala i struja koja je pokušavala da se udalji od „Skice“, te su otud u konačnom tekstu ZOO nastale

[23] Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ* 31/93, *Sl. list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS* 18/2020.

[24] Prvi je nastao 1974. godine, drugi i treći u aprilu i septembru 1976. godine (Stanojević 1978, 275). Zbog brojnih odstupanja od „Skice“, Konstantinović je odbio da učestvuje u daljem radu na zakonu (Tot 2022, 29).

neke načelne neusklađenosti, delom izazvane insistiranjem na posebnostima socijalističkog društva, samoupravljanju i društvenoj svojini.[25] Neke od izmena, naravno, bile su i pozitivne, poput dodavanja većeg broja uvodnih propisa koji su vršili funkciju nedostajućeg opšteg dela, budući da nije postojao jedinstven građanski zakonik (Blagojević 1978, 229–232).[26] Posle izmena 1993. godine, tekst ZOO „vratio se, u dobroj meri, Skici kao svome izvorniku" (Perović 2006, 9).[27] Da je to nasleđe došlo do izražaja, vidi se i po tome što u svim bivšim jugoslovenskim republikama ili ZOO i dalje važi bez drastičnih izmena ili su na snazi novi zakoni koji su pravljeni po uzoru na njega.[28] Njegov kvalitet i zavidan nomotehnički nivo (naročito kvalitetno oslanjanje na pravne standarde) nadaleko su poznati.

Više pravnih pisaca poredilo je Konstantinovića po značaju i uticaju sa velikim zakonopiscima iz 19. veka. Još Đurović i Orlić (1978) poredili su značaj novodonetog ZOO i Konstantinovićev doprinos njegovom nastanku sa radom Valtazara Bogišića na Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru, ali i isticali Bogišićev uticaj na Konstantinovića kroz više sličnosti u njihovim metodima pisanja zakona. Prema oceni Božidara Markovića (1990, 1164), „s obzirom na ono što je uradio na kodifikaciji jugoslovenskog građanskog prava unoseći u njega nove institucije i nova rešenja, on svakako staje u isti red sa svojim velikim prethodnicima na tome polju, Jovanom Hadžićem i Valtazarom Bogišićem – što za njegova života nije bilo ni dovoljno uočeno

[25] Detaljniji pregled toga koje odredbe ZOO imaju koji stepen oslanjanja na „Skicu", te na koje se druge izvore ZOO oslanjao, videti u Tot 2022, 29–53.

[26] Kao kuriozitet može se pomenuti da to nije prvi put u istoriji srpskog prava da jedan građanskopravni propis svojim uvodom nadomešćuje nepostojanje normi opštijeg karaktera, s tim što su to u prošlom slučaju bili propisi još višeg ranga i stepena opštosti. Naime, kada je pisao Građanski zakonik Kneževine Srbije (izdat 1844. godine), Jovan Hadžić je pokušao da u njegovom uvodu nadomesti nepostojanje normi o pravima državljana Srbije u tada važećem Turskom ustavu, zapravo hatišerifu osmanskog sultana iz 1838. godine. (Prethodni, kratkovečni Sretenjski ustav iz 1835. godine imao je posebnu glavu posvećenu ovoj materiji.) Tako su se u Uvodu tog zakonika, u odeljku B (koji nema paralelu u austrijskom zakoniku, niti drugim uzorima kojima se Hadžić služio), našle norme o neprikosnovenosti ličnosti i imovine, zabrani ropstva i slične garancije kojima je pre mesto u ustavu nego u jednom građanskom zakoniku (Avramović 2014b, 22–25).

[27] Primera radi, „Skica" je propisivala da predmet ugovora ne sme biti protivan zakonu (prinudnim propisima), javnom poretku ili moralu, te da bi takav ugovor bio (apsolutno) ništav (čl. 10, 22 i 25). ZOO je, pak, govorio o suprotnosti „ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prinudnim propisima i moralu socijalističkog samoupravnog društva", da bi se sa postsocijalističkim izmenama pojavile granice „prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja" (čl. 10 i 49).

[28] Tako, na primer, hrvatski ZOO iz 2005. godine, čije izmene se uglavnom tiču usklađivanja sa pravom Evropske unije (mada su korišćeni i drugi uzori), dok su neke oblasti dekodifikovane u posebne zakone (Tot 2022, 55–80).

ni istaknuto.“ Prema Perovićevom (2006, 9) mišljenju, „kao kodifikator imovinskog prava stao je i ostao uz Valtazara Bogišića, i time uveličao pravnu zajednicu slovenskog juga.“

7. KASNIJI NAUČNI RAD I PRIZNANJA

Konstantinović nema mnogo monografskih publikacija: već je primećeno da su jedine njegova doktorska disertacija i „Skica“ (Konstantinović 1998, 8). Nije napisao ni udžbenik, mada je dozvolio da se beleške sa njegovih predavanja objavljuju šapirografisano kao autorizovana skripta za upotrebu studenata (Konstantinović 1952 i kasnija izdanja). Udžbenik verovatno nije napisao zbog velike opterećenosti nastavnim i drugim stručnim obavezama, ali i zbog perfekcionizma koji mu nije dozvoljavao da u takvim okolnostima lično objavi nesavršen tekst (Kandić 2002, 215–216). Za njegove članke je, ipak, primećeno da „raspravljaju neke ključne probleme i prava su mala remek-dela pravničke proze“ (Stanojević 1978, 269).[29]

Veliki broj Konstantinovićevih posleratnih članaka bio je posvećen temama kojima se bavio kao zakonodavac – od rada o reformi braka i zaštiti dece i majki u Sovjetskom Savezu, uporednopravno važnoj za rad na odgovarajućem jugoslovenskom zakonu (Konstantinović 1945), preko napomena datih stručnoj javnosti uz rad na Zakonu o nasleđivanju (Konstantinović 1947), do brojnih radova iz obligacionog (i trgovinskog) prava (na primer, Konstantinović 1951; 1952; 1958; 1974), koje je izazivalo njegovo naučno interesovanje i pre nego što je počeo da radi na „Skici“, nesumnjivo, što zbog ranijih sklonosti, što zbog stanja još veće pravne nesigurnosti u toj oblasti nego u međuratnom periodu. Ovde se može ubrojati i predgovor izdanju srpskog prevoda švajcarskog Zakonika o obligacijama (Konstantinović 1976), u kojem je prikazao istorijat švajcarske kodifikacije i njenih izmena, ističući neke važne osobine poput jedinstva obligacionog i trgovinskog prava, uticaja nemačkih propisa i pravne nauke na švajcarsko pravo, ili staranja zakonodavca da norme budu razumljive običnim građanima, gde pravi paralelu sa Bogišićem, dok nemački Građanski zakonik ističe kao negativan kontraprimer.

[29] Detaljnu bibliografiju napisala je Pajić (2015).

Posebno valja istaći jedan članak o upotrebi starih „pravnih pravila“ iz predratnih propisa na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa[30] (Konstantinović 1957). U tom radu on je sažeto i oštroumno analizirao finese upotrebe tog neobičnog pravnog režima – potrebu da sud precizno utvrdi sa kojim novim načelima i propisima je staro pravno pravilo u sukobu (ako želi da izbegne njegovu primenu), kompleksnost situacije u oblastima u kojima predratno pravo nije bilo unifikovano, te pitanje važe li apriori sva predratna pravna pravila koja nisu u suprotnosti sa važećim propisima i ustavnim načelima.

Konstantinović se služio svim velikim evropskim jezicima. U dokumentaciji vezanoj za zapošljavanje na Pravnom fakultetu iz 1946. godine naveo je da zna francuski i engleski, a da se služi nemačkim, ruskim i italijanskim (APF: MK, službenički list, opšti upitnik). Otišao je u starosnu penziju 31. oktobra 1968. godine (APF: MK, karton zapošljenog radnika), ali je nastavio da se aktivno bavi naučnim radom, „a dodir s Fakultetom nije prekidao sve do svoje smrti“ (Lukić 1982, 5).

Mihailo Konstantinović je bio izabran za dopisnog člana Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti (Odjela za filozofiju i društvene nauke) 28. juna 1956. godine (*Drugo redovno zasedanje* 1956;[31] Brajković 1983). Zanimljivo, u kasnijoj literaturi o njemu taj podatak se retko navodi,[32] a takoreći nikad se ne pominje direktno kao akademik – redovno kao profesor. Bio je predložen i za dopisnog člana SANU, ali odbio je kandidaturu: iz pisama Milanu Bartošu vidi se da je razlog bio to što bi o njegovoj kandidaturi, između ostalog, odlučivao akademik Toma Živanović, koji je početkom okupacije, 1941. godine, nasilno izbacio Konstantinovićevu porodicu iz stana i uselio se u njega (Marković, Pavlović 2015, 85): odnosi u posleratnoj akademskoj zajednici bili su itekako osetljivi i zategnuti.

---

[30] Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, *Službeni list FNRJ* 86 od 25. oktobra 1946, 105 od 27. decembra 1946, 96 od 12. novembra 1947 – obavezno tumačenje.

[31] Za njegovu kandidaturu glasalo je 25 članova; bilo je šest glasova protiv i dva nevažeća listića.

[32] Osim Brajkovićevog nekrologa objavljenog u *Ljetopisu* JAZU, u kojem je neizostavan, ovaj podatak navode anonimni nekrolog u *Analima* (In memoriam 1982, 14), Perović (2006, 10) i Marković i Pavlović (2015, 85). Čak se ni na sajtu Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti (2022), sukcesora JAZU, ime Mihaila Konstantinovića ne pominje među preminulim članovima. Potvrdu Konstantinovićevog članstva i upućivanje na odgovarajuće brojeve *Ljetopisa* dobila sam od g. Marijana Lipovca iz Ureda za odnose s javnošću i medije HAZU, na čemu mu se zahvaljujem.

Dobio je Sedmojulsku nagradu 1969. godine, a 1978. godine odlikovan je Ordenom zasluga za narod sa zlatnom zvezdom[33] (In memoriam 1982, 14; APF: MK, karton zapošljenog radnika). Iste, 1978. godine, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* objavili su trobroj (3–5) „povodom kodifikacije obligacionog prava", naglašavajući u uvodnom obraćanju da „Uređi vački odbor ovim brojem istovremeno izražava dužno poštovanje koje Pravni fakultet u Beogradu gaji prema svom profesoru dr Mihailu Konstantinoviću, koji je svojom 'Skicom za zakonik o obligacijama i ugovorima' postavio temelj ovoj kodifikaciji" (Simović *et al.* 1978, 226).[34]

8. PORODICA, SMRT I NASLEĐE

Mihailo Konstantinović je živeo u centru Beograda, u Dobračinoj ulici i, povremeno, na imanju u Ivanjici, koje je voleo i često posećivao (a koje je nabavio zbog prijateljstva sa Božidarom Spasovićem, koji je tamo živeo sa porodicom.[35] Konstantinović je bio oženjen Radojkom (Bekom), rođenom Popović (rođena 14. jula 1899. godine), koja se primarno brinula o kući i porodici, ali sa kojom se nekada i savetovao o važnim odlukama.[36] Imali su dvoje dece, kojima je dao imena svojih roditelja. Kći Pava, rođena 27. maja 1925. godine, pošla je očevim stopama i studirala prava, ali je, nažalost, umrla mlada, 1954. godine. Sin Radomir, rođen 27. marta 1928. godine, studirao je filozofiju, a pored rada u struci proslavio se i kao književnik; preminuo je 2011. godine (APF: MK, karton zapošljenog radnika, službenički list; Konstantinović 1998, 5).

---

[33] Orden zasluga za narod sa zlatnom zvezdom (ranije Orden zasluga za narod 1. stepena) bio je najviši stepen Ordena zasluga za narod, ustanovljenog 1945. godine „za naročite zasluge izgradnji socijalizma i socijalističkih samoupravnih odnosa, za organizovanje i učvršćivanje opštenarodne odbrane, sigurnosti i nezavisnosti zemlje, kao i za zasluge u oblasti privrede, nauke i kulture". U ukupnom hijerarhijskom nizu jugoslovenskih odlikovanja bio je 11. po redu (Gačić 2015, 26).

[34] Ujedno je istaknuto da je „nekako u isto vreme" donošenja ZOO profesor Konstantinović „proslavio svoj osamdesetogodišnji rođendan", što hronološki ne može biti tačno jer je rođen 1897. godine. Verovatno su autori ovu istovremenost uzeli približno, a moguće je i da je priprema tematskog broja bila započeta ranije, kada je već bilo izvesno da će ZOO u dogledno vreme biti usvojen.

[35] Više o Konstantinovićevoj vezi sa Ivanjicom videti u Marković (2015).

[36] Primera radi, u Konstantinovićevim dnevničkim beleškama iz kritičnog perioda pred pristupanje jugoslovenske vlade Trojnom paktu, unos za 23. mart 1941. godine počinje rečima: „Nisam ništa smislio. Beka ne može da mi kaže ništa. Smatra da bih zbog Sporazuma trebao da ostanem, ali ne zna šta da kaže o Trojnom paktu" (Konstantinović 1998, 335).

Mihailo Konstantinović je preminuo 30. januara 1982. godine u Beogradu, u 85. godini života, „uživajući nepodeljeno najdublje poštovanje svojih učenika“ (Kandić 2002, 216). Pravnom fakultetu u Beogradu stigao je veliki broj telegrama saučešća povodom njegove smrti, pretežno od drugih jugoslovenskih pravnih fakulteta, kao i od Predsedništva saveza udruženja pravnika Jugoslavije (APF: MK).

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu objavili su neposredno posle njegove smrti četiri nekrologa – profesora Lukića (1982) i Đurovića (1982), Čedomira Miloševića (1982) u ime Saveza pravnika i pravosudnih organa SR Srbije, te još jedan anonimni (In memoriam 1982), a i samo uredništvo obratilo se na početku časopisa kratkom notom kojom je izrazilo duboko poštovanje prema preminulom osnivaču časopisa (Simović *et al.* 1982). U *Ljetopisu* JAZU nekrolog je objavio Vladislav Brajković (Brajković 1983),[37] u *Glasniku Pravnog fakulteta u Kragujevcu* Obrad Stanojević, uredništvo u *Pravnom životu*, a Radomir Lukić i jedan anonimni poznanik oglasili su se i u *Politici* (Pajić 2015, 309–310).

Drugi dvobroj *Anala* iste godine (3–4/1982) predstavljao je prigodnu svesku Konstantinovićevih radova, s podnaslovom „Izabrani članci profesora Mihaila Konstantinovića.“ U njemu je objavljeno 26 Konstantinovićevih radova – 25 članaka i predgovor za prevod švajcarskog Zakonika o obligacijama – izvorno objavljenih u periodu od 1924. do 1976. godine. Velika većina odabranih tekstova tiče se građanskog prava, Konstantinovićeve primarne oblasti istraživanja.

Nažalost, poslednjih godina su pokušaji istraživanja lika i dela, ali i obeležavanja značaja Mihaila Konstantinovića bili neuspešni. U oktobru 2014. godine trebalo je da se u Ivanjici održi naučni skup „Mihailo Konstantinović – ličnost i delo“, sa kojeg bi naknadno bio objavljen i zbornik radova. Nažalost, od pozvanih trideset učesnika, samo petoro autora je pripremilo referate te skup nije održan. Tekstovi su potom objavljeni u časopisu *Hereticus* (3–4/2015). Kada je 2015. godine, pored amfiteatra u prirodi, na Tašmajdanskom parku iza Pravnog fakulteta, trebalo da budu postavljene biste Radomira Lukića, Mihaila Đurića i Mihaila Konstantinovića, poslednja ideja je naišla na proteste, uključujući i od istoričara Gojka Malovića, koji se u novinskom članku izrazito negativno postavio prema Konstantinoviću. Treća bista nikada nije postavljena (Trkulja 2015, 32–33). Postojao je i plan da Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije studio ponovo objave „Politiku sporazuma“, odnosno Konstantinovićeve dnevničke beleške, 2018. godine, uz novi predgovor Jovice Trkulje i Dušana Mrđenovića,

[37] Praksa *Ljetopisa* je bila da se za svakog člana preminulog tokom godine objavljuje samo jedan nekrolog u ime institucije.

kao i registar osnovnih biografskih podataka o ličnostima koje se u beleškama pojavljuju. Knjiga je pripremljena za štampu, ali, nažalost, prva dva saizdavača su odustala od poduhvata[38] te još uvek nije štampana (Trkulja 2021).[39] Ovaj posebni broj *Anala* 2022. godine, posvećen četrdesetogodišnjici njegove smrti, reklo bi se, menja taj negativan niz – a svakako nastavlja veoma lepu tradiciju poštovanja akademika Konstantinovića koja je postojala i u svim ranijim redakcijama časopisa.

Ipak, potrebna je i veća pažnja. Božidar Marković (1990, 1164) primetio je da rad Mihaila Konstantinovića na kodifikaciji građanskog prava zaslužuje da se tome posveti jedna iscrpna istraživačka monografija, te da to „predstavlja ne samo nužnost da se sačuvaju i obrade podaci za istoriju našeg zakonodavstva i prava nego i dužnost našeg pravništva prema ličnosti i delu prof. Konstantinovića". Iako su prošle više od tri decenije od objavljivanja tog njegovog teksta, takva monografija još nije napisana. Potrebu da se sačini „jedan trajniji, stameni naučni portret našeg Profesora" uviđao je i Perović (2006, 32). Ni ovaj rad, naravno, nije ništa do jedan prigodni prilog izučavanju lika i dela Mihaila Konstantinovića i autor je svestan da je on mogao i morao biti daleko obimniji i kvalitetniji – da, zapravo, ništa osim monografskog proučavanja na koje je pozivao još Marković ne bi bilo adekvatno. Ali vredi naglasiti da to izučavanje mora biti svestrano i potpuno. Konstantinović je, zaista, zaslužio da o njemu bude napisana monografija – kao o zakonodavcu, ali i kao o naučniku i profesoru, kao o političaru i javnom delatniku: ukratko, biografija koja bi temeljno istražila sve aspekte njegovog života i dela.

BIBLIOGRAFIJA

Izvori

[1] Arhiva Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu – dosijea zaposlenih: Mihailo Konstantinović (skraćeno APF: MK).

[2] Drugo redovno godišnje zasedanje skupštine Jugoslavenske akademije održano 28. lipnja 1956. godine. 1956. *Ljetopis Jugoslavenske akademije (za godinu 1956)* 63: 135–137.

[38] Prvi je plan napustio Službeni glasnik, posle čega ni Pravni fakultet nije bio u stanju da ispuni usled toga narasle troškove štampanja celokupnog tiraža. Ipak, nadamo se da će knjiga u nešto izmenjenom izdavačkom aranžmanu uskoro ugledati svetlo dana. Na ovim podacima se zahvaljujem prof. dr Vuku Radoviću, upravniku Izdavačkog centra Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

[39] Prof. dr Jovica Trkulja mi je učinio dostupnim pripremljeni, neobjavljeni elektronski rukopis knjige, na čemu mu se ovom prilikom zahvaljujem.

[3] *Komunizam na Beogradskom univerzitetu 1929–1940*. 2001 [1940]. Beograd; fototipsko izdanje, ur. Aleksandar Željko Jelić. Beograd: Junior.

[4] Konstantinović, Mihailo. 1998. *Politika sporazuma: dnevničke beleške 1939–1941, londonske beleške 1944–1945*, prir. Radomir Konstantinović. Novi Sad: Agencija „Mir".

[5] Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Juli 2022). *https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de*, poslednji pristup 12. oktobra 2022.

Literatura

[1] Avramović, Sima. 2014a. Nukleus takmičenja u besedništvu na Pravnom fakultetu u Beogradu. 22–23. *Primenjena retorika: 20 godina takmičenja u besedništvu*, prir. Sima Avramović, Dejan A. Milić. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[2] Avramović, Sima. 2014b. Srpski građanski zakonik (1844) i pravni transplanti – kopija austrijskog uzora ili više od toga? 13–45. *Srpski građanski zakonik – 170 godina*, ur. Milena Polojac, Zoran S. Mirković, Marko Đurđević. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[3] Blagojević, Borislav T. 3–5/1978. Zakon o obligacionim odnosima u svetlosti svog vremena. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 227–243.

[4] Brajković, Vladislav. 1983. Mihailo Konstantinović (1897–1982). *Ljetopis Jugoslavenske akademije (za godinu 1982)* 86: 280–281.

[5] Brkić, Milan. 3–5/1978. Opšta pitanja uređenja obligacionih odnosa. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 305–333.

[6] Čavoški, Kosta. 2011. *Ustav kao sredstvo agitacije i propagande*. Beograd: Institut za savremenu istoriju – Službeni glasnik.

[7] Đorđević, Živomir. 3–5/1978. Načelo jednake vrednosti davanja prema Zakonu o obligacionim odnosima. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 349–366.

[8] Đurović, Radomir, Miodrag Orlić. 3–5/1978. Od Opšteg imovinskog zakonika do Zakona o obligacionim odnosima: Doprinos profesora Mihaila Konstantinovića. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 245–266.

[9] Đurović, Radomir. 1–2/1982. In memoriam profesoru dr Mihailu Konstantinoviću. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 7–11.

[10] Gačić, Dragan (ur.). 2015. *Odlikovanja iz legata Istorijskog arhiva Beograda: katalog izložbe*. Beograd: Istorijski arhiv Beograda.

[11] Glenn, H. Patrick. 200. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press.

[12] Hellenic Institute of International and Foreign Law. 2022. Directors. *https://hiifl.gr/en/p/directorship*, poslednji pristup 22. oktobra 2022.

[13] Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti. 2022. Članovi akademije. *https://www.info.hazu.hr/clanovi–akademije/clanovi/#*, poslednji pristup 20. oktobra 2022.

[14] In memoriam profesoru dr Mihailu Konstantinoviću. 1–2/1982. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 13–17.

[15] Jovičić, Miodrag. 1995. Ideje Mihaila Ilića o teritorijalnoj organizaciji vlasti u međuratnoj Jugoslaviji. 263–270. *Pravna i politička misao Mihaila Ilića: saopštenja sa naučnog skupa održanog 10. XI 1994. godine*, prir. Dragaš Denković i Jovica Trkulja. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[16] Kandić, Ljubica. 2002. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1905–1941.* Druga knjiga, II tom. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

[17] Kandić, Ljubica. 2005. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1941–1945.* Treća knjiga. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

[18] Kapor, Vladimir. 3–5/1978. Primena običaja i uzansi po Zakonu o obligacionim odnosima. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 335–347.

[19] Kompanjet, Zoran. 3–5/1978. Realni ugovori nakon stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 617–628.

[20] Konstantinovitch, Mihailo. 1923. *Le „periculum rei venditae“ en droit romain: thése pour le doctorat (Ès–Sciences Juridiques), Présentée et soutenoue devant la Faculté de Droit de l'Université de Lyon le Samedi è Juillet 1923, à 15 h. 30*. Lyon: Université de Lyon – Faculté de Droit.

[21] Konstantinović, Mihailo. 1924. Prilog teoriji rizika u rimskom klasičnom pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke* VIII. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 247–260.

[22] Konstantinović, Mihailo. 1925a. Zabrana zloupotrebe prava i socijalizacija prava. *Arhiv za pravne i društvene nauke* H. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 261–281.

[23] Konstantinović, Mihailo. 11/1925b. Privatnopravni položaj žene, – kakav je i kakav bi trebao da bude. *Nova Evropa* XL: 326–335.

[24] Konstantinović, Mihailo. 1925c. Označavanje zakona. *Arhiv za pravne i društvene nauke* HI. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 294–306.

[25] Konstantinović, Mihailo. 1928. Književni i umetnički rad i pravo (Autorsko pravo). *Letopis Matice srpske* 318. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 308–350.

[26] Konstantinović, Mihailo. 1930. Tendencija modernih zakonodavstava u smislu ograničenja prava na nasleđivanje. *Društveni život*. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 351–360.

[27] Konstantinović, Mihailo. 1931. Hipoteka na stoci. *Spomenica četvrtog kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije*, ur. Stojan Jovanović. Beograd: Kongres pravnika Kraljevine Jugoslavije. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 365–383.

[28] Konstantinović, Mihailo. 2–3/1933. Jugoslovenski građanski zakonik (Austrijski ili Crnogorski zakonik?). *Pravni zbornik*. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 384–396.

[29] Konstantinović, Mihailo. 1936. Kolektivni ugovori o radu. *Naša stvarnost*; preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 397–409.

[30] Konstantinović, Mihailo. 1945. Reforma braka i zaštita dece i majki u Sovjetskom savezu. *Arhiv za pravne i društvene nauke* I. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 448–467.

[31] Konstantinović, Mihailo. 1947. Opšte napomene uz teze za predprojekat zakona o nasleđivanju. *Arhiv za pravne i društvene nauke* III. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 468–483.

[32] Konstantinović, Mihailo. 1951. Odnos između prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu (pitanje kumuliranja). *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 496–506.

[33] Konstantinović, Mihailo. 1952. *Obligaciono pravo: skripta. 1: Opšti deo (prema beleškama sa predavanja profesora M. Konstantinovića sredio V. Kapor).* Beograd: Naučna knjiga.

[34] Konstantinović, Mihailo. 1952. Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 507–519.

[35] Konstantinović, Mihailo. 4/1957. Stara „Pravna pravila" i jedinstvo prava. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 431–437. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 540–548.[40]

[36] Konstantinović, Mihailo. 3/1958. Osiguranje i odgovornost u jugoslovenskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 264–276. Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 559–574.

[37] Konstantinović, Mihailo. 1974. Konvencija o zastarelosti u oblasti međunarodne prodaje telesnih pokretnih stvari. *Strani pravni život* 82: Preštampano u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 582–605.

[38] Konstantinović, Mihailo. 1976. Predgovor. *Švajcarski zakonik o obligacijama od 30. marta 1911. godine. Sa izmenama i dopunama izvršenim do 1. januara 1976. godine*. Beograd: Institut za uporedno pravo – Savremena administracija. Preštampano kao Predgovor za prevod Švajcarskog zakonika o obligacijama. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982: 606–615.

[39] Konstantinović, Mihailo. 2006 (1. izd. 1969). *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima.* Beograd: Službeni list SCG.

[40] Krulj, Vrleta. 3–5/1978. Monetarni nominalizam i doktrina valorizma. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 389–408.

[41] Kršljanin, Nina. 2020. Živojin Perić o uporednom pravu. 209–226. *Živojin M. Perić: ličnost i delo*, ur. Marija Draškić, Nina Kršljanin. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[42] Lukić, Radomir. 1–2/1982. In memoriam profesoru dr Mihailu Konstantinoviću. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 5–7.

40 U izdanju iz 1982. godine pogrešno stoji da je članak izvorno štampan u *Analima* 3–4/1952, što je očigledna štamparska greška, jer je časopis počeo da izlazi tek 1953. godine.

[43] Marinković, Tanasije. 2020. Ustavni identitet vidovdanske Jugoslavije. 95–121. *Sto godina od ujedinjenja: formiranje države i prava*, prir. Boris Begović, Zoran S. Mirković. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[44] Marković, Božidar. 7–8/1990. Mihailo Konstantinović, kodifikator jugoslovenskog prava. *Pravni život* 40: 1157–1164.

[45] Marković, Ratko. 1–3/1991. Povest fakultetskog časopisa. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 39: 1–9.

[46] Marković, Svetislav Lj., Lela Pavlović. 3–4/2015. Čačanske godine Mihaila Konstantinovića. *Hereticus* 13: 76–97.

[47] Marković, Svetislav Lj. 3–4/2015. Mihailo Konstantinović u Ivanjici. *Hereticus* 13: 98–110.

[48] Milojević, Momir. 1–2/2003. Profesor i dekan Mihailo Konstantinović. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 51: 173–183.

[49] Milošević, Čedomir. 1–2/1982. In memoriam profesoru dr Mihailu Konstantinoviću. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 11–12.

[50] Mirković, Zoran. 2020. Kodifikovanje građanskog zakonika nove države i njegovo mesto u istoriji međuratnih evropskih kodifikacija. 267–300. *Sto godina od ujedinjenja: formiranje države i prava*, prir. Boris Begović, Zoran S. Mirković. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[51] Orlić, Miodrag *et al.* 1–2/2003. Reč uredništva. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 8–9.

[52] Pajić, Ivana. 3–4/2015. Bibliografija radova profesora dr Mihaila Konstantinovića. *Hereticus* 13: 271–319.

[53] Perović, Slobodan. 2006. Skica za jedan portret. 7–32. Konstantinović, Mihailo. 2006 (1. izd. 1969). *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima.* Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.

[54] Popović, Dragoljub. 3–4/2015. Uporišne tačke Konstantinovićeve politike. *Hereticus*: 60–65.

[55] Poznić, Borivoje. 3–5/1978. Osvrt na neke odredbe Zakona o obligacionim odnosima. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 367–338.

[56] Ristić, Slađan *et al.* 2016. *Katalog odlikovanja Republike Srbije, vojnih spomen–medalja i vojnih spomenica* (2. izd.). Beograd: Ministarstvo odbrane (Medija centar „Odbrana“).

[57] Savinji, Fridrih Karl fon. 1998 (1. izd. 1814). *Zakonodavstvo i pravna nauka* (prev. Branimir Živojinović). Podgorica: CID.

[58] Saccoccio, Antonio. 2020. *Il mutuo nel Sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale*. Torino: G. Giappichelli Editore.

[59] Simović, Vojislav *et al.* 3–5/1978. Reč Uređivačkog odbora (bez naslova). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 225–226.

[60] Simović, Vojislav *et al.* 1–2/1982. Reč Uređivačkog odbora (bez naslova). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 3.

[61] Stanojević, Obrad. 3–5/1978. „Skica" Mihaila Konstantinovića. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26: 267–284.

[62] Stefanovski, Mirjana. 1995. Pitanje pravne valjanosti Uredbe o Banovini Hrvatskoj. 306–318. *Pravna i politička misao Mihaila Ilića: saopštenja sa naučnog skupa održanog 10. XI 1994. godine*, prir. Dragaš Denković i Jovica Trkulja. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[63] Tot, Ivan. 2022. Poredbenopravni utjecaji na Zakon o obveznim odnosima. 3–99. *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu: Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*, ur. Ivan Tot i Zvonimir Slakoper. Zagreb: Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

[64] Trkulja, Jovica. 3–4/2015. Politika sporazuma Mihaila Konstantinovića. *Hereticus* 13: 11–37.

[65] Trkulja, Jovica. 2021. „Gresi" Mihaila Konstantinovića (intervju, razgovarala Anđelka Cvijić). *Novi magazin*. 1. maj. *https://novi magazin.rs/iz-nedeljnika-nm/246025-jovica-trkuljagresi-mihaila-konstantinovica*, poslednji pristup 29. septembra 2022.

Nina KRŠLJANIN, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ (1897–1982): A JURIST WHO DEFINED AN ERA

Summary

The article provides a biographical overview of the life and work of Mihailo Konstantinović, professor at the University of Belgrade Faculty of Law and corresponding member of the Yugoslav Academy of Arts and Sciences. This contribution covers his education, university and scientific career, political engagement, work on legislation and in professional associations. The article reflects on the contribution of Mihailo Konstantinović to Serbian legislation and jurisprudence and the recognition he deserved, as well as on the controversies of his life and work, concluding that a more detailed study of his character and work is undoubtedly necessary.

Key words: *Biography. – Civil law. – Yugoslavia. – Government of the Kingdom of Yugoslavia. – Legislator.*

Article history:
Received: 31. 10. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

II MIHAILO KONSTANTINOVIĆ – PRAVNIK, KODIFIKATOR, POLITIČAR, UNIVERZITETSKI PROFESOR I OSNIVAČ SPOLJNOTRGOVINSKE ARBITRAŽE

/

II MIHAILO KONSTANTINOVIĆ – JURIST, CODIFIER, POLITICIAN, UNIVERSITY PROFESSOR, FOUNDER OF THE FOREIGN TRADE COURT OF ARBITRATION IN BELGRADE

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.1(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK02A

Dr Miodrag V. ORLIĆ*

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ I PREUREĐENJE GRAĐANSKOG PRAVA U SRPSKOM I RANIJEM JUGOSLOVENSKOM PRAVU

U srpskoj i ranijoj jugoslovenskoj javnosti relativno malo se znalo o Mihailu Konstantinoviću. Razlog je uglavnom bilo to što je iza sebe ostavio skroman broj radova. Na pitanje jednog mladog pravnika zašto nije napisao više, profesor je odgovorio da mu nije izgledalo da je pisanje komentara o pravu koristan posao u situaciji u kojoj zakoni ne postoje ili nisu na potrebnoj visini. Stoga je odlučio da se posveti pisanju zakonskih nacrta, a ne knjiga o pravu. Između dva rata njegova aktivnost se sastojala u kritici stanja prava i pokušaja da se u Nacrtu građanskog zakonika, nazvanog Predosnova, nametne austrijski Građanski zakonik. Posle Drugog svetskog rata Konstantinović je bio isključivi redaktor prednacrta zakona iz svih oblasti građanskog prava (izuzev stvarnog prava). Znatan broj tih originalnih tekstova je u toku vremena bio izmenjen i dopunjen. Ali činjenica je da i danas značajan deo njegovih ideja uređuje pravne odnose od Kajmakčalana do Karavanki!

Ključne reči: *Mihailo Konstantinović. – Građansko pravo. – Preuređenje prava. – Predosnova. – Srpsko pravo.*

* Pravnik, član Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Srbija, *upj@eunet.rs*.

UVOD

U našoj javnosti, pa i među pravnicima, o profesoru Mihailu Konstantinoviću se relativno malo zna. Ipak, pri pomenu njegovog imena neko će se prisetiti da je pre rata bio u Vladi i da je podneo ostavku posle potpisivanja Trojnog pakta 25. marta 1941. godine. Starije generacije ga pamte kao izuzetnog predavača. Mlađi koji prate našu savremenu književnost imaće pred očima lik oca književnika Radomira Konstantinovića.[1] Poneko će reći da mu je broj objavljenih radova skroman i da nije u srazmeri sa ugledom koji je uživao kao profesor.

Zanimljivo je da su sud o malom broju objavljenih radova izrekli i neki od uglednih pravnika koji su bili veliki poštovaoci profesora Konstantinovića i imali samo reči hvale i za njegov rad na Fakultetu i u oblasti prava uopšte. Tako, na primer, profesor Radomir Lukić, pravdajući ga, reći će da je „strast za savršenstvom, što je shvatio kao dužnost, uzrok je što nije dao još više radova koji će još dugo biti uzor savršenstva u svojoj vrsti" (Lukić, Konstantinović 1928).

U svojoj knjizi *Istorija Pravnog fakulteta* profesorka Ljubica Kandić (2002, 215–216) na sličan način govori o Konstantinoviću:

> *Profesor Konstantinović nije napisao udžbenike za predmete koje je predavao, ali su na osnovu njegovih predavanja, pre i posle Drugog svetskog rata, nastala skripta iz Obligacionog prava, naslovljena Beleške po predavanjima profesora Mihaila Konstantinovića. Izgleda čudno da profesor koji je spadao među najbolje stručnjake u tako širokim oblastima civilnog prava nije posle dužeg nastavnog i naučnog rada iza sebe ostavio stalni udžbenik iz Obligacionog prava. Teško je ulaziti u razloge i pretpostavke zašto se takav udžbenik nije pojavio iz pera Mihaila Konstantinovića. Činjenica je da je on kasno došao na beogradski Pravni fakultet (proveo je na subotičkom Pravnom fakultetu gotovo 11 godina). Po izboru na Pravni fakultet u Beogradu bio je uključen u intenzivan rad na rešavanju brojnih stručnih pitanja, a on je uvek, sa samo njemu svojstvenom sistematičnošću i odgovornošću, obavljao poslove koji su mu poveravani. Takođe treba napomenuti da je prof. Konstantinović, zbog nedovoljnog broja nastavnika na Katedri građanskog prava, bio veoma angažovan u nastavi. Dodajmo ovome i njegov perfekcionizam u radu, ili, kako je dobro primetio R. Lukić. Ako se uzmu u obzir navedene*

[1] Uporediti Cvetićanin, R. Konstantinović 2017.

pretpostavke i razlozi, onda se donekle može razumeti zašto do kraja ovog perioda nije nastalo jedno sistematsko delo po meri i u skladu sa ugledom prof. Konstantinovića.

Ovakva mišljenja poštovalaca prof. Konstantinovića, pravdajući ga raznim obzirima, u osnovi mu ipak zameraju što nije napisao više. Nesporazum između Konstantinovićevog osnovnog opredeljenja i stavova njegovih dobronamernih kritičara nalazio se u jednom dubljem sloju osnovnih aksioloških stavova. Osnovno pitanje se sastojalo u shvatanju o tome šta je u našim uslovima najvažniji zadatak pravnika. Prema mišljenju kritičara, koji su takvo stanovište izrečno ili prećutno zastupali, aksiom prilikom ocenjivanja doprinosa nekog pravnika, uz to univerzitetskog profesora, trebalo je da bude broj objavljenih udžbenika, komentara, monografija i članaka.

Gledište o Konstantinovićevom „skromnom" doprinosu pravnoj nauci lebdelo je, izrečno ili prećutno, u mislima mnogih njegovih kolega na fakultetu, mada se niko, zbog autoriteta koji je profesor uživao, nije usuđivao ni da ga otvoreno nagovesti, a još manje da ga izrekne. Ali, kao u Andersenovoj bajci „Carevo novo odelo" jedan mladi pravnik iz provincije, Nikola Cicmil, oslobođen strahopoštovanja koje je vladalo u auli Pravnog fakulteta, uputio je pismo profesoru[2] u kome mu se žalio na teškoće da nađe odgovore na pitanja koja su se postavljala u praksi. Ističući da stalno iščitava profesorova Skripta iz Obligacionog prava, pitao ga je:

...zašto nije napisao jedan kompletniji udžbenik, sistem o obligacionom pravu koji bi obuhvatio sve vrste ugovora između pravnih i fizičkih lica i zašto takvo jedno delo nije ostavio svojim učenicima i studentima da ga mogu koristiti kao pravnici i praktičari.

U odgovoru mladom kolegi prof. Konstantinović je izložio svoje shvatanje šta je prvenstveni zadatak pravnika. Nasuprot opšteprihvaćenim pogledima o određivanju vrednosti naučnog rada u oblasti prava, Konstantinović je smatrao da pisanje udžbenika, eventualno i sistema građanskog prava nema svrhe u situaciji nesređenog zakonodavnog stanja. To je objasnio rečima:[3]

Ja sam odavno stavio na hartiju više nego skicu celokupnog građanskog prava. Jedan od glavnih razloga koja me zadržava je stanje našeg pozitivnog prava. Vrlo je čest slučaj da studije, pa i udžbenici iz

[2] Iz pisma Nikole Cicmila, diplomiranog pravnika Službe društvenog knjigovodstva, 30. avgusta 1967.

[3] Iz pisma Mihaila Konstantinovića Nikoli Cicmilu, pravniku Službe društvenog knjigovodstva, Vršac, 15. oktobra 1967. (iz arhive M. Orlića).

> *te oblasti postanu makulatura posle dve-tri godine. A sastaviti knjigu o „osnovnim principima" jednog prava bez stabilne zakonske osnove ne izgleda mi koristan posao u našim prilikama.*

Polazeći od toga da bi pisanje komentara u situaciji u kojoj nedostaju zakoni ili nisu na potrebnoj visini, Konstantinović je smatrao da se treba posvetiti izradi novih zakona koji će izražavati pravno osećanje i poglede naroda, a na drugoj strani biti u skladu sa modernim kretanjima u uporednom pravu. Nastavljajući svoju misao Konstantinović je rekao sledeće:

> *Zbog toga sam se prihvatio da sastavim nacrt Zakonika o obligacijama. Na tom poslu radim više godina. Njegov je završetak u izgledu. Do sada sam redigovao opšti deo, a od pre dve godine redigovao sam odredbe od nekih dvadeset i nekoliko posebnih ugovora. Do sada to iznosi oko 800 članova, a tome će trebati dodati još oko 150–200 članova, kojima će biti uređena materija nekih manjih ugovora.*[4]

U zaključku Konstantinović je izložio svoj pogled i svoje opredeljenje:

> *Uveren sam da je ovaj posao važniji od pisanja sistema i komentara, i da on treba da bude obavljen pre svakog drugog. Čak i ako moj nacrt Zakonika ne bi bio prihvaćen, moji učenici i ostali naći će u njemu moje mišljenje o institucijama obligacionog prava.*[5]

Pismo mladom pravniku Konstantinović je završio sledećim rečima:[6]

> *Nadam se da ćete u ovim redovima naći makar delimičan odgovor na pitanje koje Vas je nateralo da „spasavate svoju dušu"[7], želim Vam sve najbolje i srdačno Vas pozdravljam.*

---

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 Nikola Cicmil se prema odgovoru prof. Konstantinovića odnosio kao prema dragocenom dokumentu. Smatrao je da mu je dužnost da ga sačuva i učini dostupnim našoj pravnoj javnosti. Preminuo je u hramu pravne nauke, u Amfiteatru 5 Pravnog fakulteta u Beogradu u toku diskusije o Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije 26. juna 2015.

I. KRITIKA STANJA U PRAVNOM SISTEMU

1. IZJEDNAČENJE ZAKONA

Mihailo Konstantinović se vratio u Srbiju kao francuski pravnik. Obrazovan u zemlji velike pravne kulture, bio je neprijatno iznenađen zatečenim položajem prava u Srbiji i različitošću zakona u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, docnijoj Jugoslaviji. Lionskom doktoru prava morao je smetati srpski Građanski zakonik, slabija verzija austrijske kodifikacije, donesen još u prethodnom veku. Nepostojanje sistematskih dela, oskudnost pravne literature, nedostatak zbirki sudskih odluka, nizak nivo pravne kulture; rečju, stanje koje je bilo u oštroj suprotnosti sa visoko uređenim pravnim sistemom Francuske i njenim Građanskim zakonikom, sistemskim delima visokog kvaliteta, uređenim zbornicima sudskih odluka sa komentarima, časopisima kao što je *Revue trimestrielle de droit civil*. Takvom pravnom sistemu doprineli su i veliki pravnici: Marcel Planiol, François Gény, Louis Josserand, Edouard Lambert, Ambroise Colin, Henri Capitant, Raymond Saleilles i mnogi drugi čija su dela obeležila kraj XIX i početak XX veka.

Slika je bila još nepovoljnija za Srbiju, kada ju je Konstantinović posmatrao najpre iz provincijskog Ohrida, sa područja na kojima je srpsko pravo bilo tek uvedeno, gde je nedostajalo svega (knjiga, zakonskih tekstova sa objašnjenjima, komentara sudskih odluka i pravne literature), a zatim sa osmatračnice u Subotici, sa koje su se vrlo lepo mogle sagledati slabosti srpskog prava u poređenju sa znatno naprednijim i za ono vreme modernim mađarskim (ugarskim) pravom.

Stanje građanskog prava u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca je ostavljalo još gori utisak. Država koja je proglasila unitarnost imala je šest potpuno razdvojenih pravnih područja, mnoštvo međusobno neusklađenih propisa, različite jezičke izraze i pravnu terminologiju, zbog čega je pravni poredak bio razbijen, a ljudi koji su živeli pod vladom različitih zakona, uprkos ujedinjenju, nisu se osećali građanima iste države (Marković 1936, 1).

1.1. Razlog zaštite subjektivnih prava

Zadatak pravnika u zajedničkoj državi, prema Konstantinovićevom mišljenju, bio je da se postigne izjednačenje zakona (Konstantinović 1925). Prvi razlog je bila potreba da se omogući jednako uživanje subjektivnih prava na celokupnoj teritoriji države. Ondašnje nepovoljno stanje subotički docent je ilustrovao nizom slučajeva iz porodičnog, naslednog i statusnog prava.

Tako, na primer, u Vojvodini je, po mađarskom zakonskom članu XXXI §29 iz 1894. godine, bio obavezan građanski brak. Da bi brak bio punovažan i da bi proizveo pravna dejstva, trebalo je da bude zaključen pred građanskim činovnikom (matičar, prvi činovnik gradske opštine, sreski načelnik, načelnik grada). Pravilo je važilo za Vojvođane, ali i za one koji to nisu bili, primenom principa *locus regit actum*. Nasuprot tome, u Srbiji (u uže shvaćenom značenju, dakle pre Velikog rata, a stanje je ostalo isto i u međuratnom razdoblju), prema §60 srpskog Građanskog zakonika, bio je obavezan crkveni brak (za lica pravoslavne veroispovesti, a jednim docnijim zakonodavnim rešenjem posle konkordata sa Vatikanom, slično pravilo se *mutatis mutandis* primenjivalo i na zaključenje braka između nepravoslavnih hrišćana) (*ibid*., 56).

Ako su se, dakle, Srbin iz Banata i Srpkinja iz Kragujevca venčali u Subotici, njihov brak bio bi punovažan ako bi odlučili da žive u Vojvodini, na primer u Petrovgradu (danas Zrenjanin). Ali, drugačije bi bilo ako bi građanski venčani mladenci odabrali da žive u nevestinoj postojbini u Kragujevcu ili, zašto da ne, u Beogradu. Naime, duhovni sudovi, koji su u Srbiji bili nadležni u toj materiji smatrali bi pomenuta lica nevenčanim[8], iz čega su mogle proizaći veoma teške posledice za muža i ženu[9], a pogotovo za njihovu decu.

U obrnutoj situaciji, ako bi Srbin i Srpkinja iz Srbije, stupili u crkveni brak, na primer u Alibunaru, njihov brak, ako bi docnije živeli u Novom Sadu, bio bi nevažeći (*ibid*., 57), a prema pravu, koje je važilo u Vojvodini smatralo bi se da žive nevenčano. Ali, ako bi prešli preko Dunava ili Save i vratili se u Srbiju, njihov brak bi prema srpskom pravu bio punovažan (*ibid*.). Još važnije, deca rođena u takvoj zajednici, smatrala bi se prema pravu koje je važilo u Vojvodini za nebračnu, što je bilo izuzetno nepovoljno u svakom pogledu, a naročito kod nasleđivanja. Nasuprot tome, u Srbiji bi se smatralo da tako rođena deca potiču iz punovažnog braka i da dosledno tome mogu da uživaju sva prava, uključujući i nasledna.

---

[8] „Naprotiv, ako se Srbin i Srbijanka venčaju u Vojvodini građanski, a ne u crkvi, srbijanski duhovni sudovi, smatraće ih za nevenčane.“ *Ibid*., 58

[9] „Na ovom mestu, autor je napomenuo da mu nije bilo poznato, da li je u našoj sudskoj praksi, dosta bilo takvih slučajeva. Ali je kao primer naveo da su sudovi u Bugarskoj (u kojoj je kao i u Srbiji bio obavezan crkveni brak) proglašavali za nepostojeće brakove koje su bugarski studenti zaključivali u Francuskoj pred građanskim vlastima (u kojoj je odavno bio obavezan civilni brak). Zvuči kao anegdota, ali su takvim odlukama sudovi odbijali traženja Francuskinja, koje su dolazile u Bugarsku da vrate svoje odbegle muževe!“ *Ibid.*

Slično, ali još zamršeniji bili su pravni odnosi koji su nastajali kod prestanka braka. Naime, okružni sudovi na teritoriji preko Save i Dunava koji su sudili brakorazvodne parnice između Vojvođana smatrali su da su nadležni da rešavaju sporove o razvodu braka i onih lica koja su brak zaključila u Srbiji, dakle u crkvi (*ibid*., 57–58). Ako bi brak bio razveden, odluka bi, razume se, važila na teritoriji Vojvodine, ali nije uopšte sigurno da bi mogla važiti i u Srbiji. Crkvene vlasti sa ove strane Save i Dunava smatrale bi da državni organi ne mogu razvezati ono što je crkva svezala i da građanski sklopljen brak, iako razveden, i dalje postoji. Ako bi i prvostepeni sudovi (kao državni organi) u Srbiji prihvatili stanovište Crkve, to bi izazvalo neverovatne i gotovo nerešive situacije (*ibid*., 58). Brak bi sa one strane reke bio razveden, a sa ove punovažan. Razvedeni suprug (bilo muž ili žena) mogao bi u Vojvodini zaključiti novi brak i taj brak bi bio punovažan, a deca zakonita. Nasuprot tome, u Srbiji bi takav brak bio nevažeći, a deca vanbračna.

1.2. Razlog narodnog ujedinjenja

Ako je izjednačenje zakona u prvom redu bilo neophodno radi pružanja pravne sigurnosti pojedincima, ono je isto tako, ako ne i više, bilo potrebno za narodno ujedinjenje (*ibid*., 60). Nije nepoznato koliko različitost zakonodavstva utiče na jačanje pokrajinskog duha i predstavlja prepreku stvaranju jedinstva. Primeri nastajanja modernih država to potvrđuju. Svi narodi koji su težili ujedinjenju smatrali su da cilj nije potpuno postignut sve dok se zakonodavstvo ne izjednači.

U staroj Francuskoj svaka pokrajina je imala svoje posebno pravo. „Kad je krajem srednjeg veka, kraljevstvo uspelo da slomi politički feudalizam i da od skoro nezavisnih pokrajina stvori jednu državu, najveći političari i pravnici dali su se na pripremanje izjednačenja zakona za koje se smatralo da treba da budu krunisanje dela narodnog jedinstva“ (*ibid*.). Francuska revolucija, koja je u svemu rušila stari poredak, u ovom pogledu je nastavila težnju monarhije o izjednačenju zakonodavstva. Kad je naposletku Napoleon uspeo da ostvari tu ideju, svi su se složili da je pojava Građanskog zakonika izuzetan događaj, kojim je konačno dovršeno narodno ujedinjenje.[10]

[10] „...Građanski poredak učvršćuje politički poredak. Mi nismo više Provansalci, Bretonci, Alzašani, nego Francuzi.“ Izlaganje o motivima nacrta zakona koji se odnosi na sjedinjenje građanskih zakona u jedan skup zakona pod nazivom francuski Građanski zakonik (*Code civil français*) podnesen 26. vantoza (ventôse) godine XII. Portalis 1988, 180.

Za lionskog doktora prava, francusko iskustvo je ukazivalo na put rešavanja problema izjednačenja. Prema Konstantinovićevom (1925, 59) mišljenju:

> *Jedini izlaz iz ovog haosa je izjednačenje zakona, ukidanje sviju pokrajinskih zakonodavstava i stvaranje istih zakonika za celu državnu teritoriju. Samo stvaranje opštih zakonika moći će onemogućiti ova komplikovanja i često puta nerešiva pitanja, koja se danas postavljaju u pravnom saobraćaju, i uneti potrebnu sigurnost u pravni život našeg naroda. Izjednačenje zakona i njihova kodifikacija za nas je, dakle, najprešnija potreba.*

2. PREDOSNOVA GRAĐANSKOG ZAKONIKA ZA KRALJEVINU JUGOSLAVIJU

Krajem 1919. godine osnovan je Stalni zakonodavni savet pri Ministarstvu pravde sa zadatkom da izradi nacrte za izjednačenje zakonodavstva u novonastaloj Kraljevini (Perić 1939, 1). Na samom početku rada postavilo se pitanje kojim putem poći u pripremanju nacrta. U tom pogledu, postojala je bitna razlika između krivičnog i građanskog prava. U prvoj oblasti Vlada je odlučila da se donese potpuno nov zakonik (*ibid*., 2), dok je za drugu izabrala da se za osnov rada uzme austrijski Građanski zakonik (u njegovom hrvatskom izdanju iz 1852. godine). Nacrt koji je izrađen nazvan je Predosnova[11] jer je komisija „htjela osobito naglasiti da njezin rad nema karakter dotjerane i gotove zakonske osnove“ (Maurović 1940, 93).

U oblasti krivičnog prava pripreme za donošenje novog Krivičnog zakonika (kojim bi se zamenio stari od 1860. godine) u Ministarstvu pravde Kraljevine Srbije (Živanović 1935, 91) počele su još 1908. godine. Komisija stručnjaka podnela je 1910. godine ministru pravde Nacrt novog zakonika i motive[13] za njegovo donošenje.[14] Godinu dana kasnije jedna šira komisija pregledala je projekat i u njega unela znatne izmene i dopune.

---

[11] Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, objavljena je u Beogradu 1934. godine. Rad na pripremi i izradi Predosnove započeo je Privatnopravni odsek Stalnog zakonodavnog saveta decembra 1919, a nastavila ga je Komisija stručnjaka 1930. godine. Odsek (kasnije Komisija) sačinjavali su: Đorđe Nestorović, predsednik, Dragoljub Aranđelović, Gregor Krek, Lazar Marković (samo u Odseku, a ne i u Komisiji), Ivan Maurović, Živojin Perić, Dobrivoje Petković, Mihailo Tadić (nije se primio članstva u Komisiji), Živan Spasojević. Sekretar Odseka je bio Nikolaj Pahorukov. Načelnici Zakonodavnog saveta su bili: Sava Šapčanin, Milan Petrović, Milan Kugler i Bertold Eisner.

Po završetku Velikog rata, u novoj, proširenoj državi ukazala se potreba da se donese Krivični zakonik za celu zemlju. Srećna okolnost je bila ta što je Srbija imala gotov pripremljeni projekat Kaznenog zakonika na visokom stručnom i naučnom nivou[14], uz to propraćen motivima sa detaljnim obrazloženjem i objašnjenjima. Sasvim prirodno je bilo da se Nacrt novog Krivičnog zakonika za Kraljevinu priprema na podlozi srpskog projekta iz 1911. godine. Nacrt je i posle razmatranja u stručnoj javnosti (naročito u Sloveniji i Hrvatskoj)[15] objavljen zajedno sa motivima. Narodnoj skupštini je bio upućen 1926. godine i razmatran je u Zakonodavnom odboru. Posle državnog udara, Krivični zakonik je objavljen već 27. januara 1929. godine, kao jedan od prvih zakonodavnih akata u reci koja je potekla, kada su brane opstrukcije u Skupštini bile uklonjene (Živanović 1935).

Sasvim je drugačija situacija bila u Građanskom pravu. Dok je u Krivičnom pravu imala projekat Krivičnog zakonika praćen motivima, jedno moderno delo na visokom naučnom nivou, Srbija je u Građanskom pravu potpuno nespremna dočekala ujedinjenje i stvaranje nove Države. Iako je imala briljantne pravnike svetskog glasa, koji u naučnom pogledu, erudiciji i iskustvu nisu zaostajali za stručnjacima iz Krivičnog prava, u pripremama za donošenje Zakonika bili su daleko iza njih. U Krivičnom pravu vladala je sistematičnost u radu, jasan izbor osnove i metodično vođenje poslova da bi se stiglo do cilja. Nasuprot tome u Građanskom pravu nisu bili jasno postavljeni ciljevi, nije bilo dugoročne i dosledne saradnje univerzitetskih profesora i ministara pravde,[16] niti je rad na pripremanju i izradi Građanskog zakonika, ikada bio postavljen kao prvi i najvažniji zadatak lične posvećenosti i udruženih napora. Tako se Srbija našla u situaciji da primi tuđi austrijski Građanski zakonik (istina u hrvatskom izdanju) kao osnov za

---

12 Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju, Službeno izdanje Ministarstva pravde, Beograd, 1910. Projekat je preveden na nemački i objavljen u zborniku: *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, *Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch für Königreich Serbien*, Heft 52, Berlin 1911.

13 Upor. Neubecker 1911. Objavljeno i na srpskom u prevodu Drag. S. Janjića: Fridrih Karl Nojbeker, Projekat Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju, kritička skica. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 5–6/1911, 321–353.

14 Upor. „...Un nuovo codice penale, considerato una delle migliori e piu moderne codificazioni del tempo (Novi Krivični zakonik, smatran za jedan od najboljih i najmodernijih zakonika u onom vremenu)." Benacchio 1995, 153.

15 Uporediti Miler 1923, 1–14; Frank 1923, 82–87; Hönigsberg 1923, 100–111; Gogolja 1923, 190; Pobor 1923, 243.

16 „U vremenu kada se... opaža na svim poljima državne delatnosti plodan rad neće valjda ni srpsko privatno pravo ostati pastorče, koje već evo šeset godina žudno čeka, da najzad i na njegovu reformu dođe red." Aranđelović 1904, 457.

izradu jugoslovenskog Građanskog zakonika, a da njen sopstveni Zakonik od 1844. godine zbog manjkavosti i anahronosti ne bude ni pomena vredan[17], kad se razgovaralo o izboru modela.[18]

2.1. Rasprava o Predosnovi

Među uzrocima koji su usporavali rad na pripremi i donošenju građanskog zakonika i koji su na koncu osujetili da se Predosnova[19] donese kao građanski zakonik, bili su, pre svega, razlozi koncepcijske prirode i neki drugi koji su se ticali sadržine jezika, stila, vrednosnih pogleda na mesto i ulogu zakonika itd. Naime, i na početku i u toku rada Komisije postavljalo se pitanje na kojim osnovama treba izraditi nacrt, pojavila su se dva potpuna oprečna shvatanja. Prema prvom, preovlađujućem shvatanju, koje su zastupali članovi Komisije (dosledno i nepokolebljivo)[20] ali i mnogi pravnici izvan nje[22], za osnov

---

[17] „Iz dostupne građe je vidljivo da SGZ nije uopšte uziman u obzir kao osnova za pisanje građanskog zakonika nove države jer je već decenijama kritikovan kao zastareo, nepotpun itd.“ Mirković 2021, 19.

[18] „Bude li Predosnova... dobila moć zakona, ...imali (bismo) zakonik, koji bi bio bolji i u mnogom napredniji od sadašnjih naših zakonika tj. bolji od hrvatskoga, kudikamo bolji od srpskoga, a napredniji i od slovenskoga“. Maurović 1940, 96.

[19] Upor. razmatranja o predosnovi u obimnoj studiji: Radovčić 1975, 249–306.

[20] U prvom redu Ivan Maurović, istaknuti hrvatski pravnik, koji je na početku smatrao „da u našoj državi dok ne budemo mogli stvoriti sasvim novi civilni kodeks na visini nauke i prema potrebama naših prilika, bilo bi najbolje da ostanemo svaki pri svojem civilnom pravu“. Maurović 1923, 98.

Od trenutka kad je u Zakonodavnom savetu bila doneta odluka da se preradi austrijski Građanski zakonik, postao je najdosledniji i najnepokolebljiviji zastupnik koncepcije o uzimanju austrijskog Građanskog zakonika (u hrvatskoj verziji) za podlogu Predosnove: „To odgovara i mojemu principijelnomu stanovištu, da se naime u našem zakoniku ne čine bez potrebe promjene. Ne možda s toga, što držim da je taj zakonik neki ‘nolli me tangere’, bez mana i senilnih slaboća, već zato, što je on po opće priznatom mnijenju još uvijek u cijelosti dobar zakonik, koji se može dobro primenjivati, i jer se mora u istinu ‘nonnum premere in annum’ prije nego što se i koja ustanova mijenja u ovom zakoniku, koji je gotovo u svim dijelovima naše države kroz mnogo decenija naše opće pravo (Gemeines Recht), po kojem su već oci naši živjeli i na nj se privikli. Pored toga – ako i odlučismo, da stvorimo formalno jedan civilni kodeks – ne smijemo zaboraviti, da mi danas samo izjednačujemo zakone, da je naš posao sasvim provizoran, te će tek djecu našu zapasti časna i velika zadaća, da u ojačanoj i konsolidiranoj državi stvaraju novi moderni civilni kodeks. Mi smo izvršili našu dužnost, ako u interesu konsolidiranja države dademo njoj za sada jedinstveni zakonik: po našem naziranju najbolji, koji u kratko nam odmjerenom vremenu možemo dati.“ Maurović 1940.

U istom smislu: Maurović 1932, *passim*, naročito 5; Maurović 1934, 3.

Zakonika trebalo je uzeti austrijski Građanski zakonik. Prema drugom stanovištu, u izradi nacrta valjalo je poći od Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru.

Za prihvatanje austrijskog Građanskog zakonika zalagali su se hrvatski i slovenački pravnici. To je i razumljivo, kada se uzme u obzir da je AGZ bio preveden na hrvatsko-srpski jezik i da su se dugom upotrebom pravnici u Hrvatskoj i Sloveniji bili navikli na njega. Međutim, i na srpskoj strani je bilo uglednih pravnika koji su smatrali da austrijski Građanski zakonik treba da posluži kao osnov za izradu jugoslovenskog građanskog zakonika.[22] Nasuprot tome, prema drugom shvatanju polazna tačka za izradu građanskog zakonika trebalo bi da bude Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, a ne austrijski Građanski zakonik. Ovo, drugo shvatanje zastupao je jedan broj istaknutih pravnika mlađe generacije u Srbiji, od kojih će neki docnije, posle Drugog svetskog rata, igrati značajnu ulogu u donošenju najvažnijih i najbolje izrađenih zakona u oblasti građanskog prava.

Pobornici ovog gledišta su s jedne strane kritikovali postupak redaktora Predosnove, koji su za polazište uzeli austrijski Građanski zakonik, a zatim su dokazivali da Opšti imovinski zakonik ima potrebne kvalitete da posluži kao osnov budućeg zakonika. Njihova razmatranja su se sastojala iz dva

---

[21] „Važnije bi dakako imale biti moje napomene jurističkoga karaktera tičuće se pojedinih sasvim novih umetaka sa strane komisije, a i nekih drugih promjena u mojem tekstu, za koje većina članova komisije drži, da tim nije ništa u stvari promijenjen austrijski zakonik. Glede ovih sam rekao u gore citiranom zapisniku, da ih odbijam i da ostajem pri svom tekstu. To stajalište ni sada ne napuštam." Maurović 1925, 22.

[22] Jedan broj uglednih pravnika prihvatao je stanovište o opravdanosti odluke da se Predosnova izgradi ugledanjem na austrijski Građanski zakonik i u svojoj kritici se ograničava na poboljšanje teksta. Uporediti, kako je govorio M. Pliverić: „Uvažavanjem razloga, koji su vodili sastavljače Predosnove kad su za podlogu svoga rada uzeli austrijski Građanski zakonik, smatrali smo, da naša kritika toga rada treba da bude po mogućnosti konstruktivna, da pripomogne izgradnji takvog zakonika, koji od dosadašnjeg našeg privatnog prava preuzima sve ono, što je još uvjek dobro, ali koji od svoje podloge i odstupa, ukoliko to traže današnje prilike." Eisner, Pliverić 1938, 7. Slično: „Polazeći sa stanovišta da se ta osnovica sada ne može menjati i da je dopušten samo rad korektorski, ja ću odmah preći na pregled pojedinih propisa Zakonika i dati svoje mišljenje šta bi i kako trebalo ispraviti kako u sadržini pojedinih propisa, tako i u stilu i jeziku kako bi i naš budući građanski zakonik bio što potpuniji, određeniji i jasniji, od čega će umnogome zavisiti i njegova pravilna primena." Urošević 1936, 176. Takođe: „Prema svemu rečenom, pitanje na kojoj osnovi treba izraditi zakonik već je rešeno i ne može se niti ima vremena da se menja put kojim se išlo, već se starati da u skorijoj budućnosti dođemo do Građanskog zakonika. S pogledom na primedbe učinjene sa raznih strana na Predosnovu, u ovu se mogu uneti još mnoge dobre stvari a i učiniti potrebne ispravke." Šapčanin 1937, 317.

dela. U prvom delu bila je izložena kritika Predosnove i njenog izvornika austrijskog Građanskog zakonika. U drugom delu bili su izneti na videlo, pomalo zaboravljeni i zapostavljeni kvaliteti Opšteg imovinskog zakonika. Njihove primedbe na Predosnovu pridruživale su se napomenama najoštrijih kritičara Predosnove, ali su išle još dalje jer su kritiku dovodile do krajnjih konsekvenci, a to je bio zaključak da austrijski Građanski zakonik ne treba uzeti za osnov jugoslovenskog građanskog zakonika, već da u tu svrhu treba da posluži Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru (Konstantinović 1982; Janković 1932; Matanović 1936, 267–276, naročito 271).[23] Docniji razvoj događaja dao im je za pravo, potpuno kad je reč o prvom delu, delimično kad je reč o drugom.

2.2. Kritika opredeljenja za austrijski Građanski zakonik

Konstantinović se već u prvom stavu, o pitanju šta izabrati za osnov rada na budućem zakoniku, razišao sa polazištem Komisije. Prema njegovom sudu, Komisija je napravila rđav izbor kada se opredelila za austrijski Građanski zakonik. Da bi izrazio svoje duboko neslaganje, subotički profesor (Konstantinović, 388) upućuje sledeće reči:

> *Usvajanje austrijskog građanskog prava predstavlja nacionalno-politički jednu pogrešku. Jugoslavija treba da ima jugoslovenski zakonik stvoren prema potrebama Jugoslovena. On treba da je jedno sredstvo za stvaranje Jugoslovenstva. Obično se i ne sumnja koliko je vaspitna moć zakona pod izvesnim uslovima, razume se, a i lako se zaboravlja da nije savetno u jednu revolucionarnu tvorevinu, kao što je to naša zemlja, unositi duh srušenog poretka. Pobednički Rim je imao rđavo iskustvo sa pobeđenom Grčkom. Pitanje je prosto i ono se svodi na to da li mi želimo da Jugoslavija bude imitacija Austrije ili zemlja koja će imati sopstveni duh i sopstvenu fizionomiju.*

Ideja o nastanku zakonika po uzoru na stvaranje francuskog prava i francuske države bila je jasna i sa dalekosežnom porukom. Više nije bila reč o različitim pogledima Srba i Hrvata na stvaranje prava nego o odnosu između jugoslovenskog i austrijskog prava. Pitanje je dakle bilo kako će se ubuduće građansko pravo razvijati – da li na temeljima austrijskog ili jugoslovenskog prava. Ono prvo je više od sto godina obitavalo na većem delu zemlje, što neposredno i u celini (Hrvatska, Slovenija), što posredno ili delimično (Srbija,

[23] Videti Konstantinović 1982; Janković 1931; Matanović 1936, 267–276, naročito 271.

Bosna i Hercegovina, Vojvodina). Ovo drugo postoji samo kao ideja i tek treba da se stvara. Konstantinović, pravnik izrazito jugoslovenske orijentacije[24], nosio je u sebi čvrsto uverenje: ako se ne izgradi jugoslovensko pravo, neće biti ni Jugoslavije kao države.

Studija mladog subotičkog profesora prava bila je prvi, rani glas suprotstavljanja zvaničnoj koncepciji o načinu izrade Predosnove. Ubrzo posle njegove studije pojavili su se i drugi članci protiv vladajućeg shvatanja. Vremenom se njihov broj uvećavao tako da je formirana značajna grupa protivnika Predosnove.[25] Što je još značajnije, ona će artikulisati i mišljenja u javnom mnjenju koja su nemušto izražavala nezadovoljstvo.

Sa nacionalno-političkog stanovišta shvaćenog u najširem smislu, nije preporučljivo preuzimanje tuđeg prava. Ono sobom nosi opasnost da sa zakonima prodiru i pravne institucije koje su nastale u zemlji porekla, a ne odgovaraju zemlji koja ih preuzima, kao i političke ideje koje su inspirisale donošenje zakona i njegovu primenu.[26] Zbog toga treba sačuvati duh naroda i njegovu živu stvaralačku energiju i ne unositi pravne institucije iz pravnih sistema država iz kojih nam preti ili u budućnosti može zapretiti opasnost po interes države. Ako je pak recepcija neophodna, pravne institucije treba preuzimati iz zemalja od kojih nam takva opasnost ne preti. One mogu ostvarivati kulturni, ali ne i politički uticaj.

Posle subotičkog profesora prava, iste ili slične razloge u kritici Predosnove i već donetog zakonodavstva u oblasti građanskog procesnog prava iznosili su još neki pravnici uglavnom mlađe generacije. Neki od njih (Janković 1931, 4) pozivali su se i ugledali na njegovu studiju o jugoslovenskom Građanskom zakoniku, neki drugi razvijali su sopstvenu koncepciju. Tako je Dragutin Janković najpre upozoravao da naši procesni zakoni (stečajni zakon, zakon o prinudnom poravnanju van stečaja, zakon o sudskom postupku u građanskim parnicama i sl.) ne samo da vode poreklo od austrijskih originala nego su i u koncepciji i upotrebljenom materijalu gotovo doslovno preneti iz austrijskog

[24] Svoje jugoslovensko uverenje, Konstantinović je nosio u svom unutrašnjem biću i pre nego što je Jugoslavija bila proglašena, ali ideji jugoslovenstva ostao je veran do kraja života i ispoljavao ju je u svim prilikama i u okvirima koji su bili mogući. Između ostalog, vodio je pregovore sa hrvatskim pregovaračima o Sporazumu (1939), a kao kuriozitet treba pomenuti da je bio član Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti (*Ljetopis Jugoslovenske Akademije*, knjiga 63, Zagreb 1959, 187–189), ali ne i Srpske akademije nauka i umetnosti.

[25] Dragutin Janković, Čeda Marković, Stanko Frank, Božidar S. Marković, A. Metanović.

[26] „U onim slučajevima gde je recepcija inostranog prava bila neizbežna, zar se nije moglo ugledati i na ostala evropska zakonodavstva, kao što je švajcarsko, italijansko, belgijsko i dr.“ Danić 1933, 418.

zakonodavstva (*ibid*., 2). Posle odgovora Ivana Maurovića[27] na članak beogradskog advokata, Janković (1931, 178) je u nastavku polemike još više istakao nacionalno-politički aspekt tog pitanja sledećim rečima:

> *A ono što je ovde bitno i što čini suštinu problema, jeste pitanje: koliki je državni i nacionalni rizik za nas, preneti austrijsko zakonodavstvo u Jugoslaviju da bi se izvršilo izjednačenje zakona u njoj? Jer to austrijsko zakonodavstvo nosi u sebi duh jednog srušenog poretka, a za nas znači jedan ogroman istorijski anahronizam, oživeti ponovo taj duh u Jugoslaviji, čije je revolucionarno poreklo trampirano u rušenju istog tog austrijskog poretka. Tražiti nam na tome polju koncesije, znači tražiti nam nešto što je protivno u osnovi našem nacionalnom biću i stvarati ponovo, jednom već uklonjenu austrijsku prevlast i avet Drang-a. Može austrijski građanski zakonik biti najsavršeniji i najbolji na svetu, pod ovim auspicijama on će za Jugoslaviju biti najgori. Timeo Danaos et dona ferentes.*[28]

I u Hrvatskoj[29] je ukazivano na opasnost preuzimanja tuđeg prava i suprotstavljanja koncepciji Predosnove (Frank 1934, 289; Čulinović 1937, 188 i dalje), mada u manjem broju nego u Srbiji i u umerenijem tonu.

Tako je u jednoj studiji Stanko Frank (1934, 300), profesor univerziteta u Zagrebu, razmatrajući pitanje o izjednačenju prava uopšte, upozorio na opasnosti od preuzimanja tuđeg prava. Njegove misli zaslužuju da se navedu u nešto širem obliku:

> *Pod tuđim pravom razumijemo i ono pravo, koje je možda važilo u jednom dijelu nove države. Ali tuđe pravo ne preuzima se u ulozi gospodara, nego u ulozi sluge. Ono ima da služi potrebama nove države. Ono ima da posluži kao sredstvo za organizaciju nove države i samo koliko je podesno za ovu svrhu ima se preuzeti. To je važan uslov na koji treba dobro pripaziti, jer tu postoji neka opasnost. Putem tuđega prava mogle bi se naime ušuljati i tuđe političke koncepcije. Treba biti na oprezu*

---

[27] Maurović kaže da Janković nije jedini koji je nezadovoljan judicielnim (procesnim, prim. M. O.) zakonodavstvom, on je samo prvi koji se bacio kopljem, a za njime stoji cela falanga nezadovoljnika. Maurović 1932, 1.

[28] U istom smislu: Janković 1936, 145–146.

[29] Uporediti: „Kraj takvog stanja stvari ne može opravdati recepcija baš ovog zakonika, pogotovo kad imamo boljih uzora. Imamo nemački Građanski zakonik, koji je daleko savršeniji od austrijskog, a imamo konačno i još noviji zakonik švajcarski. Oba ova zakonika predstavljaju veliki napredak prema austrijskom zakoniku, pa se kraj postojanja tih zakonika ne može opravdati, da recipiramo austrijski zakonik.“ Vragović 1933, 554.

> *da tuđe pravo ne dođe u novu državu u ulozi vladara. Preuzimajući tuđe pravo ne smije se preuzeti i njegova politička koncepcija ukoliko je ona državi, koja preuzima strana. Jer uslijed političke dinamike prava preuzimanje tuđeg prava, kao sredstva za izjednačavanje znači uvijek u nekom pogledu i izjednačavanje sa pravom države – moglo bi se kazati sa onom državom – od koje je pravo preuzeto. Preuzimanje moglo bi tako da znači u zadnjem redu promicanje ciljeva države od koje se preuzima, koji opet mogu da budu opasni po državu koja recipira npr. imperijalistički.*

Unekoliko drugačiji je bio pristup Ferde Čulinovića (1937, 188), ali isto toliko kritičan u odnosu na vladajuće shvatanje. Dok je Frank kritikovao preuzimanje tuđeg prava, zbog opasnosti za državu, Čulinović je zamerao Komisiji zanemarivanje narodnog prava. „Predosnova", reći će, „ne predstavlja narodno pravo. Ona je izraz tuđeg prava" (*ibid*., 196). Naš narod nerado ide pred sud. No kada već dolazi pred sud, tad on traži pravdu. Nažalost, čest je slučaj da u tom najvažnijem času, dolazi do sukoba pisanog zakona i nepisanog narodnog prava:

> *Narodno shvatanje o pravu i pravici zapostavljeno je... Naši zakoni nisu odraz narodne duše! Ako su zakoni duša jednog naroda, jedne pravno organizovane sredine, tada je skroz štetno da se uzimaju tuđi zakoni. Dušu ne treba pozajmljivati, a naš narod za to zaista nema nikakve potrebe* (*ibid*., 201).

Najobuhvatniju analizu i najoštriju kritiku Predosnove izložio je pred pravničkom javnošću Čeda Marković, Konstantinovićev stariji kolega sa Pravnog fakulteta u Subotici. Njegova razmatranja počinju načelnim zamerkama, nastavljaju se primedbama na sistem, sadržinu i jezik, a završavaju se napomenama uz pojedine paragrafe Predosnove sve do pretposlednjeg. (Poslednji 1432 paragraf, koji govori o odricanju od zastarelosti i o njenom produženju, ostao je nekim čudom pošteđen kritike.) (Marković 1936).

Od dva bitna propusta u radu Komisije, sporost u radu i izbor modela za Zakonik, autor se ne zadržava dugo na prvom, ali zato posvećuje svu svoju pažnju drugom. Autor naime smatra da je velika pogreška Komisije što je za osnovu rada na Predlogu jugoslovenskog građanskog zakonika uzela Opšti austrijski građanski zakonik iz 1811. godine (u tekstu koji važi u Hrvatskoj) i Novelama iz 1914, 1915. i 1916. godine. Prema njegovom sudu, ta pogreška je izvor svih i manjih i većih brojno mnogih mana Predosnove.

Prema Markovićevom (1936, 290) mišljenju, kada se Predosnova posmatra kao celina, opšti utisak koji se stiče, veoma je nepovoljan. Predosnova nije na visini savremenih zakonika i nacrta. Ona predstavlja noveliranje noveliranog

austrijskog Građanskog zakonika (*ibid.*).[30] Ako se pod noveliranjem jednog zakonika podrazumeva krpene (zakrpa, popravka, dopravka, reparacija) neke stare (dotrajale, poderane, oronule) stvari, Predosnova je slikovito rečeno krpež krpeži.[31] I pored izvesnog broja propisa, koji joj čine čast,[32] ona ne zadovoljava ni sistemom ni sadržinom ni jezikom (Marković, 1936, 290).

Maurović je branio koncepciju redaktora Predosnove argumentom da je austrijski Građanski zakonik važio na velikom delu teritorije zemlje (u Hrvatskoj i Sloveniji, a sa novelama u Sloveniji i Dalmaciji), a posredno ili delimično i u Srbiji, Bosni i Hercegovini. Naveo je da je, posle više od stodvadeset godina primene, važenje austrijskog Građanskog zakonika činjenica koja se ne može prenebregavati. U svakom slučaju, u Komisiji nije bilo nikakvih nedoumica o tome da hrvatski (austrijski) Zakonik treba da se uzme za osnovu rada (Maurović 1936, 268–269).

Dalje se polemika između profesora Čede Markovića i Ivana Maurovića nastavila prilozima u časopisima. Posle prve izmene kritika u odbrane Predosnove, Č. Marković je objavio „Odgovor na odbranu predosnove Građanskog zakonika" (Pravosuđe 9/1936, str. 385–401 (ovoga puta ćirilicom – Pravosuđe je objavljivalo oba pisma, po izboru autora), a Maurović članak „'Odgovor' gosp. dra Čede Markovića 'na odbranu predosnove građ. zakonika'"

[30] Čeda Marković je svoju kritiku Predosnove izložio najpre u vidu predavanja u Udruženju pravnika 3. januara 1936, a zatim je tekst predavanja, pod nazivom „Predosnova Građanskog zakonika", objavio u dva časopisa: u *Pravosuđu* 1/1936, 1–12 (latinicom) i u *Braniču* 2/1936, 49–58 (ćirilicom). Na verziju članka u *Pravosuđu* osvrnuo se Ivan Maurović tekstom „Predosnova građanskog zakonika, Predavanje Dr Čede Markovića, profesora univerziteta u Subotici, održano u Udruženju pravnika 3. siječnja 1936, odštampano u Pravosuđu (iz god. 1936, br. 1)" u *Mjesečniku* 6–7/1936, 267–280. Posle te prve izmene kritika u odbrane Predosnove, Č. Marković je objavio: „Odgovor na odbranu predosnove Građanskog zakonika", *Pravosuđe* 9/1936, 385–401 (ovoga puta ćirilicom – *Pravosuđe* je objavljivalo priložena oba pisma, po izboru autora), a Maurović članak „'Odgovor' gosp. dra Čede Markovića 'na odbranu predosnove građ. zakonika'", *Mjesečnik* 11/1936, 499–508. Polemiku je okončao onaj koji ju je i započeo.

[31] Izraz „krpež krpeži" naglasio je autor. *Ibid.* Ali ovakvi izrazi nisu dolazili samo sa jedne strane i samo u oblasti građanskog prava. Uporediti za drugu stranu i krivično pravo: (srpski projekat Kaznenog zakonika): „...Iz množine opravdanih prigovora, primjedaba i predloga u ovima proizilazi jasno da ovaj projekat ovakav kakav jest, ne može poslužiti za zakonsku osnovu, sve kada bi se prema stavljenim predlozima i ispravio i dopunio, jer bi to onda bila krparija." Pobor 1923, 253.

[32] Po Markovićevom sudu to su §§ 152, 162, 175, 199, 203. Marković 1936, 12 (napomena označena zvezdicom).

(*Mjesečnik* 11/1936, 499–508). Polemiku je okončao onaj koji ju je i započeo rečima: „I na kraju svako najbolje služi cilju kada bez ustručavanja izrazi svoja najdublja uverenja onako kako mu na srcu leže“ (Marković 1936, 10).[33]

Kao što je smanjen ton u raspravi u časopisima, tako je uskoro bio umanjen i značaj Predosnove u pravnom životu. Objavljivanje teksta Predosnove trebalo je da istovremeno prate motivi u kojima bi se objasnile i obrazložile osnovne ideje i sadržina pojedinih paragrafa. Umesto toga, Ivan Maurović, kako je sam rekao, *sua sponte* je sastavio Izvještaj o Predosnovi (Maurović 1934) i objavio ga ubrzo po štampanju zvaničnog teksta Predosnove, dok je Živojin Perić potom sa izvesnim zadocnjenjem objavio Obrazloženje Predosnove Građanskog zakonika (Perić 1939), deo materije §§ 1–319, na široko zamišljenoj naučnoj bazi i u velikom stilu. Tako je velika rasprava vođena povodom Predosnove početkom tridesetih godina, posle njenog objavljivanja, utihnula i ubrzo potonula u zaborav.

3. ZAKLJUČAK

Pokušaji da se građansko pravo izjednači tako što će se izraditi Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju nisu urodili plodom. Ali, ni pobornici koncepcije sadržine u Predosnovi ni njeni protivnici nisu postigli potpuni uspeh. Prvi su mogli da istaknu da je rad doveden do kraja i da je tekst Predosnova, kao Nacrt građanskog zakonika, objavljen 1934. godine. Ali od trenutka kad je objavljena, projekat Predosnove već je bio na silaznoj putanji. Otuda su i ovi drugi protivnici koncepcije mogli da budu zadovoljni jer Predosnova nikad nije postala zakon. Ali posmatrano sa šireg, društvenog stanovišta, rezultat je bio nezadovoljavajući – sa izuzetkom Krivičnog zakonika i procesnih zakona, Kraljevina Jugoslavija je u pravnom pogledu ostala razdeljena na šest pravnih područja, što je dosezalo i do vremena posle Drugog svetskog rata.

[33] Članak je objavljen u januaru, a u septembru te iste godine Č. Marković je preminuo.

II. STVARANJE NOVOG SRPSKOG OBLIGACIONOG PRAVA

1. OPŠTE NAPOMENE O RAZVOJU

Na raskršću pravnih uticaja po završetku Drugog svetskog rata, posle neuspelih pokušaja revizije srpskog Građanskog zakonika[34] u drugoj polovini XIX[35] i u prvim godinama XX veka[36], kao i razočaranja koje je za sobom ostavila Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju[37]

---

[34] Srpski Građanski zakonik donet je 25. marta 1844. godine i bio je na snazi više od sto godina. Posle prvih pokušaja da se nacrt pripremi po ugledu na francuski Građanski zakonik, koji nisu urodili plodom, rad na Zakoniku preuzeo je Jovan Hadžić, doktor prava Peštanskog univerziteta, koji je nacrt izradio sledeći u značajnoj meri austrijsko pravo. Srpski Građanski zakonik je predstavljao većim delom skraćenu verziju austrijskog Građanskog zakonika iz 1811. godine (u oblasti stvarnog i obligacionog prava) dok se u porodičnom i naslednom pravu oslanjao na običajno pravo koje je do tada važilo u Srbiji. Videti podrobnije: Istorija nastajanja građanskog zakonodavstva u Srbiji (u daljem tekstu: Istorija). *Rad na izradi Građanskog zakonika. Republike Srbije* 1. Beograd, novembar 2007, 31 i dr.

[35] Misao da bi bilo poželjno izvršiti temeljitu reformu Građanskog zakonika počela je da sazreva u drugoj polovini XIX veka. Ministar pravde (S. Veljković) pokrenuo je inicijativu za rad na reviziji Zakonika i poverio ga Nikoli Krstiću, sudiji Kasacionog suda. Inicijativa je ostala bez rezultata jer se Državni savet izjasnio protiv iole zamašnije reforme, predlažući samo modifikacije osnovnog teksta u skladu sa do tada učinjenim izmenama, dopunama i objašnjenjima. Uporediti Istorija, 53–54.

[36] Novu inicijativu za reformu Građanskog zakonika pokrenuo je na početku XX veka Dragoljub Aranđelović, profesor beogradskog Pravnog fakulteta. Polazna tačka u njegovom razmišljanju bila je da je promena Građanskog zakonika neophodna zbog njegovih nedostataka i nezadovoljavajućeg kvaliteta. U daljim razmatranjima Aranđelović je najpre isključio mogućnost da se u Srbiji pristupi izradi jednog originalnog zakonika nego se opredelio za ugledanje na neki od evropskih građanskih zakonika, koji bi poslužili kao uzor za izradu novog zakonika. Pošto je analizovao vrline i slabosti francuskog, nemačkog, Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru i austrijskog Građanskog zakonika, on se opredelio za ovaj potonji. Prema njegovom mišljenju, tako bi se sačuvao kontinuitet jer bi se naš pravni život kretao po istom putu kojim se kretao od 1844. godine samo što bi, sada, taj put bio ravan i bez prepreka, koje su bile posledica jednog rđavog i skraćenog pravca. Kako ta inicijative nije imala većeg odjeka, Vlada Kraljevine Srbije je 1908. godine donela odluku da se pristupi reformi Građanskog zakonika. Komisija koja je bila formirana s tim ciljem odlučila je da za osnovu svoga rada uzme nemački Građanski zakonik. Ali ni taj pokušaj nije doveo do rezultata. Može se samo pretpostaviti da je rad obustavljen zbog balkanskih i Prvog svetskog rata. *Ibid.*

[37] Stvaranje države Srba, Hrvata i Slovenaca posle Prvog svetskog rata označilo je samo političko ujedinjenje Jugoslavije. U pravnom pogledu ostale su znatne razlike, osobito u oblasti građanskog prava. Otuda se, s razlogom, moglo govoriti da i pored jedinstvene državne teritorije postoji šest velikih pravnih područja. U ra-

i posle iskustava sa austrijskim pravom[38] među srpskim pravnicima sazrevalo je uverenje da prilikom izrade građanskog zakonika[39] treba tragati za originalnim rešenjima. Ideje o samostalnim putevima razvoja bile su izražene osobito u pravnoj teoriji, pre svega na Pravnom fakultetu u Beogradu i u Institutu za uporedno pravo, ali su se mogle uočiti i u odlukama viših sudova. U razdoblju zakonskog vakuuma sudovi su po prirodi stvari bili oslobođeni dužnosti da postupaju *ratione auctoritatis*, odnosno *ratione*

---

zdoblju između dva svetska rata činjeni su pokušaji da se zakonodavstvo izjednači. Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju izrađena na osnovu austrijskog Građanskog zakonika označavala je završni izraz nastojanja da se donese jedinstveni zakonik za celu zemlju.

[38] Dok je starija generacija pravnika, kao što su Živojin Perić, Dragoljub Aranđelović i Đorđe Nestorović, a od mlađih Lazar Marković, imala pozitivan stav prema austrijskom pravu, novi naraštaj pravnika, kao što su Čeda Marković, Mihailo Konstantinović i Božidar Marković, odbijao je svaku pomisao da Predosnova izrađena prema AGZ-u, pa time i austrijsko pravo, treba i dalje da važe u Jugoslaviji, pa time i u Srbiji.

[39] Izjašnjavajući se protiv ideje da se austrijski Građanski zakonik uzme za osnov novog zakonodavstva u Kraljevini Jugoslaviji, M. Konstantinović je još 1933. godine u članku „Jugoslovenski građanski zakonik", izložio svoje gledanje na to kakav karakter treba da ima buduće pravo: „Pri izrađivanju zakonika vodi se na prvom mestu računa o idejama običajima i potrebama sredine za koju se on stvara" (str. 70); „Usvajanje austrijskog građanskog prava prestavlja nacionalno-politički jednu pogrešku. Jugoslavija treba da ima jugoslovenski zakonik prema potrebama Jugoslovena. On treba da je jedno sredstvo za stvaranje jugoslovenstva" (str. 74); „Pitanje je prosto i ono se svodi na to da li mi želimo da Jugoslavija bude imitacija Austrije, ili zemlja koja će imati sopstveni duh i sopstvenu fizionomiju" (str. 74). Pošto je u drugom delu razmotrio prednosti i mane austrijskog Građanskog zakonika sa stanovišta pravne teorije, pisac je izveo sledeći zaključak: „Austrijski građanski zakonik nije za našu zemlju. I sa tačke gledišta nacionalno političke i sa gledišta naučno-pravnog, kao i sa gledišta sudske prakse njegovo usvojenje imalo bi štetnih posledica" (str. 77). U sličnom tonu pisao je još jedan mladi pravnik u to doba. Božidar S. Marković je, pošto je izložio da je duh austrijskog prava suprotan mentalitetu našeg demokratski raspoloženog čoveka i potrebama naše zemlje (B. Marković 1939, 27), za budući građanski zakonik preporučio metod koji je Valtazara Bogišića upotrebio pri izradi OIZ za Crnu Goru. „Što znači da bi se kao materijal imalo uzeti u obzir sve pravo, i pisano i običajno, koje se danas praktikuje u našoj zemlji, i da se ono zatim sistematski složi po načelima savremene teorije u jedan kodeks. Na taj način svakako u budući zakonik bi ušao i veliki deo austrijskog prava, onaj koji odgovara našim današnjim potrebama i shvatanjima i koji se kod nas na velikom: delu teritorije već odomaćio. Zatim bi tu imao da uđe i dobar deo srećno kodifikovanih domaćih ustanova iz Opšteg imovinskog zakonika. U njemu bi najzad imalo da nađe odgovarajuće mesto i ostalo naše vrlo razvijeno i interesantno običajno pravo koje, iako zanemareno od države, još uvek intenzivno živi u narodu koji se po njemu vlada, pošto odgovara i njegovim stvarnim potrebama i zadovoljava njegovo shvatanje pravde, običajno pravo čiju nam vitalnost i bogatstvo poslednjih godina naročito otkriva g. Sreten Vukosavljević." *Ibid*., 41–42.

legis i upućeni da tragaju za najboljim i najpravičnijim rešenjima *auctoritate rationis*. Pri tome oni su imali u vidu primere iz drugih pravnih područja Jugoslavije, kao i izvan njenih granica[40]. Nastojanje da se ide sopstvenim putem nije isključivalo obaziranje na strane pravne izvore, jedino je metod njihovog korišćenja bio drugačiji. Umesto potpunog preuzimanja nekog od postojećih pravnih sistema, ili bar delimičnog prihvatanja stranog prava kao preovlađujućeg uzora, novi pristup se sastojao u tome što su najpre postavljena opšta pravna načela, i to ona za koja se moglo utvrditi da su prihvaćena u pravnoj svesti srpskog društva. Zatim su, na osnovu građe koju su pružale sudska praksa i odabrani elementi velikih pravnih sistema, pripremani nacrti za zakone u oblasti građanskog prava. Otuda, naš Zakon o obligacionim odnosima ne predstavlja potpuno samostalno delo, ali je kao sinteza sastavljena od raznovrsnih elemenata, svakako originalno ostvarenje u svojoj vrsti.

Za razumevanje načina na koji je ostvareno preuređenje srpskog (i jugoslovenskog) obligacionog prava treba nešto reći o ličnosti stvaralaca[41] i kontinuitetu njegovih ideja.

---

[40] Zakonom od 20. oktobra 1946. godine proglašeno je, između ostalog, da su zakoni i drugi pravni propisi doneti pre Drugog svetskog rata izgubili pravnu snagu (među njima i srpski Građanski zakonik). Ipak u nedostatku novih propisa, sadržina predratnih zakona nije izgubila svaki pravni značaj, te su sudovi mogli da je primenjuju u vidu tzv. pravnih pravila. Uslovi pod kojima su mogli da postupaju na takav način bili su: 1. da u određenoj materiji nema novih propisa, 2. da pravna pravila nisu u suprotnosti sa Ustavom federacije, ustavima republika i drugim pozitivnim propisima i 3. da nisu u suprotnosti sa ustavnim načelima. U takvoj situaciji sudovi su mogli, ali nisu morali da primenjuju predratno pravo, što im je ostavljalo velike mogućnosti da svojim odlukama stvaraju pravo.

[41] Mihailo Konstantinović rođen je u Čačku 10. marta 1897. Školovanje je započeo u Srbiji, a poslednja dva razreda gimnazije završio je u Francuskoj. Na Pravnom fakultetu Univerziteta u Lionu diplomirao je 1920, a doktorirao 1923. godine sa tezom *Le „periculum rei venditae" en droit romain*. Docent, pa vanredni profesor u Subotici, potom u Beogradu, bio je ministar bez portfelja i kratko ministar pravde. Posle povratka iz emigracije 1945. godine, u dugom razdoblju bio je profesor i šef Katedre za građansko pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu. Osim knjige *Obligaciono pravo* (prema beleškama sa predavanja), objavljene u više izdanja, autor je niza studija i članaka i, *last but not least*, pisac prednacrta za čitav niz zakona. Osnovni zakon o braku, Osnovni zakon o odnosima roditelja i dece, Osnovni zakon o starateljstvu, Zakon o usvojenju, Zakon o zastarelosti potraživanja, Zakon o nasleđivanju i najvažniji među njima Zakon o obligacionim odnosima potekli su iz njegovog pera. Na taj način zakonima je bilo obuhvaćeno bračno i porodično pravo, nasledno, obligaciono pravo sa delom trgovačkog prava (o trgovačkim ugovorima) i pravo osiguranja. Razume se, prvobitno doneti zakoni menjani su i dopunjavani docnije u više navrata, najpre u nekadašnjim republikama, a posle odvajanja u samostalnim državama. Ali se, i posle svih promena u pomenutim oblastima građanskog zakonodavstva, mogu uočiti i danas bez velikog truda Konstantinovićeve ideje. Uporediti B. Marković 1990, 1157 i dr.

U središtu Konstantinovićevih interesovanja neprestano su bili zakoni: njihov uticaj na društvena kretanja, odnos zakona i običaja, potreba da zakoni odgovaraju shvatanju naroda o pravdi, ali i da budu na visini modernih ideja u uporednom pravu. Menjale su se samo okolnosti u kojima se nalazio i u vezi sa njima mogućnosti njegovog delovanja. U razdoblju između dva rata, kao profesor Pravnog fakulteta posvetio se kritici stanja u zakonodavstvu uopšte i suprotstavljanju projektu Predosnove napose. Neposredno pred Drugi svetski rat postao je ministar pravde. Evo šta je zabeležio u svom dnevniku (Konstantinović 1998, 306–330):

> *Utorak 4. mart 1941. U osam časova primio Milivoja Markovića i sa njim govorio o izradi Građanskog zakonika. Složili se da pravimo originalno delo, on, B. Marković, Begović i ja. – Od 9.30 do 10.45 sa Šutejom (ministrom finansija) o budžetu.*

Pogledajmo redosled: ministar pravde prvo prima mladog kolegu sa Univerziteta, a tek posle toga razgovora će doći na red i ministar finansija. Valja dobro zapaziti datum 4. mart 1941. Misao o građanskom zakoniku, koja ga je zaokupljala sve vreme ne napušta ga ni u ovom času preteće katastrofe.

Za manje od mesec dana Trojni pakt će biti potpisan, državni udar izvršen, knez namesnik uhapšen. Nedugo zatim vojska će kapitulirati, država se raspasti, a Vlada će se naći u emigraciji. A o čemu razmišlja ministar Konstantinović u tom času opšteg rasula? Pozvao je kolegu profesora da se sa njim dogovori o početku rada na pisanju građanskog zakonika. Saglasni da taj zakonik treba da bude originalan, a ne kopija tuđih uzora. Odabrali su kolege srodnih pogleda na koncepciju zakonika sa kojima će moći da sarađuju. Da li je priprema zakonika u predvečerje rata uzaludan posao, kada je rat na pragu i kada je gotovo izvesno da će se raspasti država za koju spremaju zakonik? U Konstantinovićevoj koncepciji, program izgradnje države bio je jednostavan: putevi, gimnazije, zakoni. Naročito ovo treće: zakoni i najvažniji među njima – građanski zakonik, jer se na njemu zasniva organizacija društva i gradi država. Taj zakonik je neophodan i ako dođe do razgradnje države jer kada se država bude ponovo stvarala, da bi bila dugotrajna, mora da se osloni na uređeni poredak pravnih odnosa.

Posle rata, u oslobođenoj Jugoslaviji, Konstantinović više nije bio ministar, ali mu je pošlo za rukom da ostvari svoju zamisao o izradi građanskog zakonika. Istina, tekst nije bio iz jednog komada, svi delovi nisu promulgovani u isto vreme, nije potpuno dovršen, a neće opstati ni država za koju je on, ubeđeni Jugosloven, pripremao i pisao nacrte zakona. Konstantinovićevo delo u oblasti građanskog prava, po svojoj unutrašnjoj strukturi, usklađenosti sastavnih delova, neprotivrečnosti pravnih ustanova i pojmova, jedinstvu stila i jezika obuhvata značajan deo materije koju sadrže građanski zakonici

i time čini važnu duhovnu celinu, iako nije povezano koricama iste knjige. I zato će ga republike izdvojene iz nekadašnje Jugoslavije poneti sa sobom gotovo u celini, kao izuzetno vrednu intelektualnu tekovinu.

1.1. Oslanjanje na rezultate sudske prakse

Konstantinović je, kao i Valtazar Bogišić pre njega, smatrao da velike kodifikacije treba da budu izraz pravne svesti određene društvene zajednice za koju se donose[42] i da izrastaju na osnovima postojećeg prava. Zbog toga izradi zakonskog nacrta treba da prethodi dugo i brižljivo ispitivanje zatečene pravne građe. Saglasni u metodu, dvojica redaktora imala su pred sobom različitu situaciju: dok je za Bogišića pravna građa za izradu Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru bila sadržana u pravnim običajima, Konstantinović ju je nalazio u sudskoj praksi. Prema njegovom gledištu, u jednom dugom razdoblju, u stotinama, a često i hiljadama presuđenih sporova postepeno se kristalisalo shvatanje društvene zajednice o tome šta je u konkretnoj situaciji pravo, a šta nije. Tokom svoje višedecenijske profesorske karijere, poklanjao je posebnu pažnju izučavanju sudske prakse. Opšti seminar za građansko pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu, kojim je rukovodio od svog dolaska u glavni grad Srbije, bio je jedna vrsta laboratorije u kojoj su brižljivo ispitivana i kritički razmatrana shvatanja sudova i naročito razlozi na kojima su se ta shvatanja zasnivala.[43]

---

[42] Konstantinović, koji je bio veliki poštovalac dela Valtazara Bogišića, u studiji posvećenoj tvorcu Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru na sledeći način je posmatrao odnos između zakonskog prava i prava koje živi u narodu. "Na polju zakonodavne politike, prva dužnost koja se nameće zakonodavcu je da temeljno prouči postojeće ustanove narodnog prava; tek onda se može korisno pristupiti proučavanju potrebnih i mogućih promena. Bez toga. najbolje namere mogu ostati bez korisnih posledica. Zato je Bogišić pre izrade Opšteg imovinskog zakonika brižljivo proučio narodno pravo u Crnoj Gori. Iz istoga razloga on je propustio da kodifikuje porodično i nasledno pravo, ostavljajući ih i dalje u oblasti običajnog prava; te oblasti pravnog života imale su biti prethodno još bolje proučene." Konstantinović 1939, 274.

[43] Uporediti: „Otuda, kroz više desetina godina, nije bilo nijedne značajnije odluke naših sudova koja bi izmakla njegovoj pažnji i kritičkom osvrtu. Stotine radova čitanih na Opštem seminaru za Građansko pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu imali su upravo za predmet analizu i ocenu – rešenja i obrazloženja – sudskih odluka, i to na jedan način koji je bio jedinstven na našem fakultetu i koji je godinama okupljao mnoge pravnike koji su dolazili da koriste tu prof. Konstantinovića svojstvenu metodu rada. A posle svakog takvog rada njegovih postdiplomskih i doktorskih kurseva – sledilo je izvanredno teorijsko produbljeno izlaganje problematike na koju se odnosila obrađivana sudska odluka, tako da je takav rad predstavljao

Kada je sazrelo vreme za redigovanje nacrta zakonskih tekstova, Konstantinović je primenio isti metod oslanjanja na odluke sudova, koji je ranije upotrebljavao u naučnoj obradi prava. Obrazlažući Nacrt zakonika o obligacijama i ugovorima (pod nazivom Skica), Konstantinović je zabeležio:

> *Prilikom izrade nacrta Zakonika o obligacijama rukovodeća misao pri izboru materijala i kriterijum pri traženju rešenja pojedinih pitanja bili su potrebe naše prakse. Stalno se imalo u vidu da zakonik treba da sadrži pravila za pravno kanalisanje prometa dobara i usluga. Zbog toga je glavni deo materijala uzet iz našeg pravnog života poglavito iz naše sudske prakse. Taj materijal je obrađivan i prenesen u članove zakonskog nacrta.*

U nekim slučajevima u tom nacrtu se odstupilo od naše prakse. To su mahom slučajevi u kojima se praksa voljno ili nevoljno držala ranijih pravnih pravila, a koja su i u zakonodavstvu i u teoriji napuštena i zamenjene drugim (Konstantinović 1969, 7).

Sudska praksa je omogućavala postepeno izjednačavanje prava u nas. Bilo je mišljenja i posle oslobođenja da sudovi i dalje na svakom području treba da primenjuju samo pravna pravila koja su važila na tom području. Profesor Konstantinović se suprotstavljao tom shvatanju. On je isticao da činjenica da sudovi mogu da primenjuju pravna pravila predratnog prava kao mekši materijal može biti iskorišćena u jednom višem cilju, cilju stvaranja jedinstvenog pravnog sistema u našoj zemlji (Konstantinović 1957, 434–435).

Prema njegovom mišljenju, „oslabljena snaga pravnih pravila i ustavna težnja ka jedinstvenom pravnom sistemu dozvoljava sudiji da vodi računa ne samo o pravnim pravilima svog područja, već i o pravnim pravilima drugih područja. Nije preterano reći da ga ona upućuju na to da ako su pravna pravila raznih područja protivrečna, izabere ono koje najbolje odgovara našim potrebama“ (*ibid*.).

Što je još važnije, sudska praksa je predstavljala gibak oblik stvaranja prava. U njoj su mogle da dođu do izražaja nove težnje u pravu, još pre nego što su bile formulisane u pozitivnim zakonskim tekstovima Ona je takođe omogućavala da se sagledaju i uporede različita rešenja i da se među njima traže najbolja i najpogodnija pravila za naše novo pravo.

---

jedno specifično uopštavanje i teorijsko obrazlaganje, po pravilu kritičkog karaktera, naše pravne prakse sagledavane i izražavane kroz sudske odluke.“ Blagojević, Predgovor u Konstantinović 1969, 5–6.

Naravno, to nije bio nimalo jednostavan posao. U hiljadama odluka koje su donosili sudovi bilo je dosta lutanja i grešaka. Zasluga je profesora Konstantinovića što je u tom razuđenom i fluidnom pravnom materijalu uspevao da nađe čvrst oslonac, a to su opšta pravna načela. Ona su mu poslužila kao kriterijum prema kome je ispitivao stanovišta izražena u sudskoj praksi. Tako je činio kada je, kritikujući pojedine delove obrazloženja, u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije isticao da je njena „doktrina inače saglasna sa osnovima našeg prava" (Konstantinović 1953, 215).

Tako je postupao i kad se nije slagao sa stanovištem suda, kao, na primer, u sledećem slučaju: „Ono što je naročito u ovoj presudi to je da se u njoj podvlači da ni po posebnim propisima ni po opštim pravilima verenik koji je raskinuo veridbu svojom krivicom i time prouzrokovao štetu drugom vereniku ili njegovim roditeljima ne može odgovarati za tu štetu... To bi značilo da na ovome terenu ne važi jedno od najvećih i najvažnijih načela našeg prava." I onda je dolazila značajna konstatacija: „Srpski građanski zakonik prestao je da važi kao zakon, ali načelo odgovornosti za prouzrokovanu štetu nije prestalo da važi" (Konstantinović 1954, 326). Na taj način su se tokovi sudske prakse sve više usklađivali sa opštim načelima našeg prava. Zahvaljujući toj praksi sudova lagano su nastajala pravna pravila koja su sve više odgovarala našim novim potrebama.

1.2. Oslanjanje na dostignuća u uporednom pravu

Da bi zakonik mogao da u svakom pogledu bude na dostojnoj visini, nije dovoljno da izražava pravna shvatanja sredine u kojoj je nastao. Dešava se, naime, da ta shvatanja nisu uvek na visini rezultata do kojih je doveo razvoj prava u drugim zemljama. Zbog toga je potrebno je da zakonik ispuni i drugi uslov za postizanje visokog kvaliteta, a to znači da redaktori prate dostignuća u uporednom pravu i da uzmu u obzir rešenja iz najmodernijih zakonika.

Kao i Bogišić pre njega, profesor Konstantinović je bio svestan te potrebe i on ju je u više navrata naglašavao i pre nego što je pristupio izradi Nacrta zakonika. U Skici je oslanjanje na rezultate uporednog prava izrečno navedeno kao izvor predloženih rešenja i izraženo na sledeći način (Konstantinović 1969, 7):

> *Naša pravna praksa nije jedini izvor materijala koji je služio za izradu ove skice. U novim zakonodavstvima i, opštije rečeno, u uporednom zakonodavstvu, neka pitanja iz ove oblasti rešena su na način koji više odgovara potrebama praktičnog života nego naša stara pravna pravila. Zbog toga se u ovoj skici nalazi veći broj pozajmica iz uporednog zakonodavstva. Neke od njih su preuzete otud u obliku koji imaju u*

> *originalu, kad god je izgledalo da je tako nađena jasna i precizna formula. Tim povodom potrebno je podvući da se nije težilo za originalnošću u svakom pogledu i po svaku cenu. Osnovna svrha celog posla bila je da se posle studije cele materije formulišu pravila kojima će biti uređeni obligacioni odnosi na način koji bi najbolje odgovarao našim prilikama. I zbog toga, ako se u nekom pravu našlo neko pravilo koje se u praksi pokazalo kao pogodan instrument da se postigne određena svrha, nije se oklevalo da se ono prihvati i unese u tekst skice, kad god se došlo do zaključka da rešenje sadržano u njemu odgovara našim potrebama.*

Ali, pisac Skice se nije zaustavio na razmatranju i analizi zakonodavnih rešenja. Proučavao je i teorijska istraživanja i sudsku praksu. Pojedine stavove unosio je u predloženi tekst, pod uslovom da njihovi zaključci odgovaraju potrebama prometa u našoj zemlji (*ibid*., 8). Kad je reč o sadržini pravila, pravnici iz evropskih zemalja prepoznaće u mnogim rešenjima iz Skice karakteristične pravne pojmove i institucije iz svojih pravnih sistema.

Na prvi pogled reklo bi se da je najznačajniji uticaj na Skicu imalo francusko pravo. U tom smislu su dva fenomena obeležila preuređenje srpskog i ranijeg jugoslovenskog prava: unošenje pojma kauze (pravnog osnova) ugovora u ugovorno pravo i izostavljanje pojma protivpravnosti u deliktnom pravu. Razgraničenje u pogledu tih pojava nalazi se na reci Rajni, koja razdvaja nemački (germanski) i francuski (romanski) pogled na pravo, i na visovima Alpa, koji udaljavaju pravo Heksagona od austrijskog prava. U francuskom pravu je kauza (osnov) bitan element ugovora, a pojam protivpravnosti se ne zahteva kao poseban uslov deliktne odgovornosti nego čini sastavni deo krivice (*faute*).[44] U nemačkom (germanskom)[45] sistemu je obrnuto: kauza je suvišna, a protivustavnost[46] neophodna u deliktnom pravu.

Shvaćena kao pravni razlog obvezivanja, kao u francuskoj koncepciji (Henri Capitant), kauza je značajno uticala na pravni režim ugovora. Uz to, pojam osnova, proširen motivima, udaljenijim pokretačima koji podstiču ugovornika da se obaveže, imao je značajnu ulogu u moralizovanju ugovora.

---

[44] „Sa ovako shvaćenom krivicom nepotrebno je isticati protivpravnost kao zaseban uslov odgovornosti." Konstantinović, jul 1966, 15 (iz arhive M. Orlića)

[45] „Es wird etwas künstlich der Vertragsinhalt in zwei Teile (objet–cause) zerlegt, wobei, cause weitgehend die Funktion unserer Vorstellung des Vertragsinhaltes spielt." Bucher 1988, 53. Uporediti o pogledima na kauzu sa ove i sa one strane Rajne, Westermann 1967, *passim*.

[46] „Die rechtswidrigkeit in ihrer durchgebildeten Gestalt ist eine Ersheinung des deutschen Rechtscreises." Deutsch 1976, 192.

Shvatanje o kauzi, sadržano u Skici i izraženo u Zakonu, prihvatili su mnogi pravni pisci u nas[47], ali je jedan broj pravnika zadržao izvesne rezerve prema toj instituciji.[48]

Osim tih elemenata, francuskim pravnicima blizak je način na koji je određeno osnovno pravilo o odgovornosti za sopstveni čin (subjektivnoj deliktnoj odgovornosti)[49], način na koji je definisan pojam krivice[50], već pomenuto pravilo o osnovu ugovora (*cause*)[51], pravila o poveriočevom vršenju dužnikovih prava[52], o sudskim penalima[53] itd. Ali, uticaj francuskog prava nije bio jedini i nije sprečavao preuzimanje pravila i institucija iz drugih pravnih sistema.

Nemački pravnici pronaći će u tekstu Skice brojne ustanove iz svog prava: na primer, pravila o istovremenom ispunjenju obaveza kod sinalagmatičnih ugovora (*zug um zug*) i o prigovoru neispunjenosti ugovora[54], o delimičnom neispunjenju ugovora[55], o pogoršanju imovinskih prilika druge strane[56], o nemogućnosti ispunjenja[57], o naknadnom roku kod raskida ugovora zbog neispunjenja (*Nachfrist*)[58], o zelenaškom ugovoru[59], o konverziji[60], o preuzimanju duga[61], o tome da prodaja ne krši zakup (*Kauf bricht nicht*

---

[47] Pristalice prihvatanja kauze u našem ugovornom pravu su Mihailo Konstantinović 1959, 31–41; Perović 1980, 323 i dalje; Cigoj 1984, 190 i dalje; Antić 2007, 220 i dalje; Gams 1967, 168–173 (kauza, shvaćena kao ekonomski cilj). Uporediti Orlić (2012, 955–973).

[48] Uporediti Vizner 1977, 28 i dalje; Šmalcelj 1980, 15 i dalje; Vedriš u Goldštajn, Barbić, Vedriš, Matić 1979, 276–297.

[49] Skica, član 123; francuski Građanski zakonik (u daljem tekstu FGZ), član 1382.

[50] Skica, član 127; H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, T. I., 6 ème édition, 504, n° 439.

[51] Skica, član 31–32; FGZ, čl. 1108, 1131–1133.

[52] Skica, član 226; FGZ, član 2266.

[53] Skica, član 242; ustanova *les astreintes* stvorena je u sudskoj praksi u francuskom pravu.

[54] Skica, član 90; nemački Građanski zakonik (u daljem tekstu NGZ), §§ 320. i 322.

[55] Skica, član 91; NGZ, § 320, stav 2.

[56] Skica, član 92; NGZ, § 321.

[57] Skica, čl. 205 i 106; NGZ, §§ 323–325.

[58] Skica, član 96; NGZ, § 326.

[59] Skica, član 208; NGZ, § 138, stav 2.

[60] Skica, član 83; NGZ, § 140.

[61] Skica, član 371–375; NGZ, §§ 415–417.

Miete)[62], o tome šta obuhvata naknada štete u slučaju smrti lica[63], koja lica imaju pravo na naknadu u slučaju izgubljenog prava na izdržavanje[64] i šta obuhvata naknada u slučaju telesne povrede i oštećenja zdravlja[65] i niz drugih.

Italijanski Građanski zakonik mogao je inspirisati tvorca Skice da u jednom tekstu izloži pravila i građanskog i trgovačkog prava o ugovorima (mada je moguće da je u istu svrhu poslužio kao primer i švajcarski Zakonik o obligacijama) i da predvidi pravila o raskidu i izmeni ugovora zbog promenjenih okolnosti[66] i pravilo o ustupanju ugovora.[67]

Sistem postavljen u Skici duboko se razlikuje od prava koje je bilo sadržano u srpskom Građanskom zakoniku i u njegovom izvorniku, austrijskom Građanskom zakoniku. Ipak, u tragovima se mogu naći pravila izrađena po ugledu na austrijsko pravo, ali najčešće modifikovana pod uticajem savremenih shvatanja. Kao primeri mogu se navesti: opšte pravilo o mogućnosti raskida ugovora zbog neizvršenja[68], pravilo o odgovornosti iz obzira pravičnosti[69] i pravila o asignaciji.[70]

Uticaj *common law*-a i engleske pravne terminologije, delom posredstvom Haških jednoobraznih zakona o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari i o zaključenju ugovora o prodaji takvih stvari[71], a delom i neposredno, ogleda se u pravilima o raskidu ugovora zbog neizvršenja, pri čemu se

---

62 Skica, član 550; NGZ, § 571.

63 Skica, član 155; NGZ, § 844, stav 1.

64 Skica, član 156; NGZ, § 844, stav 2.

65 Skica, član 157; NGZ, §§ 842 i 843.

66 Skica, čl. 103–104; italijanski Građanski zakonik (u daljem tekstu IGZ), čl. 1467–1469.

67 Skica, čl. 112–114; IGZ, čl. 1406–1410.

68 Skica, član 93; austrijski Građanski zakonik (u daljem tekstu AGZ), § 918.

69 Skica, član 134; AGZ § 1310.

70 Skica čl. 1042–1054; AGZ §§ 1400–1404.

71 Uporediti: „Ovde je potrebno istaći posebno pozajmice iz dveju međunarodnih konvencija, izrađenih na diplomatskoj konferenciji u Hagu 1964. godine, zauzimanjem rimskog Instituta za izjednačenje privatnog prava: Konvencija o jednoobraznom zakonu o zaključenju ugovora o prodaji telesnih pokretnih stvari i Konvencija o jednoobraznom zakonu o prodaji telesnih pokretnih stvari, obe od 1. jula 1964. godine. Na ovoj konferenciji učestvovala je i naša država, a prevode ovih konvencija na naš jezik objavio je Institut za uporedno pravo u Beogradu (1966, Serija E – Broj 44). Obligaciona prava pojedinih država, pored svih razlika među njima, sve više se međusobno približavaju. Tradicionalne razlike među njima sve više nestaju, i na mesto ranijih pravila stupaju nova, među kojima je sve manje razlika. Navedenim haškim konvencijama ide se za istim ciljem smišljenom akcijom država. U njima se nalaze rešenja velikog broja pitanja iz oblasti ugovora o prodaji, najvažnijeg pravnog

razlikuje slučaj kada neispunjenje o roku označava bitnu povredu ugovora od slučaja nebitne povrede[72], u pravilu o ugovornoj odgovornosti dužnika koja se ograničava na naknadu predvidljive štete[73] i u prihvatanju standarda razuman i pažljiv čovek (*reasonable and prudent man*)[74] kao merila po kome se prosuđuje krivica u oblasti deliktne odgovornosti.

Na kraju, ali ne na poslednjem mestu, može se zapaziti značajan uticaj švajcarskog prava. U Skici su, kao i u švajcarskom Zakoniku o obligacijama, predviđena pravila ne samo građanskog nego i trgovačkog prava o ugovorima.[75] Osim opštih pravila koja važe za sve, postoje posebna pravila koja se primenjuju na ugovore u trgovini. Uostalom, i sama činjenica da je u oba slučaja materija obligacionog prava izložena u posebnom zakoniku odvojeno od drugih zakona, ukazuje na njihovu spoljašnju sličnost. No pored svih obeležja, uticaj švajcarskog prava može se uočiti i u redigovanju pojedinih delova Skice. Mnoga pravila o zaključenju ugovora[76] ili pojedine odredbe o određivanju naknade po pravičnosti[77] ili o sniženju naknade za prouzrokovanu štetu[78], kao i pravila o zastarelosti[79], uređeni su na isti ili veoma sličan način kao što je to učinjeno u švajcarskom Zakoniku o obligacijama. Uz to, metod izrade (iznad svakog člana nalazi se naslov koji čitaoca upućuje na sadržinu materije, svaki stav sastoji se samo od jedne rečenice, nema upućivanja na druge članove zakona itd.) i struktura građe najbliži su švajcarskom uzoru. Otuda se može reći da su francuski pojmovi (osnov ugovora, struktura deliktne odgovornosti sa samo tri uslova, bez

instrumenta prometa, ali se mnoga od tih rešenja mogu generalisati. Tako je upravo urađeno u ovoj skici, u kojoj je prihvaćen izvestan broj odredaba haških uniformnih zakona i proširen na sve ili još neke druge ugovore." Konstantinović 1969, 7–8.

72 Skica, čl. 94–96; Jednobrazni zakon o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari, čl. 26–27.

73 Skica, član 211; u engleskom pravu (case) *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Eh. str. 341; FGZ, član 1150.

74 Skica, član 127; u engleskom pravu (case) *Blyth v. Birmingham Waterworths Co* (1856) 11 Eh. str. 781 i dalje (str. 784).

75 Konstantinović 1976, 8.

76 Skica, čl. 8 i dalje; švajcarski Zakonik o obligacijama (u daljem tekstu ŠvZO), čl. 2–10.

77 Skica, član 151; Šv3O, član 42, stav 2.

78 Skica, član 153; Šv3O, član 44, stav 2.

79 Istina, pravila o zastarelosti se ne nalaze u Skici nego u ranije donetom Zakonu o zastarelosti potraživanja iz 1953. godine (odakle su ih redaktori Zakona o obligacionim odnosima preuzeli), ali je i njihov duhovni tvorac bio Konstantinović.

protivpravnosti) u samom temelju Skice, da su elementi nemačkog prava možda najbrojniji, ali da po svojoj strukturi i spoljnom izgledu Skica najviše podseća na švajcarski Zakonik o obligacijama.[80]

2. STIL I JEZIK

Skica se izdvaja od većine zakonodavnih tekstova u nas po neponovljivom stilu profesora Konstantinovića. Umesto nagomilanih reči i užurbanog i nervoznog izlaganja, u Skici se ponovo javio mirni, danas već gotovo zaboravljeni govor.

Način na koji se izlaže materija u Skici nema ničeg od manira izražavanja po kome su pravni tekstovi na zlu glasu. Skica se obraća čitaocu neposredno i upućuje mu poruku baš onako kako nam se čini da bismo se i mi obratili našem sagovorniku.

Čiste i jasne misli same pronalaze svoj put do jezičkog izraza. Član kojim počinje odsek izražen je u vidu opšteg pravila. Ako se misao iz navedenog pravila potvrđuje u sledećem stavu kaže se: „i po tome", a zatim sledi konkretno pravilo, ili se kaže „isto važi" itd. (na primer, član 168. Skice, pravilo o pravnoneosnovanom obogaćenju). U suprotnom, ako se u sledećem stavu (ili članu) formuliše izuzetak, rečenica (i stav) počinje rečju „ali" i potom sledi tekst. Na taj način izlaganje teče lako i čitaocu se omogućava da bez napora prati misaoni tok.

U sažetom obliku, profesor Natko Katičić mu je uputio sledeće reči u rukom pisanoj posveti na otisku svog članka *Linguae elegantiarum arbitro*.[81]

3. ZAKLJUČAK

Na osnovu izloženog pregleda metoda i sadržine (u meri u kojoj je mogao da se prilože u ograničenom prostoru) može se steći utisak o ostvarenim rezultatima. Početna ideja profesora Konstantinovića (1998, 306–307) bila je

[80] Uporediti: „U tom pogledu Švajcarski zakonik o obligacijama, kao i Švajcarski Građanski zakonik, ovaj naročito, podseća na Francuski građanski zakonik od 1804, koji je primer jasnog i preciznog stila, jer izražava jasne i precizne misli, a koji je jedan od majstora stila, Stendal, čitao svakog jutra da bi unapredio svoj stil. To pored ostalih njegovih kvaliteta, daje ovom Zakoniku naročito mesto u uporednom zakonodavstvu i preporučuje ga osobitoj pažnji svih pravnika, a naročito redaktorima zakona." Konstantinović 1976, 10.

[81] Posveta koju je prof. Natko Katičić napisao prof. Konstantinoviću šaljući mu svoj članak o pravnoj terminologiji (iz arhive M. Orlića).

da građanski zakonik treba praviti kao originalno delo, oslonjeno na osnovna načela našeg prava. Još pre Drugog svetskog rata naglašavao je zahtev da se pri izradi zakonika mora voditi računa o idejama, običajima i potrebama sredine za koju se stvara (Konstantinović 1933). Te ideje su označavale otpor prema zamislima redaktora Predosnova da se u modifikovanom obliku nastavi sa dominacijom modernizovane verzije austrijskog prava. Kada je posle više od trideset godina pristupio ostvarenju ovog poduhvata, kao ideju vodilju imao je istu misao: „Osnovna svrha celog posla bila je da se posle studije cele materije formulišu pravila kojima će biti urađeni obligacioni odnosi na način koji bi najbolje odgovarao našim prilikama“ (Konstantinović 1969, 7).

Smisao tog nastojanja bio je da se razvoj srpskog (Konstantinović je govorio jugoslovenskog) prava postavi na sopstvene osnove, tako da ne bude ni recepcija ni imitacija tuđeg prava. Strana sudska praksa i teorija, ako se podržavaju (Konstantinović 1933, 72), sputavaju inventivnost sudija u domaćem pravu i sužavaju horizont teorijskim pogledima. U takvoj situaciji nesamostalni pravnici se priklanjaju autoritetima koji svoju snagu crpe iz svog položaja u zatvorenom sistemu, a ne iz slobodnog rasuđivanja o argumentima iznetim u uporednom pravu i pravnoj teoriji nezavisno od pravnog sistema u pitanju. Stoga je u rešenjima u Skici implicitno izražen otpor prema jednom sistemu prava, a istovremeno otvorenost prema svim evropskim pravnim sistemima, iz kojih su uzimane pozajmice kad god je to odgovaralo potrebama našeg prometa. „Sve je rađeno isključivo u tom cilju bez ikakvog predubeđenja ili unapred izabrane dogme“ (Konstantinović 1969, 8).

Broj preuzetih elemenata iz velikih pravnih sistema i njihov značaj u formiranju novog srpskog (i ranijeg jugoslovenskog) prava pokazuju koliku su ulogu strano zakonodavstvo, pravna teorija i uporedno pravo uopšte imali u tome procesu. U Skici gotovo da nema ustanove koja ne vodi poreklo iz nekog od evropskih prava. Takođe, u Skici nema ničeg što bi bilo samoniklo, nepoznato u drugim pravnim sistemima ili novo po svaku cenu. U tom pogledu ona sigurno ne predstavlja originalno delo. Orginalnost Skice je tome što je u njoj ostvarena sinteza elemenata preuzetih iz stranih prava. Francuski, nemački, italijanski, austrijski i švajcarski pravni pojmovi, pravila i ustanove, kao i oni iz sistema *common law*, uz manje ili veće modifikacije, stoje jedni uz druge, sliveni u istu neprotivrečnu celinu.

Sklad raznorodnih elemenata u Skici svedoči da je njen autor u tančine poznavao velike pravne sisteme, pratio novije tokove u uporednom pravu i presude sudova koje su značile preokret u pravnim shvatanjima. Raspolagao

je retkom sposobnošću da od postojećih elemenata stvori novo delo i dâ mu osobenu fizionomiju. Skica je zakonik iznikao iz najbolje tradicije zakonodavstva Evrope i njene pravne civilizacije.

LITERATURA

A. Na jezicima jugoslovenskih naroda

[1] Antić, Oliver. 2007. *Obligaciono pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[2] Aranđelović, Dragoljub. 1/1904. O izmeni našeg Građanskog zakonika. *Branič*.

[3] Aranđelović, Dragoljub. 1923. *O odgovornosti za naknadu štete*. 2. izdanje. Beograd: Napredak.

[4] Aranđelović, Dragoljub. 13–14/1933. Tumačenje 13. Stečajnog zakona. *Pravosuđe*.

[5] Ačanski, Todor. 1980. Pretpostavljena krivica. Doktorska disertacija. Novi Sad.

[6] Blagojević, Borislav T. 1939. *Posebni deo Obligacionog prava*. Beograd: Geca Kon.

[7] Vedriš, Martin, Petar D. Klarić. 1984. *Osnove imovinskog prava. Opći dio, stvarno, obvezno i nasljedno pravo.* Peto izdanje. Zagreb: Narodne novine.

[8] Verk, Hugo. 1928. O dokazivanju po svedocima u pretpredlogu zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama. Zagreb: Pravničko društvo u Zagrebu.

[9] Vragović, Aleksa. 13–14/1933. O našim novim sudskim zakonima. *Pravosuđe*.

[10] Vuković, Mihailo. 1971. *Odgovornost za štete*. Zagreb: Prosvjeta.

[11] Gams, Andrija. 1967. *Uvod u Građansko pravo*. IV izdanje. Beograd: Naučna knjiga.

[12] Gogolja, Janko. 4–5/1923. Primjedbe k projektu kaznenoga zakona za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca, raspravljene i primljene u plenarnoj sjednici sudbenog stola u Zagrebu dne 26. prosinca i izvješćem od 26.

prosinca 1922, br. III 1219–1922, podnesene Ministarstvu pravde u Beogradu (na temelju prijedloga izvjestitelja Janka Gogolje, sudbenog vijećnika). *Mjesečnik*.

[13] Goldštajn A., J. Barbić, M. Vedriš, Ž. Matić. 1979. *Obvezno pravo*. Prva knjiga, red. Aleksandar Goldštajn. Drugo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Informator.

[14] Danić, Danilo. 11–12/1933. Oko izjednačenja zakonodavstva. *Pravosuđe*.

[15] Živanović, Toma. 1935. *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo*. I knjiga (Uvod – I. Krivično delo) 1–3. Potpuno prerađeno i znatno dopunjeno izdanje. Beograd: Gundulić.

[16] Živanović, T. 1937. *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo*. II knjiga (II. Krivac – III. Krivična sankcija). 3. izdanje. Beograd: Gundulić.

[17] Jakšić, Stevan. 4/1952. Osnovni principi naknade štete u našem pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 67: 420–433.

[18] Jakšić, Stevan. 1962. *Obligaciono pravo*. Sarajevo: IP Veselin Masleša.

[19] Janković, Dragutin. 1–2/1931. Duh i jezik zakona. *Branič* XVI: 1–5.

[20] Janković, Dragomir. 3/1932. Duh i jezik zakona. *Arhiv za pravne i društvene nauke* XXII: 173–182.

[21] Kandić, Ljubica. 2002. *Istorija pravnog fakulteta u Beogradu 1905–1941*. Druga knjiga. II tom. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

[22] Karanikić Mirić, M. 2008. Krivica kao osnov vanugovorne odgovornosti. Doktorska disertacija. Beograd.

[23] Konstantinović, Mihailo. 2/1925. Izjednačenje zakona. *Književni sever, časopis za književnost, nauku i kulturu* I, 1. Subotica.

[24] Konstantinović, Mihailo. 2–3/1933. Jugoslovenski građanski zakonik. *Pravni zbornik*.

[25] Konstantinović, Mihailo. 1939. Ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu. *Sociološki pregled* 1. Beograd.

[26] Konstantinović, Mihailo. 3/1952. Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu. *Arhiv za pravne i društvene nauke*.

[27] Konstantinović, Mihailo. 2/1953. Priroda ugovorne kazne – smanjenje od strane suda. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*.

[28] Konstantinović, Mihailo. 3/1954. Pravna dejstva veridbe. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*.

[29] Konstantinović, Mihailo. 1959. *Obligaciono pravo* (prema beleškama sa predavanja profesora Mihaila Konstantinovića). Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu.

[30] Konstantinović, Mihailo. 1966. *Obrazloženje Prednacrta Zakonika o obligacijama*. *Opšti deo*. Beograd (iz arhive M. Orlića).

[31] Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Savremena administracija.

[32] Konstantinović Mihailo. 4/1957. Stara „Pravna pravila" i jedinstvo prava. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4: 431–437.

[33] Konstantinović, Mihailo. 1976. Predgovor. *Švajcarski zakonik o obligacijama*, prevod. Beograd: Savremena administracija.

[34] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982. Jugoslovenski građanski zakonik (Austrijski ili Crnogorski zakonik?). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 384–396.

[35] Konstantinović, Mihailo. 1998. *Politika sporazuma, Dnevničke beleške 1939–1941, Londonske beleške, 1944–1945*. Novi Sad: Agencija „Mir".

[36] Kočić, Petar. 1967. Za srpski jezik. *Sabrana dela II*. Sarajevo.

[37] Lazarević, Ljubiša. 2000. *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija.

[38] Loza, Bogdan. 2000. *Obligaciono pravo. Opšti deo*, četvrto izdanje. Beograd: Službeni glasnik.

[39] Machiedo, Dimitar. 1966. Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu. *Građanska odgovornost*, zbornik. Beograd.

[40] Marković, Božidar S. 1939. *Reforma našega Građanskog zakonodavstva*. Beograd: Soko.

[41] Marković, Božidar S. 7–8/1990. Mihailo Konstantinović, Kodifikator jugoslovenskog prava. *Pravni život* 40: 1157–1164.

[42] Marković, Čeda. 1936. Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju. Poseban otisak iz Spomenice Dolencu, Kreku, Kušeju i Škerlju o šesetgodišnjici njihova života. Ljubljana: Jugoslovenska tiskarna (k. rer).

[43] Maurović, Ivan. 3/1923. Nekoliko riječi o reviziji općega građanskoga zakonika. *Mjesečnik*.

[44] Maurović, Ivan. 52/1940. Predavanje akademika Ivana Maurovića: nastojanja i pokušaji da se reformira opći građanski zakonik. *Ljetopis Jugoslovenske Akademije znanosti i umjetnosti*.

[45] Miler, Ernest. 1/1923. Osnova kaznenoga zakona za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca (Ministarstvu pravde podneseno mišljenje). *Mjesečnik*.

[46] Milić, Ivo. 17–18/1933. Logika i matematika §13, st. 3 Stečajnoga zakona. *Pravosuđe*.

[47] Mihajlović, Stojan. 2/1971 i 3/1971. Pojam opasne stvari. *Glasnik advokatske komore u SAP Vojvodini*.

[48] Perić, Živojin M. 1939. *Obrazloženje Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*. Beograd: Ministarstvo pravde.

[49] Perović, Slobodan K. 1980. *Obligaciono pravo*. Knjiga I. Beograd: Službeni list SFRJ.

[50] Plakalović, Budimir. 11–12/1933. Šta treba učiniti ili izmeniti, pa da se suđenje ubrza, olakša i smanje troškovi. *Pravosuđe*.

[51] Pobor, Josip. 6/1923. Mnijenje o projektu kaznenoga zakona za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca. *Mjesečnik*.

[52] Pobor, Josip. 5/1923. Mnijenje vijećnika stola sedmorice Josipa Pobora o projektu kaznenoga zakona za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca. *Mjesečnik*.

[53] Pop Georgiev, Dimitar. 1976. *Obligaciono pravo. Opšti del*. Skoplje: Zavod za unapreduvanje na stopanstvoto vo SRM.

[54] Radišić, Jakov. 1979. *Imovinska odgovornost i njen doseg*. Beograd: Institut društvenih nauka.

[55] Radovčić, Vesna. 1975. Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju). Radovi 7. Zagreb: Sveučilište – Institut za hrvatsku povijest.

[56] Savković, Jovan. 2/1934. Naš novi parnični postupak na području Apelacionog suda u Novom Sadu. *Pravosuđe*.

[57] Sajovic, Rudolf. 19–20/1933. Pojasnilo k tolmačenju §13 Stečajnega zakona. *Pravosuđe*.

[58] Srzentić, Nikola, Aleksandar Stajić. 1961. *Krivično pravo Federativne Narodne Republike Jugoslvaije. Opšti deo*. 3. izdanje. Beograd: Savremena administracija.

[59] Unger, Jozef. 1/1904. O reviziji opšteg Građanskog zakonika, zakonodavno-politička studija. *Branič*.

[60] Frank, Stanko. 2/1923. Neke primjedbe k projektu kaznenoga zakona. *Mjesečnik*.

[61] Frank, Stanko. 1934. O kodifikaciji zakona. *Spomenica Mauroviću*. Prva knjiga. Beograd.

[62] Hönigsberg, Lavoslav. 3/1923. K projektu kaznenoga zakona za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca. *Mjesečnik*.

[63] Cvetićanin, Radivoj. 2017. *Konstantinović: Hronika*. Beograd: Fondacija „Stanislav Vinaver".

[64] Cigoj, Stojan. 1984. *Komentar obligacijskih razmerij*. I knjiga. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list Slovenije.

[65] Čulinović, Ferdo. 3/1937. Naše zakonodavstvo i narodno pravo. *Pravosuđe*.

[66] Šapčanin, Sava. 5–6/1937. Nekolike primedbe na Predosnovu Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju. *Pravosuđe*.

[67] Šmalcelj, Želimir. 1–2/1963. Pojam nepažnje u Građanskom pravu. *Naša zakonitost*.

B. Na stranim jezicima

[1] Beatson, J. 1998. *Anson's Law of Contract*. 27th edition. Oxford University Press: Oxford.

[2] Benacchio. Giannantonio. 1995. La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del Sud (Sloveni, Croati, Serbi). Trento: Cedam.

[3] Deutsch, Erwin. 1976. Haftungsrecht. I Band. Koln: Allgemeine Lehren.

[4] Koziol, Helmut. 1973. *Oesterreichisches Hafpflichtrecht*. Band I. Wien: Allgemeiner Teil.

[5] Larenz, Karl. 1987. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Band I. 14. Auflage. Munchen: Allgemeiner Teil.

[6] Mazeaud, Henri, Léon Tunc, André Traité. 1965. *Théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractuelle*. Paris: Montchrestien.

[7] Orlić, Miodrag V. 2012. La cause dans le droit serbe. 955-973. *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, éds. Guillaume Wicker, Adeline Gouttenoire, Marie Lamarche. Paris: Dalloz.

[8] Portalis, Jean Etienne-Marie. 1988. *Ecrits et discours juridiques et politiques*. Marseille.

[9] Winfield & Jolowitz on Tort. 2002. 16th edition. London: W. V. H. Rogers.

Miodrag V. ORLIĆ, PhD

Member of Academy of Science and Art of Republic of Srpska

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ AND THE TRANSFORMATION OF THE PRIVATE LAW IN SERBIAN AND EARLIER YUGOSLAV LAW

Summary

The Serbian and previous Yugoslav public knows little about Mihailo Konstantinović, one of our greatest jurists. The reason for this is the fact that he published a modest number of scholarly papers. When asked why he had not written more, Konstantinović responded that he did not consider it beneficial to write treatises and commentaries in a situation where the laws did not exist or were not properly drafted. Hence, he decided to focus on writing laws and not books about law. After the Second World War, Konstantinović was the sole redactor of a number of draft laws in the most important fields of private law, i.e. family law, inheritance law and law of obligations. A number of his original texts have been amended or supplemented over time, but the fact remains that even today a significant number of his ideas guide legal relations in the countries of the former Yugoslavia.

Key words: *Mihailo Konstantinović. – Private Law. – Transformation of Law. – The Pre-Draft of the Yugoslav Civil Code. – Serbian Law.*

Article history:
Received: 9. 10. 2022.
Accepted: 12. 12. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347(497.1)"1918/1941"

CERIF: H300, S130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK02A

Dr Zoran S. MIRKOVIĆ*

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ O RADU NA GRAĐANSKOM ZAKONIKU U MEĐURATNOJ JUGOSLAVIJI

Tekst je posvećen radu na kodifikaciji građanskog zakonika u međuratnoj Jugoslaviji dugom gotovo deceniju i po, koji, na kraju, nije doveo do usvajanja zakonika i mišljenju Mihaila Konstantinovića o tome radu.

Najpre su ukratko izložene činjenice o ambijentu i prilikama u kojima je započet rad na kodifikaciji, o glavnim akterima, njihovim stavovima, metodu kodifikovanja i ishodu toga rada – nastanku Predosnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju.

Mišljenje Mihaila Konstantinovića o tom radu počinje istorijom nastanka srpskog Građanskog zakonika, kako se desilo da austrijski Građanski zakonik potisne francuski Code civile. Izložen je način na koji je Konstantinović branio svoj stav da je bilo pogrešno što je za osnovu za rad na jedinstvenom građanskom zakoniku bio uzet austrijski Građanski zakonik. Navedeni su Konstantinovićevi razlozi zašto je za osnovu trebalo uzeti Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. godine, koji je napisao Valtazar Bogišić.

Ključne reči: *Mihailo Konstantinović. – Predosnova građanskog zakonika. – Austrijski Građanski zakonik. – Opšti imovinski zakonik. – Valtazar Bogišić.*

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *zoranm@ius.bg.ac.rs.*

1. UVOD

Novostvorena Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca imala je šest pravnih područja: Slovenije i Dalmacije, Hrvatske i Slavonije, Bosne i Hercegovine, Vojvodine, predratne Kraljevine Srbije i predratne Kraljevine Crne Gore. Na svakom od tih šest pravnih područja i dalje su primenjivani dotadašnji građanski zakonici i drugi propisi. To je za posledicu imalo da su dejstva pojedinih pravnih poslova i odnosa zavisila pre svega od toga gde neko živi.

Takvo pravno stanje bilo je neodrživo u novostvorenoj unitarnoj državi, tako da je jedan od prioritetnih poslova te države bio da se građanskopravna oblast unificira.[1]

Uredbom od 16. decembra 1919. godine pristupilo se „izjednačenju građanskog prava za celu zemlju", odnosno izradi jedinstvenog građanskog zakonika za celu zemlju.[2] Odustalo se od ideje da se izradi potpuno nov građanski zakonik, pre svega zbog toga što je bio potreban dug vremenski period njegovu izradu. Bila je prihvaćena ideja da jedinstveni građanski zakonik bude izrađen na osnovu nekog od postojećih zakonika.

Vlada Kraljevine SHS je predložila da jedinstveni građanski zakonik bude izrađen na osnovu jednog tri važeća građanska zakonika na državnoj teritoriji: 1) austrijskog Građanskog zakonika (u daljem tekstu: AGZ), koji je bio na snazi na najvećem delu teritorije jugoslovenskih pokrajina bivšeg Habzburškog carstva, 2) srpskog Građanskog zakonika iz 1844. godine (u daljem tekstu: SGZ), koji je primenjivan na teritoriji doratne Kraljevine Srbije, i 3) Opšteg imovinskog zakonika iz 1888, sa izmenama iz 1898. godine (u daljem tekstu: OIZ), koji je bio na snazi na teritoriji doratne Kraljevine Crne Gore.

---

[1] Vid. o unifikatorskim stremljenjima novih država nastalih na ruševinama Habzburškog carstva: Slapnicka 1973, 18–25.

[2] Uredbom od 16. decembra 1919. godine, pri Ministarstvu pravde je bio ustanovljen Stalni zakonodavni savet i njegov Privatno-pravni odsek. Privatno-pravni odsek su činili najugledniji civilisti: dr Živojin Perić, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, dr Ivan Maurović, profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu, dr Dragoljub Aranđelović, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, dr Gregor Krek, profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani, dr Lazar Marković, ministar, dr Živojin Spasojević, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, Đorđe Nestorović, koji je bio predsedavajući ove sekcije, Dobrivoje Petković i Mijailo Tadić, advokati iz Beograda. Privatno-pravnom odseku bila je poverena, između ostalog, izrada Nacrta građanskog zakonika za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca. I posle uvođenja diktature kralja Aleksandra 6. januara 1929. godine Komisija je gotovo u istom sastavu nastavila rad na Nacrtu građanskog zakonika. Videti Mirković 2020, 267–300.

Komisija nije uopšte razmatrala mogućnost da SGZ bude osnova za pisanje građanskog zakonika nove države jer je decenijama kritikovan kao nepotpun i prevaziđen, što se može videti iz sačuvane građe.

U diskusiji o izboru između AGZ i OIZ dvojica istaknutih članova komisije profesori Živojin Perić i Ivan Maurović izrazili su svoje stavove u pisanom obliku. Živojin Perić je napisao: „Vlada je, bez dugog kolebanja, rešila se za prvi od ta tri Zakonika, to jest za Građanski zakonik Austrijski (u njegovom hrvatskom izdanju od godine 1852.). Jedno zato što je taj Zakonik imao najviše primene na teritoriji naše Države. I, zaista, on je bio i neprestano je na snazi u Slovenačkoj i Dalmaciji, Hrvatskoj i Slavoniji (ovde, razume se, bez njegovih izmena i dopuna poznijih od 1868. god., kada je Trojedna Kraljevina Hrvatsko-Slavonsko-Dalmatinska ušla u sastav Zemalja Krune Sv. Stefana, s tim da je Dalmacija ostala i dalje pod faktičkom suverenošću Austrije...), u jednom delu Vojvodine i, najzad, u Bosni i Hercegovini gde Austr. Građ. Zakonik vredi kao spomoćno pravo ali sve sa širom i širom primenom. Zatim, isti, Austrijski Građ. Zakonik jeste osnova i Srp. Građ. Zakoniku, pošto je ovaj Zakonik, u glavnom, samo skraćen prevod Austr. Građ. Zakonika (izuzimajući, razume se, propise koji su mu originalni, naročito propise o Porodičnim Zadrugama i o prvenstvu muških u Zakonskom Naslednom Pravu). S druge strane, pak, Austr. Građ. Zakonik, i ako datira još iz početka prošloga, Devetnaestoga Veka, ipak je u glavnom zadržao i do danas svoj visoki rang i autoritet, osobito otkako je izmenjen i dopunjen trima novelama od 1914–1916. godine.

Što se tiče Crnogorskoga Građ. Zakonika, koji je, tako isto, prvoredno delo pravne tehnike zbog čega je dobio najbolju ocenu od strane stručne evropske kritike, on se nije mogao uzeti za bazu rada na izjednačenju Jugoslovenskoga Građ. stoga što to nije potpuna kodifikacija: u njemu nema Porodičnoga prava (osim nekoliko propisa o staraoštvu) nego sadrži samo norme o Pravu Imovinskom te se za to i zove: 'Opšti imovinski zakonik'... Ali ni u tom pogledu nije sve u njemu: nedostaje celokupno Nasledno pravo koje je i posle Zakonika, ostalo pod režimom Običajnog Prava a delimično pod režimom Zakonika Knjaza Danila I (od god. 1855). Naposletku, može biti da bi i sam ponos nove Države nešto trpeo da se kao njen Građanski Zakonik uzme baš Zakonik Crne Gore, najmanje jugoslovenske provincije: ovo je samo jedna pretpostavka koja, naravno, ne mora odgovarati istini, tim pre što, u stvarima ove vrste, ne treba gledati odakle jedna kulturna tekovina dolazi nego kakva je ona."[3]

[3] Perić 1939, 2–3. Videti Mirković 2021, 1–34.

Profesor Maurović je u svom izveštaju zapisao: „Zaključeno bi, da se uzme za bazu rada hrvatski građanski zakonik, t. j. opći austrijski građanski zakonik, kako je god. 1852 uveden u Hrvatskoj, zajedno sa trim austrijskim djelomičnim novelama, koje su već uvedene u Dalmaciji i Sloveniji. O tom, da se baš austriski kodeks uzme za podlogu, nije bilo nikakve dvojbe, a to s razloga, što taj kodeks kroz cijeli niz decenija dominira u daleko najvećem dijelu naše države.

Mogao bi doći u pitanje jedino još crnogorski opći imovinski zakonik. Nu ovaj vrijedi jedino u jednom jako malom dijelu naše države, a udešen je u mnogom za skroz crnogorske prilike. Ono što je u njem specifično crnogorsko, nije sigurno uporabivo za sve naše krajeve, a što je od općenitoga civilnopravnoga značenja, prikazano je dijelom u formi (regulae juris, pouke, institucije), koju bismo jedva mogli akceptirati. Premda zvuči paradoksalno, ipak je ispravno kad velimo, da baš specifične prednosti crnogorskoga zakonika jesu razlogom, da ga ne možemo uzeti za osnovu općega privatnoga prava cijele države. Pored toga u tom zakonu nema svih grana privatnog prava: prava obiteljskoga – osim nešto tutorstvenoga – i nasljednoga. Konačno: ustanove imovinsko-pravne u našem novom građanskom zakoniku neće biti lošije od onih općenitoga karaktera u crnogorskom zakoniku. Međutim se je i sastavljač crnogorskog zakonika u mnogom i mnogom ugledavao u austrijski kodeks.“[4]

Na kraju, Vlada Kraljevine SHS je donela odluku da za osnovu budućeg građanskog zakonika Kraljevine SHS uzme AGZ iz 1811. godine, u tekstu na hrvatskom jeziku, sa ratnim novelama iz 1914, 1915. i 1916. godine.

Nakon više od deset godina rada, koji je često i prekidan, Komisija je sačinila Nacrt građanskog zakonika koji nije bio definitivan i zbog toga ga je nazvala „Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju“. U pogledu metoda kodifikovanja zakonopisci nisu bili jedinstveni u tome da li da se izvrši recepcija ili revizija AGZ. Prevagnula je ideja recepcije, uz sporadično ugledanje na druge, savremene građanske zakonike.

Konačna redakcija Predosnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju bila je predata Ministarstvu pravde u oktobru 1933. godine. Imala je ukupno 1.432 paragrafa. Predosnova je bila objavljena u prvoj polovini 1934. godine.

---

[4] Maurović, bez navoda godine, 3–4. Na petoj strani predgovora navedeno je da je napisan početkom avgusta 1934. godine.

Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju je pokrenula velike diskusije u kojima su iznošeni stručni, naučni i drugi argumenti.[5]

Osnovna primedba nekih pravnika sa pravnog područja predratne Srbije na Predosnovu bila je ta što je za njenu osnovu uzet AGZ iz 1811. godine. Isticano je da je AGZ zastareo. Prigovarano je zašto za osnovu nije uzet neki od modernijih zakonika, kao nemački Građanski zakonik iz 1896. ili švajcarski Građanski zakonik iz 1907. godine. Prigovarano je i jeziku, to jest stilu i terminologiji kojom je ona bila napisana.[6]

Mihailo Konstantinović i Božidar S. Marković su izneli radikalan predlog da se za osnovu jugoslovenskog građanskog zakonika uzme OIZ za Crnu Goru.

2. KONSTANTINOVIĆEVO MIŠLJENJE

Mihailo Konstantinović je svoju raspravu o „jugoslovenskom građanskom zakoniku", započeo onim što je Napoleon rekao na Svetoj Jeleni. Citirao je Napoleonove reči da njegova prava slava nije u tome što je dobio četrdeset bitki i da će Vaterlo izbrisati sećanje na tolike pobede. Ono što ništa neće izbrisati, ono što će večito živeti, to je njegov Građanski zakonik. Konstantinović je naveo da Vaterlo nije zbrisao uspomenu na Napoleonove pobede i da ga ogromna većina ljudi i dalje poznaje po tim pobedama, ali da njegove reči imaju svoj smisao. Naveo je da su njegove pobede pale u zaborav, dok je njegov Građanski zakonik živeo i živi i da je za širenje francuskog uticaja i ugleda u inostranstvu učinio mnogo više nego Napoleonovi vojnički podvizi.

Konstantinović ističe veliki značaj građanskog zakonika. Smatra da je svaki njegov propis izraz neke ideje – socijalne, političke, ekonomske, religijske. On poredi propise Napoleonovog zakonika o porodici sa istovrsnim sovjetskim propisima. Zaključuje da su propisi Napoleonovog zakonika izraz želje za što jačom porodicom, dok istovrsni sovjetski propisi teže sasvim suprotnom cilju. Konstantinović navodi član prvi sovjetskog Građanskog zakonika u kome stoji da: „Zakon štiti građanska prava, izuzev u slučajevima kad se ona

[5] Videti, primera radi: Mayr 1936, 1–102; Anonim, bez navoda mesta i godine, 1–6 (vodi se pod signaturnim brojem 34294 u Biblioteci Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu); Č. Marković 1937, 289–306 (posebno 290–293); Šapčanin 1937, 1–45; Perić 1938, 1–7; B. Marković 1939, 1–46.

[6] Videti: Mirković 2020, 11–25.

vrše protivno njihovoj ekonomskoj i socijalnoj nameni“ i zaključuje da „onda i nepravnik oseća da se u zemlji u kojoj taj zakon važi sigurno ne kultiviše individualizam“.

Konstantinović ističe da se pri sačinjavanju zakonika na prvom mestu vodi računa o idejama, običajima i potrebama sredine za koju se on stvara i da je, prema tome, zakonik u izvesnom smislu ogledalo postojećeg stanja. Osim te pasivne, zakonik može imati i jednu aktivnu ulogu. On može poslužiti kao sredstvo za širenje određenih ideja. Konstantinović smatra da se pomoću građanskog zakonika jednoj sredini mogu nametnuti izvesne ideje, kojima se ta sredina u izvesnoj meri može preobraziti. Uočava da taj vaspitni značaj zakonika nije promakao Napoleonu. Navodi da je knez Meternih, šef ondašnje evropske reakcije i Napoleonov protivnik, takođe uočio značaj građanskog zakonika za širenje ideja. Kada se u Srbiji tridesetih godina 19. veka radilo na donošenju građanskog zakonika po ugledu na Napoleonov zakonik, Meternih je uložio ozbiljan napor da to spreči i da se građanski zakonik za Kneževinu Srbiju izradi prema AGZ.

Konstantinović opisuje kako su tada Hadžić i Lazarević sprečili francuski uticaj na srpsko zakonodavstvo. Saglašava se sa njihovim zaključkom da je za Srbiju najbolje da budu sačinjeni srpski zakoni. Ali on zamera Hadžiću i Lazareviću da su na tome insistirali samo dok je trebalo odbaciti francuske zakone. Posle je, navodi, Hadžić ispunio obećanje koje je dao Meternihu da izradi građanski zakonik za Srbiju potpuno prema AGZ. Ako je u izradi SGZ bilo „potrebno izvesno nastojanje i izvesna aktivnost sa austrijske strane; da se to pravo uvede u Jugoslaviju posle sloma Austrije odlučili su jugoslovenski merodavni faktori po svojoj sopstvenoj inicijativi“.

Deklarativno, za osnovu budućeg građanskog zakonika uzet je hrvatski Građanski zakonik, s tim da se imaju u vidu izmene koje su učinjene za vreme rata. Ali stvarno uzet je AGZ, koji je za vreme apsolutizma protegnut i na Hrvatsku, Carskim patentom od 29. novembra 1852. godine. Konstantinović smatra da je izbegavanje reči „austrijski“ moglo imati neki politički efekat ili se nije htelo priznati otvoreno da se preuzima pravo pobeđene Austrije. Kako god, ističe da je osnova za rad na „našem budućem Građanskom zakoniku“ bio AGZ.

U AGZ je, bar u imovinskom pravu, trebalo je izvršiti samo stilske izmene i potom ga ozakoniti.

Konstantinović smatra da je usvajanje austrijskog građanskog prava nacionalno-politička greška. Ističe da Jugoslavija treba da ima jugoslovenski zakonik, stvoren prema potrebama Jugoslovena, koji će biti sredstvo za stvaranje jugoslovenstva. Navodi da „nije savetno u jednu revolucionarnu tvorevinu, kao što je to naša zemlja, unositi duh srušenog poretka“.

Konstantinović je svoj stav branio tražeći odgovor na pitanje „da li mi želimo da Jugoslavija bude imitacija Austrije, ili zemlja koja će imati sopstveni duh i sopstvenu fizionomiju". Odgovor na to pitanje je obično bio da treba usvojiti AGZ zbog njegove vrednosti, jer je to prvoklasan zakonodavni spomenik, a da je sporedno čiji je. U vezi sa takvim stavom, Konstantinović navodi da ima prvoklasnih zakonika i projekata i van Austrije. Takvi su: nemački Građanski zakonik (koji je bio osnova za rad na projektu Građanskog zakonika Kraljevine Srbije iz 1908. godine), francuski, švajcarski ili moderni projekt mađarskog Građanskog zakonika.

Konstantinović ukazuje na podeljena mišljenja o vrednosti AGZ još od vremena njegovog nastanka. Tako, jedni su mislili da je bolji i od francuskog Građanskog zakonika. Drugi, među kojima i Savinji, oštro su ga kritikovali.

On ne spori da je AGZ značajno zakonodavno delo, ali ukazuje na to da ima i mana. Na prvom mestu ističe da je davno donet, da je od njegovog nastanka proteklo skoro jedno i po stoleće. Dalje, redigovan je krajem 18. veka, u vreme vladavine škole prirodnog prava. Doktrine škole prirodnog prava, prema Konstantinovićevom mišljenju, više sputavaju nego što pomažu razvoju prava. Takođe, mana AGZ je to što je on rađen pod velikim uticajem rimskog prava. Ta dva nedostatka: fikcija nepomičnosti prava i slepo verovanje u rimsko pravo učinili su besplodnom austrijsku nauku građanskog prava.

U AGZ, on je konstatovao, ima i anahronizama. Smatra da su sistematika i tehnika AGZ nedovoljne, njegovom rečju „primitivne". Velikim nedostatkom smatra i to što je terminologija AGZ nesigurna i neodređena jer je to zakonik koji se ograničava na postavljanje principa.

Zagovornici AGZ su isticali da taj zakonik već važi u velikom delu zemlje i da je tamo dobro poznat, da o njemu postoje prilična literatura, koja će biti korisna, i praksa od preko jednog veka. Prema Konstantinovićevom mišljenju, to što taj zakonik poznaju Hrvati i Slovenci nije dovoljan razlog da bude jugoslovenski zakonik. Praksa austrijskih sudova i austrijska literatura bile bi, po njemu, od minimalne koristi za primenu AGZ kod nas. Navodi da nije uobičajeno da sudije, ni naše, ni strane, traže rešenja u stranoj literaturi ili sudskoj praksi, pogotovu ako su ta rešenja na jeziku koji većina sudija ne zna. To Konstantinović obrazlaže time što sudska praksa ima vrednost ako se formira postepeno i u smislu nazora i potreba naše sredine. Smatra da, ma kako bila interesantna, tuđa sudska praksa „ne sme biti proročanstvo za nas" i ako se podražavaju strana praksa i literatura, one izazivaju sterilnost imitatora, umesto da mu pomognu.

Posebno ističe da baš zbog toga što o AGZ postoji tako brojna i značajna praksa i literatura, taj zakonik ne treba preuzeti kod nas. Da će, ako se preuzme AGZ, zbog toga sigurno patiti naša nauka privatnog prava, koja će dugo nesamostalno ići po tragovima austrijske nauke. A posledica može biti i rascep između teorije i prakse, ako praksa, što se može očekivati, pristupi samostalnom tumačenju zakonika. Taj rascep bi, prema njegovom mišljenju, bio bi štetan i za teoriju i za praksu.

Konstantinović navodi da je i sa svim svojim manama AGZ bez sumnje dobar za Austriju, jer se pravo jedne zajednice ne sastoji isključivo iz tekstova zakonika. Tekstovi su samo podloga za sudsko tumačenje, koje ih daleko prevazilazi. Tako se u Austriji više od jednog veka razvijala sudska praksa prema zahtevima stvarnosti i potrebama tamošnjeg života. Neke odredbe Zakonika sudska praksa je ostavila bez praktičnog dejstva. Drugima, ranije skoro neprimećenim, dala je izuzetno veliki značaj. Dalje navodi da austrijsko graćansko pravo ne čini samo AGZ. Austrijsko građansko pravo je više nego taj zakonik, to je i praksa koja je taj zakonik stavila u dejstvo. Smatra da je bez te prakse zakonik mrtvo telo i da je praksa duša prava. Na kraju, Konstantinović zaključuje da bi usvajanje AGZ imalo štetnih posledica i da nije za našu zemlju: sa nacionalno-političke tačke gledišta, naučnopravnog gledišta i sa gledišta sudske prakse.

Da bi se dobio celovit pogled na Konstantinovićeve stavove, treba imati u vidu da je on bio frankofon. U Francuskoj je završio pravni fakultet, tamo je doktorirao, njegova otmenost, jezik i stil nosili su dubok pečat francuske kulture. On je i ratovao u Prvom svetskom ratu, kao dobrovoljac, u francuskoj vojsci na zapadnom frontu protiv Nemačke i Austrougarske vojske. Kada se to sve uzme u obzir, očigledno je da on nije mogao biti germanofil. Treba dodati da mu je kao vodećem ministru u Vladi (1939–1941), ne bez razloga, od pronemačkih krugova prebacivano da je kao mason i profrancuski suzbijao nemački uticaj, istrajno bio protiv antijevrejskih mera...

Konstantinović, pošto je odbacio AGZ, drži da to ne znači da za osnov budućeg građanskog zakonika treba uzeti neki drugi strani građanski zakonik. Takođe je bio protiv toga da se pristupi izradi potpuno novog i orginalnog zakonika, jer ako je prerada AGZ trajala više od deset godina, pita se koliko bi tek trajala izrada novog zakonika.

Prema Konstantinovićevom mišljenju, rešenje je da se za osnovu uzme Bogišićev Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru. Smatrao je da se o tom zakoniku vrlo malo govori, a da je jedan od najboljih na svetu, da čini čast i svom autoru i našem narod i da su se strani pravnici o njemu najpovoljnije izrazili.

Navodi da bi se Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, sa nešto nužnih izmena, mogao primeniti na celu zemlju. Kao prednost tog zakonika navodi da ga je izradio naš čovek, koji je odlično poznavao svoj zanat, i za jedan deo našeg naroda čiji je duh ogromnoj većini našeg naroda mnogo bliži od austrijskog. U svom radu o Bogišiću Konstantinović je izložio svoje *vjeruju*: „Pravnici od zanata skloni su da stvaraju nove pravne ustanove po stranim obrascima, bez prethodnog proučavanja pitanja da li se ustanove jedne sredine mogu presaditi u drugu, zbog posebnih prilika te sredine, a da se narodni život odupire unošenju oblika koji nisu u saglasnosti sa postojećim oblicima i ne odgovaraju njemu.“[7] To što crnogorska sredina nije bila razvijena, za Konstantinovića nije značilo da crnogorski zakonik nije bio podesan za ostale, kulturno razvijenije krajeve naše zemlje.

Na prigovore da OIZ nije potpun, da ne sadrži ni porodično ni nasledno pravo, Konstantinović ističe da je bilo odlučeno da se zakonsko nasleđivanje i porodično pravo izrade nezavisno od AGZ.

Zbog svega toga, Konstantinović je bio uveren da je za osnovu budućeg građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju trebalo uzeti Opšti imovinski zakonik za Kneževinu (Kraljevinu) Crnu Goru. Smatrao da je to jedini način da u skoroj budućnosti dobije zakonik koji bi zadovoljavao sve uslove dobrog zakonika: odgovarao bi našem narodu i bio bi u svakom pogledu na dostojnoj visini. Konstantinović zaključuje: „Naši interesi, kako naučno-pravni, tako i nacionalno-politički su da se što pre pristupi reviziji Crnogorskog imovinskog zakonika i da se on posle toga protegne na celu državu.“[8]

3. EPILOG

Kad je 1933. godine pisao protiv Predosnove kao budućeg zakonika Kraljevine Jugoslavije, profesor Konstantinović nije mogao znati da će početkom 1939. godine postati ministar pravde u Vladi Cvetković–Maček. Osnovni zadatak te vlade je bio da se postigne sporazum sa Hrvatima, kako bi se uspostavilo jedinstvo države u teškim spoljnopolitičkim okolnostima. To je i postignuto 26. avgusta 1939. godine, kada je doneta Uredba o Banovini Hrvatskoj. Da je bio usvojen jedinstven građanski zakonik, taj zakonik bi svakako doprineo unutrašnjoj koheziji i jedinstvu zemlje. No to se nije desilo.

---

[7] Konstantinović 1982b, 424.

[8] Konstantinović 1982a, 384–396 (prvi put objavljen u *Pravnom zborniku* 2 i 3/1933, Podgorica).

Potrebe za usvajanje Predosnove kao jugoslovenskog građanskog zakonika, koji bi važio na teritoriji cele zemlje, više nije bilo. Naime, samom Uredbom su poslovi pravosuđa bili predati Banovini Hrvatskoj, gde je spadala i materija građanskog zakonika. Osim toga, četiri dana posle donošenja Uredbe o Banovini Hrvatskoj, 1. septembra 1939. godine, napadom nacističke Nemačke na Poljsku počeo je Drugi svetski rat. Osnovni zadaci vladajućih krugova Kraljevine Jugoslavije bili su spoljna politika i očuvanje zemlje. I Konstantinoviću, kao ministru, takođe (uz poslove razgraničenja nadležnosti između države i Banovine Hrvataske). Međutim, on je i dalje razmišljao o građanskom zakoniku. U petak 11. oktobra 1940. godine zabeležio je da je sreo italijanskog poslanika Mamelija i najavio mu posetu: „Povod: da uzmem italijanski građanski zakonik u kome možemo naći dosta stvari za nas interesantnih."[9] Početkom marta 1941. godine, na državni vrh je vršen veliki pritisak da zemlja pristupi Trojnom paktu. Protiv toga je Konstantinović odlučno bio i na kraju je podneo i ostavku na mesto ministra. U tim odsudnim danima Konstantinović zapisuje da je 4. marta u osam časova ujutru primio „Milivoja Markovića i sa njim govorio o izradi Građanskog zakonika. Složili se da pravimo originalno delo, on, B. Marković, Begović i ja".[10]

Konstantinović nije mogao ni slutiti šta nosi budućnost. Građansko društvo i njegove vrline na kojima je Konstantinović odgajan i koje će negovati do kraja života nestali su u vihoru rata i revolucije na tlu Jugoslavije. Ideološko jednoumlje nove komunističke vlasti uklonilo je sa Pravnog fakulteta Milivoja Markovića i Božidara S. Markovića. Kolektivistički duh, uzak prostor za slobodu volje u uslovima svemoći javne vlasti, netržišni karakter privrede i ceo novostvoreni društveni ambijent bili su protivnici rada na građanskom zakoniku. Međutim, Konstantinoviću se nije žurilo. Svestan da je tolerisani saputnik komunističkog režima, on se sav posvetio profesorskom pozivu. Kada su sve predratne pravne norme stavljene van snage i predratna pravna pravila postala izvor prava, Konstantinović se našao u onoj ulozi u kojoj se nalazio njegov uzor Valtazar Bogišić kada je došao u Crnu Goru 1872. godine da bi radio na građanskom zakoniku.[11] I jedan i drugi su imali nameru da

[9] Konstantinović 1998, 204.

[10] Konstantinović 1998, 306–307.

[11] Potom je donet Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije od 23. oktobra 1946. godine. Član 2. tog Zakona je propisao: „Pravni propisi (zakoni, uredbe, naredbe, pravilnici i dr.) koji su bili na snazi na dan 6. aprila 1941. godine, izgubili su pravnu snagu" (*Službeni list FNRJ*, br. 86 od 25. oktobra 1946, 105 od 27. decembra 1946, 96 od 12. novembra 1947 – obavezno tumačenje). Ovim propisom je čitava dotadašnja pravna civilizacija stavljena *ad acta*.

saznaju i upoznaju narodno pravo. Bogišiću je kao izvor služilo običajno pravo[12], Konstantinoviću sudske odluke.[13] Tu se ova pripovest završava i počinje ona o Mihailu Konstantinoviću kao velikom zakonopiscu.

IZVORI

[1] *Službene novine Kraljevine Jugoslavije* 194-A/1939.

[2] *Službeni list FNRJ* 86 od 25. oktobra 1946, 105 od 27. decembra 1946, 96 od 12. novembra 1947 – obavezno tumačenje.

LITERATURA

[1] Anonim. *Primedbe na Predosnovu našega građanskog zakonika*, bez navoda mesta i godine (vodi se pod signaturnim brojem 34294 u Biblioteci Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu).

[2] Blagojević, Borislav. 1969. Predgovor izdavača. 5–6. Mihailo Konstantinović. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd.

[3] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982a. Jugoslovenski građanski zakonik, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 384–396 (prvi put objavljen u *Pravnom zborniku* 2 i 3/1933, Podgorica).

[4] Konstantinović, Mihailo. 2/1982b. Ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu. *Anali Pravnog fakultet u Beogradu*.

[5] Konstantinović, Mihailo. 1998. *Politika sporazuma – Dnevničke beleške 1939–1941. Londonske beleške 1944–1945*. Novi Sad.

---

[12] „Proučavanje narodnog prava on je smatrao neophodnim ne samo za svaku zakonodavnu radnju, već kao preduslov za valjano obavljanje sudskih poslova i rad na pravnoj nauci. Na polju zakonodavne politike, prva dužnost koja se nameće zakonodavcu je da temeljno prouči postojeće ustanove narodnog prava; tek onda se može koriono pristupiti proučavanju potrebnih i mogućih promena. Bez toga najbolje namere mogu ostati bez korisnih posledica. Zato je Bogišić pre izrade Opšteg imovinskog zakonika brižljivo proučio narodno pravo u Crnoj Gori.“ Konstantinović 1982b, 424.

[13] „Otuda, kroz više desetina godina, nije bilo nijedne značajnije odluke naših sudova koja bi izmakla njegovoj pažnji i kritičkom osvrtu. Na Opštem seminaru za građansko pravo na Pravnom fakultetu stotine radova je bilo posvećeno analizi i oceni sudskih odluka, njihovih rešenja i obrazloženja.“ Blagojević 1969, 5–6.

[6] Marković, Božidar S. 1939. *Reforma našega građanskog zakonodavstva*. Beograd.

[7] Marković, Čedomir. 1937. Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju. 289–306. *Spomenica Dolencu, Kreku, Kušeju i Škerlju*, I knjiga. Ljubljana.

[8] Maurović, Ivan. *Izvještaj o Predosnovi građanskoga zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb, bez navoda godine (na petoj strani predgovora navedeno je da je napisan početkom avgusta 1934. godine).

[9] Mayr, Robert. 1936. *„Der Vorentwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Jugoslawien". Eine kursorische Betrachtung*. Sonderabdruck aus der Festschrift für Dolenc, Krek, Kušej und Škerlj zu ihrem sechzigsten Geburtstage. Ljubljana.

[10] Mirković, Zoran S. 2020. Kodifikovanje građanskog zakonika nove države i njegovo mesto u istoriji međuratnih evropskih kodifikacija. 267–300. *Sto godina od ujedinjenja – formiranje države i prava*, zbornik radova, ur. Boris Begović, Zoran S. Mirković. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[11] Mirković, Zoran S. 1/2021. Rad Živojina Perića na kodifikovanju Građanskog zakonika međuratne Jugoslavije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* LXIX: 1–34.

[12] Mirković, Zoran S. 2020. Živojin Perić o jeziku u zakonma. 11–25. *Živojin M. Perić – život i delo*, zbornik radova, ur. Marija Draškić, Nina Kršljanin. Beograd. 2020.

[13] Perić, Živojin. 1939. *Obrazloženje §§ 1–319 Predosnove građanskoga zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*. Beograd.

[14] Perić, Ninko. 1938. Predosnova građanskog zakonika (§ 9) (poseban otisak iz *Pravosuđa* 1–2/1938), Beograd.

[15] Slapnicka, Helmut. 1973. *Österreichs Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums*. Wien.

[16] Šapčanin, Sava M. 1937. Nekolike primedbe na predosnovu Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju (poseban otisak iz *Pravosuđa* 5–12/1937), Beograd.

Zoran S. MIRKOVIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ ON WORKING ON THE CIVIL CODE IN INTER-WAR YUGOSLAVIA

Summary

The paper analyses the work on the codification of the civil code in interwar Yugoslavia and Mihailo Konstantinović's opinion of that work, which lasted almost a decade and a half but did not lead to the adoption of the code.

The paper describes the environment and circumstances in which the work on codification began, the main actors, their positions, the method of codification, and the outcome of that work – the creation of The Pre-Draft of the Civil Code for the Kingdom of Yugoslavia.

Mihailo Konstantinović's opinion on that work begins with the history of the creation of the Serbian Civil Code, and how it happened that the Austrian Civil Code was used as the basis, as opposed to the French Civil Code. Konstantinović's arguments for why it was wrong to use the Austrian Civil Code, instead of the 1888 Montenegrin General Property Code are presented.

Key words: *Mihailo Konstantinović. – The Pre-Draft of the Yugoslav Civil Code. – Austrian Civil Code. – General Property Code for Montenegro. – Valtazar Bogišić.*

Article history:
Received: 18. 10. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M.

CERIF: H 250, H 300

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK04A

Dr Dragoljub POPOVIĆ*

FEDERALIST MIHAILO KONSTANTINOVIĆ

Profesor Mihailo Konstantinović je zajedno sa svojim kolegama, Mihailom Ilićem i Đorđem Tasićem, savetovao predsednika vlade Dragišu Cvetkovića, koji je inspirisan zamislima kneza-namesnika Pavla, posle komplikovanih pregovora postigao sporazum s vođom najjače hrvatske političke stranke Vlatkom Mačekom. Na osnovu tog sporazuma, koji je sklopljen pri samom kraju avgusta 1939. godine, doneta je Uredba o Banovini Hrvatskoj, kojom je ova stekla poseban položaj u jugoslovenskoj kraljevini. Konstantinović je učestvovao u pregovorima kao ekspert i umnogome doprineo formulisanju teksta te uredbe.

Namere tvoraca sporazuma, kao i kneza Pavla, težile su načelnom preuređenju države tako što će biti uveden federalizam. Konstantinović se vrlo mnogo angažovao u tom pogledu i sastavio je nacrt uredbe o Banovini Srpskih Zemalja. Političke prilike i rat omeli su ostvarenje takve zamisli, ali se profesor Konstantinović jasno pokazao kao pristalica federativnog uređenja.

Ključne reči: *Ustav. – Sporazum. – Federacija. – Profesor. – Knez.*

* Advokat i univerzitetski profesor, raniji sudija Evropskog suda za ljudska prava, Srbija, *dragoljubpopovic@aol.com*.

1. UVOD

Pisac ovih redova je u jednom napisu, prvi put objavljenom pre više od dvadeset godina, sažeto predstavio lik profesora Mihaila Konstantinovića, kako se ukazuje u našoj političkoj povesnici. Taj sasvim kratki opis je stao u tri reči: sporazumaš, legitimist, trijalist.[1] Profesor Konstantinović je bio pristalica hrvatsko-srpskog sporazuma, kao temelja ondašnje države, Kraljevine Jugoslavije. Pri tome je bio, kako je na drugom mestu u istom napisu rečeno, dosledan legitimist i trijalistički federalist (Popović 2008, 146). Zamisao kojom se pisac rukovodio u nekadašnjem ogledu sastojala se u tome da se politička delatnost profesora Konstantinovića obuhvati jednim potezom i sagleda kao celina. Povratak profesorovom liku i delu posle dve decenije rukovodi se ovde namerom da se posebna pažnja obrati na Konstantinovićevo shvatanje državnog uređenja, tačnije na njegov odnos prema federalizmu u Jugoslaviji. Ta osobena crta profesorovih stavova je, zbog pomenutog pristupa, u ranijem ogledu ostala nedovoljno razmotrena.

Osnovni izvor podataka za ovaj rad ostaje isti onaj kojim se pisac poslužio da prikaže i objasni Konstantinovićevo celokupno političko delovanje. Taj izvor su memoarske beleške, koje je profesorov sin Radomir objavio u opsežnom izvodu pred sam kraj prošloga veka (Konstantinović 1998). Drugo izdanje beležaka, koliko je piscu ovih redova poznato, nije imalo sreće da se do sad pojavi pred čitaocima, uprkos naporima profesora Jovice Trkulje i nekih izdavača. Radomir Konstantinović je u međuvremenu preminuo i, kako izgleda, ostaje nepoznato gde se nalazi dragocena zaostavština, čiji važan deo, ako ne i središnju tačku, predstavljaju upravo profesorovi memoari, odnosno njegove beleške, koje je vodio iz dana u dan.

Još jedna je napomena u uvodu neophodna. Mihailo Konstantinović nije bio političar. On se u politiku otisnuo iz najplemenitijih pobuda. Spas države mu je u teškim vremenima bio vrhovni cilj. Zbog toga je u politiku stupio u društvu svojih profesorskih kolega s Pravnoga fakulteta u Beogradu Mihaila Ilića i Đorđa Tasića. Njih trojica su zajedno savetovali ministra – predsednika vlade Dragišu Cvetkovića. Cvetkovićeva vlada je bila obrazovana sa zadatkom da se postigne, kako se onda govorilo, narodni sporazum, odnosno saglasnost između političkih predstavnika Srba i Hrvata o uređenju države. Obrazovanje Cvetkovićeve vlade i pad prethodnog, Stojadinovićevog kabineta, predstavljali su jedan manevar nadahnut dvorskim uticajem (Pavlović 2000, 321). Iza

[1] Videti Popović, Dragoljub. 2008. *Skice pravničkih portreta*. Biblioteka Politika i društvo. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu – Službeni glasnik (= Popović 2008), 135. Ogled koji je ušao u zbirku izdatu 2008. godine, bio je prvi put objavljen u *Ekonomskom magazinu* 23/2000. Videti Popović, 2008, 164.

toga manevra u Kraljevini kojom su vladali kraljevski namesnici stajao je najuticajniji od ovih, knez Pavle (Balfur, Makej 2021, 141–143). U najnovijoj književnosti jasno je izražen stav da se pri naporima o postizanju sporazuma u suštini radilo o „reorganizaciji države na federalnim principima“, koja je bila na početku (Mirković 2017, 234). Svrha preuređenja države bilo je obrazovanje trijalističke federacije u monarhiji (Jevtić 2012, 302). Mihailo Konstantinović je bio jedan od najistaknutijih ministara u Cvetkovićevoj vladi. Moglo bi se zato kazati da se u Konstantinovićevim stavovima o uređenju Jugoslavije ogledaju odsjaji državničkih shvatanja, zamisli i namera kneza Pavla.

Odnos kneza Pavla i Konstantinovića jasno se vidi u profesorovim memoarskim zapisima. Tako, na primer, kad 8. septembra 1939. godine unese belešku o audijenciji koju je toga dana imao kod kneza, Konstantinović navodi kako je knezu-namesniku rekao da su on i njegovi saradnici „sve uložili da ostanemo u okviru jedne jake države“. Knez mu na to napomene kako „već pet godina radi s Hrvatima na ovoj stvari“ (Konstantinović 1998, 48). Knez-namesnik se doista dugo i neumorno zalagao za postizanje narodnog sporazuma. U jednom privatnom pismu s kraja avgusta 1939. godine izrazio je zadovoljstvo što je sporazum bio postignut, kako je naveo, „posle godina upornog nastojanja i tolikih napora“ (Balfur, Makej 2021, 162). Na kraju pomenute audijencije 8. septembra 1939. knez Pavle je pri rastanku još nekoliko puta ponovio da profesor može biti „ponosan na izvršenom poslu“. Na to je Konstantinović uzvratio kako su kneževe reči za njega upravo najveća nagrada (Konstantinović 1998, 48).

Poverenje koje je knez Pavle gajio prema Konstantinoviću izvire na više mesta u profesorovim memoarskim spisima. Ono je recimo, vidljivo kad knez 10. novembra 1939. iznenada pozove u audijenciju Konstantinovića, koji zbog toga prekine sednicu jednog interministarskog odbora, kojoj je prisustvovao. Knez je tad želeo da se obavesti o prilikama u Hrvatskoj i nekim pitanjima ustavnog karaktera (Konstantinović 1998, 68). Još jednom prilikom Konstantinović beleži da je u audijenciji kod kneza-namesnika s ovim razgovarao „o preuređenju zemlje“. To je bilo na samome početku 1940. godine, tačnije 3. januara (Konstantinović 1998, 91). U beleškama je ostao trag i o onome što su njihovome autoru o odnosu kneza Pavla prema njemu saopštavale kolege. Kad 18. novembra 1940. večera sa Slobodanom Jovanovićem, ovaj mu prenese sopstveni razgovor s knezom-namesnikom i veli kako je knez o Konstantinoviću „govorio toplo, najbolje se izražavao“ (Konstantinović 1998, 232). Sve te navode treba imati u vidu kad se razmatraju Konstantinovićevi pogledi na državno uređenje Jugoslavije. Saglasnost tih pogleda sa stavovima kneza Pavla ne sme se nikako zanemariti.

Konstantinović nije samo pravnički formulisao politiku narodnog sporazuma, koja je bila okosnica kneževog državničkog stava, nego se s knezom intimno slagao o osnovama te politike, a posebno povodom pitanja o uređenju države.

2. OBLIKOVANJE PRVOBITNOG PREDLOGA SRPSKO--HRVATSKOGA SPORAZUMA I DRŽAVNOG UREĐENJA

Najraniji navod u kojem se u Konstantinovićevim memoarskim beleškama pominje srpsko-hrvatski politički sporazum nalazi se u zapisu od 2. aprila 1939. godine. To je zapis o razgovoru koji su 26. marta iste godine trojica profesora beogradskog Pravnog fakulteta – Ilić, Tasić i Konstantinović – vodili s predsednikom vlade Cvetkovićem. Razgovor je vođen za večerom, čiji je domaćin bio predsednik vlade, obrazovane početkom februara. Konstantinović beleži da je Cvetković tad izjavio kako pitanje odnosa Srba i Hrvata ne sme ostati otvoreno u teškoj međunarodnoj situaciji i da je on odlučan da to pitanje reši (Konstantinović 1998, 13).

Sagovornici za večerom su se složili da „član 116 Ustava daje dovoljno mogućnosti da se izađe u susret zahtevima Hrvata“ (Konstantinović 1998, 13). Na tome ustavnom članu trebalo je zasnovati pravničku konstrukciju budućeg sporazuma. Ukratko, članom 116 Ustava bilo je predviđeno da Kralj svojim ukazom može narediti primenu vanrednih mera kad su ugroženi javni interesi (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, 3. septembar, godina XIII – 1931 – br. 900). Sve vanredne mere uvedene na osnovu te ustavne odredbe morale su naknadno biti podnete narodnom predstavništvu na odobrenje. Ustavnim članom koji je, po svemu sudeći, jedini mogao naći primenu u stvari narodnog sporazuma, nije bila predviđena revizija Ustava niti je do ove uopšte moglo doći pod namesništvom. Zbog toga je čitavo pitanje o postavljanju pravnog temelja eventualnom budućem sporazumu Hrvata i Srba bilo veoma komplikovano i zahtevalo je visok stepen pravničke ekspertize.

Sasvim je izvesno da su profesori pozvani na večeru pre razgovora o kojem je ovde reč morali razmeniti mišljenja o osnovi sporazuma. Prihvatajući da u svrhu postizanja sporazuma savetuju predsednika vlade, oni su se jednodušno postavili na legitimističko stanovište, nalazeći da ukaz koji Kruna bude izdala na osnovu čl. 116 Ustava mora docnije biti podnet narodnom predstavništvu na konačnu odluku. Profesori su budući ukaz, koji bi konstitucionalizovao srpsko-hrvatski politički sporazum, smatrali jednom privremenom merom (Popović 2008, 133–134).

Od početka je bilo jasno da će se zadatak poveren trojici profesora sastojati u tome da predsedniku vlade daju savet u vezi s prilagođavanjem državnog uređenja Kraljevine Jugoslavije predstojećem hrvatsko-srpskom sporazumu. Posle večere kod Cvetkovića 26. marta, tri profesora su se 29. marta sastala u Biblioteci Pravnog fakulteta, gde su u razgovoru proveli tri časa i, kako se u beleškama navodi, „pretresli sva pitanja u vezi s nameravanim sporazumom" (Konstantinović 1998, 14–15). Tad su, kako izgleda, uobličili saglasnost o budućem uređenju države i formulisali svoj stav u svim najvažnijim tačkama. Sastanak u biblioteci je trajao od devet ujutru do podneva, a Konstantinović beleži kako je odmah posle ručka zajedničko mišljenje on svojom rukom stavio „napismeno na dvadeset osam listića četvrtine". Već u šest posle podne istoga dana odvezli su se u Cvetkovićev stan na Dedinje, gde su predsedniku vlade izložili zaključke i predali rukopis (Konstantinović 1998, 15).

Rukopis o kojem je ovde reč, nastao krajem marta 1939. godine, nalazi se u prilogu objavljenih beležaka, gde zaprema sedam strana (Konstantinović 1998, 507–514). To je, po svoj prilici, onih dvadeset osam listića četvrtine, koje zatičemo u ranije pomenutom navodu. Obim priloga navodi na misao da je možda postojao nekakav koncept kao predložak za sastanak trojice profesora. Bez obzira na ovu nedoumicu, jasno je da se u tekstu podnetom predsedniku vlade radi o sveobuhvatnoj skici budućeg državnog uređenja Jugoslavije. O tome svedoči raščlanjavanje samoga teksta, koji ima šest delova. Najpre je reč o uvodu, gde je raspravljeno pitanje primene čl. 116 Ustava. Za ovim dolazi kratak naslov koji govori o podeli na pokrajine, potom dva nešto duža o organizaciji pokrajinskih vlasti i o državnoj vlasti, da bi usledio daleko najduži naslov posvećen nadležnostima, koji se prostire na više od pet strana. Na samome kraju je naslov ispod kojeg tekst ima svega tri reda, koji se odnose na Sud za sukobe nadležnosti između države i pokrajina.

Na taj način su trojica profesora formulisala stav srpske strane u pregovorima, pripremivši Cvetkovića za susret s vođom Hrvatske seljačke stranke Vlatkom Mačekom, do kojeg je došlo već početkom aprila. Tom prilikom je obavljena razmena mišljenja hrvatske i srpske strane, na osnovu koje je preoblikovan početni predlog, kako bi se našao kompromis. Nas ovde, međutim, zanima srpska početna platforma za pregovore i to sa stanovišta državnog uređenja.

Najpre se može uočiti da se težilo grupisanju postojećih banovina u jedinice višeg reda, koje bi se nazivale pokrajinama. Dravska banovina bi u stvari bila pretvorena u pokrajinu, dok bi Savska i Primorska bile spojene u jedinstvenu, zasebnu pokrajinu. Sve ostale banovine bi činile treću pokrajinu, s tim što bi na nekim mestima bile ispravljene granice među pokrajinama (Konstantinović 1998, 508). Kao što je poznato, hrvatska strana u pregovorima nije prihvatila odustajanje od naziva teritorijalnih

jedinica koje sastavljaju državu banovinama. Razlog tome verovatno leži u činjenici što taj naziv potiče iz hrvatske političke i državne tradicije. Suštinski posmatrano, srpska strana je predložila trijalističko uređenje države, koje usled nastupanja burnih događaja nikad nije bilo sprovedeno.

Dva naslova srpske pregovaračke platforme koja su posvećena organizaciji pokrajinskih i državne vlasti predviđala su parlamentarno uređenje, kako na nivou države, tako i na nivou pokrajina. Ove bi imale zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast i jednodomno narodno predstavništvo, dok je za celinu države bio predviđen dvodomni sistem. U platformi se sreće pozivanje na ustav SAD, po kojem su u Senatu savezne države zastupljene jednakim brojem senatora. Uz to je išla opaska kako se „u novije vreme pokazuje težnja da se pri sastavu Senata vodi računa o broju stanovništva oblasti i da se u njega uvedu predstavnici stručnih tela i organizacija" (Konstantinović 1998, 508). Srpska strana je težila da izbegne mogućnost preglasavanja do kojeg bi moglo doći ako se usvoji američki sistem jednakog predstavljanja teritorijalnih jedinica u gornjem domu zakonodavnog tela. Oprezno je zbog toga napomenuto kako bi trebalo voditi računa o broju stanovnika tih jedinica, a ostavljena je i mogućnost da se po srpsku stranu nezgodna crta američkog obrasca izbegne primenom korporativnog načela.

Najviše pažnje je u početnim srpskim stavovima zauzelo pitanje o nadležnostima različitih nivoa vlasti. U tom pogledu platforma je načelno predlagala da se za ugled uzmu Vajmarski ustav, „kao i predlog Narodnog kluba koji je izrađen prema njemu" (Konstantinović 1998, 509). Predlog Narodnog kluba je ustavni nacrt nastao u vreme donošenja Vidovdanskog ustava, koji je predlagao da se država uredi kao federacija (Jovanović 1995, 75). Na ovome mestu valja primetiti da Vajmarskim ustavom, usled dejstva specifičnih okolnosti u posleratnoj Nemačkoj, nije bilo predviđeno federalno uređenje (Popović 2021, 403). Starija nemačka nauka, poput Vitmajera u knjizi prvi put objavljenoj dvadesetih godina XX veka, tvrdila je kako ne postoji formalno merilo po kojem se Vajmarska Nemačka razlikuje od unitarne države (Wittmayer 2014, 138). Novija nauka govori o unitarnom federalizmu (Kühne 2020, 24). Svemu tome treba dodati kako su se tvorci srpske pregovaračke platforme u pogledu raspodele nadležnosti između države i njenih sastavnih jedinica pozvali i na druge primere iz uporednog ustavnog prava. Postoje reference na austrijski i kanadski ustav, kao i na ustav Južne Afrike i ustav SAD, a isto tako i na Smodlakin ustavni nacrt iz vremena donošenja Vidovdanskog ustava (Konstantinović 1998, 510–512). Izvor nadahnuća su dakle bili ustavi federalno uređenih država, a predložena metoda raspodele nadležnosti počivala je na dvostrukoj enumeraciji, odnosno nabrajanju nadležnosti države i nadležnosti njenih sastavnih jedinica. Pri nabrajanju isključive nadležnosti države kao primer

za ugled najviše su korišćeni nemački ustav Vajmarske republike i kanadski ustav (Konstantinović 1998, 509–512). Raznovrsnost nadahnuća potekla iz uporednog prava i suptilnost enumeracije ne ometaju jednostavan zaključak da je srpska platforma bila na gledištu trijalističkog federalizma, kao modela državnog uređenja Jugoslavije. S takvim stavom trojice pravnih stručnjaka predsednik vlade Cvetković otputovao je na razgovore s Mačekom.

3. TOK PREGOVORA – BROJ TERITORIJALNIH JEDINICA I PODELA NADLEŽNOSTI

Cvetković se 27. aprila vratio iz Zagreba, gde je s Mačekom pregovarao o hrvatsko-srpskom sporazumu. Odmah je pozvao sebi trojicu profesora koji su ga savetovali. U razgovoru koji je tom prilikom vođen učestvovali su i prvaci slovenačke i muslimanske stranke, koje su bile zastupljene u Cvetkovićevoj vladi – Anton Korošec i Mehmed Spaho. Oni su u stvari zajedno sa Cvetkovićem dočekali trojicu profesora u predsedništvu vlade. Tako sastavljena političko-ekspertska šestorka detaljno je raspravila Cvetkovićeve predloge u svetlosti Mačekovih protivpredloga, koje je ovaj saopštio predsedniku vlade (Konstantinović 1998, 17–20). Moglo bi se reći da stavovi dvojice pregovarača nisu bili preterano udaljeni. Po onome što iz upravo navedenih mesta u Konstantinovićevim beleškama saznajemo, u najuopštenijem izrazu izgledalo je da je nesporno spajanje Savske i Primorske banovine u jednu, uz dodatak nekoliko srezova iz drugih banovina. Uz to bi išao i prenos nadležnosti s države na banovine. Taj naziv teritorijalnih jedinica koje sastavljaju državu Cvetković je tokom susreta s Mačekom prihvatio i više se nije ukazivao spornim. Osim toga, predviđeno je obrazovanje zajedničke vlade, koja će pristupiti konačnom oblikovanju državnog uređenja, u čijem će sklopu biti zajemčen poseban položaj banovine Hrvatske.

Pošto je vrlo intenzivno nastavljen rad na materijalu koji je proistekao iz Cvetkovićevih pregovora s Mačekom, eksperti su se međusobno konsultovali, a zanimljiva tačka u njihovom radu sa Cvetkovićem dogodila se krajem maja. Svi dotadašnji nacrti sporazuma i budućeg državnog uređenja predviđali su trijalističko uređenje države. Konstantinović ne saopštava razlog, koji mu je možda ostao nepoznat, ali beleži kako je Cvetković 28. maja zamolio trojicu profesora da prouče mogućnost da se država podeli na četiri banovine. Profesori su se sledećeg dana sastali i poveli raspravu o toj ideji (Konstantinović 1998, 22). Profesor Tasić

je smatrao da se takvo uređenje može sprovesti. Konstantinović mu se suprotstavio pre svega iz geografskih razloga. Smatrao je neuputnim spajanje Vrbaske, Drinske i Zetske banovine u jednu jedinicu, a Dunavske,

Moravske i Vardarske banovine u drugu. Današnjem čitaocu treba objasniti da je Drinska banovina, sa sedištem u Sarajevu, zahvatala teritoriju s obe strane Drine. Spajanjem Dunavske, Moravske i Vardarske banovine dobila bi se izdužena teritorija koja se prostire od Subotice do Ohrida, za koju se Konstantinović upitao: „Na šta bi ličila?“ Na kraju ovog savetovanja eksperti su se, na osnovu Konstantinovićevog predloga, složili da bi se četvrta jedinica mogla obrazovati „od Vrbaske banovine i bosansko-hercegovačkih delova Drinske i Zetske banovine“.

Konstantinović je tih dana podrobno proučio pitanje obrazovanja četvrte teritorijalne jedinice u državi. Na osnovu opsežnih proučavanja nastao je njegov elaborat, obogaćen statističkim podacima, pod naslovom „Četvrta pokrajina“, koji je sačuvan i nalazi se u objavljenim beleškama. Uz elaborat su priložene geografske karte (Konstantinović 1998, 516–518). To je jedno od retkih mesta na kojem je Konstantinović odustao od trijalističkog uređenja države. Kao što je nepoznato otkud je predsednik vlade odjednom došao na ideju o obrazovanju četvrte teritorijalne jedinice u državi, tako se iz Konstantinovićevih beležaka ne vidi kako je ta zamisao prošla u pregovorima s Mačekom, ni da li je razmatrana. Krajem juna su pregovori stigli do tačke na kojoj se hrvatski pregovarač ograničio na teritorijalno proširenje buduće hrvatske banovine uključivanjem u ovu hrvatskih opština iz šest srezova. To je davalo izgleda na postizanje sporazuma. Predsednik vlade je zato profesorima uputio odsudno pitanje o karakteru države posle projektovanog preuređenja, naglasivši da mu je to „potrebno radi Kneza“. Pitanje je glasilo: „Da li država organizovana na tim osnovama ostaje jedna država?“ (Konstantinović 1998, 23).

Konstantinović beleži da je rad trojice profesora na nacrtu sporazuma Hrvata i Srba bio vrlo intenzivan početkom jula. Oni su uoči prvoga u mesecu predali Cvetkoviću svoj elaborat pod naslovom „Poseban položaj Hrvatske“. Taj tekst se nalazi među objavljenim beleškama (Konstantinović 1998, 524–526). Dokument se sastoji od tri povezana dela. Prvi od ovih je napisao Konstantinović, drugi Ilić, a treći Tasić (Konstantinović 1998, 23). Ilić se bavio raspodelom nadležnosti između države i njenih sastavnih jedinica, ako se Hrvatskoj odredi poseban položaj. Smatrao je da se jedna od ključnih nedoumica sastoji u pitanju „ko bi na srpskom području obavljao one poslove koji bi u Hrvatskoj spadali u okvir nadležnosti autonomnih organa“. Iz toga je jasno da se neophodnom ukazivalo obrazovanje srpske jedinice u državi, mada to Ilić u svome tekstu nije pomenuo. Tasić je razmatrao položaj onog što bi se moglo nazvati unutrašnjim manjinama, dakle srpske manjine u Hrvatskoj i hrvatske u srpskom delu države. U tom sklopu je izrazio

protivljenje primeni međunarodnog prava o zaštiti manjina, strahujući da bi to značilo „kopanje dubljeg jaza između Srba i Hrvata". Unutrašnje manjine trebalo je da ostanu unutrašnje pitanje.

Konstantinovićev deo elaborata o posebnom položaju Hrvatske bio je duži od onih koje su redigovale njegove profesorske kolege, premda ne suviše opsežan. Bio je podeljen u dve tačke. U prvoj je Konstantinović projektovano državno uređenje posmatrao s pravnog, a u drugoj s političkog stanovišta. S pravnog stanovišta Konstantinović je nalazio da poseban položaj Hrvatske nije u skladu s načelom ravnopravnosti. To naročito ako bi se i Slovencima dala autonomija. Nastala bi u tom slučaju situacija da samo Srbi imaju poseban položaj u državi „u tom smislu što ne bi mogli samostalno rešavati o pitanjima o kojima Hrvati i Slovenci rešavaju samostalno". Zato je izrazio mišljenje kako bi bilo logično da se „i za srpske krajeve urede posebna tela i organizuju posebne vlasti kao i za hrvatske". Uz to je dodao kako je španskim ustavom iz 1931. godine predviđena mogućnost obrazovanja pokrajine s posebnim statusom. Odgovarajuće odredbe su bile unete u tamošnji ustav zbog Katalonije, koja je onda dobila poseban status u okviru španske države. Konstantinović je na istome mestu dodao kako „takav način uređenja odnosa pokrajina i celine ne izgleda da je dao dobre rezultate". Moglo bi se reći da se takvim mislima Konstantinović pokazuje kao pristalica simetričnog uređenja države i trijalizma.

Druga tačka Konstantinovićevog dela elaborata bila je posvećena političkim razmatranjima i upadljivo je kraća od prve. On je jezgrovito primetio da bi neki naši unutrašnji odnosi mogli ostati neraščišćeni, usled postojanja državnog i paralelnog autonomnog budžeta. Uz to je dodao da „poseban položaj jedne pokrajine može vremenom postati prepreka približavanju i izjednačavanju naših krajeva i našeg naroda". Na ovome mestu se Konstantinović pokazuje kao integralist i njegovo mišljenje kao da stoji u opreci s Tasićevim napomenama o unutrašnjim manjinama. Tri profesora su, međutim, bila jednodušna u oceni da će država, ako se preuredi onako kako su projektovali Maček i Cvetković, „imati sve atribute suverenosti: zakonodavnu vlast, izvršnu, kao i pravo da odlučuje o uvođenju poreza i da ih sama pribira" (Konstantinović 1998, 23). Reklo bi se ipak, ukupno posmatrano, da su profesori bili oprezniji od političara, koji su, kako izgleda, vukli napred u sporazum.

Uprkos načelno izraženoj dobroj volji obe strane da se postigne sporazum hrvatsko-srpski pregovori se nisu odvijali lako. Nastavljeni su sredinom jula u Zagrebu i na Bledu, a profesori koji su savetovali predsednika vlade bili su prisutni, zajedno s hrvatskim ekspertima – Krbekom, Šutejem i Filipančićem. Usaglašavanje eksperata dveju strana bilo je komplikovano i zahtevalo je mnogo truda. Konstantinović beleži kako su šestorica stručnjaka 12. jula

provela više od devet časova u radu (Konstantinović 1998, 27). O detaljima tog sastanka, kao i o susretu s Mačekom i Košutićem, prvacima Hrvatske seljačke stranke, profesori Tasić, Ilić i Konstantinović su 22. jula obavestili predsednika vlade Cvetkovića jednim opsežnim memorandumom, koji je u beleškama ostao sačuvan (Konstantinović 1998, 538–553).

Pregovori Mačeka i Cvetkovića nisu tekli neporemećenom, ravnom crtom. Ako je u početku vladala načelna saglasnost o neophodnosti preuređenja države, rasprava o detaljima donela je poteškoće i razilaženja u stavovima dveju strana. Početkom avgusta Cvetković je od trojice profesora zatražio mišljenje o Mačekovim protivpredlozima na njegove prvobitne predloge. Mačekovi protivpredlozi od 4. avgusta sačuvani su u jezgrovitom obliku u Konstantinovićevim beleškama (Konstantinović 1998, 553–556). Ministar – predsednik vlade i trojica njegovih profesorskih savetnika bili su složni u zaključku da predlozi hrvatske strane u pregovorima vode uspostavljanju konfederacije.

U toku savetovanja koje je imalo cilj da se sačini mišljenje o hrvatskim protivpredlozima, profesori su se razmimoišli u stavovima. Srpski pravni eksperti su, naime, stali na gledište da su izmenjene granice banovina, kako ih je predviđao projektovani sporazum, u suštini „rađene za jednu federaciju". To je u osnovi bilo Konstantinovićevo shvatanje. Ako se ustanovljava konfederalno uređenje, onda bi granice morale biti drukčije povučene. Tasić i Ilić nisu bili raspoloženi da se upuštaju u pitanje granica među sastavnim jedinicama u državi, ali su ipak, pošto je Konstantinović na tome nastojao, prihvatili njegov stav. Drugo razmimoilaženje među ekspertima odnosilo se na formu u kojoj će Mačeku biti saopšteni odgovori srpske strane. Nedoumica se, naime, sastojala u tome da li da se odgovor srpskih stručnjaka na protivpredloge hrvatske strane ovoj saopšti u obliku pisma koje će Cvetković uputiti Mačeku ili kao pismo koje eksperti upućuju samome Cvetkoviću. Na kraju je nedoumicu razrešio Cvetković, odlučivši da on lično, usmeno, saopšti Mačeku odgovor srpskih eksperata kao sopstveni stav (Konstantinović 1998, 33–34).

Izveštaj profesora Ilića, Tasića i Konstantinovića od 6. avgusta, upućen premijeru Cvetkoviću, bio je obiman i sadržao je sedam delova (Konstantinović 1998, 556–566). Srpski eksperti su se osvrnuli na pitanje granica hrvatske banovine, podelu nadležnosti, raspuštanje Senata i Narodne skupštine, donošenje političkih zakona i na ukaze o raspuštanju domova zakonodavnog tela i o donošenju pomenutih političkih zakona. Posebnu pažnju su posvetili ukazu o spajanju banovina, prenošenju nadležnosti s države na hrvatsku banovinu, ovlašćenjima bana i njegovom pravnom položaju. Taj

deo, označen kao šesti u nizu, bio je u izveštaju duži od svih ostalih, izuzev onog posvećenog podeli nadležnosti između države i banovina. Srazmerno opsežni opšti zaključci predstavljali su završni, sedmi deo teksta.

Eksperti su zauzeli stav da bi, ako se prihvate Mačekovi predlozi, „granice Hrvatske banovine morale biti mnogo uže povučene, pošto je predlog g. Mačeka mnogo bliži konfederaciji nego federaciji, koju smo mi imali u vidu“ (Konstantinović 1998, 558). Napomenuli su i da Mačekovo stanovište nije dovoljno jasno u pogledu budućeg uređenja države, o čemu se na osnovu predloga može samo naslućivati. Dodali su i to da, iako između Cvetkovićevog prvobitnog predloga i Mačekovog protivpredloga postoji velika sličnost, „između njih postoje i znatne razlike“. Jedna od njih se odnosila i na sam karakter podele nadležnosti između države i banovina. Dok je ta podela po Cvetkovićevom predlogu bila konačna, po Mačekovom protivpredlogu bila bi upravo provizorna. Definitivna podela nadležnosti obavila bi se naknadno. Eksperti su zato upozoravali predsednika vlade na mogućnost da hrvatska strana docnije postavi nove zahteve. Konačan zaključak pravnih stručnjaka o tome bio je da je pitanje o podeli nadležnosti između države i hrvatske banovine povezano s određivanjem granica. Zbog toga bi, ako se napusti Cvetkovićevo prvobitno stanovište o podeli nadležnosti, pitanje granica među banovinama moralo biti „uzeto u ponovno razmatranje i rešeno na sasvim drugoj osnovi“ (Konstantinović 1998, 559–560).

Iz ovih redova se jasno mogu uočiti razlike u pristupu dveju strana u pregovorima. Srpska strana je nudila federaciju, dok je hrvatska težila konfederaciji. Ni jedna od strana u pregovorima nije isticala svoja idejna uporišta niti je pominjala teorijske obrasce. Pregovore su vodili političari koji su pred očima imali praktična pitanja i probleme, pokušavajući da ih reše. Tek u ekspertskoj teorijskoj obradi videlo se na kakvim su premisama počivale pojedine zamisli i predlozi. Srpski eksperti su u izveštaju za predsednika vlade, dakle izvan političke pozornice, otkrili polazni, federalni stav srpske strane u pregovorima. Ideje druge strane ocenjivali su kao konfederalne težnje.

U pogledu ovlašćenja bana i njegovog pravnog položaja srpski stručnjaci su naročito nastojali na razlikovanju situacije kad ban sprovodi banovinske zakone od one kada sprovodi državne. Obe strane su prihvatile da se osnuje Ustavni sud, kojem bi bio poveren nadzor nad ustavnošću. Profesori koji su savetovali predsednika vlade imali su, međutim, primedbe na mehanizam nadzora i na nejasnoće hrvatskoga gledišta o tome, kako je bilo izraženo u Mačekovom predlogu (Konstantinović 1998, 562–563).

Najzad, među opštim zaključcima pravnih eksperata izdvaja se pre svega onaj koji se odnosi na utemeljenje preuređenja države u čl. 116 Ustava, na osnovu hrvatsko-srpskog sporazuma. Takva utemeljenost davala je načelno privremeni karakter sporazumu, čije bi se pojedine odredbe, međutim, u suštini ipak smatrale trajnim. Za to su kao primer bili navedeni obim teritorije hrvatske banovine i njene nadležnosti. U Mačekovom predlogu, prema mišljenju srpskih eksperata, naročito je bila sporna ideja da za sudsku kontrolu banskih akata nadležan bude banovinski, a ne državni sud. Srpski stručnjaci su napomenuli da bi morala postojati i druga vrsta kontrole, napisavši u izveštaju izričito „kako je to u federacijama". Naglasili su još i to da prema Mačekovom predlogu „Hrvatska banovina postaje sasvim nezavisna od države na način kako to nigde nema", dodavši uzgred kako su „pregovarači zapojeni, ma i nesvesno i nehotice, duhom konfederacije" (Konstantinović 1998, 564–565). Učeno raščlanjavanje trojice profesora u skladu je s Konstantinovićevom zabeleškom koju zatičemo pod datumom od 14. avgusta, u kojoj kaže kako je savetujući se s kolegama nastojao na tome da „se u izveštaju skrene pažnja na duh konfederacije koji bije iz Mačekovog projekta" (Konstantinović 1998, 33).

4. ZAVRŠNA RASPRAVA O PREDLOZIMA I STAV KNEZA PAVLA

Odlučujuća rasprava o predlozima teksta sporazuma političkih predstavnika Hrvata i Srba vođena je u drugoj polovini avgusta 1939. godine. Profesor Konstantinović je beleške o tome načinio tek u drugoj polovini septembra, napomenuvši kako je zaboravio neke datume (Konstantinović 1998, 35). Tokom pregovora, koji nisu imali strogo određen protokol, razgovaralo se u jednoj vrsti opšteg skupa koji su činili političari zajedno sa stručnjacima, ali se dešavalo i da se Cvetković i Maček izdvoje i razgovaraju nasamo. Prilikom rasprave koju su pravni stručnjaci dveju strana vodili među sobom dolazilo je do komplikovanih situacija. U jednom trenutku je Konstantinović odbio da prihvati stav hrvatskih eksperata, navodeći da njihov „projekt ide konfederaciji". Istovremeno je zastupao stav da je neophodno jasno formulisati „načela o organizaciji vlasti i odnosu vlasti banovine i države". Tvrdio je u izlaganju da je srpska strana to oduvek zastupala, zalažući se za to „da se cela država reorganizuje na osnovi federativnoj, a ne da se određuje poseban položaj banovine Hrvatske". Taj stav su hrvatski stručnjaci primili, premda ne izrekom. Njihovo je stanovište bilo da kontrolu izvršenja zakona treba urediti onako kako je predviđeno članom 14 Vajmarskog ustava. Isto su tražili i za nadzor nad celokupnim radom banovine. Posebno su zahtevali da se „ban postavlja kraljevim ukazom, ali uz premapotpis bana, a

ne predsednika Ministarskog saveta“ (Konstantinović 1998, 42–43). Srpska strana je prihvatila odredbe o imenovanju bana i njegovom sopstvenom premapotpisu i to je ušlo u tekst Uredbe o Banovini Hrvatskoj.

Krajem avgusta sporazum je bio sklopljen i tekst uredbe kojom je država preuređena konačno usaglašen. Završni razgovori su vođeni na Bledu, pa je 26. avgusta popodne knez Pavle primio u audijenciju političare i stručnjake koji su radili na sporazumu. Konstantinović beleži da je knez-namesnik održao kratak govor, od svega dve-tri rečenice, istakavši kako je sporazum „jedan epohalan događaj u našoj istoriji“. Obrazovana je vlada narodnog sporazuma, pa su njeni ministri pred knezom položili zakletvu (Konstantinović 1998, 44). Veliki pripremni rad je time bio završen. Počinjala je nova faza u ustavnom životu kraljevine koja će se ogledati u postupanju Cvetković–Mačekove vlade narodnog jedinstva.

Sredinom septembra je profesor Konstantinović još jednom bio u audijenciji kod kneza Pavla. Razgovor vođen tom prilikom kratko je registrovao u svojim beleškama, i to posebno onaj deo u kojem je bilo reči o saradnji Srba i Hrvata u vladi proistekloj iz narodnog sporazuma. Jedno od središnjih pitanja bila je uredba o banskoj vlasti, čijoj je pripremi Konstantinović tih dana bio posvećen. Knez mu je tad kazao, očigledno zadovoljan postignutim političkim sporazumom, „kako već pet godina radi sa Hrvatima na ovoj stvari“. U stvari, konkretne pregovore s hrvatskim političarima počeo je sam knez Pavle na samome kraju 1938. godine (Pavlović 2000, 329). Rastajući se, na kraju audijencije, od profesora, knez-namesnik je nekoliko puta ponovio da profesor Konstantinović može biti „ponosan na izvršenom poslu“. Profesor je na takav kompliment uzvratio da su kneževe reči za njega najveća nagrada, naglasivši kako je ono što je bilo postignuto „zajedničko delo“ (Konstantinović 1998, 48). Kneževo izražavanje nije bilo isključivo kurtoazno nego je ukazivalo na suštinu. Knez Pavle je zaista bio u osnovi sporazuma, podstičući i ohrabrujući pregovarače kako bi se putem dogovora političkih vođa osnažila država u smutnim vremenima. Dok su knez i profesor vodili razgovor o kojem je ovde reč, Poljska se branila od napada, a Britanija i Francuska su objavile rat Nemačkoj, štiteći poljsku nezavisnost. Drugi svetski rat bio je već u toku.

5. UREDBA O BANOVINI HRVATSKOJ U SVETLOSTI KONAČNOG PREUREĐENJA DRŽAVE

Uredba kraljevskih namesnika, doneta 26. avgusta 1939. godine na osnovu čl. 116 Ustava imala je srazmerno kratak tekst od svega 16 članova (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 194-A-68/1939). Ako se izuzmu Završne odredbe, koje su predstavljale peti deo uredbe, od preostala četiri dela prva dva su bila vrlo kratka. Prvi deo je činio samo čl. 1, koji je opredelio spajanje dotadašnjih banovina Savske i Primorske u jednu, pod imenom Banovina Hrvatska, dodavši joj osam pobrojanih srezova i odredivši da joj je sedište u Zagrebu.

U drugome delu uredbe, članom 2 je uređena raspodela nadležnosti između Banovine Hrvatske i države na ponešto komplikovan način (Pavlović 2000, 347–349). Najpre su, prvim stavom toga člana, metodom enumeracije određeni poslovi povereni banovini. Drugi stav je sadržao opštu pretpostavku nadležnosti u korist države. Posle toga su, međutim, u trećem stavu člana 2 pobrojani „poslovi od osobitog značaja po opšte interese države", ukupno dvanaest stavki, za koje je država bila nadležna. U prisustvu pomenute opšte pretpostavke nadležnosti u korist države, ovo drugo nabrajanje, pravno-tehnički posmatrano, nije izgledalo neophodno. Već smo, međutim, videli da pregovori dveju strana o raspodeli nadležnosti nisu bili nimalo laki, pa je redakcija teksta odslikavala teškoće do kojih je dolazilo u pregovorima. Povrh svega je u završnom stavu čl. 2 ostavljena breša za dalje izmene. Ministarski savet je bio ovlašćen da i druge poslove prenese u delokrug Banovine Hrvatske.

Najviše mesta u uredbi zauzele su odredbe o organizaciji vlasti u Banovini Hrvatskoj. Od ukupno šesnaest članova u tekstu, čak devet je tome bilo posvećeno. Članom 4 je bilo predviđeno da zakonodavnu vlast u banovini vrše Kralj i Sabor zajednički, da upravnu vlast vrši Kralj preko Bana, a sudsku sudovi u Kraljevo ime, na osnovu zakona. Za položaj bana novoosnovane banovine ključna je bila odredba čl. 8 stav 1 Uredbe, koja je ovako glasila: „Kralj imenuje i razrešava Bana ukazom, koji premapotpisuje novoimenovani Ban" (Pavlović 2000, 347–348). Takvom odredbom je u Hrvatskoj ban stavljen u položaj drukčiji od onog koji su imali banovi u ostalim banovinama. Po čl. 86 stav 2 Ustava, bana je postavljao Kralj na predlog predsednika Ministarskog saveta. Na ovome mestu se kao jedna zanimljivost može navesti da će se Ivan Šubašić, ban Banovine Hrvatske, kad bude dospeo u izbegličtvo sa Simovićevom vladom 1941. godine, u nekim dokumentima redigovanim na engleskom potpisivati kao vicekralj (*viceroy*). Takvo postupanje pri prevođenju oslanjalo se na odredbe o položaju bana, kakve su našle mesta u uredbi o kojoj je ovde reč.

Uspostavljanjem Banovine Hrvatske uvedena je asimetrija u ustavni sklop jugoslovenske kraljevine. Jedna banovina dobila je naročit položaj, a različite grupe u državi su zbog toga stale na gledište da je takav status jedne banovine u opreci s njihovim interesima ili bar da opravdano mogu postaviti pitanje sopstvenog položaja.

6. KONAČNO PREUREĐENJE DRŽAVE – JUGOSLOVENSKI FEDERALIZAM

Pitanje preuređenja jugoslovenske kraljevine izbilo je posle zaključenja hrvatsko-srpskog sporazuma gotovo istog trenutka u prvi plan. Na podatke o tome nailazimo u Konstantinovićevim beleškama. Profesor je već 14. septembra dobio obaveštenje kako treba da se sastane s Mihom Krekom, prvakom Slovenačke narodne stranke „zbog proširenja uredbe o banovini Hrvatskoj na banovinu Dravsku". Sastanak s Krekom bio je upriličen dva dana docnije. Nije prošlo mnogo a posetio ga je i ban Dravske banovine Marko Natlačen, čije ime iz nepoznatih razloga Konstantinović navodi kao Natlaček. On je profesoru preneo neraspoloženje koje vlada u Sloveniji usled toga što Slovenci novim uređenjem nisu dobili ništa. U međuvremenu je s premijerom Cvetkovićem i svojim profesorskim kolegom Lazom Markovićem, tadašnjim ministrom pravde, razgovarao o obrazovanju komisije čiji bi zadatak bio da razmotri uređenje položaja Slovenije (Konstantinović 1998, 49–51).

Srpsko-hrvatskim sporazumom je bilo predviđeno da se u zemlji održe parlamentarni izbori iz kojih će proizaći legitimna skupština koja će moći da potvrdi Uredbu od 26. avgusta 1939. godine. Odmah po obrazovanju vlade Cvetkovića i Mačeka pitanje o izborima je došlo na dnevni red. U toku trajanja priprema za izbore profesor Konstantinović se još jednom sastao s knezom-namesnikom. Tom prilikom je bilo reči o konačnom preuređenju države. Razgovor je vođen 10. novembra, pošto je knez Pavle iznenada pozvao Konstantinovića sebi. Dve teme su bile predmet pažnje dvojice sagovornika. To su bili parlamentarni izbori i preuređenje države. U pogledu prve teme Konstantinović je primetio kako je neophodno da se najpre organizuju parlamentarni izbori na nivou cele države, a tek potom za hrvatski Sabor. Tvorci sporazuma su, naime, stali na gledište koje je u jednom članku formulisao profesor Tasić, da je „nemoguće politički da nova vlada narodnog sporazuma radi sa Skupštinom i Senatom, koji su izabrani pod ranijim političkim režimom, skroz suprotnim narodnom sporazumu" (Pavlović 2000, 348). Konstantinovićevo izlaganje pred knezom išlo je po toj crti. O kneževoj reakciji beleška ne javlja ništa, ali se iz opšteg toka razgovora stiče utisak da je knez-namesnik bio saglasan s profesorovim mišljenjem.

Drugo pitanje, ono o preuređenju države, Konstantinović je doveo u neposrednu vezu s organizovanjem izbora, za koje je čak u jednom trenutku kazao kako bi ih „možda trebalo malo odložiti". Razlog za odlaganje izbora Konstantinović je video u neophodnosti da se izvedu „velike reforme pomoću ovlašćenja koja imamo". Beleška na ovome mestu ne javlja ništa o tome na koja je ovlašćenja mislio profesor, ali je iz čitavog sklopa razgovora jasno da je imao u vidu čl. 116 Ustava na osnovu kojeg je doneta Uredba o Banovini Hrvatskoj. Ključni element za razumevanje Konstantinovićevog stava pronalazi se, međutim, u njegovim zabeleženim rečima: „potrebno je obrazovati i ostale dve banovine pre izbora Skupštine". Profesor je dodao kako će posle „to biti teško, ako ne i nemoguće". On je naime, ispoljio bojazan da će revizija Ustava, kad dođe na dnevni red, biti komplikovana. O tome će se raspravljati u narodnom predstavništvu, dakle, kako se izrazio, „u jednom velikom telu, kojim će vladati i strasti".

Jedini navod o kneževom mišljenju u belešci o kojoj je ovde reč bio je sledeći: „Knez je bio vrlo raspoložen i očigledno mu je bilo prijatno što imam ideje koje ima i on" (Konstantinović 1998, 68–69). Srazmerno kratka beleška o audijenciji kod kneza Pavla otkriva nam nekoliko stvari. U njoj se, s jedne strane, dočarava atmosfera u kojoj je postignut srpsko-hrvatski sporazum, a opet, s druge strane, i konačni ciljevi i zamisli arhitekata rekonstrukcije kraljevine. Već smo videli kako je Cvetkovićev prvi kabinet obrazovan zato što je kruna htela da podstakne postizanje sporazuma dve najbrojnije etničke grupe u državi (Pavlović 2000, 321). Sporazumom je stvorena zajednička vlada u kojoj su se našli najuticajniji hrvatski političari, osim onih srpskih koji su bili pristalice sporazuma. Ta vlada je obrazovana istovremeno s uređenjem položaja Hrvatske u državi, čije su osobenosti dovele do uspostavljanja asimetričnog uređenja. Na tome se međutim, nije htelo stati. Predstojalo je načelno preuređenje jugoslovenske kraljevine, kojim bi se uspostavile tri jedinice, kako je Konstantinović naveo u belešci. Čitav posao preuređenja države trebalo je da obavi elita, odnosno jedna vlada obrazovana inicijativom namesnika, koja je pre svega uživala poverenje dvora. U javnosti i među pravnim stručnjacima to je opravdano kritikovano, ali se, s druge strane, ipak mora priznati da je bojazan od heterogenog narodnog predstavništva u izvođenju ustavne reforme bila opravdana. Konstantinović je bio u pravu kad je pomenuo političke strasti. On se u suštini povodio za kneževim plemenitim namerama da osnaži državu, pa je knez-namesnik njegove reči po svemu sudeći primio kao odjek sopstvenog mišljenja.

Jedan deo jugoslovenske elite i širih društvenih krugova video je u slozi etničkih grupa od kojih je sastavljena država putokaz napretka i jačanja kraljevine, pa se zalagao za federalno uređenje. Takav stav, međutim, nije eksplicitno istican u političkom životu iz više razloga. Najpre, stručna

pravnička javnost je bila podeljena povodom srpsko-hrvatskoga sporazuma i postignutog preuređenja države. Javili su se mnogi glasovi, koji su osporavali pravni osnov Uredbe o Banovini Hrvatskoj kakav je pružao čl. 116 Ustava. Učeni pravnici su o tome zapodenuli raspravu. Na kritičkoj strani su se našli, međ ostalim, Slobodan Jovanović, Lazo Kostić i u ono vreme mladi Radomir Lukić, dok su Ivo Krbek, Đorđe Tasić i Milan Vladisavljević zastupali oprečne stavove (Pavlović 2000, 333–337). Istaknuti zagrebački profesor Juraj Andraši smatrao je, međutim, da je donošenjem uredbe od 26. avgusta 1939. godine uspostavljena federacija (Marković 2020, 127). U našoj najnovijoj književnosti o ovome pitanju Tanasije Marinković je otišao tako daleko da tvrdi kako je s pravničkog stanovišta donošenje Uredbe o Banovini Hrvatskoj predstavljalo državni udar (Marinković 2019, 59). Takav stav nije utemeljen na istorijskoj stvarnosti, a naročito protivreči Konstantinovićevom legitimizmu (Popović 2008, 134, 146).

Osim teorijske rasprave, opstajala je nedoumica u kojoj meri su mase Srba i Hrvata bile raspoložene da prihvate federaciju kao državni oblik. Stavovi političkih stranaka o novome uređenju države bili su različiti. Na primer, radikali okupljeni oko Milana Stojadinovića u februaru 1940. godine u Srpsku radikalnu stranku još uvek su nastojali na jugoslovenstvu kao državnoj ideologiji. Najuticajniji politički činilac koji je ostao izvan vlade Cvetković–Maček, Demokratska stranka, menjala je stav prilagođavajući se prilikama. Stranka se nije protivila ideji sporazuma Srba i Hrvata, nego načinu na koji je sklopljen. U pogledu preuređenja države demokrate su stale na gledište da još pre izbora treba ustanoviti srpsku jedinicu (Pavlović,2000, 343–345). Na taj način su se približili stavovima vladinih krugova, koje je umnogome inspirisao profesor Konstantinović.

Oblikovanje novog državnog uređenja bilo je u fazi predloga zaokruženo u drugoj polovini decembra 1939. godine. Konstantinović beleži da je 16. decembra popodne predao knezu Pavlu nacrt uredbe o trećoj jedinici, za koju je bilo predviđeno ime Srpske Zemlje (Konstantinović 1998, 83). Zapis pod pomenutim datumom je lapidaran: „16, audijencija u 18.30. Predajem svoj projekat Banovine srpskih zemalja." Reklo bi se da takvo izražavanje nesumnjivo svedoči o Konstantinovićevom autorstvu projekta, tim pre što se u profesorovim spisima nalazi i opsežnije obrazloženje teksta nacrta uredbe o Banovini srpskih zemalja, iz kojeg se vidi da je Uredba o Banovini Hrvatskoj od 26. avgusta 1939. poslužila kao izvor nadahnuća za konstruisanje treće jedinice u državi (Konstantinović 1998, 578–579).

Banovina Srpske Zemlje trebalo je, prema sačuvanome spisu, da nastane spajanjem Vrbaske, Drinske, Zetske, Dunavske i Vardarske banovine, kao i područja grada Beograda. Ovde se mora napomenuti da je u nabrajanju omaškom izostavljena Moravska banovina, čija bi teritorija takođe bila

uključena u treću, odnosno srpsku jedinicu. Sedište banovine bilo bi u Beogradu, a organi vlasti u banovini bi se po imenu razlikovali od onih u Hrvatskoj. Predviđeni su Zemaljski sabor i predsednik Zemaljskog saveta, umesto sabora i bana u Hrvatskoj. Zemaljski savet bi sastavljali zemaljski podsekretari, koji bi bili na čelu pojedinih grana uprave. Predsednik Zemaljskog saveta i zemaljski podsekretari bili bi odgovorni Kralju i Zemaljskom saboru. U tom spisu se ne kaže ništa o podeli nadležnosti.

O političkom mišljenju i raspoloženju u narodu povodom pitanja o preuređenju države teško je prosuđivati na osnovu Konstantinovićevih memoarskih beležaka jer se u ovima tek ponegde nailazi na mesta koja omogućavaju posredne zaključke. Takvo mesto je beleška od 1. januara 1940. godine, gde Konstantinović prenosi utiske s tročasovnog razgovora koji je istog dana u biblioteci Pravnog fakulteta vodio sa Slobodanom Jovanovićem (Konstantinović 1998, 89–90). U tom razgovoru Konstantinović je sažeo u jednu misao čitavu složenu ustavnu i političku situaciju u Jugoslaviji, zabeleživši svoje reči ovako: „Hrvati su pristali na poseban položaj Hrvatske samo privremeno i dok se većina Srba ne izjasni hoće li federaciju ili da ostane taj poseban položaj Hrvatske, a Hrvati su hteli federaciju." Završnom delu ovog iskaza donekle protivreče pojedina mesta u beleškama iz kojih se vidi da se Maček u suštini kolebao između dualizma i federalnog uređenja (Konstantinović 1998, 64, 68–69). Konačni zaključak u razgovoru sa Slobodanom Jovanovićem, kako je zabeležen, izrazio je zajednički, a istovremeno sasvim praktičan stav dvojice profesora. Oni su bili mišljenja da je „neodložno stvoriti srpsku jedinicu".

Svega dva dana posle razgovora sa Slobodanom Jovanovićem Konstantinović je opet bio u audijenciji kod kneza Pavla, tokom koje su vodili razgovor „o preuređenju zemlje" (Konstantinović 1998, 91). Beleška o razgovoru je kratka i ne obuhvata više od jednog pasusa. Iz nje doznajemo da je profesor nastojao na brzini, tražeći od kneza-namesnika da se preuređenje zemlje „svrši što pre". Posebno je obavestio kneza o razgovoru sa Slobodanom Jovanovićem, ali i svojim drugim profesorskim kolegom Božom Markovićem, koji je bio jedan od prvaka Demokratske stranke. O onome što je knezu preneo Konstantinović je zabeležio kako je knez bio prijatno iznenađen. Tome je Konstantinović dodao sopstveni zaključak da je zemlju trebalo organizovati „po jednom obrascu". Zato se stiče utisak da je početkom 1940. godine. zamisao kojoj je praroditelj bio knez Pavle polako sticala podršku, uprkos raspravama, osporavanjima i mnogim nedoumicama. Težilo se federativnom uređenju države u čijem bi sastavu bile tri jedinice – slovenačka, hrvatska i srpska. Svoje mišljenje u prilog trijalizma izrazio je i namesnik Perović, kod koga je profesor Konstantinović bio u audijenciji 22. januara (Konstantinović

1998, 93). U intervjuu koji je u drugoj polovini aprila 1940. godine dao jednom francuskom novinaru Konstantinović je pomenuo federalno uređenje države kao osnovu njene snage (Konstantinović 1998, 116).

U završnom pogledu na opisani niz događaja moglo bi se kazati kako je tokom 1940. godine jugoslovenski federalizam bio u pripremi. Zgrada takvog uređenja nije, međutim, bila podignuta, usled mnogobrojnih i prepletenih komplikacija kojima se ovde ne možemo baviti. Već u martu 1941. godine zemlja je bila u groznici, a u aprilu je pretrpela krah.

7. SARADNJA SA ŠUBAŠIĆEM I FEDERALNO UREĐENJE

Posle kapitulacije kraljevske jugoslovenske vojske profesor Konstantinović je izbegao iz zemlje. Dospeo je u Egipat, a docnije u Palestinu i Tursku. Vlada u izbeglištvu ga je angažovala da prikuplja materijal o ratnim zločinima na tlu Jugoslavije i da se bavi pitanjem odgovornosti za te zločine. Objavljene Konstantinovićeve beleške s kraja rata počinju s 1. julom 1944. godine. U junu 1944. bio je pozvan u London, kako bi sarađivao sa Šubašićem, koji je na Čerčilov podsticaj pristao da obrazuje kraljevsku vladu u izbeglištvu, s ciljem da postigne sporazum s Titom o stvaranju jedinstvene jugoslovenske vlade. Time je trebalo postići spajanje legitimne vlade u egzilu i revolucionarne vlasti narodnooslobodilačkog pokreta u zemlji. U kraljevsku vladu koju je obrazovao Šubašić uključeni su partizanski predstavnici iz zemlje i izbegli političari. Konstantinovićev stav o Šubašićevoj političkoj akciji 1944. godine ukratko bi se mogao opisati kao uzdržana podrška. On je pratio Šubašića na putu u Kazertu, gde se nije dogodio planirani sastanak s Titom. Nije prihvatio da bude ministar u Šubašićevoj vladi, ali je pristao da bude imenovan za ambasadora u Vašingtonu (Konstantinović 1998, 364, 388). Do takvog imenovanja, međutim, nije došlo.

U opisanim prilikama Konstantinovićeva saradnja sa Šubašićem odvijala se na jednoj vrsti distance. Kako je Konstantinović pružao donekle rezervisanu podršku Šubašićevoj političkoj akciji i vladi, predsednik vlade se samo povremeno konsultovao s profesorom. U jednom trenutku Šubašić je zatražio od Konstantinovića da sačini nacrt posleratnog uređenja Jugoslavije. To zatičemo u belešci od 21. septembra 1944. godine koja odslikava Šubašićevu rastrojenost, usled prezauzetosti. Zabeleživši Šubašićev zahtev, Konstantinović je o njegovim idejama o uređenju zemlje ovako zapisao: „On je za tri jedinice, eventualno četiri (Bosna). Inače može se ići i dalje. I Dalmacija može biti zasebna jedinica. – Unutar velikih jedinica može se praviti administrativna autonomija još manjih jedinica.“ Uz to je oprezni Konstantinović dodao svoju, reklo bi se, suštinsku opasku: „Ali Šubašić

neće da mi odgovori na pitanje da li partizani pristaju da se o ovome svemu govori“ (Konstantinović 1998, 438). S jedne strane, u objavljenim beleškama nema dovoljno jasnih navoda o tome u kojoj meri se profesor upustio u izradu nacrta državnog uređenja Jugoslavije, premda izgleda da je sačinio neke zapise. S druge strane, Šubašićeve reči jasno svedoče da se posleratno ustrojstvo Jugoslavije zamišljalo kao federativno.

Šubašićeva opterećenost mnogim poslovima, u teškoj situaciji u kojoj je sa svih strana bio politički pritisnut, nije mu dopustila da se podrobno bavi posleratnim ustavnim poretkom Jugoslavije. Štaviše, Konstantinović je nekoliko nedelja posle zahteva koji mu je Šubašić uputio da skicira buduće ustavno uređenje zabeležio da je predsednik kraljevske vlade na taj zahtev zaboravio. Kad su kratko razgovarali 13. oktobra 1944. godine Konstantinović navodi kako je „svoje beleške (izuzev o razgraničenju i kompetenciji) imao pri sebi“, ali ih nije dao Šubašiću. Do toga je došlo iz prostog razloga što se predsednik vlade nije setio da mu ih traži. Zbog toga Konstantinović beleži: „Hvala Bogu, zaboravio je da mi je tražio mišljenje pismeno o uređenju države“ (Konstantinović 1998, 453).

Neobična je bila ova Šubašićeva zaboravnost, ako se ima u vidu da su on i Konstantinović samo dva dana ranije razmenili misli o posleratnom poretku u zemlji. Upravo u belešci o tome razgovoru zatičemo u jezgrovitom obliku Konstantinovićev načelni stav o državnom uređenju Jugoslavije: „Rekao sam mu da su moje misli o tome raščišćene“, beleži Konstantinović 11. oktobra 1944. godine, „i izneo mu ih: tri jedinice, koje se dele na više autonomnih jedinica sa širokim kompetencijama i potpunom samoupravom sela“ (Konstantinović 1998, 451). Sažimajući svoj stav za sagovornika, profesor je istovremeno postigao jasnoću u izražavanju i visok stepen apstrakcije. Bio je pristalica federalnog uređenja države, koju bi činile tri jedinice u okviru kojih bi postojale autonomije. Pominjanje u ovako sažetom obliku i samouprave sela dodalo je čitavoj zamisli demokratsku osnovu, koja je proisticala iz srpske političke tradicije, a u isti mah uvažavala socijalnu strukturu seljačke zemlje, kakva je bila Jugoslavija. Nije beznačajno pomenuti činjenicu da je najuticajnija hrvatska politička stranka bila utemeljena na seljačkoj socijalnoj podlozi. Misao o ustavnom uređenju kakvu je u konačnom obliku saopštio Mihailo Konstantinović bila je po svome duhu etnički i socijalno orijentisana.

*

* *

Mihailo Konstantinović se početkom 1945. godine vratio u zemlju na svoje mesto profesora Pravnog fakulteta u Beogradu. Bio je dva puta dekan fakulteta. Nije se bavio politikom, ali je imao važnog udela u pisanju nekih od najznačajnijih jugoslovenskih zakona. Uz ostalo, a to je za ovu pripovest najvažnije, učestvovao je u redigovanju teksta Ustava FNRJ od 1946. godine.

Taj ustav je predvideo federaciju sa šest jedinica. Sasvim je jasno da profesor nije mogao uticati na političku odluku o broju federalnih jedinica. O tome je već bilo odlučeno kad je Konstantinović u oktobru 1944. godine saopštio svoj stav o ustavnom uređenju zemlje. Danas bi se moglo kazati da broj članica federacije nije pogađao suštinu profesorovoga stava, kao uostalom ni problem oblika vladavine. U oktobru 1944. godine Konstantinović je verovatno imao u vidu monarhiju pre nego republiku. Zato se kao sama suština njegovog pogleda na ustavno pitanje u Jugoslaviji pokazuje upravo federativni oblik državnog uređenja. Mihailo Konstantinović je bio dosledni federalist.

8. ZAKLJUČCI

Pošto smo utvrdili Konstantinovićevo federalističko uverenje, valjalo bi postaviti pitanje o ishodištu i poreklu takvog stava. Odgovor na to pitanje nije teško dati. Čitava delatnost profesorova na polju ustavnog prava rukovodila se mišlju o slozi i saradnji Srba i Hrvata. Federativno uređena Jugoslavija trebalo je da posluži ostvarenju takvih plemenitih zamisli i ciljeva. Profesor Konstantinović se u pitanja ustavnog uređenja nije upustio kao teoretičar. Naprotiv, rukovodio se praktičnim razlozima, kako bi, savetujući zajedno sa svojim kolegama dvor i vladu, pomogao srpsko-hrvatsko sporazumevanje.

Aleksandar Pavković je, analizirajući stavove Slobodana Jovanovića o odnosima Srba i Hrvata, zaključio kako je Jovanović bio mišljenja da bi u konačnom ishodu saradnja ta dva naroda u Jugoslaviji trebalo da se zasniva na „nesentimentalnom interesu“ (Pavković 2008, 360). Neće se mnogo pogrešiti ako se ovakav zaključak usvoji i za Mihaila Konstantinovića. On je bio pristalica dogovora i saradnje dva najbrojnija jugoslovenska naroda u jedinstvenoj državi. Pri tome je odbacivao zamisli poput konfederacije i dualizma, smatrajući da je upravo federacija najpogodniji oblik za ustavno uređenje Jugoslavije na dobrobit oba naroda, i Srba i Hrvata.

U ovakvom zaključku javlja se nedoumica. Pošto je Jugoslavija nestala pre trideset godina, danas se možemo zapitati jesu li profesorove težnje bile realistične i opravdane. Na to pitanje nije moguće dati sasvim pouzdan odgovor. Moramo se ipak podsetiti da jugoslovenska država nije propala zato što je po obliku bila federacija nego zbog brojnih konstruktivnih mana, od kojih su samo neke u vezi s federalnim uređenjem (Popović 2003, 47–50). To je predmet jedne šire i svakako zamršene pripovesti.

LITERATURA

[1] Balfur, Nil, Sali Makej. 2021. *Knez Pavle Karađorđević – Jedna zakasnela biografija*, prevod Đ. Krstić. Beograd: Službeni glasnik.

[2] Jevtić, Dragoš, Dragoljub Popović. 2012. *Narodna pravna istorija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[3] Jovanović, Slobodan. 1995. *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Beograd: Službeni list SRJ.

[4] Konstantinović, Mihailo. 1998. *Politika sporazuma, dnevničke beleške 1939–1941, londonske beleške 1944–1945*. Novi Sad: Agencija Mir.

[5] Kühne, Jörg-Detlef. 2020. *Die Weimarer Reichsverfassung im Spiegel zeitgenössischer Betrachtung*. Baden-Baden: Nomos.

[6] Marković, Ratko. 2020. *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[7] Marinković, Tanasije. 2019. *Serbia*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

[8] Mirković, Zoran S. 2017. *Srpska pravna istorija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[9] Pavković, Aleksandar. 2008. *Slobodan Jovanović – jedan nesentimentalan pristup politici*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu – Službeni glasnik.

[10] Pavlović, Marko. 2000. *Jugoslovenska država i pravo 1914–1941*. Kragujevac: izd. Nadežda Pavlović.

[11] Popović, Dragoljub. 1/2003. Le fédéralisme da l'ancienne Yougoslavie. Qu'est-ce qui n'a pas fonctionné? *Revue Internationale de politique comparée* 10: 41–50.

[12] Popović, Dragoljub. 2008. *Skice pravničkih portreta*. Biblioteka Politika i društvo. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu – Službeni glasnik.

[13] Popović, Dragoljub. 2/2021. Constitutional Design and Destiny of the States: The Weimar Constitution and the St Vitus Day Constitution in Comparative Perspective. *Pravni zapisi* XII: 396–417.

[14] Wittmeyer, Leo. 2014. *Die Weimarer Rechsverfassung*. Villingen-Schwenningen: Nexx Verlag.

Dragoljub POPOVIĆ, PhD

Attorney-at-Law and University Professor, Serbia
Former Judge of the ECtHR

FEDERALIST MIHAILO KONSTANTINOVIĆ

Summary

Mihailo Konstantinović, together with his colleagues Mihailo Ilić and Đorđe Tasić, served as counsel to Prime Minister Dragiša Cvetković committed by Prince Regent Pavle to reach agreement with Vlatko Maček, the leader of the strongest Croatian political party. The August 1939 agreement resulted in the creation of the Banovina of Croatia, which thus obtained special status within the Kingdom of Yugoslavia. Konstantinović took part in the negotiations and significantly contributed to the drafting of the accompanying decree.

The intention of the parties to the agreement, in line with the Prince Regent's, was in the direction of introducing federalism in Yugoslavia. Konstantinović very much engaged in such efforts and drafted a decree that was to create the Banovina of Serbian Lands. Political circumstances, as well as the war, impeded the implementation of such ideas, but Konstantinović nevertheless proved himself a convinced federalist.

Key words: *Constitution. – Agreement. – Federation. – Professor. – Prince*.

Article history:
Received: 31. 8. 2022.
Accepted: 10. 12. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 342.24(497.1)"1918/1941"

CERIF: H 250, H 300, S148

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK05A

Dr Tanasije MARINKOVIĆ*

ULOGA MIHAILA KONSTANTINOVIĆA U DRŽAVNOM PREUREĐENJU KRALJEVINE JUGOSLAVIJE

Mihailo Konstantinović je poznat pravničkoj i široj srpskoj i jugoslovenskoj javnosti kao jedan od najvećih civilista svog vremena. Zna se i da je obavljao visoke javne funkcije neposredno pre i posle Drugog svetskog rata. Najpre, od 1939. do 1941. godine kao ministar u vladi Cvetković–Maček, potom, kao predsednik Komisije za izradu nacrta Ustava od 1946. godine. Upućenijima je poznato i da je pre Drugog svetskog rata bio učitelj pravnih nauka prestolonaslednika Petra Drugog Karađorđevića. Međutim, ne samo šira već i uža, pravnička javnost nije svesna toga da je Konstantinović bio političar u najboljem smislu te reči, istinski državnik, konkretno, glavni arhitekta Sporazuma Cvetković–Maček od 1939. godine, koji je predstavljao pokušaj da se spreči raspad Kraljevine Jugoslavije u izuzetno teškim međunarodnim okolnostima. Ovaj članak ima cilj da osvetli ulogu Konstantinovića u državnom preuređenju Kraljevine Jugoslavije i da ukaže na svu složenost njegove ličnosti koja se iskazala na tom zadatku.

Ključne reči: *Mihailo Konstantinović. – Kraljevina Jugoslavija. – Sporazum Cvetković–Maček. – Vlada Cvetković–Maček.*

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *tanasije.marinkovic@ius.bg.ac.rs.*

1. UVOD

Mihailo Konstantinović je poznat pravničkoj i široj srpskoj i jugoslovenskoj javnosti kao jedan od najvećih civilista svog vremena. On se na tom polju ostvario i teorijski, kao univerzitetski profesor, i praktično, kao pisac mnogobrojnih zakonskih nacrta, uključujući i Skicu za zakonik o obligacijama i ugovorima (Lukić 1982, 5–7). Njegovom pojavom „razvoj građanskog prava na Pravnom fakultetu u Beogradu dostigao je svoj najviši domet" (Orlić 2006, 50). Zna se, ali i delimično prećutkuje, da je obavljao visoke javne funkcije neposredno pre i posle Drugog svetskog rata. Najpre, od 1939. do 1941. godine kao ministar bez portfelja i ministar pravde u vladi Cvetković–Maček, potom kao predsednik Komisije za izradu nacrta Ustava od 1946. godine (Enciklopedija leksikografskog zavoda 1967, tom 3, 578; Mala enciklopedija Prosveta 1986, tom 2, 341). Upućenijima je poznato i da je pre Drugog svetskog rata bio učitelj pravnih nauka prestolonaslednika Petra Drugog Karađorđevića.

Međutim, ne samo šira već i uža, pravnička javnost nije svesna toga da je Mihailo Konstantinović bio političar u najboljem smislu te reči, istinski državnik (Popović 2008, 133), konkretno, glavni arhitekta Sporazuma Cvetković–Maček (Perović 2015, 659), koji je predstavljao pokušaj da se spreči raspad Kraljevine Jugoslavije u izuzetno teškim međunarodnim okolnostima. Tim sporazumom je izmenjen ustavni identitet jugoslovenske države. Od koncepta integralnog jugoslovenstva, na kojem je ona utemeljena, prešlo se na koncept sporazumske Jugoslavije (Jović 2003, 106–154). Sporazum su zaključili, 26. avgusta 1939. godine, vodeći srpski i hrvatski političari tog vremena – Dragiša Cvetković, predsednik Ministarskog saveta Kraljevine Jugoslavije, i Vlatko Maček, vođa Hrvatske seljačke stranke. Njime se izlazilo u susret zahtevima Hrvata za federalizaciju Jugoslavije priznavanjem hrvatske posebnosti u okviru nje. Za uzvrat, hrvatski politički prvaci ušli su u Ministarski savet Kraljevine Jugoslavije i time legitimisali čitavu državu.

Ovaj članak ima cilj da osvetli ulogu Mihaila Konstantinovića u državnom preuređenju Kraljevine Jugoslavije i da ukaže na svu složenost njegove ličnosti koja se iskazala na tom zadatku. U tu svrhu najpre se izlaže političkoistorijska pozadina Sporazuma Cvetković–Maček (2), zatim rad Mihaila Konstantinovića na sastavljanju Sporazuma (3), a onda i Konstantinovićev rad na odbrani Sporazuma (4), posle čega dolazi završni pogled na njegovu ličnost (5).

2. POLITIČKOISTORIJSKA POZADINA SPORAZUMA

U Kneževini i Kraljevini Srbiji osnovno ustavno pitanje tokom XIX veka bilo je kako ograničiti vladaoca. U Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, potom Kraljevini Jugoslaviji glavna borba je vođena povodom toga kakvo će biti državno uređenje – unitarno ili federalno. To je bio sukob, pre svega, između srpskih i hrvatskih stranaka (vid. Marinković 2020, 95–121). Bio je posledica različitosti karaktera dva naroda, istorijski uslovljenog. U toku Prvog svetskog rata Srbi su po cenu velikih ljudskih i materijalnih žrtava stvorili Jugoslaviju, utopivši svoju državu u nju i doživljavajući je kao zajednicu svih Južnih Slovena. U optimističkom raspoloženju posle okončanog rata oni su bili ne samo iznenađeni već duboko razočarani kada su potresi nastali već na samom početku zajedničkog života, povodom dogovora o tipu državnog uređenja: „Otpor Hrvata u pitanju državnog uređenja bio je za Srbe tako neočekivan da mu oni nisu ni hteli ni umeli naći razloga. Tumačili su ga prosto i jednostavno zlom voljom Hrvata“ (Jovanović 1991, 558). Plahoviti, Srbi su pred tim teškoćama brzo gubili nerve i hteli da ih naprečac rešavaju. Istorija hrvatskog naroda bila je drugačija. Živeći mnogo duže od Srba u tuđoj državi, Hrvati „su navikli da u državi vide jednu neprijateljsku silu od koje im valja braniti svoju nacionalnu slobodu. Zbog toga i u Jugoslaviji oni su se ustezali da se integriraju u državnu celinu. Oni su pristajali da ostanu u Jugoslaviji, ali pod uslovom da budu organizovani kao *corpus separatum*“ (Jovanović 1991, 561–562).

Pucnji poslanika Narodne radikalne stranke Puniše Račića u Narodnoj skupštini 20. juna 1928. godine kojima su ubijeni prvaci Hrvatske seljačke stranke Pavle Radić i Đuro Basariček, a smrtno ranjen sâm vođa te stranke Stjepan Radić, bili su kulminacija nacionalističkih netrpeljivosti u Kraljevini. Suočen sa najozbiljnijom krizom političkog sistema od njenog nastanka, kralj Aleksandar Karađorđević je privremeno rešenje našao u suspenziji Vidovdanskog ustava i zavođenju diktature 6. januara 1929. godine (Marković 2015, 119). Šestojanuarski režim imao je cilj da osnaži integralno jugoslovenstvo, namećući ga odozgo. Zvanični diskurs je za političku nestabilnost krivio parlamentarizam i političke strasti, a ne sukobljene nacionalističke projekte (Djokić 2003, 146–147).

Nakon okončanja diktature i ponovnog uspostavljanja ustavnosti 1931. godine, donošenjem Septembarskog ustava, monarhistički režim je pokušao da izvede svojevrstan društveni inženjering stvarajući sopstvenu „jugoslovensku“ političku stranku. To je bila Jugoslovenska radikalna zajednica, na čelu s Milanom Stojadinovićem, sačinjena od nekih bivših

članova Radikalne i Demokratske stranke, kao i Slovenačke ljudske stranke, Antona Korošca, i Jugoslovenske muslimanske organizacije, Mehmeda Spahe (Janković, Mirković 1997, 364).

Izvan te stranačke organizacije ostale su Hrvatska seljačka stranka, Samostalna demokratska stranka (hrvatskih Srba) i udružena srpska opozicija (Demokratska stranka, Glavni odbor Narodne radikalne stranke i Zemljoradnička stranka). Te tri grupacije su 1937. godine zaključile Blok narodnog sporazuma. Premda su srpske stranke, okupljene u tom bloku, verovale da se razrešenje ustavne krize nalazi u demokratizaciji države, one su takođe u izvesnom stepenu prihvatale potrebu za njenom federalizacijom. U tom smislu, Srpsko-hrvatski sporazum od 1937. godine bio je preteča Sporazuma Cvetković–Maček koji je nastao dve godine kasnije (Djokić 2003, 154–155).

Blok narodnog sporazuma pružio je tesnu trku vladajućoj Jugoslovenskoj radikalnoj zajednici na decembarskim izborima 1938. godine. Uspeh srpsko-hrvatske opozicije i moguće komadanje Jugoslavije u novom svetskom ratu koji se sa strahom očekivao podstakli su kneza Pavla – koji je bio na čelu tročlanog namesništva, za vreme maloletstva Petra Drugog Karađorđevića, a nakon ubistva kralja Aleksandra u Marseju 1934. godine – da požuri sa traženjem rešenja za hrvatsko pitanje. Za to mu je bilo neophodno da se prvo oslobodi Milana Stojadinovića, predsednika Ministarskog saveta, jer je njegovim vođenjem zemlje već duže vreme bio nezadovoljan. Prilika za to se ukazala početkom februara 1939. godine kada je izbila kriza vlade. Ona se dogodila zbog žestokog antihrvatskog govora u Skupštini na koji Stojadinović nije odgovorio. Na nagovor kneza Pavla, Anton Korošec, potpredsednik Ministarskog saveta, i još petorica ministara podneli su ostavke „obrazlažući ih vladinim stavom u hrvatskom pitanju“ (Balfur, Mekej 1990, 105). Milan Stojadinović 4. februara 1939. godine podnosi ostavku na mesto predsednika Ministarskog saveta, ne mogavši da dobije saglasnost kneza za obrazovanje novog kabineta.

Knez Pavle je već 5. februara 1939. godine imenovao Dragišu Cvetkovića, dotadašnjeg ministra socijalne politike i narodnog zdravlja, za novog predsednika Ministarskog saveta. Knez je odabrao Cvetkovića za tu najvišu političku funkciju smatrajući ga najsposobnijim među ministrima da reši hrvatsko pitanje (Balfur, Mekej 1990, 106). Knez je bio, više nego ikada, ubeđen da je neophodno da se to pitanje reši, strahujući da će Hitler da iskoristi hrvatsko nezadovoljstvo, kao što je to činio sa nemačkom manjinom u Sudetima. Cvetković, koji je već bio u kontaktu s Vlatkom Mačekom, obavestio je Skupštinu, odmah po obrazovanju Ministarskog saveta, da će hrvatsko pitanje imati prioritet za njegovu vladu, nakon čega su otpočeli složeni pregovori o sadržini sporazuma (Balfur, Mekej 1990, 106).

3. RAD MIHAILA KONSTANTINOVIĆA NA SASTAVLJANJU SPORAZUMA

3.1. Komisija za sastavljanje Sporazuma

Na sastavljanju i pravničkom uobličavanju Sporazuma, s Cvetkovićeve strane, radila je komisija koju su činili profesori Pravnog fakulteta u Beogradu: Mihailo Konstantinović, Mihailo Ilić i Đorđe Tasić. Prvi radni sastanak Cvetkovića s profesorima održan je 26. marta 1939. godine. Cvetković se nakon toga još nekoliko puta, do početka jula 1939. godine, sastao sa njima u Beogradu obaveštavajući ih o toku njegovih pregovora s Mačekom i tražeći od njih stručna mišljenja. Na najznačajnijem od tih sastanaka, koji se odigrao 27. aprila 1939. godine, Cvetković je izneo svoje i Mačekove prve verzije sporazuma. Od 6. jula do 26. avgusta 1939. godine, Konstantinović, Ilić i Tasić se periodično sastaju sa svojim hrvatskim kolegama, „Mačekovim delegatima", advokatom i narodnim poslanikom Jurajem Šutejem, profesorom Pravnog fakulteta u Zagrebu Ivom Krbekom i dr Lj. Filipančićem, uglavnom na Bledu i u Zagrebu. Naime, Cvetković i Maček su se bili dogovorili „da stručnjaci preciziraju Sporazum" (Konstantinović 1998, 24).

Pokazaće se da ta karakterizacija prirode zadatka stručne komisije nije odgovarala suštini stvari. Početne verzije Sporazuma bile su kratke, nedorečene i dvosmislene te je rad komisije bio mnogo više od njegovog tehničkog preciziranja. U radu komisije kristalisala su se čvorišna ustavna pitanja koja je trebalo politički razrešiti, a na njenim članovima je bilo da ponude, bilo Cvetkoviću, bilo Mačeku, odgovarajuće predloge. Maček je, u Cvetkovićevo i svoje ime, izričito priznao tu političku ulogu stručnjaka: „Od Sporazuma ne bi bilo ništa da nije bilo strukovnjaka" (Konstantinović 1998, 44).

Nije do kraja jasno kako je bio raspoređen posao među beogradskim profesorima prava, ali se slobodno može reći da su ideje i argumenti sadržani u predlozima za sporna pitanja najvećim delom bili Konstantinovićevi (Konstantinović 1998, 26). Kao savetnik predsednika vlade Dragiše Cvetkovića, Mihailo Konstantinović je bio u stalnom kontaktu s njim sve vreme trajanja pregovora i sastavljao je stručna mišljenja tročlane komisije. Izvesno je da je Konstantinović najviše bio posvećen pitanjima granicā Banovine Hrvatske i podele nadležnosti između nje i države, što je, inače, srž Sporazuma, Ilić pitanjima raspuštanja Senata i Narodne skupštine i pitanjima unutrašnjeg uređenja Banovine Hrvatske, a Tasić opravdanjem revizije Ustava primenom člana 116 Septembarskog ustava (upor. Konstantinović 1998, 15, 21–24, 30, 33, 507–553, 556–566).

3.2. Konstantinovićev opšti pogled na hrvatsko pitanje

Konstantinovićev rad na državnom preuređenju Kraljevine Jugoslavije bio je obeležen pre svega njegovim vrlo razvijenim osećajem za društvenu pravdu. To se, između ostalog, vidi i iz kruga pitanja kojima se bavio u svojim civilističkim člancima u međuratnom periodu: zabrana zloupotrebe prava i socijalizacija prava (1925), od svojine individualnog prava ka svojini socijalne funkcije (1925), pravo, sila i pravičnost (1931), kolektivni ugovori o radu (1936), ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu (1938) i dr. Osim toga, civilistička pitanja su za njega bila i ustavnoidentitetska pitanja. Kada 1933. godine razmatra da li jugoslovenski građanski zakonik treba da se izgradi na osnovama Austrijskog građanskog zakonika ili Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, Konstantinović ističe: „Usvajanje austrijskog građanskog prava predstavlja nacionalno-politički jednu pogrešku. Jugoslavija treba da ima jugoslovenski zakonik, stvoren prema potrebama Jugoslovena. On treba da je jedno sredstvo za stvaranje Jugoslovenstva“ (Konstantinović 1982, 388).

Kada je reč o državnom preuređenju Kraljevine Jugoslavije, Konstantinovićevo poimanje društvene pravde je dolazilo do izražaja u njegovom shvatanju da su potrebne duboke promene u državi tako da Hrvati više ne budu van nje već da i oni budu nosioci državne vlasti (Konstantinović 1998, 548). To je nedvosmisleno značilo izlaženje u susret njihovim zahtevima za federalizaciju Jugoslavije. No, Konstantinović je bio svestan i toga da bi se kod Srba stvorio osećaj poraženosti ako bi se promene svele na to da se od Hrvatske napravi *corpus separatum* u okviru Jugoslavije. Otuda on čitavim tokom pregovora insistira na tome da „prilikom preuređenja države [...] treba rešiti sva pitanja odjednom i to za celu zemlju, a ne samo za Hrvatsku banovinu“ (Konstantinović 1998, 32). Istinski Jugosloven, „zloduh Jugoslavije“ kako su ga dve godine kasnije označili ljotićevci (Konstantinović 1998, 612), Konstantinović je radio na Sporazumu, a potom i na njegovoj odbrani, zabrinut za budućnost Jugoslavije.[1] Otuda se u preambuli Sporazuma koju je on sastavio naglašava da je „Jugoslavija najbolji jemac nezavisnosti i napretka Srba, Hrvata i Slovenaca“ i da se Sporazum zaključuje prilazeći rešavanju hrvatskog pitanja „u cilju što pouzdanijeg i potpunijeg očuvanja javnih interesa“ (Konstantinović 1998, 25).

[1] U izveštaju Cvetkoviću o sastanku sa hrvatskim članovima komisije, od 22. jula 1939. godine Konstantinović navodi: „Možda će biti potrebno, u interesu države, zbog međunarodnog položaja u prvom redu, da se Hrvatima čine maksimalni ustupci“ (Konstantinović 1998, 552).

3.3. Podela nadležnosti

Prirodu svog rada na Sporazumu Konstantinović opisuje na sledeći način: „Naš zadatak, koji smo uzeli kao stručnjaci, sastoji se u tome da utvrdimo šta se konkretno želi, u bitnim tačkama, što se tiče podele nadležnosti između države i Hrvatske banovine, i šta se od strane vlade moglo od toga primiti. Diskusija se vodi na osnovu ideje federativnog uređenja i pitanje se ne postavlja da li će se uvesti federacija, već kakva treba da bude ta federacija“ (Konstantinović 1998, 551). Tog zadatka se Konstantinović ozbiljno prihvatio i već 29. marta 1939. godine, svega nekoliko dana od inicijalnog sastanka Cvetkovića sa njim, Ilićem i Tasićem, pripremio je za predsednika vlade elaborat pred njegov prvi odlazak u Zagreb. U njemu je detaljno izložio kako je uređena podela nadležnosti između federacije i federalnih jedinica u Vajmarskom ustavu i ustavima Austrije, Kanade, Južnoafričke Unije i SAD-a (Konstantinović 1998, 509–513).

Na osnovu tog uporednog i istorijskog iskustva, Konstantinović je predložio da se državi dâ opšta nadležnost, a da se nadležnost pokrajina odredi nabrajanjem pojedinih predmeta, kao i da se uz opštu nadležnost države navede materija koja njoj isključivo pripada. Konstantinović je istakao i potrebu ustanovljavanja suda za sukob nadležnosti između pokrajina i države. Kako je Konstantinović predložio, tako je u Sporazum i uneto uključujući i njegovu enumerativnu listu nadležnosti Banovine Hrvatske, koja je pretrpela manje izmene: pravda, vera, prosveta, socijalna politika i narodno zdravlje, poljoprivreda, saobraćaj pokrajinskog značaja, unutarnji poslovi, finansije, trgovina i industrija i šume (Konstantinović 1998, 23, 513–514). Poređenja radi, Mačekov prva verzija sporazuma podrazumevala je svođenje državnih nadležnosti na „poslove vanjske politike, narodne odbrane i vrhovne državne odbrane“ (Konstantinović 1998, 18–19, 21). Međutim, nije bilo jednostavno doći na Konstantinovićeve polazne osnove. Glavna razilaženja su bile četiri tačke: finansije, pošta, saobraćaj i izvršni organi. Kako je on sâm primetio: „Oni hoće za državu da zadrže što manje funkcija i vlasti, naročito privrednosaobraćajnih i finansijskih, mi što više“ (Konstantinović 1998, 551).[2] Dakle, iako je razumeo potrebu da se zbog zaoštrene međunarodne situacije Hrvatima čine maksimalni ustupci, Konstantinović nije na njih pristajao bez borbe.

[2] O takvoj pregovoračkoj atmosferi svedoče i drugi: „Dok su Mačekovi predstavnici nastojali da što više osiguraju za Banovinu Hrvatsku, Cvetkovićevi predstavnici su nastojali da što više ostane u nadležnosti centralne vlasti. Zbog ovih nesuglasica rad pravnih stručnjaka odvijao se sporo“ (Boban 1965, 188).

3.4. Granice Banovine Hrvatske

Druga Konstantinovićeva borba, nešto manje uspešna, odnosila se na pitanje granica Banovine Hrvatske. U izveštaju Cvetkoviću, povodom Mačekovog predloga Sporazuma od 4. avgusta 1939. godine, Konstantinović iznosi stav o najznačajnijim novinama koje on sadrži. Među njima Konstantinović navodi da namesto Cvetkovićevog predloga da hrvatski delovi srezova Šid, Ilok, Brčko, Derventa, Fojnica i Travnik pripadnu Banovini Hrvatskoj, Mačekov predlog pominje te srezove u celini (Konstantinović 1998, 33, 557). Štaviše, Konstantinović ističe i to da se u tom Mačekovom predlogu prvi put navode i srezovi Gradačac i Žepče, koji treba da uđu u opseg Banovine Hrvatske. Sve te razlike imaju težinu, ali je za Konstantinovića najteža ona koja se odnosi na srezove Gradačac i Žepče (Konstantinović 1998, 33, 557). Tim predlogom, kako primećuje Konstantinović, Vrbaska banovina bi bila skoro potpuno zaokružena Banovinom Hrvatskom. Time se „otkrivaju pretenzije Hrvata na celu Vrbasku banovinu gde su, kao što je poznato, Srbi u apsolutnoj većini [...]. Te su pretenzije neosnovane i ne mogu se pravdati drugčije, nego argumentom 'životnog prostora', ili onim što predlog g. Mačeka netačno naziva 'geopolitičkim potrebama' Banovine Hrvatske. Ali kada se neko služi ovakvim argumentima", zaključuje Konstantinović, „onda on ne traži sporazum sa drugom stranom već njenu kapitulaciju" (Konstantinović 1998, 33, 557).

U konačnoj verziji Sporazuma, srez Gradačac, ali ne i Žepče, ušao je u sastav Banovine Hrvatske: „Savska i Primorska banovina, kao i srezovi Dubrovnik, Šid, Ilok, Brčko, Gradačac, Travnik i Fojnica, spojiće se u jednu jedinicu koja će se zvati Banovina Hrvatska" (član 2, stav 1). Istovremeno Sporazum najavljuje i korekcije teritorije Banovine uzimanjem u obzir njenih „geopolitičkih potreba": „Definitivni opseg Banovine Hrvatske odrediće se prilikom preuređenja države; pri tome će se voditi računa o ekonomskim, geografskim i političkim okolnostima" (član 2, stav 2). Međutim, u obzir je uzeta i Konstantinovićeva napomena, zasnovana na Cvetkovićevom prvobitnom predlogu da samo delovi nabrojanih srezova, a ne celi srezovi pripadnu Banovini Hrvatskoj: „Tom prilikom izdvojiće se iz gore navedenih srezova, koji su pripojeni Banovini Hrvatskoj opštine i sela, koja nemaju hrvatsku većinu" (član 2, stav 3).

3.5. Srpska jedinica

Treća Konstantinovićeva borba, najmanje uspešna, odnosila se na njegovo zalaganje za najpre trijalističku, a potom kvadrijalističku podelu zemlje, nasuprot priznavanju posebnog statusa Banovini Hrvatskoj u okviru Kraljevine Jugoslavije. U elaboratu za Cvetkovića od 29. marta 1939. godine, Konstantinović je, rukovodeći se načelom ravnopravnosti, predložio grupisanje banovina u tri jedinice višeg reda – pokrajine. Dravska banovina činila bi jednu pokrajinu, Savska i Primorska drugu, a ostala teritorija treću (Konstantinović 1998, 13, 508). Ravnopravnost je podrazumevala i jednak položaj pokrajina, uključujući i pomenuto pitanje njihovih nadležnosti. U elaboratu za Cvetkovića od 30. maja 1939. godine, Konstantinović je izneo pretpostavke za uvođenje četvrte pokrajine. Smisao takve teritorijalne organizacije pokrajina bio bi da i Srbi, osim Hrvata i Slovenaca, imaju jednu čisto svoju pokrajinu sastavljenu od Srbije, Crne Gore, Vojvodine i Srema. Četvrta pokrajina bi u stvari bila Bosna i Hercegovina bez onog dela Hercegovine koji je dodat Primorskoj banovini. Razlog postojanja baš takve četvrte pokrajine nalazio se u činjenici da je u Bosni i Hercegovini razgraničenje između Srba i Hrvata nemoguće potpuno izvesti i da su oni tu izmešani sa muslimanima (Konstantinović 1998, 22, 516). Bez obzira na načelo ravnopravnosti i druge razloge kojima se pravdala trijalistička odnosno kvadrijalistička teritorijalna organizacija, Konstantinović se nije mirio sa idejom da Banovina Hrvatska bude *corpus separatum* u okviru Kraljevine Jugoslavije, uočavajući u tom svojevrsnom dualizmu konfederalizaciju zemlje (Konstantinović 1998, 17, 21).

Međutim, upravo će to stanovište odneti prevagu. Na sastanku Cvetkovića s Konstantinovićem, Ilićem i Tasićem, 13. aprila 1939. godine, Cvetković je izneo svoj utisak da Maček neće tražiti trijalizam već da će se zadovoljiti „posebnim položajem Hrvatske“, uz procenu da bi se Maček time zadovoljio do kraljevog punoletstva nakon čega bi se tražila konačna formula. Konstantinović izričito beleži da se Cvetković „nada da bi mu to prelazno i privremeno stanje dozvolilo da se docnije vrati unitarizmu“ (Konstantinović 1998, 16). Trojica pravnika mu na to odgovaraju da im se čini da je asimetrično uređenje teško izvodljivo pravno, ali i da nije nemoguće. Složili su se da Mačeku treba dati privremenu autonomiju, ako izgleda da će se naknadno vratiti unitarizmu, ali su i naglasili da stvar može biti i opasna jer liči na konfederaciju (Konstantinović 1998, 16). Sutradan, 14. aprila 1939. godine, trojica profesora su ponovila Cvetkoviću da smatraju da bi trijalizam bio bolje rešenje. Cvetković odgovara da ima bojazni da će trijalizam značiti udaljavanje Hrvata i Srba, na šta mu Konstantinović skreće pažnju da se po svemu sudeći ne uočava da poseban položaj znači nešto više od federalizma i da se približava konfederaciji (Konstantinović 1998, 17).

Na sastanku od 29. juna 1939. godine, Cvetković je potvrdio Mačekovu i svoju odluku o asimetričnom državnom uređenju u kojem bi Hrvatska imala poseban položaj.[3] U Konstantinovićevom pisanom mišljenju o tome stoji da je taj predlog, s pravne tačke gledišta, protivan načelu ravnopravnosti jer „srpski deo našeg naroda, kao i slovenački, može sa isto toliko prava zahtevati da se i njemu da onaj položaj koji imaju Hrvati“ (Konstantinović, 23, 524). Konstantinović dodaje da bi ta formula u primeni izazvala trenja i sukobe s obzirom na to da bi se moglo „dogoditi da kao resorni ministri Vlade u Beogradu ili kao članovi Narodnog predstavništva Hrvati učine da se neko pitanje koje bi na hrvatskoj teritoriji bilo u isključivoj nadležnosti hrvatskih organa, reši protivno želji većine Srba“ (Konstantinović 1998, 23, 524). Konstanitinović odbacuje taj predlog iznoseći i primer Ustava Španije od 1931. godine koji je dopustio da se u unitarnoj državi organizuje političko-administrativna pokrajina sa zasebnim statusom, što je Katalonija i iskoristila (Konstantinović 1998, 23, 525). Takav način nije dao dobre rezultate, primećuje Konstantinović, aludirajući očigledno na španski građanski rat. Nisu samo stručni razlozi opredelili Konstantinovića da bude protiv posebnog položaja Hrvatske u Kraljevini Jugoslaviji. Taj predlog se, prema njegovom mišljenju, ne može primiti ni sa političke tačke gledišta jer bi njegovim usvajanjem neki unutrašnji odnosi ostali neraščišćeni i mogli bi biti povod za nova prebacivanja: „Na hrvatskoj teritoriji razlikovaće se opšte od posebnog, državno od pokrajinskog, ali to neće biti slučaj na srpskom delu države“ (Konstantinović 1998, 23, 525). Konačno, Konstantinović uočava i razlike u narodnom karakteru koje se mogu iz toga izroditi: „Poseban položaj jedne pokrajine može vremenom postati prepreka približavanju i izjednačavanju naših krajeva i našeg naroda“ (Konstantinović 1998, 23, 525).

4. RAD MIHAILA KONSTANTINOVIĆA NA ODBRANI SPORAZUMA

4.1. Složenost Konstantinovićevog rada na odbrani Sporazuma

Državništvo Mihaila Konstantinovića nije se okončalo zaključenjem Sporazuma Cvetković–Maček. On je svoju borbu za sporazumsku Jugoslaviju nastavio u Cvetkovićevoj vladi najpre kao ministar bez portfelja, a potom, vrlo kratko, i kao ministar pravde. Stupio je u vladu Sporazuma 26. avgusta 1939. godine, a iz nje je izašao 21. marta 1941. godine, podnošenjem ostavke zbog pristupanja Jugoslavije Trojnom paktu.

[3] Kako je Maček naknadno objasnio: „Nije se imalo vremena da se sve sredi odmah“ (Konstantinović 1998, 71).

Konstantinovićevo ministrovanje se najjednostavnije može opisati kao rad na odbrani Sporazuma. To je značilo, pre svega, pripremu i donošenje akata koje je primena Sporazuma nalagala. Međutim, odbrana Sporazuma je podrazumevala mnogo više od toga: najpre, davanje podrške celokupnom radu vlade, pogotovo onom koji se odnosio na najvažnije zakonodavne akte tog perioda; zatim i širu političko-pedagošku aktivnost s ciljem da se u intelektualnim i drugim društvenim slojevima razume značaj Sporazuma. Mihailo Konstantinović, profesor građanskog prava, naizgled samo kabinetski čovek, punim srcem i svim svojim znanjem i umećem dao se u te različite vidove političkog angažovanja.

4.2. Rad na primeni Sporazuma

Primena Sporazuma je zaista iziskivala postojanje zasebnog ministarstva. Trebalo je „izvršiti obrazovanje banovine Hrvatske, na nju sa države preneti odgovarajuće nadležnosti i doneti političke zakone“ (Sporazum, član 1). Odnos između Kraljevine i Banovine bio je postavljen tako da je država vršila određeni nadzor nad njom: „Zakonodavnu vlast u stvarima iz nadležnosti Banovine Hrvatske vrše Kralj i Sabor zajednički“ (Sporazum, član 5, stav 1). Time se narušavala federalistička priroda uređenja dogovorenog Sporazumom i uspostavljala obaveza za vladu da preko nadležnog ministarstva prati zakonodavni rad Banovine. Konačno, cilj Sporazuma je bio i da demokratizuje Jugoslaviju. Maček je oštro osuđivao izbore 1938. godine izjavljujući, sredinom avgusta 1939. godine, da „osnovni razlog sadašnje teške situacije leži u tome što se ne možemo sporazumeti da radimo sa jednim parlamentom i jednim senatom koji su [...] izabrani putem nasilja i falsifikata“ (Boban 1965, 189). Otuda je Sporazumom bilo predviđeno da će vlada „doneti nove propise o štampi, o udruženjima, zborovima i dogovorima, o izboru narodnih poslanika, kao i o drugim stvarima, u koliko je to potrebno za sprovođenje narodnog sporazuma“ (član 7).

U radu na sprovođenju Sporazuma, u gotovo svakodnevnim kontaktima s hrvatskim članovima vlade, brzo se razvio odnos poverenja između Konstantinovića, s jedne strane, i Mačeka, potpredsednika Ministarskog saveta, i Šuteja, ministra finansija, s druge strane. Kada je Konstantinović najavio ostavku zbog napada kojima je bio izložen u pojedinim društvenim, ali i državnim krugovima, oni mu to nisu dali (Konstantinović 1998, 163), a i on se tome opirao zabrinut za sudbinu Sporazuma: „Umoran sam i jedva čekam kraj ovim naporima. Razmišljam da dam ostavku. Smem li sada? Ko će raditi poslove sa Mačekom? [...] Zebem za produženje akcije Sporazuma. Ko će je voditi? Hoće li joj se, u njenim tehničkim detaljima, neko predati kao ja?“

(Konstantinović 1998, 156–157). Toliki je bio ugled Konstantinovićev među članovima vlade (sa izuzetkom grupe oko Korošca, ministra prosvete), da kada je sredinom 1940. godine počelo planiranje rekonstrukcije vlade, Maček i Šutej, kao i drugi hrvatski i srpski ministri, predložili su Konstantinovića za novog ministra unutrašnjih dela (Konstantinović 1998, 149, 151, 215–216, 220). Iako se Konstantinović u jednom trenutku kolebao povodom tog predloga, on se svakako nije mogao ostvariti jer je od samog kneza Pavla dolazilo da će njegovo imenovanje na tu funkciju „Nemci smatrati za *casus belli*" (Konstantinović 1998, 216, 220).

Poverenje hrvatskih članova vlade koje je Konstantinović uživao nije značilo da je on bio popustljiv prema njima.[4] Konstantinovićeva doslednost možda se najbolje vidi na primeru njegovog zalaganja za obrazovanje banovine srpskih zemalja i za odgovarajući redosled poteza u tom pogledu. Sporazum Cvetković–Maček se za Konstantinovića nije svodio samo na poseban položaj Banovine Hrvatske. On je pod Sporazumom podrazumevao državno preuređenje cele Kraljevine Jugoslavije. To su bile polazne osnove komisije okupljene oko Cvetkovića, to je stajalo i u Sporazumu, mada ne sasvim jasno: „Vlada [...] će, u saglasnosti sa merodavnim faktorima [namesnicima, *T. M.*], pripremiti sve što je potrebno za preuređenje državne zajednice" (član 1, *in fine*). Otuda je Konstantinović već od početka novembra 1939. godine uporno ponavljao da je potrebno neodložno preuređenje države u smislu stvaranja srpske i slovenačke banovine i naglašavao da se državno preuređenje mora obaviti pre održavanja izbora za Senat i Skupštinu (Konstantinović 1998, 61, 64, 92 i dr.). Takođe, insistirao je i na tome da se izbori za oba doma Narodnog predstavništva održe pre izbora za banovinski Sabor: „Nezgodno je da Sabor dođe pre Skupštine. Već pravno to ne ide, a politički bi to bila greška: reći će se u srpskom delu da o državi ne vodi brigu niko" (Konstantinović 1998, 67). Sve je to bilo suprotno politici hrvatskog vođstva.

[4] Takvim Konstantinovića portretiše i Maček u svojim memoarima (*In the Struggle for Freedom*, New York, 1957), prenetim u časopisu *NIN* (1971): „Uprkos svih prepreka, Banovina Hrvatska se razvijala u duhu sporazuma. Za mnoge probleme koji su razmatrani na sednicama Kabineta, narodne mase nisu uopšte znale. Tada sam tri ili četiri dana nedeljno radio sa Konstantinovićem na nacrtima raznih odredbi i propisa za prenošenje vlasti sa centralne vlade. Za vreme tog perioda koncentrisanog rada ispraznili smo mnoge šoljice kafe i pušili lančano naše cigare. Dok je Konstantinović nastojao da zadrži sve što je mogao u kompetenciji centralne vlade, ja sam svoje napore usmerio suprotnom cilju. Pokazao se kao žilav, ali fer protivnik. Kad god smo se bili sporazumeli oko pojedine odredbe, mogao sam se pouzdati u Konstantinovića da će nacrt biti sačinjen korektno, bez ikakvih lukavih interpretacija koje su neki političari težili da prošvercuju u svojim dokumentima".

Krajem novembra 1939. godine održan je sastanak Cvetkovića, Konstantinovića i Ilića na kojem je doneta odluka da Konstantinović i Ilić pripreme akt o srpskoj oblasti. Njima se na tom zadatku kasnije pridružio i Tasić (Konstantinović 1998, 76, 94). Ta komisija je najverovatnije izradila „Nacrt uredbe kojom je vlada Sporazuma imala da izvrši organizaciju Srpske zemlje“ (objavljen u: Boban 1965, 412–418). Nacrt je predviđao da se banovine Vrbaska, Drinska, Dunavska, Moravska, Zetska i Vardarska spajaju u jedno pod zajedničkim imenom Srpske zemlje, sa sedištem u Skoplju. Takođe je verovatno da taj nacrt nije izrađen uz znanje Hrvatske seljačke stranke. Naime, krajem januara 1940. godine, najpre Demokratska stranka, a potom i Jugoslovenska radikalna zajednica, kao reakcija na demokrate, izlaze sa stavom da je pre održavanja izbora neophodno dovršiti preuređenje i organizaciju svih delova države na načelima jednakopravnosti. Na uslovljavanje organizovanja izbora bilo za Sabor bilo za Skupštinu prethodnim obrazovanjem srpske i slovenačke jedinice oštro su odgovarali zagrebačka štampa, a onda i sâm Maček. Za njega je Sporazum bio jasan, ali u smislu obrnutog redosleda poteza. Istupi u javnosti pretili su da izazovu krizu vlade. Ta situacija je prevaziđena pomirljivom izjavom Cvetkovića iz koje se moglo zaključiti da on ipak ne stoji tako čvrsto na stavovima Jugoslovenske radikalne zajednice da je neophodno hitno nastaviti državno preuređenje Jugoslavije (Boban 1965, 303–314).

4.3. Uticaj na rad vlade

Mihailo Konstantinović nije imao uticaja samo na pitanja primene Sporazuma. On je neposredno i snažno delovao na celokupnu akciju vlade. To je bilo posledica njegove ličnosti – vizije, znanja i umeća – i drugih objektivnih i subjektivnih okolnosti, naime činjenice da je nakon raspuštanja Senata i Skupštine Ministarski savet postao ne samo kvazizakonodavno već i kvaziustavotvorno telo, čiji je rad iziskivao pre svega stručno pravno znanje, ali i da je Konstantinović bio blizak prijatelj predsednika Ministarskog saveta Dragiše Cvetkovića.

Pozivajući se na član 116 Septembarskog ustava, a zapravo sprovodeći odredbe Sporazuma, namesnici su, već 26. avgusta 1939. godine, doneli dva ukaza, jedan o raspuštanju Senata, drugi o raspuštanju Skupštine.[5]

[5] Raspuštanje Senata i Skupštine prvobitno nije bilo deo Sporazuma. To pitanje se pojavilo u razgovorima o Sporazumu tek 8. avgusta 1939. godine, na sastanku komisije. Njega je izneo Šutej insistirajući na moralnoj nemogućnosti Hrvata da uđu

U oba ukaza se navodi da će se dan održavanja izbora novog saziva dva doma Narodnog predstavništva naknadno odrediti. Tim uvođenjem u vanredno stanje, tehnički govoreći, započeto je doba egzekutivne (nepredstavničke) vlasti naše međuratne ustavnosti. Ono je trajalo sve do kapitulacije Kraljevine Jugoslavije 18. aprila 1941. godine (Marković 2015, 128). Tokom njega, formalno, namesnici su u ime maloletnog kralja vršili zakonodavnu vlast. Prividni osnov je nađen u članu 116 Ustava kojim je bilo propisano da „kada su do te mere u opšte ugroženi javni interesi, Kralj može, u tom izuzetnom slučaju, ukazom narediti da se privremeno preduzmu sve izvanredne, neophodno potrebne mere u celoj Kraljevini ili u jednom njenom delu nezavisno od ustavnih i zakonskih propisa" (stav 1) i da „sve izuzetno preduzete mere podneće se naknadno Narodnom predstavništvu na saglasnost" (stav 2).[6] Suštinski, Ministarski savet je donosio neophodne uredbe koje su namesnici potpisivali, uglavnom bez ikakvih intervencija.

S obzirom na njegovo široko pravničko znanje, Konstantinovićevo učešće u vladinoj zakonodavnoj, a na trenutke i ustavotvornoj radnji bilo je dragoceno. Kroz njegove ruke prolazili su svi najznačajniji akti tog vremena, kao kroz kakav sekretarijat za zakonodavstvo. Nisu to bili samo politički propisi koji su proisticali iz Sporazuma (o ustrojstvu banske vlasti, izborima za Senat, Skupštinu i Hrvatski sabor i dr.) već i privredni (o državnim monopolima, Narodnoj banci, Privrednoj agrarnoj banci, pšenici i kukuruzu, izvozu konja, vuni i dr.) i kulturni i socijalni (o Univerzitetu, Visokoj komercijalnoj školi, Muzičkoj školi, pomoći porodicama mobilisanih i dr.).

Konstantinović je zauzimao istaknuto mesto u vladi zbog svoje visoke stručnosti, ali i bliskog prijateljstva s Dragišom Cvetkovićem. Njihovo poznanstvo verovatno datira iz prve polovine tridesetih godina, kada je Cvetković kasno završavao Pravni fakultet u Subotici, a Konstantinović bio profesor na tom fakultetu. Tokom zajedničkog rada na sastavljanju Sporazuma i u vladi lične veze među njima su se produbile do te mere da je Konstantinović bio Cvetkovićev kum na venčanju krajem novembra 1940.

---

u vladu ukoliko Skupština i Senat ne budu raspušteni. Beogradski profesori prava su obrazlagali da je to u suprotnosti sa Ustavom jer je neophodno da se izuzetne mere, koje se preduzimaju na osnovu člana 116 Ustava, podnesu Narodnom predstavništvu na potvrdu. Pošto hrvatski deo komisije nije od toga odustajao, Konstantinović je, iznerviran prvo time što se nova pitanja pokreću na svakom sastanku, a zatim i samim predlogom, izjavio da će se rastati „pa ma šta bilo" i poručio, uz očiglednu aluziju na aneksiju Sudeta: „Srbi će braniti sve granice ove zemlje kao paščad. Mi nismo Česi" (Konstantinović 1998, 35).

[6] O valjanosti pozivanja na tu odredbu Ustava sa ciljem primene Sporazuma razvila se bogata rasprava u našoj tadašnjoj stručnoj literaturi (videti Boban 1965, 193–208; Marković 2015, 126–127).

godine (Konstantinović 1998, 236). Konstantinovićev uticaj na Cvetkovića bio je toliko veliki da se po beogradskoj čaršiji pričalo da je Konstantinović „glavni stub cele radnje vladine", da „Cvetković ne misli svojom glavom" već da „radi što mu kaže Konstantinović", da je „Cvetković njegov duhovni rob i da je on – Konstantinović stvarni predsednik vlade" (Konstantinović 1998, 167, 235, 590).

Te priče su dolazile od profašističkih krugova u zemlji i van nje, kojima je smetao Konstantinović, kao nesumnjivo intelektualni stub vlade. Te snage su se okupljale oko Jugoslovenskog narodnog pokreta „Zbor" Dimitrija Ljotića i tadašnjih časopisa *Signal* i *Vreme*, a bilo je i onih u vladi kojima je Konstantinović bio meta, poput klerikalca Antona Korošca i njegovih sledbenika (Konstantinović 1998, 162–163, 168, 172, 612). Od stranih faktora, Konstantinović je bio na udaru, pre svega, nemačkog poslanstva na čelu sa Viktorom fon Herenom i italijanske štampe (Konstantinović 1998, 162–163, 180, 216, 220).

Konstantinović je sâm zabeležio šta su mu ti krugovi stavljali na teret. U „obaveštenju" ministra Dvora Antića knezu Pavlu, koje je on dostavio Cvetkoviću a ovaj Konstantinoviću stoji: „U Lijonu je bio član komunističke stranke [...]. Bio je član masonske lože i da mu nije pretila opasnost od proterivanja ostao bi tamo i primio univerzitetsku katedru. Poznat je zbog svoga favorizovanja levičara na Univerzitetu, a kontroliše isto tako i izbor docenata Univerziteta, te su blagodareći tome mnogi nacionalistički elementi propali na konkursima za docenta" (Konstantinović 1998, 590–591). Prebacivali su mu i da je najodgovorniji za gonjenje pokreta „Zbor" (Konstantinović 1998, 627).

4.4. Šira akcija na odbrani Sporazuma

Konstantinovićeva borba za državno preuređenje Jugoslavije nije se svela samo na ministrovanje. On je bio svestan toga da odbrana Sporazuma Cvetković–Maček zahteva šire angažovanje, političko, u najplemenitijem smislu te reči – uveravanje drugih u značaj Sporazuma. Iz tog razloga on vodi razgovore sa uticajnim intelektualnim ličnostima i protivnicima Sporazuma profesorom Slobodanom Jovanovićem i vladikom Nikolajem Velimirovićem.

Jovanović je nazivao Sporazum „monstrumom" i govorio je da „ne liči ni na šta" (Konstantinović 1998, 177). Smatrao je da su se u Sporazumu zanemarivali srpski interesi. Njime je Hrvatima data zasebna jedinicu, ali ne i Srbima: „Srbi se nisu mogli mešati u čisto hrvatske stvari, dokle su se Hrvati mogli mešati u čisto srpske stvari, jer su ove ostale u nadležnosti centralne

vlade u kojoj su zasedavali i hrvatski ministri" (Jovanović 1991, 563). Osim te osude Sporazuma, Jovanović je iznosio i širu kritiku političkog karaktera Srba. Zamerao je Srbima to što su između dva rata „izvršili (su) nacionalnu demobilizaciju", za razliku od Hrvata, koji su „bili pregli da ojačaju svoju nacionalnu organizaciju". Tako je Maček, prilikom sastavljanja Sporazuma „mogao svoje zahteve postaviti u ime jedne organizacije koja je obuhvatala najveći deo hrvatskog naroda", dok je srpske interese imala „da zastupa jedna grupa slučajnih ministara koji [...] nisu imali onakvu podršku kod Srba kakvu on kod Hrvata" (Jovanović 1991, 563–564). Krivca za takav sporazum nalazio je i u knezu Pavlu, koji „nije požurio sa stvarima, nego čekao do poslednjeg trenutka", čime se propustilo sa formiranjem srpske jedinice (Konstantinović 1998, 177).

Bez obzira na tako oštre Jovanovićeve stavove o Sporazumu, njegovi i Konstantinovićevi pogledi nisu bili sasvim suprotstavljeni. Jovanović nije odbacivao potrebu federalizacije Jugoslavije već asimetrično uređenje koje je Sporazumom uspostavljeno: „Hrvatsko pitanje bilo je na taj način skinuto sa dnevnog reda, ali se odmah postavilo Srpsko pitanje, jer sada Srbi traže isto toliko samostalnosti koliko su Hrvati dobili. Kao što su se Hrvati osećali posle Vidovdanskog ustava zapostavljeni, tako se Srbi posle Sporazuma osećaju zapostavljenim" (Jovanović 1991, 630). U više svojih razgovora s Jovanovićem, pogotovo onim od januara i septembra 1940. godine, Konstantinović se saglasio sa neophodnošću formiranja srpske jedinice (Konstantinović 1998, 89–90, 177). Štaviše, Konstantinović se aktivno borio za nju prilikom sastavljanja Sporazuma i njegovog sprovođenja i to sa gotovo istovetnim argumentima kao i Jovanović.[7] Iako je Konstantinović dobro znao

[7] Zanimljivo je i podudaranje između Konstantinovićevog iskustva u pregovorima s Hrvatima i Jovanovićevog naučnog uvida u politički karakter Hrvata i Srba. Desetak dana pred zaključenje Sporazuma Hrvati su pokušali da se vrate na ono što je već bilo rešeno, tačnije napušteno. Uz prethodnu praksu iznenadnog otvaranja novih pitanja, srpski deo komisije je bio na ivici besa. Konstantinović je svoje izlaganje završio opomenom: „Ovaj projekat ide konfederaciji. Mi nismo ovlašćeni da o tome govorimo. Mogu reći u svoje ime da ni od toga ne bih begao. Ali ako se hoće to, onda će se o tome imati da govori sa drugima, sa Generalštabom, a ne sa mnom." Dok je Konstantinović iznosio zamerke, Šutej je sve vreme govorio Krbeku: „Piši, piši!" Konstantinoviću nije bilo jasno da li Hrvati spremaju odgovor ili dokument o razlogu prekida. Međutim, Šutej „je počeo sa izjavom da su nas pažljivo saslušali. U mnogome nam daju za pravo i naše su zamerke 'umjesne'. On se izvinjava nesporazumom" (Konstantinović 1998, 42). Jovanović je takav pregovaračku taktiku Hrvata nazivao politikom dvostrukog programa: maksimalnog i minimalnog. U svojim istraživanjima on je uočio da su se Hrvati u Habzburškoj monarhiji navikli da imaju dva programa, jedan je sadržao najviše zahteve, u koje ni oni nisu naročito verovali, drugi je više ili manje odgovarao realnosti. Austrijski i mađarski političari se nisu mnogo opterećivali maksimalnim programima, čak i kada je u njima bilo

Jovanovićeve negativne stavove o Sporazumu, čini se da je bio razočaran kada je video antisporazumaški manifest koji je Jovanović sastavio u novembru 1940. godine (Konstantinović 1998, 230, 614).

Konstantinović je imao i više susreta s Velimirovićem, naročito u oktobru 1940. godine. Neizbežno, razgovori su vođeni i o Sporazumu Cvetković–Maček. Velimirović ukazuje Konstantinoviću na to da Hrvatska polako postaje zasebna država i žali se što je Hrvatima dat Mostar. Konstantinović mu odgovara da je Jugoslavija time zapravo postala jedinstvenija i jača i postavlja retoričko pitanje: „Gde bi bili da nije stvorena Hrvatska Sporazumom?" Velimirović mu daje za pravo, potvrđuje da je to bilo nužno da bi se spasila država, ali insistira da „se ne sme ići dalje ni praviti kakve nove banovine. Rešeno je njihovo pitanje pa sada nek ostane ostalo kako je" (Konstantinović 1998, 197).

Konstantinović nije nastojao da uveri u opravdanost Sporazuma samo političare i intelektualce koji su mislili drugačije. Shvatajući značaj političke pedagogije, on je pokušavao da dopre i do najširih društvenih masa. U tom smislu, skreće pažnju članovima vlade da nema dovoljno propagande kada je reč o njenoj politici: „Treba narodu reći šta se radi. Bojati se da se narod sasvim ne ohladi prema politici vlade Sporazuma" (Konstantinović 1998, 175).

Baš kao što nije bio samo kabinetski profesor, Konstantinović nije bio ni samo kabinetski političar. U svojoj akciji približavanja politike vlade narodu, on odlazi među građane. Tako, sredinom septembra 1940. godine odlazi u Prijepolje i Bijelo Polje, gde vodi razgovore sa seljacima, omladinom i lokalnim vlastima (Konstantinović 1998, 180).

Konačno, Konstantinović oseća i da ja najbolji oslonac za rad vlade i dugoročno očuvanje Sporazuma obrazovanje jedne srpsko-hrvatske stranke. O tome vodi intenzivne razgovore s knezom Pavlom i srpskim i hrvatskim političarima u vladi – Cvetkovićem, Mačekom, Šutejem – i čak se pominje kao njen mogući vođa (Konstantinović 1998, 192, 203, 207, 214, 217).

---

separatizma. Međutim, srpski političari nisu imali to iskustvo, te su uzimali njihov maksimalni program sasvim ozbiljno: „I zato kada je Radić stao govoriti o nezavisnoj Hrvatskoj seljačkoj republici, Srbi su to shvatili, ne kao političku zdravicu, već kao početak hrvatskog otcepljenja. [...] Zbog oskudice psihološke proniclјivosti Srbi su na preterane hrvatske zahteve odgovarali preterano strogim merama državne vlasti, i time jednu i inače tešku situaciju činili još težom" (Jovanović 1991, 559).

5. ZAVRŠNI POGLED

Kakva slika se stiče o Mihailu Konstantinoviću na osnovu dve pune godine različitih vidova njegovog rada na državnom preuređenju Kraljevine Jugoslavije?

Najpre, Konstantinović je čovek velike stvaralačke energije i posvećenosti, kao i vrlo razvijene sveti o društvenoj odgovornosti. Njegove dnevničke beleške od 26. marta 1939. do 26. marta 1941. godine ispunjene su gotovo svakodnevnim gustim rasporedom javnih obaveza, različite prirode. Sticaj životnih i istorijskih prilika doveo ga je u situaciju da u veoma kratkom periodu bude i ustavotvorac, radeći na Sporazumu Cvetković–Maček, i zakonodavac, kao član Ministarskog saveta u vanrednom stanju, i najviši državni činovnik, kao ministar bez portfelja i ministar pravde, ali i političar modernog kova koji razmišlja strateški – nije dovoljno da vlada dobro radi, ta radnja treba da bude i vidljiva. Svim tim ulogama Konstantinović se nesebično predao, obavljao ih je i srcem i umom, najsavesnije što je znao i umeo.

Pri svemu tome, živeo je u vremenu koje ga nije štedelo, stavljajući ga pred najveće životne izazove, kao javnog poslenika. Konstantinović od njih nije bežao već im je smelo išao u susret. Nije srljao, ali se nije ni hamletovski kolebao. Svestan vremena u kojem je živeo i bivajući katkad ispred njega, on je nastojao da rešava društvene probleme umesto da čeka da se oni još više zapletu i postanu nerazrešivi. Bio je spreman da preuzme odgovornost i u tom smislu nije prezao od nepopularnih mera, ali je i uvažavao one koji misle drugačije i tražio je ravnotežu. Otuda je hrabro pristupio rešavanju hrvatskog pitanja koje je opterećivalo jugoslovensku ustavnost i politiku sve vreme njenog dotadašnjeg života, punih dvadeset godina.

Snagu za tu hrabrost nalazio je u svom velikom stručnom znanju. Poznat kao profesor građanskog prava, epizode iz rada na Sporazumu svedoče o Konstantinoviću ne samo kao poznavaocu javnog prava koji je dobro obavešten o relevantnom stranom pravu i to onom najaktuelnijem, već i kao konstitucionalisti koji oseća da asimetrično, kvazidualističko uređenje u kojem nema „trećeg“ da arbitrira u političkim sporovima između Kraljevine i Banovine, vodi ka konfederalizaciji Jugoslavije.

Međutim, stručnost nije bila dovoljna za hrabrost koja se tražila da se u tako opasnom vremenu rešavaju tako osetljiva pitanja. Konstantinović je tu dodatnu, podjednako veliku snagu crpeo iz nepokolebljivog osećaja misije koji je u sebi nosio, a koji je bio usmeren na zemlju kojoj je pripadao. Moral

mu je nalagao da se za tu zemlju bori da se najpre sačuva, a zatim i da se izgradi na vrednostima individualnih sloboda i društvene pravde. Dijalog, kompromis i sporazum bili su njegovi načini da se ti plemeniti ciljevi ostvare.

LITERATURA

[1] Balfur, Nil, Seli Mekej. 1990. *Knez Pavle Karađorđević – jedna zakasnela biografija*, prevod Ćurica Krstić. Beograd: Litera – Književno-izdavačka zadruga.

[2] Boban, Ljubo. 1965. *Sporazum Cvetković–Maček*. Beograd: Institut društvenih nauka.

[3] Djokić, Dejan. 2003. (Dis)Integrating Yugoslavia: King Alexander and Interwar Yugoslavism. 136–156. *Yugoslavism – Histories of a Failed Idea* 1918–1992, ed. Dejan Djokić. London: Hurst and Company.

[4] Enciklopedija leksikografskog zavoda. 1967. *Mihailo Konstantinović*. Zagreb: Jugoslavenski leksikografski zavod.

[5] Janković, Dragoslav, Mirko Mirković. 1997. *Državnopravna istorija Jugoslavije*. Beograd: Izdavačka kuća „Draganić".

[6] Jovanović, Slobodan. 1991. *Iz istorije i književnosti II* (Sabrana dela Slobodana Jovanovića, tom HII, prir. Radovan Samardžić, Živorad Stojković). Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod, Jugoslavija-publik, Srpska književna zadruga.

[7] Jović, Dejan. 2003. *Jugoslavija – država koja je odumrla*. Zagreb, Beograd: Prometej – Samizdat B92.

[8] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982. Jugoslovenski građanski zakonik – Austrijski ili Crnogorski zakonik? *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 384–396.

[9] Konstantinović, Mihailo. 1998. *Politika sporazuma* – Dnevničke beleške 1939–1941, Londonske beleške 1944–1945. Novi Sad: Agencija „Mir".

[10] Lukić, Radomir. 1–2/1982. *In memoriam* profesoru dr Mihailu Konstantinoviću. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 5–7.

[11] Mala enciklopedija Prosveta – Opšta enciklopedija. 1986. *Mihailo Konstantinović*. Beograd: Prosveta.

[12] Marinković, Tanasije. 2020. Ustavni identitet vidovdanske Jugoslavije. 95–121. *Sto godina od ujedinjenja – formiranje države i prava*, ur. Boris Begović, Zoran S. Mirković. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[13] Marković, Ratko. 2015. *Ustavno pravo*. 20. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dosije studio.

[14] *NIN*. 1971. Sporazum Cvetković-Maček u memoarima aktera (4). 29. avgust.

[15] Orlić, Miodrag V. 2006. Skica za portret trojice profesora Građanskog prava. 47–52. *Sto šezdeset pet godina Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, ur. Jovica Trkulja. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[16] Perović, Latinka. 2015. *Dominantna i neželjena elita – beleške o intelektualnoj i političkoj eliti u Srbiji (XX–XXI vek)*. Beograd: Dan-graf Beograd, Novi Sad: Javna medijska ustanova Radio-televizija Vojvodine.

[17] Popović, Dragoljub. 2008. *Skice pravničkih portreta*. Beograd: Pravni fakulteta Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik.

Tanasije MARINKOVIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE ROLE OF MIHAILO KONSTANTINOVIĆ IN THE STATE REDESIGNING OF THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA

Summary

Mihailo Konstantinović is well known to the Serbian and Yugoslav audience as one of the greatest civil law lawyers of his time. He was active in the state administration immediately before and after the Second World War: first, as a minister in the Cvetković–Maček Government, 1939–1941; then, as a chairman of the 1946 Constitution-Drafting Committee. Prior to the Second World War, he was also legal sciences teacher to Crown Prince Petar Karađorđević II. However, Mihailo Konstantinović was also a politician in the best meaning of that term, a true statesman, more specifically, the chief architect of the 1939 Cvetković-Maček Agreement, which represented an attempt to save the Kingdom of Yugoslavia from breaking up. This article aims to shed light on the role he played in the state redesigning of the Kingdom of Yugoslavia and on the complexity of his personality, which was revealed through this role.

Key words: *Mihailo Konstantinović. – Kingdom of Yugoslavia. – Cvetković–Maček Agreement. – Cvetković–Maček Government.*

Article history:
Received: 1. 10. 2022.
Accepted: 11. 12. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 378.6:34(497.1)"1944/1947" ;
37.07:329.26(497.1)"1944/1947"

CERIF: H 300, S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK06A

Dr Dejan POPOVIĆ*

IZMEĐU KETMANA I ODBRANE UNIVERZITETSKE PROFESIJE: MIHAILO KONSTANTINOVIĆ U AKADEMSKIM ČISTKAMA ČETRDESETIH GODINA 20. VEKA

Kad naiđu teška, mutna vremena i učestaju sukobi i uzbune među ljudima, otvori se odjednom Biblija na njenim najtamnijim stranicama...

Ivo Andrić, *Znakovi pored puta*

Po uspostavljanju vlasti Komunističke partije Jugoslavije, univerzitetski profesori su bili suočeni s izborom: podići glas protiv diktature uz plaćanje visoke cene, pristupiti KPJ ili prihvatiti obrazac ketmana. Mihailo Konstantinović je bio među malobrojnima koji su pokušavali da pronađu četvrti put: zadržati službu, ne preći na crvenu stranu, a ne ostati zarobljen u ketmanstvu. Takve postupke treba ceniti kao gestove hrabrosti, a ne oportunizma. Konstantinović nije prisustvovao sednici Saveta Fakulteta 1946. godine kada je udaljen Dragoljub Jovanović. Studenti-komunisti su 1947. godini zahtevali uklanjanje

* Profesor emeritus, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *dejan.popovic@ius.bg.ac.rs.*

profesora Vladisavljevića i Mirkovića. Konstantinović je bio jedan od profesora koji su ih satima branili i bio izložen kritikama kolega komunista. Savet je na kraju prepustio odluku višim vlastima i Vladisavljević i Mirković su otpušteni. Iduće godine represiji je izložen docent Milivoje Marković, koga je, zbog pritiska članova KPJ, branio manji broj kolega. Konstantinović nije govorio, ali nije glasao za isključenje. Najvažnije mu je bilo da sačuva Fakultet.

Ključne reči: *Mihailo Konstantinović. – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. – Akademska čistka. – Ketman. – Komunistička partija Jugoslavije.*

1. UVOD

U periodu od oslobođenja Beograda u oktobru 1944. do kraja četrdesetih godina prošlog veka Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu suočio se sa izazovima kakve u svojoj dotadašnjoj istoriji nije imao. Desetkovan u kadrovskom pogledu tokom 1.287 dana pod nacističkom okupacijom, našao se u uslovima u kojima su oslobodioci počeli da izgrađuju novo društvo, kao kontrapunkt onom građanskom, koje ga je stvorilo i odnegovalo. Jedan deo predratnih profesora odmah je odstranjen, što zbog navodne ili – ređe – stvarne kolaboracije s okupatorom i Nedićevim režimom, što zbog kontakata, tokom okupacije, sa pokretom Draže Mihailovića. Drugi su preuzeti od novih vlasti i stavljeni pod strogu prismotru Komunističke partije Jugoslavije (KPJ) jer je Pravni fakultet dobio važnu ulogu u obrazovanju mladih kadrova, koji bi trebalo da služe novoj državi i primenjuju novo pravo.

Kako je vreme odmicalo, rasla je spremnost Komunističke partije da obelodani pravu prirodu „narodne demokratije", fasade iza koje se ta priroda – diktatura (avangarde) proletarijata – skrivala 1945. i delom 1946. godine.[1] Saputnici komunista iz redova inteligencije, antifašističke i demokratske orijentacije, ubrzo su se suočili s izborom: izaći uz plaćanje visoke cene (gubitak posla, ponekad i zatvor), prihvatiti vladajuću liniju po cenu napuštanja decenijama negovanih vrednosti ili prihvatiti obrazac ketmana.[2] Rečima Česlava Miloša, „kontradikcije zvanično nisu postojale

[1] Upor. Petranović 1994.

[2] Česlav Miloš je reč „ketman" preuzeo od persijskih šiita, posredstvom francuskog diplomate Gobinoa, koji je u 19. veku službovao u tom delu sveta. Kuran kaže da će Alah ceniti svakog po tome šta mu je u srcu, a ne šta mu je na jeziku, pa je to učenje dalo verski legitimitet shvatanju da musliman ima pravo da koristi mimikriju i skriva svoje verovanje u situacijama kada se oseća ugroženim zbog svog verovanja (Milosz 1955, 54).

u glavama građana u narodnim demokratijama. Niko se ne usuđuje da ih javno otkrije. A opet, u realnom životu se postavljalo pitanje kako se nositi sa kontradikcijama. Pripadnici intelektualne elite bili su više no drugi svesni tog problema. Rešavali su ga postajući glumcima. ... Umesto na pozorišnoj pozornici, glumilo se na ulici, u fabrici, sali za sastanke, čak i u sobi u kojoj se živi. Takva gluma je veoma razvijena veština u kojoj je naglasak na mentalnu budnost. Pre nego što siđe sa usana, svaka se reč mora proceniti s aspekta njenih posledica. Osmeh koji se pojavi u pogrešnom trenutku, pogled koji nije potpuno onakav kakav bi trebalo da bude, može da izazove opasne sumnje i optužbe. Čak i nečiji gestovi, ton glasa ili izbor određenih tipova kravate se tumače kao znakovi nečijih političkih sklonosti."[3]

Malobrojni među intelektualcima su pokušavali da iznađu četvrti put, da zadrže službu, da ne pređu na crvenu stranu a da ne ostanu zarobljeni u ketmanstvu. Izazov je bio posebno jak, a traganje za takvim putem veoma kompleksno kada su progonjene kolege sa kojima se delio univerzitetski život i pre rata i po oslobođenju. Jedan od takvih intelektualaca bio je profesor Mihailo Konstantinović.

2. MIHAILO KONSTANTINOVIĆ U OBNOVI RADA PRAVNOG FAKULTETA 1945. GODINE

Mihailo Konstantinović se posle poraza vojske Kraljevine Jugoslavije u Aprilskom ratu 1941. godine, kao raniji ministar (ostavku je dao zbog neslaganja sa pristupanjem Trojnom paktu), povukao sa vladom u Egipat i ostao u egzilu. Uglavnom se zadržao na Bliskom istoku – u Egiptu, Palestini i Turskoj, baveći se, kako navodi, „proučavanjem pitanja odgovornosti za ratne zločine".[4] Novopostavljeni predsednik Kraljevske vlade Ivan Šubašić pozvao ga je u London u junu 1944. godine, odakle je, zajedno sa njime, sledećeg meseca otputovao u Italiju radi pregovora sa predstavnicima Nacionalnog komiteta oslobođenja Jugoslavije. U oslobođeni Beograd vratio se u februaru 1945. godine.

Posmatrano iz ugla Narodnooslobodilačkog odbora Srbije, tela posredstvom kojeg je Komunistička partija vršila vlast u provizorijumu koji je nastao posle oslobođenja Beograda u oktobru 1944. godine, da bi Univerzitet u Beogradu i fakulteti u njegovom sastavu mogli da započnu sa

[3] *Ibid.*, 51.

[4] Službenički dosije Mihaila Konstantinovića. Opšti upitnik, Biografija, 4. decembar 1946. godine.

radom, morala su se prethodno rešiti logistička, organizaciona i kadrovska pitanja. Zadatak je poveren Komisiji za obnovu Univerziteta, formiranoj već 1. novembra 1944. godine.[5] Narodnooslobodilački odbor Srbije je suspendovao sa dužnosti sve zatečene članove univerzitetskih vlasti koje je imenovao Nedićev režim – rektora (dr Nikolu Popovića, profesora Filozofskog fakulteta), administrativnog direktora, dekane i članove drugih univerzitetskih tela.[6] Komisija za obnovu Univerziteta je, na prvoj sednici održanoj 3. novembra 1944. godine, pošto je za predsednika izabrala dr Jevrema Nedeljkovića, odredila da predsednik vrši poslove koji spadaju u nadležnost rektora[7] i delegirala pojedine svoje članove da vode poslove dekana na fakultetima u sastavu Univerziteta u Beogradu. Dr Jovan Đorđević je tako toga datuma određen da vrši dužnost dekana Pravnog fakulteta[8], umesto nakon oslobođenja zatečenog dr Relje Popovića.

Formalnom odlukom zbora svih nastavnika Univerziteta, koji je održan 15. decembra 1944. godine, obrazovan je Sud časti, „kome je dato ovlašćenje da donese odluke o pojedinim nastavnicima koji su izgubili moralno pravo da budu nastavnici jer su se ogrešili o nastavničku čast i štetili ugledu Univerziteta, pružajući svoju pomoć, intelektualnu i moralnu potporu okupatoru i domaćim izdajnicima“.[9] Sa Pravnog fakulteta Sud časti je udaljio dvojicu nastavnika (Relju Popovića i Adama Lazarevića[10]), a Komisija za obnovu Univerziteta je svojim neposrednim delovanjem odlučila da – od onih nastavnika koji su se prijavili na službu – ne preuzme petoricu predratnih nastavnika beogradskog Pravnog fakulteta: Tomu Živanovića, Milana Todorovića, Aleksandra Solovjeva, Božidara S. Markovića i Tihomira Vasiljevića.[11] Sa predratnog subotičkog Pravnog fakulteta, koga su mađarski okupatori ukinuli, pa su mu nastavnici 19. juna 1941. godine pripojeni

---

5 DaS, G 205, f. XVIII, službeno 45, 685–44. Akt su potpisali Blagoje Nešković (predsednik) i Petar Stambolić (sekretar) Narodnooslobodilačkog odbora Srbije.

6 *Ibid.* Svojim potpisom na margini dotadašnji dekan Pravnog fakulteta Relja Popović potvrdio je da mu je odluka saopštena 3. novembra 1944. godine.

7 O čemu su fakulteti obavešteni 7. novembra 1944. godine. DaS, G 205, f. XVIII, službeno 45, 688–44.

8 DaS, G 205, f. XVIII, službeno 45, 686–44. Jovan Đorđević je još neko vreme bio i sekretar Komisije za obnovu Univerziteta.

9 Saopštenje Komisije za obnovu Univerziteta od 19. maja 1945. godine, 3.

10 Udaljio je i honorarne profesore Nikolu Krajinskog i Sergija Tregubova zato „što su pobegli u Nemačku“.

11 Treba imati u vidu da su Iliju Pržića oslobodioci uhapsili 23. oktobra 1944. godine i narednih dana ga streljali. Saopštenje Vojnog suda Prvog Korpusa NOVJ o suđenju ratnim zločincima u Beogradu, *Politika*, 27. 11. 1944. *http://www.otvorenaknjiga.komisija1944.mpravde.gov.rs/cr/okrug/00/70246/16318.htm*. Đorđa Tasića i Mihaila Ilića streljali su okupatori, a Konstantin Smirnov je preminuo tokom okupacije. Devet

kolegijumu beogradskog Pravnog fakulteta, nisu preuzeti Aleksa Ivić i Sergije Troicki. Nisu preuzeti ni od Nedićevih vlasti novopostavljeni docent Radivoj Đisalović i novopostavljeni asistent Zdravko Zdravković.

Komisija za obnovu Univerziteta je zatim predložila Ministarstvu prosvete, a ono je 26. juna 1945. godine odlučilo da se na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu preuzmu sledeći nastavnici[12] i asistenti[13]:

- *redovni profesori*: dr Miodrag Aćimović, dr Velizar Mitrović, dr Mihailo Konstantinović, dr Milan Žujović, dr Jovan Lovčević i dr Milan Bartoš;
- *vanredni profesori*: dr Jovan Savić, dr Milan Vladisavljević, dr Mehmed Begović, dr Đorđe Mirković, dr Borislav Blagojević, dr Nikola Stjepanović, dr Jovan Đorđević, dr Miloš Radojković (naknadno) i dr Dušan Pantelić (naknadno);
- *docenti*: dr Dušan Jevtić, dr Milivoje Marković, dr Branislav Nedeljković, dr Ljubomir Dukanac, dr Radomir Lukić, dr Dušan Dohčević, dr Radivoje Uvalić i dr Radomir Živković (naknadno);
- *honorarni profesori*: dr Dragoljub Jovanović i dr Nikola Aleksejev;
- *honorarni nastavnik*: Sreten Vukosavljević;
- *asistenti*: Svetislav Božović Ćaba, Milorad Simić, dr Janko Tahović, Dragaš Denković, Dragoš Spasojević, Dragomir Stojčević, Dragoslav Janković i Radoš Stamenković (naknadno).

Komisija za obnovu Univerziteta je nepreuzimanjem pomenutih nastavnika sprovela prvu posleratnu čistku na Pravnom fakultetu i pre nego što je njegov rad obnovljen. Zbog čega su, od predratnih beogradskih nastavnika, uklonjeni baš ta petorica (T. Živanović, M. Todorović, A. Solovjev, B. S. Marković i T. Vasiljević, uz R. Popovića i A. Lazarevića), a ne neko od onih preuzetih, zahteva posebno istraživanje, koje izlazi iz okvira ovoga rada. Pravda oslobodilaca nije bila pravična, uz oslobođenje je išlo i uvođenje novog društvenog uređenja, pa su mnogi profesori odstranjeni a da stvarnih razloga (poput kolaboracije) u većini slučajeva nije ni bilo.[14]

---

predratnih nastavnika (od kojih su četvorica na dan 6. aprila 1941. godine bili honorarni) i jedan postavljen prvi put za vreme okupacije od Nedićevih vlasti nisu se po oslobođenju prijavili na službu.

[12] DaS, 1637–45, Ministarstvo prosvete (Personalno odeljenje), V br. 7597, od 26. juna 1945. godine.

[13] DaS, 1631–45, Ministarstvo prosvete (Personalno odeljenje), V br. 7600, od 26. juna 1945. godine.

Mihailo Konstantinović je rado dočekan od novih vlasti i odmah uključen u postupak izrade nacrta različitih propisa, uključujući novi ustav.[15] „Koristio je unekoliko na ovim dužnostima s obzirom da je rutinirani pravni stručnjak i dobar poznavalac pravne tehnike“ – napisali su mu u karakteristici mlađe kolege, članovi KPJ.[16] Ostavka na položaj ministra pravde u Cvetkovićevoj vladi zbog neslaganja s odlukom da Kraljevina Jugoslavija pristupi Trojnom paktu, njegovo držanje distance u odnosu na jugoslovenske vlade u Londonu, rani dolazak u oslobođeni Beograd i napadi kojima je bio izlagan tokom okupacije u beogradskoj štampi stvorili su mu relativno čvrstu poziciju, iako su, kao i prema ostalim predratnim profesorima, komunisti prema njemu gajili nepoverenje. „Vrlo inteligentan, lukav i rafiniran. Obrazovan je i kao čovek široke kulture u stanju je da vrši i vrši štetan uticaj na neke nastavnike na fakultetu. ... Kao dobar pravnik i dobar pedagog koristan je na fakultetu, ali nema izgleda da se razvije u marksistu.“[17] U karakteristici datoj nešto kasnije (1950. godine), u čijem su formulisanju učestvovali Andrija Gams i Mihailo Stupar, izostavljene su ocene o lukavosti i štetnim uticajima na kolege, a rečeno je da je „u ličnom životu i odnosima... pošten, korektan, vrlo uglađen i zatvoren. Voli da se drži na otstojanju od ljudi“. Naglašeni su Konstantinovićevi kvaliteti kao vrsnog pedagoga (uz zamerku da je vrlo blag na ispitima, što studenti često zloupotrebljavaju) i odličnog poznavaoca građanskog i rimskog prava. „Marksizam želi da prihvati, međutim ne uspeva da shvati njegovu suštinu i da ga stvaralački primeni. ... Za prihvatanje marksizma-lenjinizma smeta mu što je već izgrađen buržoaski teoretičar.“[18]

Budući da ga je Nedićeva vlast ocenila kao „trojanskog konja komunista“ u predratnom periodu jer je „štitio sve što je bilo levičarsko i što je bilo u vezi sa marksizmom, sa Jevrejima i sa masonima“[19], Mihailo Konstantinović je, sklonivši se na Bliski istok, izbegao sudbinu dvojice svojih bliskih kolega

---

[14] O tome detaljnije u projektu *Istorija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 1945–1971*, na kojem rade Dejan Popović i Zoran Mirković.

[15] „Po dolasku u zemlju bio je pretsednik Komisije za izradu Ustava, ali nije dao sve od sebe na ovome poslu i bio je u izvesnoj meri kočnica u radu ove komisije“ – stoji u Konstantinovićevoj karakteristici od 19. marta 1949. godine. DaS, Fond MzNiK, G 187, kutija 16.

[16] Karakteristika Mihaila Konstantinovića iz 1949. godine. AJ, 317–67–92.

[17] *Ibid*.

[18] Karakteristika Mihaila Konstantinovića od 12. oktobra 1950. godine. DaS, Fond MzNiK, G 187, kutija 16.

[19] „Trojanski konj, ili: Mihajlo Konstantinović i njegovi prijatelji“, *Obnova*, 3. septembar 1941. godine. Tekst se nalazi u službeničkom dosijeu Mihaila Konstantinovića. Konstantinović je bio i jedan od protagonista pamfleta *Samoubistvo Jugoslavije*, u kojem je ocenjen da je kao mason, iniciran u pariskom Velikom Orijentu (Gregorić 1942, 69), „igrao sudbonosnu ulogu u celoj ovoj situaciji (oko izbegavanja Jugoslavi-

– Mihaila Ilića i Đorđa Tasića, koji su streljani posle dužeg zatočenja u logoru na Banjici. Članovi njegove porodice, supruga Radojka, šesnaestogodišnja kći Pava i trinaestogodišnji sin Radomir, doživeli su, međutim, šikaniranje prvih nedelja okupacije Beograda, i to od profesora Tome Živanovića, čija je kuća bila srušena u bombardovanju. Živanović je, naime, zatražio od nemačkih okupacionih vlasti i dobio rešenje da može da se useli u stan u zgradi Srpske kraljevske akademije, koji je u zakupu držao Mihailo Konstantinović. Živanović je zatim (pre 5. maja 1941. godine) ušao u Konstantinovićev stan, dok su supruga i deca još bili u Ivanjici, privremeno izbegli zbog bombardovanja, iselio njihove stvari, uselio svoje, promenio bravu i uselio se. Kada su se gospođa Radojka, kći Pava i sin Radomir vratili u Beograd, zatekli su zaključana vrata, pa su „privremeni" smeštaj morali da potraže u jednom stanu u Dobračinoj 29, gde su boravili do kraja rata (i kasnije).[20], [21] Osim tog ranog kontakta sa nemačkom komandom i potpisivanja antikomunističkog Apela srpskom narodu (na koji je u avgustu 1941. godine potpis stavilo još deset aktivnih nastavnika Pravnog fakulteta, od kojih su petorica preuzeti 1945. godine na predlog Komisije za obnovu Univerziteta), Toma Živanović u daljem toku rata nije imao drugih postupaka koji bi se mogli kvalifikovati kao sporni u bilo kojem pogledu; štaviše, nije izabran na konkursu za profesorska zvanja koji su 1942. godine raspisale Nedićeve vlasti, te je u decembru 1942. godine preuranjeno penzionisan. Međutim, vrlo je verovatno da je Živanovićev postupak prema Konstantinovićevoj porodici, koji se nikako ne može oceniti kao častan, doprineo da ne bude preuzet 1945. godine; svoju naučnu aktivnost on je narednih godina nastavio pod okriljem Srpske akademije nauka i umetnosti.

Ostaje da se razmotri reakcija profesora Mihaila Konstantinovića na inicijativu za Živanovićevu „rehabilitaciju", koja je pokrenuta u raspravi na sednici Saveta Pravnog fakulteta[22], održanoj u mirnija vremena, 27. aprila 1951. godine. Tada je profesor Jovan Đorđević, reklo bi se iznenada, predložio da se na Fakultet vrate bivši nastavnici Toma Živanović, Božidar S. Marković i Tihomir Vasiljević. Predlog je podržao Radomir Lukić i

je da se pridruži Trojnom paktu posle kapitulacije Francuske u junu 1940. godine – *D. P.*), kao što će i kasnije, sve do sloma zemlje, biti i ostati jedan od najvećih krivaca za tragičnu sudbinu Jugoslavije" (*ibid.*, 104).

[20] Janković 2016, 386–387.

[21] Živanovićevo ogrešenje prema koleginoj porodici navela je, s osloncem na usmenu tradiciju, Ljubica Kandić, ne pominjući ime tog kolege, ali ocenjujući da je taj gest mogao uticati na odluku Komisije za obnovu Univerziteta o nepreuzimanju Živanovića (Kandić 2005, 278).

[22] U to vreme Fakultetski savet je bio stručni organ, slično današnjem Nastavno-naučnom veću.

dopunio ga imenima Milana Vladisavljevića, Dušana Pantelića i dr. Mihailo Konstantinović je, međutim, stavio prigovor na predlog za vraćanje Tome Živanovića „zbog njegovog ponašanja za vreme rata". Andrija Gams mu se pridružio, izjavljujući da se ne slaže sa predlogom profesora Đorđevića i da se od njega ograđuje. Celu stvar, prema njegovom mišljenju, trebalo je dostaviti na prethodno ispitivanje i podrobno proučavanje Nastavnoj komisiji. Na predlog dekana profesora Borislava Blagojevića, odlučeno je da pitanje vraćanja prethodno prouče dekan, prodekani i šefovi katedara i da iznesu pitanje na neku od idućih sednica Saveta.[23] Međutim, ono se više nikada nije pojavilo na sednicama nadležnog organa Pravnog fakulteta.

U fakultetskoj akademskoj hijerarhiji Konstantinović je, u momentu obnove rada Pravnog fakulteta, krajem avgusta 1945. godine, bio treći po senioratu. Ispred njega su bili samo Miodrag Aćimović i Velizar Mitrović, pri čemu ovaj drugi zbog bolesti nije dolazio na posao te je početkom 1946. godine penzionisan. Prilikom izbora prvog posleratnog dekana, 30. avgusta 1945. godine, dotadašnji v. d. dekana Jovan Đorđević (koji kao vanredni profesor nije mogao biti biran za dekana) istakao je da bi kandidati mogli biti jedino profesori Konstantinović ili Bartoš jer je profesor Aćimović već imao 70 godina, a „sadašnje okolnosti" zahtevaju mlađe kandidate. Mihailo Konstantinović je odmah zamolio da mu se dozvoli da ne prihvati kandidaturu zbog preopterećenosti „važnim opštenarodnim poslovima" (izrada Građanskog zakonika itd.), pa je kao kandidat ostao samo profesor Bartoš, koji je na kraju i izabran za dekana.[24] Pošto je sledeće školske godine Komunistička partija ipak odlučila da se dekanska funkcija poveri najstarijem redovnom profesoru, Miodragu Aćimoviću, u trećoj školskoj godini po obnovi rada Fakulteta (1947/48) došao je red na Mihaila Konstantinovića da bude izabran za dekana.[25]

3. AKADEMSKE ČISTKE 1946. GODINE

Tokom 1945. i delom 1946. godine Komunistička partija je pribegavala svojevrsnoj mimikriji, skrivajući svoju apsolutnu vlast iza fasade tzv. narodne demokratije.[26] U Jedinstvenom narodnom frontu, čija je lista jedina ušla u Konstituantu na izborima u jesen 1945. godine, nalazile su se, osim

[23] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 27. aprila 1951. godine.

[24] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 30. avgusta 1945. godine.

[25] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 25. oktobra 1947. godine.

[26] Petranović 1994, 18.

komunista, i pojedine građanske partije, spremne na saradnju sa njima, među kojima se izdvajala Narodna seljačka stranka dr Dragoljuba Jovanovića, postavljenog u junu 1945. godine za honorarnog profesora Pravnog fakulteta, sa kojeg je udaljen 1932. godine presudom Državnog suda za zaštitu države kojom je osuđen na godinu dana zatvora i gubitak državne službe. Kao narodni poslanik, Dragoljub Jovanović je često narušavao vladajuću harmoniju, iznoseći kritičke stavove u raspravama o Ustavu i kasnije o nekim od najvažnijih zakona (o agrarnoj reformi, o zadrugama i dr.). Jovanović je na Pravnom fakultetu predavao Ekonomsku politiku i, prema rečima Dragiše Ivanovića na sednici Univerzitetskog komiteta Komunističke partije Srbije (KPS) od 17. juna 1946. godine, govorio studentima „da mi izvozimo dragocene metale, a uvozimo krpe" i da je „zadrugarstvo... strah za narod".[27] Sa Fakulteta je odstranjen tako što je fakultetski Savet (koji su činili redovni profesori, vanredni profesori i docenti) glasao da se „stavi na raspoloženje Ministarstvu prosvete Srbije iz razloga što nije ispunio program iz predmeta Ekonomna politika F.N.R.J.".[28] Dragoljub Jovanović je udaljen s Univerziteta odlukom ministra prosvete, po dobijenoj saglasnosti Predsedništva Vlade NR Srbije, a na predlog Univerzitetskog saveta.[29] Mihailo Konstantinović je bio odsutan sa sednice Saveta Pravnog fakulteta na kojoj je odlučeno da se Jovanović „stavi na raspoloženje" Ministarstvu prosvete. Ne zna se razlog zbog kojeg se na toj sednici nije pojavio, te se možemo samo baviti pretpostavkama: bolest, svest da je politička odluka o uklanjanju Dragoljuba Jovanovića već doneta i nespremnost da se učestvuje u takvom scenariju ili nešto treće.

Iz nastave je 1946. godine uklonjen još jedan nastavnik – Dušan Pantelić, vanredni profesor na predmetu Građansko pravo I deo, zbog navodnog lošeg odnosa u zarobljeništvu prema Narodnooslobodilačkom pokretu. Međutim, njegovu suspenziju, koja je označila početak udaljenja sa Pravnog fakulteta, sproveo je prodekan Jovan Đorđević u aprilu 1946. godine, o čemu je Savet Fakulteta samo obavešten.[30]

---

[27] Mitrović, Stanković (prir.) 1985, 70.

[28] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 31. jula 1946. godine.

[29] Odluka br. 21011 od 17. septembra 1946. godine.

[30] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 6. aprila 1946. godine. Dalje su delovali univerzitetski organi.

4. KONSTANTINOVIĆEV ISKORAK 1947. GODINE

U proleće 1947. godine, pre nego što je Konstantinović izabran za dekana, pokrenut je postupak za uklanjanje iz nastave dvojice vanrednih profesora – Milana Vladisavljevića (Nauka o državi) i Đorđa Mirkovića (Trgovačko pravo) – zbog „nenaučnosti" njihovih predavanja, kako je u svojoj predstavci tvrdilo Predsedništvo Narodne studentske omladine. U međuvremenu je na Pravni fakultet doveden značajan broj honorarnih nastavnika, koji su učestvovali u radu Saveta Fakulteta, ali bez prava glasa. Na sednicama Saveta održanim 23. i 24. aprila 1947. godine prisustvovalo je šesnaest stalnih nastavnika i osam honorarnih[31], pri čemu su samo dva stalna nastavnika (Jovan Đorđević i Dušan Dohčević) podržavali studentsku inicijativu (Dohčević je bio član KPJ[32]), ali su iza nje stali svi prisutni honorarni nastavnici, inače članovi KPJ (Leon Geršković, Sergije Dimitrijević, Vitomir Petrović, Dragomir Stojčević, Nikola Srzentić, Obren Blagojević i Dolfe Vogelnik), osim jednog – vanpartijca (Nikola Aleksejev). Dobar deo stalnih nastavnika, preuzetih iz predratnog nastavničkog kolegijuma, hrabro je branio Vladisavljevića i Mirkovića, osporavajući pravo studentskoj organizaciji da ocenjuje „naučnost" profesorskih predavanja, ali su veoma glasni i koordinisani bili honorarni nastavnici u sadejstvu sa dvojicom stalnih, ukazujući na to da su „studenti u pravu", da Vladisavljević i Mirković predaju prema predratnim materijalima, zanemarujući pravo nastalo u novoj državi (narodnoj demokratiji), odnosno ne primenjujući metodu dijalektičkog materijalizma.

Među šestoricom stalnih nastavnika koji su stali u odbranu Vladisavljevića i Mirkovića bio je i profesor Mihailo Konstantinović.[33] Da bi smirio atmosferu u kojoj su, s obe strane, izricane oštre reči, on je počeo konstatacijom da ima utisak da prisustvuje ozbiljnoj naučnoj diskusiji, koja je bila na velikoj akademskoj visini te je slušao često sa velikim zadovoljstvom. Međutim, tada bi se odmah trgao jer je bio svestan da nije stvarno reč o jednoj takvoj diskusiji nego o dvojici naših kolega. Pošto je pažljivo čitao i referat (u kojem su izloženi „gresi" dvojice vanrednih profesora) i odgovore, shvatio je da sve što se zamera Mirkoviću i Vladisavljeviću može da se primeti i svima

[31] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 23. aprila 1947. godine

[32] Od stalnih nastavnika članovi KPJ su 1947. godine bili samo docenti Radivoje Uvalić i Dušan Dohčević. Uvalić je bio službeno odsutan u inostranstvu u vreme održavanja tih sednica Saveta.

[33] Zahtevu da se profesori Vladisavljević i Mirković uklone sa Pravnog fakulteta najupornije su se suprotstavili dekan profesor Miodrag Aćimović, prodekan profesor Mehmed Begović, docent Milivoje Marković i profesor Mihailo Konstantinović, uz povremene intervencije profesora Miloša Radojkovića i na pravnim argumentima utemeljenu odbranu Nikole Stjepanovića.

nastavnicima, pa i njemu samom. „Ako bi svaki pojedinac uzeo svoj ranije pisani članak u kritiku, menjao bi vrlo mnogo, odricao bi se i ispravljao. Otuda je beskorisno na taj način analizirati i tekstove Mirkovića i Vladisavljevića." Mihailo Konstantinović je zatim dodao da često posle predavanja konstatuje da nije uspeo da studentima dâ ono što je trebalo da im dâ. Pitanje je da li dvojica kolega u svojoj ukupnosti odgovaraju ili ne odgovaraju kriterijumima, a ne u detaljima. I kad se stvar tako shvati, besplodno je ulaziti u detalje koje studenti navode i šta oni, Mirković i Vladisavljević, odgovaraju. „Meni se čini" – poentirao je Konstantinović – „da naše kolege, sve u svemu, vrede koliko i mi svi ostali. Treba uzeti stvar u celini, a ne posmatrati je u njenim izabranim delovima." Ovde je reč, smatrao je, o funkciji Fakulteta, što je jedino bitno. „Ove funkcije se menjaju tokom vremena. Mi se možda ne adaptiramo tako brzo kako bi trebalo. S tim se postavlja i pitanje nastave uopšte i pitanje programa i pitanje nastavnika uopšte. Dakle, bitno je: šta i kako ovaj Fakultet treba u buduće da radi."[34]

Jedan od predvodnika grupe honorarnih nastavnika, Leon Geršković, načelnik u Ministarstvu za Konstituantu i jedan od pravnika najangažovanijih u izradi Ustava FNRJ i najvažnijih zakona, osetio je pravac kojim se kretala Konstantinovićeva odbrana, pa je kritikovao „tendencu" – namerno ubačenu – „da se sve nastavnike strpa u jedan koš", kako bi se zaplašile kolege koje se još nisu izjasnile. Onima koji podržavaju studentsku predstavku imputira se da prete da „ako svi ne glasate da se otklone dvojica, onda će i ostali izleteti van". Pošto je docent Milivoje Marković veoma oštro reagovao na takve Gerškovićeve reči, u odbranu honorarnog nastavnika stao je docent Dohčević, nazivajući pokušaj da se izjednače sve kolege sa Mirkovićem i Vladisavljevićem „plačnim humanizmom".[35] Na sve to se Mihailo Konstantinović ironično zahvalio na komplimentima poput „plačljivosti" i dodao da „nije imao nikakvu *tendencu* da sve strpa u jedan džep".

Posle diskusije koja je potrajala duže od šest i po sati, grupi nastavnika koji su zahtevali uklanjanje Vladisavljevića i Mirkovića sa Pravnog fakulteta postalo je jasno da je lista govornika iscrpena i da oni neće imati većinu u Savetu za donošenje odluke za koju su morali da obezbede da bude usvojena.

---

[34] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 23. aprila 1947. godine.

[35] Progonitelj je za nešto više od godinu dana postao progonjeni. Dušan Dohčević je uhapšen kao informbirovac 5. septembra 1948. godine, a na Golom otoku je ostao do 1954. godine. Sličnu sudbinu je imao i dr Obren Blagojević, honorarni docent, takođe aktivan u progonu Vladisavljevića i Mirkovića: kao visoki funkcioner (guverner Narodne banke i pomoćnik saveznog ministra finansija) uhapšen je prilikom pokušaja bekstva u Albaniju 27. novembra 1948. godine. Na Golom otoku je ostao do 1956. godine. Obojica su, shodno tome, izgubili službu na Fakultetu.

Naime, saglasno čl. 5, st. 1 Uredbe o univerzitetskim vlastima i nastavnom osoblju Univerziteta u Beogradu, pravo glasa na fakultetskom savetu imali su samo stalni redovni profesori, vanredni profesori i docenti, a od šesnaest stalnih nastavnika samo su dvojica bili za predlog studentske organizacije. Zbog toga je prvo Dohčević izneo stav da se „ovo ne može glasanjem rešiti. Ovde su u pitanju dva potpuno oprečna mišljenja, i kad je tako, onda nema uopšte mesta glasanju. ... Jer bi onda to u stvari bilo nadglasavanje, a nikakvo rešenje". Prema njegovom mišljenju, treba da „svi daju svoje mišljenje, pa zapisnik dostaviti višem forumu, pa neka ovaj odluči". Dekan Miodrag Aćimović i prodekan Mehmed Begović bili su odlučno protiv takvog predloga, smatrajući da je Savet dužan da donese odluku – kakva god bila – i da se ne sme odricati nadležnosti koja mu je Uredbom o univerzitetskim vlastima i nastavnom osoblju Univerziteta u Beogradu poverena. Dohčevićev predlog su branili Geršković, drugi honorarni nastavnici i Jovan Đorđević, koji je izašao sa tezom da „ako se strogo držimo legalističkog gledišta, doći ćemo do apsurdnosti. ... Mi imamo pravo da tumačimo Uredbu prema situaciji, ne po njenome slovu, nego po njenome duhu. ... Nije nimalo protivno Uredbi da glasaju i honorarni nastavnici. Ali celo pitanje treba izneti pred Univerzitetski Savet pa oni neka reše". On je bio protiv preteranog legalizma jer je Uredba doneta još pre godinu dana. Na to je reagovao Mihailo Konstantinović: „Kada ne bi bilo jasnoga teksta, moglo bi da bude govora o legalističkom ili kakvom drugom tumačenju, ali ovde je tekst Uredbe jasan i nema šta da se tumači, pošto smo mi vezani tekstom."[36]

U nastaloj „opštoj diskusiji", u kojoj „jedni zahtevaju da se postupi po Uredbi i da se glasa, drugi su protiv svakog glasanja, ili pak da svi glasaju", Konstantinović je predložio da se, pošto su svi premoreni, sednica prekine, u skladu sa pravilom da *la nuit porte conseil*.[37] Još je bilo nekoliko pokušaja da jedni ubede druge kako postupiti, pa je Konstantinovićev predlog prihvaćen i sednica je zaključena u 21.30, s tim da se nastavi 24. aprila 1947. godine. Sutradan je sednica potrajala još dva sata i petnaest minuta i u prvom delu je tekla u istom tonu kao i 23. aprila. Zatim je data pauza od deset minuta, posle koje je vanredni profesor Nikola Stjepanović izneo predlog u tri tačke: (1) da se studentska predstavka odbaci kao podneta od nenadležnog tela; (2) da se konstatuje da se u diskusiji deo učesnika opredelio da postoji dovoljno materijala za udaljenje profesora Mirkovića i Vladisavljevića sa Fakulteta zbog naučne nepodobnosti, dok je deo učesnika bio mišljenja da taj materijal nije dovoljan za takvu odluku; (3) da Savet Fakulteta rešava da se o ovome obavesti Univerzitetski savet, dostavljajući mu ceo materijal. Posle

[36] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 23. aprila 1947. godine.

[37] Na francuskom: jutro je pametnije od večeri. (Noć će doneti savet ujutro.)

duže rasprave, jedanaest članova Saveta je na javnom izjašnjavanju glasalo za Stjepanovićev predlog, tri člana su bila za predlog Milivoja Markovića da se izostavi tačka (3) jer implicitno ukazuje na krivicu dvojice kolega, dok se jedan član uzdržao od glasanja.[38] Time je većina u Savetu pokušala da sa svojih pleća prebaci odgovornost za donošenje odluke na više forume (Univerzitet i Komitet za naučne ustanove, Univerzitet i visoke škole), što su honorarni nastavnici, uz podršku dvojice stalnih, svesrdno podržali, znajući kakvu će odluku Savet Univerziteta doneti. To su, uostalom, znali ili morali da znaju svi članovi Saveta Pravnog fakulteta.

Dva detalja zaslužuju osvrt. Prvi su razlozi zbog kojih je većina stalnih nastavnika promenila stav i prihvatila Stjepanovićev predlog da se Savet Fakulteta ipak ne odredi da li je za uklanjanje Vladisavljevića i Mirkovića ili nije. S obzirom na tok sednice od 24. aprila 1947. godine, može se naslutiti da je na deo stalnih nastavnika izvršen dodatni pritisak da prihvate da se odluka prepusti „višim instancama", verovatno tokom pauze, kada je i uobličen Stjepanovićev predlog. Drugo, u tom kontekstu se može otkloniti eventualna sumnja da je taj pritisak omogućen Konstantinovićevim predlogom da se sednica od 23. aprila prekine kasno uveče. Promena u stavu većine se dogodila sutradan tek posle date pauze, pošto je rasprava u kojoj je većina stalnih nastavnika tražila da se glasa o predlogu za uklanjanje sa Fakulteta potrajala gotovo sat i po. Razumna je pretpostavka da bi, da je pritisak izvršen tokom noći, Stjepanovićev predlog bio izglasan bez ponovne rasprave sa jučerašnjim argumentima u prvoj fazi sednice od 24. aprila.

Savet Univerziteta je 30. maja 1947. godine doneo zaključak da se Đorđe Mirković i Milan Vladisavljević stave na raspolaganje Komitetu za naučne ustanove, Univerzitet i visoke škole Vlade NR Srbije. Komitet za naučne ustanove, Univerzitet i visoke škole je, usvajajući odluku Univerzitetskog saveta, zaključio da imenovani profesori ne mogu dalje ostati u državnoj službi te se, u skladu sa čl. 7 Uredbe o univerzitetskim vlastima i nastavnom osoblju Univerziteta u Beogradu, obratio Predsedništvu Narodne vlade Srbije sa molbom za saglasnost da im se dâ otkaz na državnu službu.[39] Predsedništvo Vlade je promptno dalo potrebnu saglasnost i Mirković i Vladisavljević su uklonjeni sa Univerziteta.

---

38 APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 24. aprila 1947. godine.

39 DaS, Fond MzNiK, G 189, kutija 15–488 (1).

5. TEŽINA NOVOG IZAZOVA KOJI JE DONEO *ANNUS HORRIBILIS* MCMXLVIII

U vremenu koje je usledilo represija u društvu je postajala još jača. Uz stare „klasne neprijatelje“, pojavili su se novi, iz sopstvenih redova – komunisti koji su podržali napade Staljina i SSSR na jugoslovensku Partiju i FNRJ. Protiv njih su već od leta 1948. godine pokrenute energične, brutalne čistke. Međutim, u uzaludnoj nadi da će svetski komunistički pokret shvatiti da KPJ nije revizionistička već da „istrajava na revolucionarnom putu“, zaoštravana je i borba „protiv kontrarevolucije“, u kojoj je Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu morao da podnese još jednu žrtvu iz reda nastavnika buržoaske orijentacije.

Godinu i po dana po uklanjanju Vladisavljevića i Mirkovića i dva meseca po isteku Konstantinovićevog dekanskog mandata, 16. decembra 1948. godine na dnevni red je došlo uklanjanje sa Pravnog fakulteta docenta Milivoja Markovića (Građanski sudski postupak) zbog „stručne i društvene nepodobnosti“ – u osnovi iz istih razloga zbog kojih su udaljena i pomenuta dvojica vanrednih profesora. U međuvremenu je partijski pritisak na kolegijum Pravnog fakulteta rastao, na pozicije stalnih docenata dovedena su dvojica predratnih doktora nauka, članovi KPJ (Andrija Gams i Mihailo Jezdić), dvojica honorarnih nastavnika, takođe članovi Partije, postali su stalni predavači (Dragomir Stojčević i Dragoslav Janković), a partijska organizacija je intenzivno radila sa nastavnicima vanpartijcima.

U novim, zaoštrenim okolnostima, odbrana Milivoja Markovića je bila mnogo manje uporna i ubedljiva od podrške pružene Mirkoviću i Vladisavljeviću. U raspravi na Savetu Fakulteta, redovni profesor Jovan Đorđević i docenti Andrija Gams i Mihailo Jezdić zahtevali su Markovićevo uklanjanje sa Fakulteta, a podržali su ih predavači Dragoslav Janković i Dragomir Stojčević i honorarni nastavnici Radivoje Uvalić, Leon Geršković, Vitomir Petrović i Nikola Srzentić. Milivoje Marković se elokventno branio, uz reči podrške profesora Miodraga Aćimovića, Mehmeda Begovića i Miloša Radojkovića. Svestan odnosa snaga, Mihailo Konstantinović se opredelio za ćutanje; nije učestvovao u raspravi na Savetu, a kao član radne grupe („odbora“) koju je obrazovao Savet u pokušaju da se pronađe neko kompromisno rešenje nije uspeo da obezbedi prevazilaženje razlika u odnosu na početni predlog da se Marković stavi na raspolaganje predsedniku Komiteta za naučne ustanove, Univerzitet i visoke škole NR Srbije. Otuda se relativno brzo pristupilo glasanju o tom predlogu. Za uklanjanje Milivoja Markovića izjasnilo se jedanaest članova, protiv predloga je bio jedan član, a sedmorica su se

uzdržala.[40] U arhivama nema podatka o tome kako je koji stalni nastavnik glasao, ali je razumna pretpostavka da se Konstantinović nije nalazio među jedanaestoricom koji su izglasali da se Marković udalji sa Fakulteta.

6. ZAKLJUČAK

Ako se izuzmu izbacivanja trojice docenata informbirovaca (Dušana Dohčevića i Obrena Blagojevića 1948. i Predraga Vlasinića 1949. godine), kojima su prethodila hapšenja, pa je do gubitka radnog mesta dolazilo po sili važećeg prava, kao i profesora Milana Žujovića, osuđenog na zatvorsku kaznu 1958. godine zbog neprijateljske delatnosti protiv države (takođe uz *ex lege* prestanak univerzitetske službe), na Pravnom fakultetu novih čistki nije bilo sve do 1973. godine, kada je profesor Konstantinović već bio u penziji. Pedesete i šezdesete godine 20. veka predstavljale su period konsolidovane vlasti Komunističke partije, odnosno Saveza komunista.

Međutim, pripremanje i realizacija uklanjanja s Univerziteta trojice nastavnika Pravnog fakulteta 1947. i 1948. godine svedoče o nameri KPJ da *urbi et orbi* pokaže da je revolucija pod njenim vođstvom pobedila i da više nema razloga da se pred bilo kime skriva prava priroda diktature proletarijata. Oni malobrojni intelektualci, poput Mihaila Konstantinovića, koji su imali iskustvo funkcionisanja u smutnim vremenima, praćeno „moralnim zakonom u sebi“[41] i voljom da se on poštuje, nastojali su da, zadržavajući se na Univerzitetu, za sebe pronađu treći put, mimo dihotomije „član Partije – ketman“. Imali su razumevanja za neke od zahteva novog vremena – da li zbog stvarne vere da će ono doneti napredak ili, verovatnije, sledeći deo ketmanskog obrasca – ali su pokušavali da raspoloživim sredstvima – izgovorenim rečima i uticajem koji su verovali da imaju – razblaže bar neke od ekstremnih naloga vlasti da se s Univerziteta uklone njihove kolege. Sa sigurne udaljenosti od sedam i po decenija nije teško zameriti onima koji su sledili taj put što su povremeno pravili kompromise sa savešću. Treba, međutim, razumeti da su se tada godine rata, razaranja, okupacije i izbeglištva prelivale u godine koje su obećavale novo društvo, u kojima su stvarane nove društvene snage, koje je karakterisalo boljševičko jakobinstvo, i u kojima su stvoreni uslovi veoma različiti od onih u kojima su se takvi intelektualci svojevremeno formirali. Zbog toga bi svaki iskorak iz ketmanstva, ma koliko bio ograničen, trebalo da bude vrednovan pre kao gest hrabrosti nego oportunizma. To svakako

[40] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 16. decembra 1948. godine.

[41] Kant 1979, 174.

zaslužuje Konstantinovićev govor u odbranu mlađih kolega Vladisavljevića i Mirkovića, sa kojima je službovao još na predratnom Fakultetu. Objašnjenje povratka u ćutnju godinu i po dana kasnije izgleda slojevito. Mihailo Konstantinović je umeo da proceni dokle doseže njegov uticaj: u aprilu 1947. godine četrnaest stalnih nastavnika je ili aktivno branilo dvojicu vanrednih profesora ili se nisu pridruživali orkestriranim napadima na njih, u kojima su ostala da učestvuju samo dvojica iz toga sastava; u decembru 1948. godine čak jedanaest stalnih nastavnika je bilo spremno da glasa za Markovićevo uklanjanje. Moglo bi se pretpostaviti da je, svestan novog odnosa snaga (i političkih pritisaka koji su do toga doveli), Konstantinović rešio da ne razbacuje svoj uticaj, čuvajući ga za neki budući izazov. Opet, njegovo ćutanje bi zasluživalo barem neko razumevanje ako uzmemo da nije bilo praćeno *sotto voce* delovanjem protiv kolege koji je proganjan. Ne postoji nijedan dokaz da je Mihailo Konstantinović u tom pogledu imao bilo kakvu dilemu: ako već nije mogao da utiče da se progon zaustavi, nije mu se pridruživao, ni javno, ni iza scene. Dublji sloj objašnjenja mogao bi se potražiti u njegovom dotadašnjem i kasnijem veoma izraženom i iskrenom staranju o dobrobiti Škole. Njemu je bilo najvažnije da sačuva instituciju, da joj pomogne da preživi u tim teškim, mutnim vremenima, kada se dešavaju stvari o kojima se govorilo na najtamnijim stranicama Svetog pisma. „Dakle, bitno je: šta i kako ovaj Fakultet treba u buduće da radi“ – bile su reči Konstantinovićevog apela kolegama na kraju izlaganja u kojem je branio Vladisavljevića i Mirkovića, nudeći sebe kao primer onoga čiji su „gresi“ jednaki njihovima. Zato bi se njegovo ćutanje u slučaju Milivoja Markovića možda moglo razumeti i u svetlu takvog nastojanja da se izbegne još veći udar na njegov Pravni fakultet. Jer je znao šta se nalazi na najtamnijim stranicama Biblije.

> A u gradovima ovijeh naroda, koje ti Gospod Bog tvoj daje u našljedstvo, ne ostavi u životu nijedne duše žive. Nego ih zatri sasvijem, Heteje i Amoreje i Hananeje i Ferezeje i Jeveje i Jevuseje, kao što ti je zapovjedio Gospod Bog tvoj.
>
> *Peta knjiga Mojsijeva*, 20: 16–17.

IZVORI

[1] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 30. avgusta 1945. godine.

[2] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 6. aprila 1946. godine.

[3] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 31. jula 1946. godine.

[4] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 23. aprila 1947. godine.

[5] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 24. aprila 1947. godine.

[6] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 25. oktobra 1947. godine.

[7] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 16. decembra 1948. godine.

[8] APf, Zapisnik sa sednice Saveta Pravnog fakulteta od 27. aprila 1951. godine.

[9] DaS, 1631–45, Ministarstvo prosvete (Personalno odeljenje), V br. 7600, od 26. juna 1945. godine.

[10] DaS, 1637–45, Ministarstvo prosvete (Personalno odeljenje), V br. 7597, od 26. juna 1945. godine.

[11] DaS, G 205, f. XVIII, službeno 45, 685–44.

[12] DaS, G 205, f. XVIII, službeno 45, 686–44.

[13] DaS, G 205, f. XVIII, službeno 45, 688–44.

[14] DaS, Fond MzNiK, G 189, kutija 15 – 488 (1).

[15] DaS, Fond MzNiK, G 187, kutija 16.

[16] *Zapisnici i izveštaji univerzitetskog komiteta KPS 1945–1948*. 1985. Priredili Momčilo Mitrović i Đorđe Stanković. Beograd: BIGZ.

[17] Karakteristika Mihaila Konstantinovića iz 1949. godine. AJ, 317–67–92.

[18] Karakteristika Mihaila Konstantinovića od 12. oktobra 1950. godine. DaS, Fond MzNiK, G 187, kutija 16.

[19] Odluka br. 21011 od 17. septembra 1946. godine.

[20] Saopštenje Vojnog suda Prvog Korpusa NOVJ o suđenju ratnim zločincima u Beogradu. *Politika*, 27. novembar 1944. godine. *http://www.otvorenaknjiga.komisija1944.mpravde.gov.rs/cr/okrug/00/70246/16318.htm*.

[21] Saopštenje Komisije za obnovu Univerziteta od 19. maja 1945. godine.

[22] Službenički dosije Mihaila Konstantinovića. Opšti upitnik, Biografija, 4. decembar 1946. godine.

[23] Trojanski konj, ili: Mihajlo Konstantinović i njegovi prijatelji. *Obnova*, 3. septembar 1941. godine (tekst se nalazi u službeničkom dosijeu Mihaila Konstantinovića).

LITERATURA

[1] Gregorić, Danilo. 1942. *Samoubistvo Jugoslavije*. Beograd: Jugoistok.

[2] Janković, Ivan. 2/2016. Toma Živanović i Mihailo Konstantinović: dopuna. *Pravni zapisi*.

[3] Kandić, Ljubica. 2005. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1941–1945, knjiga III*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

[4] Kant, Imanuel. 1979. *Kritika praktičnog uma*. Beograd: BIGZ.

[5] Milosz, Czeslaw. 1955. *The Captive Mind*. New York: Vintage Books.

[6] Petranović, Branko. 1994. *Jugoslavija, velike sile i balkanske zemlje 1945–1948 (Iskustvo „narodne demokratije“ kao partijske države)*. Podgorica: Istorijski institut Crne Gore.

Dejan POPOVIĆ, PhD

Professor Emeritus, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

BETWEEN KETMAN AND DEFENSE OF THE UNIVERSITY PROFESSION: MIHAILO KONSTANTINOVIĆ IN THE ACADEMIC PURGES DURING THE 1940S

Summary

Under Communist rule in Yugoslavia a university professor could either raise his voice and pay a high price, join the Party or accept the *ketman* practice. Mihailo Konstantinović tried to find a fourth way: retain the office, not cross to the red side and avoid being perceived as a ketman. Konstantinović was absent at the meeting of the Faculty's Council in 1946 when Dragoljub Jovanović was expelled. When in 1947 Communist students required removal of professors Milan Vladisavljević and Đorđe Mirković, Konstantinović was one of the professors who defended them, exposed to attacks by his communist colleagues. The Council eventually relinquished the decision to higher authorities and Vladisavljević and Mirković were consequently dismissed. The following year assistant professor Milivoje Marković was targeted but due to the Communist pressure fewer colleagues defended him. Konstantinović did not take a stand on that occasion. His most important goal was to preserve the Faculty.

Key words: *Mihailo Konstantinović. – University of Belgrade Faculty of Law. – Academic purge. – Ketman. – Communist Party of Yugoslavia.*

Article history:
Received: 17. 7. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 341.63:339.5(497.1)

CERIF: H 250, H 300

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK07A

Dr Marko JOVANOVIĆ*

DOPRINOS MIHAILA KONSTANTINOVIĆA MODERNIZACIJI JUGOSLOVENSKE PRIVREDE – STVARANJE SPOLJNOTRGOVINSKE ARBITRAŽE

Spoljnotrgovinska arbitraža u Beogradu predstavlja jedno od velikih i trajnih dela koja su ostala iza profesora Mihaila Konstantinovića. On je bio jedan od glavnih proponenata njenog osnivanja i njen prvi predsednik. U tom svojstvu, bio je u prilici da usmerava rad Spoljnotrgovinske arbitraže tako da ona što pre dobije poverenje privrednih subjekata i izgradi autoritet i u zemlji i u inostranstvu. Statistike potvrđuju da se beogradska Arbitraža veoma brzo svrstala među vodeće svetske arbitražne institucije i da je postala uticajna i na nacionalnom i na međunarodnom planu. U radu se predstavljaju i analiziraju različiti načini na koje je profesor Konstantinović animirao rad Spoljnotrgovinske arbitraže i njenim uspešnim rukovođenjem započeo moderno doba razvoja jugoslovenskog i srpskog arbitražnog prava.

Ključne reči: *Spoljnotrgovinska arbitraža u Beogradu. – Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže. – Arbitražni postupak. – Istorija arbitraže. – Mihailo Konstantinović.*

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *marko.jovanovic@ius.bg.ac.rs*.

1. UVOD

Hvaljen kao „kodifikator imovinskog prava i pisac istančanih studija sa izuzetnim osećajem za jezik i stil“ (Perović 1996, 9 i 32) te kao „jedan od najuglednijih i najpoštovanijih profesora Pravnog fakulteta koji je, vođen strašću za savršenstvom, uspevao da pronađe originalna rešenja za najsloženije probleme“ (Lukić 1982, 5–6), Mihailo Konstantinović je ostavio dubok trag u mnogim oblastima privatnog prava.

Iako je današnjim generacijama pravnika verovatno najpoznatiji po svojoj *Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima*, profesor Konstantinović je za sobom ostavio mnoga dugoročno značajna dela. Jedno od njih je i prva domaća moderna institucionalna arbitraža, čiji je zadatak bio da organizuje arbitražno rešavanje sporova iz međunarodnih trgovinskih odnosa. Naime, profesor Konstantinović je bio jedan od glavnih proponenata osnivanja Spoljnotrgovinske arbitraže pri Trgovinskoj komori Federativne Narodne Republike Jugoslavije. Tokom skoro tri decenije, koliko je obavljao dužnost njenog predsednika (1947–1974), i to prvog u istoriji te institucije, presudno je uticao na razvoj Spoljnotrgovinske arbitraže i izgradnju njenog ugleda. Čak i nakon povlačenja sa dužnosti predsednika, profesor Konstantinović je u Spoljnotrgovinskoj arbitraži ostao kao član predsedništva sve do smrti (Đurović 1982, 9), tako da je njegov uticaj na oblikovanje te institucije trajao čitavih trideset pet godina.

Uspešnost njegovog rukovođenja jasno potvrđuju statistike. Već prve godine svog rada, Spoljnotrgovinska arbitraža je imala četiri predmeta, što je i za današnje kriterijume veoma uspešno, dok je na svom vrhuncu, u periodu osamdesetih godina HH veka, imala između 73 i 141 predmeta godišnje (Vasiljević 1997, 4 fn. 7).[1] Kako su pokazala uporedna istraživanja koja je povodom proslave pedesetogodišnjice osnivanja sproveo njen tadašnji predsednik profesor Mirko Vasiljević, Spoljnotrgovinska arbitraža po ovom rezultatu nije značajno zaostajala za mnogo starijim i poznatijim Arbitražnim sudom Međunarodne trgovinske komore u Parizu u istom vremenskom periodu (Vasiljević 1997, 4, fn. 7, sa daljim upućivanjima).

[1] Navedene statistike obuhvataju samo klasične sporove međunarodnog trgovinskog prava. Osim njih, osamdesetih godina HH veka Spoljnotrgovinska arbitraža je organizovala vođenje i po nekoliko stotina tzv. sajamskih postupaka godišnje. To su bili tipski sporovi male vrednosti nastali zbog neplaćanja zakupnine na sajmovima. Sajmovi su morali da podnose tužbe iz knjigovodstvenih razloga, ali zapravo ni oni nisu bili zainteresovani za meritorno rešenje, pa se zato ti sporovi posebno navode u statističkim izveštajima Arbitraže (Vasiljević 1997, 4 fn. 7).

Iako su se ratovi devedesetih godina prošlog veka i ekonomska izolacija zemlje odrazili na rad Spoljnotrgovinske arbitraže tako što su uticali na drastičan pad broja predmeta čije je rešavanje organizovala, ta institucija je ipak odolela teškoćama i izazovima nestabilnih vremena.[2] Uspela je da „preživi" čak četiri promene državnog uređenja, tako da i danas, kao Stalna arbitraža pri Privrednoj komori Srbije, opstaje na sve konkurentnijem „tržištu arbitražnih usluga", trudeći se da drži korak sa razvojem arbitražnog prava i prakse.

Moglo bi se pretpostaviti da bi takva izdržljivost i dugovečnost Stalne arbitraže teško bila moguća da joj profesor Konstantinović nije postavio zdrave i čvrste temelje. Zato ćemo u ovom radu nastojati da prikažemo kako je profesor Konstantinović, osnivanjem Spoljnotrgovinske arbitraže i višedecenijskim animiranjem njenog rada, otvorio novu eru u razvoju arbitražnog prava i prakse u Jugoslaviji, odnosno Srbiji. U tom cilju najpre ćemo objasniti kontekst u kojem je nastala Spoljnotrgovinska arbitraža, zatim ćemo predstaviti najznačajnije odredbe njenog prvog pravilnika i, konačno, analizirati glavne pretpostavke za uspešan rad Arbitraže.

2. KONTEKST OSNIVANJA SPOLJNOTRGOVINSKE ARBITRAŽE

Uprkos teškim razaranjima kojima je bila izložena u Drugom svetskom ratu i veoma složenoj unutrašnjopolitičkoj situaciji, ondašnja Jugoslavija se trudila da učestvuje u događajima za koje će se pokazati da su bili ključni za razvoj međunarodnih privrednih odnosa u HH veku. Jedan od tih događaja je bila i Monetarna i finansijska konferencija Ujedinjenih nacija, poznatija kao Konferencija u Breton Vudsu. Ova konferencija je održana u julu 1944. godine i bila je posvećena dogovaranju o uređenju međunarodnog ekonomskog poretka koji bi bio uspostavljen po završetku Drugog svetskog rata.[3] Kao što je dobro poznato, na konferenciji su usvojeni sporazumi i predlozi za podsticanje međunarodne privredne saradnje, liberalizaciju prekogranične trgovine i napuštanje do rata dominantne protekcionističke paradigme.

---

[2] Više o tome vid. u Mitrović 2003, 122–123; Stanivuković 2022, 7.

[3] Da je prihvatio predlog dr Ivana Šubašića da u junu 1944. godine postane jugoslovenski ambasador u Sjedinjenim Američkim Državama, moglo je da se desi da predstavnik Jugoslavije na konferenciji u Breton Vudsu bude upravo profesor Konstantinović. Ovako, jugoslovenski delegat je bio Vladimir Ribar, tadašnji savetnik u Ambasadi u Vašingtonu.

Nagli rast svetske privredne aktivnosti koji se predviđao po završetku Drugog svetskog rata nosio je i rizik od porasta broja sporova između privrednih subjekata. Svesne tog rizika, nove jugoslovenske vlasti su odmah po oslobođenju zemlje počele da rade na uspostavljanju mehanizama koji bi uspešno odgovorili izazovima očekivane brojnosti i posebnosti tih sporova. Napori vlasti su išli u dva pravca.

Prvi pravac je bilo uspostavljanje mreže specijalizovanih pravosudnih organa nadležnih za rešavanje privrednih sporova bez elementa inostranosti. Primećeno je da bi bilo „(...) *nepravilno i neopravdano da se imovinski sporovi između državnih privrednih preduzeća rešavaju pred redovnim sudovima prema opštim pravnim normama građanskog prava i po relativno sporom i složenom građansko-parničnom postupku*" (Kidrič 1946, 201). Zato je Zakonom o rešavanju imovinskih sporova putem arbitraže[4] bilo predviđeno da se međusobni sporovi tadašnjih domaćih privrednih društava iznose na rešavanje posebnom sistemu tročlanih veća obrazovanih pri okruzima, autonomnim pokrajinama i republikama, a koje je objedinjavala Glavna državna arbitraža, osnovna pri Vladi FNRJ. Državna arbitraža, nazvana i organizovana po sovjetskom modelu (Goldštajn 1967, 55), ipak nije predstavljala arbitražu u smislu od države nezavisnog, alternativnog načina rešavanja sporova u kome stranke imaju široku dispoziciju. Dispozicija stranaka u državnoj arbitraži bila je ograničena u pogledu dva bitna elementa postupka. Prvo, jedan član arbitražnog veća je bio imenovan od državnog organa pri kome je data arbitraža bila organizovana. Drugo, osim inače merodavnih izvora prava (ugovora, uzansi, zakona i sl.), državna arbitraža je sporove trebalo da rešava u skladu privrednim planom i privrednom politikom Vlade FNRJ (Kidrič 1946, 201–202). Prema tome, uprkos formalnoj odvojenosti od sistema redovnih državnih sudova i okolnosti da je imala poneka svojstva arbitraže kakvu danas znamo (na primer, jednostepenost postupka), državna arbitraža se pre mogla kvalifikovati kao začetak specijalizovanog privrednog sudstva nego kao alternativni sistem rešavanja privrednih sporova. U teoriji tog doba državna arbitraža se karakteriše kao stručno upravno telo koje je tokom godina sve više poprimalo elemente sudskog organa (Ilić 1975, 84). Postepeni hod sistema državne arbitraže ka klasičnom specijalizovanom privrednom sudstvu okončan je 1954. godine,

[4] Zakon o rešavanju imovinskih sporova putem arbitraže, *Službeni list FNRJ* 103/46. Ovaj Zakon je prestao da važi 2. januara 1948. godine, kada je stupio na snagu Zakon o Državnoj arbitraži, *Službeni list FNRJ* 107/47. Taj zakon je pretrpeo određene izmene i dopune godinu dana kasnije (*Službeni list FNRJ* 50/49).

kada je, članom 105 tada usvojenog Zakona o privrednim sudovima,[5]Glavna državna arbitraža pretvorena u Vrhovni privredni sud a ceo sistem državnih arbitraža „pretopljen" u privredne sudove odgovarajućih nivoa.[6]

Drugi pravac prilagođavanja na ekonomske prilike nastale posle Drugog svetskog rata bilo je podsticanje klasične međunarodne trgovinske arbitraže u današnjem smislu te reči. Taj pravac prilagođavanja je bio mnogo značajniji za delotvorno poslovanje jugoslovenskih privrednih subjekata na inostranim tržištima. Treba primetiti da je arbitraža kao alterantivni mehanizam rešavanja sporova bila poznata i u predratnoj Jugoslaviji, odnosno Srbiji. U literaturi se navodi podatak da se iz(a)brani sudovi u našem pravu prvi put pojavljuju 1857. godine, kada je knez Aleksandar Karađorđević doneo Ukaz o ustanovljenju Trgovačkog odbora u Beogradu, u čijem se paragrafu 37 predviđa obrazovanje Izbranog suda u okviru tog tela (Vasiljević 1997, 3 fn. 3). Profesor Goldštajn beleži da se u Kraljevini Jugoslaviji veliki deo trgovinskih sporova rešavao pred izbranim sudovima, kako stalnim tako i *ad hoc* (Goldštajn 1967, 55). Kako dalje objašnjava, stalni izbrani sudovi su se organizovali pri produktnim berzama u Beogradu, Novom Sadu, Somboru, Zagrebu i Ljubljani, pri trgovačkim i trgovačko-industrijskim komorama u Beogradu, Zrenjaninu (tadašnjem Velikom Bečkereku), Banja Luci, Podgorici, Sarajevu, Zagrebu, Osijeku, Splitu i Skoplju, kao i pri udruženjima trgovaca i industrijalaca u Osijeku i Sušaku (Goldštajn 1967, 55).

Posle Drugog svetskog rata i promene političkog i ekonomskog poretka u zemlji, osnivanje nove arbitražne institucije koja bi bila sposobna da izađe na kraj sa svim izazovima spoljne trgovine, koja se u to vreme odvijala u vrlo specifičnim uslovima, postala je nužnost (Milošević 1959, 198; Trajković 2000, 24; Đorđević 2010, FTCA-1). Profesor Konstantinović je to dobro i blagovremeno uočio, pa je, kao rezultat njegovih zalaganja, Uredbom o Trgovinskoj komori FNRJ,[7] obezbeđen pravni osnov za formiranje dve arbitražne institucije u okviru Komore: Pomorske i Spoljnotrgovinske arbitraže. Članom 13 stav 1 te Uredbe bilo je predviđeno da se pred Spoljnotrgovinskom arbitražom rešavaju sporovi trgovačke prirode koji nastanu iz spoljnotrgovinskog prometa domaćih organizacija, ustanova i preduzeća sa inostranim organizacijama, ustanovama i preduzećima. Time su nadležnosti Spoljnotrgovinske arbitraže usklađene sa opštim ciljevima

---

5 *Službeni list FNRJ* 31/54.

6 Članom 1 Zakona o sudovima iz 1954. godine (*Službeni list FNRJ* 30/54) bilo je predviđeno da u Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji suđenje vrše redovni, privredni i vojni sudovi.

7 *Službeni list FNRJ* 103/46.

Trgovinske komore propisanim članom 2 Uredbe, a to su: a) uspostavljanje i održavanje poslovnih i društvenih veza sa inostranim trgovačkim i drugim privrednim organizacijama; b) saradnja na organizovanju međunarodnih sajmova uzoraka u zemlji i učešću na inostranim sajmovima; v) saradnja na propagandi spoljne trgovine FNRJ i g) vršenje ostalih poslova koji Komori budu povereni pojedinim zakonima, uredbama i pravilnicima. Iako je Uredba stupila na snagu danom objavljivanja u „Službenom listu FNRJ", 20. decembra 1946. godine, Spoljnotrgovinska arbitraža je formalno osnovana tek naredne godine, kada je na snagu stupio njen Pravilnik.[8] Godinu dana kasnije zaokruženo je stvaranje normativnih akata Spoljnotrgovinske arbitraže usvajanjem posebnog Pravilnika o postupku za mirenje.[9]

Nakon konstituisanja Spoljnotrgovinske arbitraže pri Trgovinskoj komori FNRJ, počeo je talas osnivanja sličnih institucionalnih arbitraža i u okolnim državama. Tako su, primera radi, Stalni arbitražni sud pri Privrednoj komori Mađarske i Arbitražni sud pri Privrednoj komori Čehoslovačke osnovani 1949. godine, dok je Međunarodna trgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Rumunije osnovana 1953. godine. Time su te države pokušale da uhvate korak sa praksom koja je već bila uspostavljena u državama severne i zapadne Evrope, gde su arbitražne institucije osnivane krajem XIX i početkom HH veka.[10] Ipak, čini se da je Spoljnotrgovinska arbitraža bila nešto uspešnija od ostalih, tako da je za vreme dok je na njenom čelu stajao profesor Konstantinović uspela da se uzdigne u jednu od dvadesetak najpoznatijih arbitražnih institucija na svetu (Đurović 1982, 10). Takođe, za razliku od mnogih okolnih država, Jugoslavija nije bila članica Saveta za uzajamnu ekonomsku pomoć, što je doprinelo slobodnijem razvoju beogradske Arbitraže u godinama koje su usledile.

U kontekstu osnivanja Spoljnotrgovinske arbitraže, zanimljivo je primetiti da zamah koji je dobila međunarodna arbitraža nije obuhvatio i unutrašnju arbitražu. Naime, otkako je, stupanjem na snagu pravosudnih zakona

---

8 *Službeni list FNRJ* 26/47.

9 *Službeni list FNRJ* 102/48.

10 Primera radi, Londonski međunarodni arbitražni sud je osnovan 1892. godine, Arbitražni sud Ciriške privredne komore 1911. godine, Arbitražni institut pri Stokholmskoj privrednoj komori 1917. godine, a Arbitražni sud Međunarodne trgovinske komore u Parizu 1922. godine. Detaljnije o razvoju međunarodne trgovinske arbitraže u HH veku vid. u Born 2022, 7–65, a o razvoju vodećih evropskih arbitražnih institucija u Trajković 2000, 72–92.

1954. godine, izvršena puna judikalizacija sistema državne arbitraže,[11] nestao je pravni osnov za arbitražno rešavanje privrednih sporova bez elementa inostranosti. Tako je, članom 7 Zakona o privrednim sudovima, bilo predviđeno da se za sporove iz nadležnosti privrednih sudova ne mogu osnivati ni ugovarati izbrani sudovi, osim ako zakonom nije drugačije određeno. Članom 3 stav 2 istog zakona mogućnost osnivanja i ugovaranja arbitraža dozvoljena je za sporove u kojima je jedna od strana inostrano fizičko ili pravno lice, ali ne i za sporove između domaćih subjekata.[12] Kao verovatne razloge nedopuštenosti unutrašnje arbitraže profesor Poznić navodi tadašnje manjkavosti arbitraže kao načina rešavanja sporova (okolnost da su se u to vreme arbitri češće ponašali kao zastupnici stranaka koje ih imenuju nego kao nepristrasni odlučioci) i opasnost zloupotrebe (nametanje arbitraže od ekonomski jače strane slabijoj) (Poznić 1954, 306–307).

Ostavljajući po strani detaljnije razmatranje da li su razlozi koje navodi profesor Poznić zaista presudno uticali na zakonodavca da izopšti unutrašnju arbitražu iz domaćeg pravnog sistema, oni nesumnjivo govore o velikoj podozrivosti tadašnje stručne javnosti prema arbitraži kao alternativnom načinu rešavanja trgovinskih sporova. U takvim okolnostima angažman profesora Konstantinovića u Spoljnotrgovinskoj arbitraži dobija još veći značaj i zaslužuje veće poštovanje jer je u društvenim prilikama koje nimalo nisu bile naklonjene arbitraži on uspeo da izgradi ugled i autoritet institucije čijim radom je rukovodio. U prilog njegovoj umešnosti i veštini može da govori i podatak da je druga komorska arbitražna institucija, Pomorska arbitraža pri Trgovinskoj komori FNRJ, bila izuzetno kratkog veka – raspuštena je već posle šest godina od osnivanja, kada je njen pravilnik stavljen van snage

[11] Članom 1 stav 1 Zakona o sudovima (*Službeni list FNRJ* 30/54) bilo je propisano da u FNRJ suđenje vrše redovni, privredni i vojni sudovi. Članom 105 Zakona o privrednim sudovima (*Službeni list FNRJ* 31/54) bilo je predviđeno da danom stupanja na snagu tog Zakona okružne državne arbitraže postaju okružni privredni sudovi, republičke državne arbitraže postaju viši privredni sudovi, Glavna državna arbitraža postaje Vrhovni privredni sud, a Savezna državna arbitraža prestaje sa radom. Štaviše, tom odredbom je bilo predviđeno i da će sve nerešene predmete državnih arbitraža završiti i rešiti privredni sudovi odgovarajućeg ranga.

[12] Unutrašnja arbitraža se vratila u naš pravni sistem tek 1965. godine, stupanjem na snagu Osnovnog zakona o preduzećima, čijim je članom 206 domaćim strankama dopuštena mogućnost da ugovore nadležnost izbranog suda za svoje međusobne sporove (vid. Goldštajn 1967, 56).

članom 112 Zakona o privrednim sudovima iz 1954. godine.[13] Nasuprot njoj, Spoljnotrgovinska arbitraža je savladala (i) te izazove, tako da nije imala bilo kakav prekid u svom radu od osnivanja do današnjih dana.

3. OPŠTI POGLED NA PRVI PRAVILNIK SPOLJNOTRGOVINSKE ARBITRAŽE

Prvi Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže bio je, za današnje standarde, relativno kratak akt. Imao je ukupno 31 član, isto koliko i Pravilnik o Pomorskoj arbitraži pri Trgovinskoj komori FNRJ, koji je donet istom prilikom i objavljen u istom službenom glasilu.[14] Ne čudi zato to što su i sadržaji ta dva akta bili gotovo identični.[15]

Pravni osnov za donošenje Pravilnika Spoljnotrgovinske arbitraže bio je član 21 Uredbe o Trgovinskoj komori FNRJ, kojim je bilo propisano da će bliže odredbe o ustrojstvu i postupku te Arbitraže biti uređene posebnim pravilnikom koji će doneti ministar spoljne trgovine FNRJ u saradnji sa ministrom pravosuđa. Stupanjem na snagu Pravilnika,[16] imenovanjem dužnosnika (predsednika, potpredsednika, sekretara, zamenika sekretara, službenika sekretarijata) i utvrđivanjem liste arbitara završeno je konstituisanje Spoljnotrgovinske arbitraže, tako da je ona mogla da počne sa radom već polovinom 1947. godine.

Premda odredbe Pravilnika iz 1947. godine nisu sistematizovane u uže celine, čini se da je njih ipak moguće načelno grupisati na način na koji bi današnja nomotehnička praksa to učinila. Tako bi se došlo do sedam grupa normi. Međutim, treba primetiti da ta podela ne bi trebalo da bude isuviše oštra jer se povremeno uočava da su pojedine norme iz različitih razloga „zalutale“ među odredbe koje većim delom uređuju neko drugo pitanje.

---

[13] Izmenama Pravilnika Spoljnotrgovinske arbitraže iz 1958. godine, toj instituciji je data mogućnost da organizuje arbitražno rešavanje pomorskih sporova domaćih privrednih preduzeća, ustanova ili organizacija sa inostranim fizičkim ili pravnim licima. Vid. čl. 1 st. 1 t. 2 Pravilnika o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Saveznoj spoljnotrgovinskoj komori, *Službeni list FNRJ* 28/58.

[14] *Službeni list FNRJ* 26/47.

[15] Osim tehničkih razlika koje su bile uslovljene različitim predmetima sporova čiju arbitražu organizuju dve institucije, jedina značajnija razlika je bila u tome što je sedište Spoljnotrgovinske arbitraže bilo u Beogradu, a Pomorske arbitraže na Sušaku.

[16] Prema odredbi člana 31, Pravilnik stupa na snagu 30 dana od dana objavljivanja u „Službenom listu“. Budući da je objavljen 28. marta 1947, Pravilnik je stupio na snagu 28. aprila 1947. godine.

Prvu grupu bi činili članovi 1–6 i to su osnovne odredbe o ustrojstvu Spoljnotrgovinske arbitraže. Njima su definisani pojam Spoljnotrgovinske arbitraže, njena organizaciona struktura i sedište. Propisano je da Spoljnotrgovinska arbitraža ima predsednika i potpredsednika, koji se biraju na godinu dana među licima „upućenim u pitanja spoljnotrgovinskog poslovanja“,[17] kao i sekretarijat, čiji su članovi (sekretar, zamenik sekretara i službenici sekretarijata) zaposleni u Komori.[18] U toj grupi odredaba su i one kojima se definišu nadležnosti, odnosno dužnosti svakog od ovih lica.[19]

Drugu grupu odredaba čine norme kojima se uređuje nadležnost Arbitraže. One su postavljene vrlo široko, pa je njima tako predviđena mogućnost postupanja Spoljnotrgovinske arbitraže u međunarodnim trgovinskim sporovima, koji obuhvataju sporove u vezi sa prevozom robe, osiguranjem i posredovanjem.[20] U tu grupu se mogu svrstati i odredbe koje predviđaju postupak osporavanja nadležnosti Arbitraže.[21]

Narednu grupu odredaba čine pravila o sastavu arbitražnog suda. Te norme nisu koncentrisane u jednom delu Pravilnika već se protežu kroz celu prvu polovinu njegovog teksta. Obuhvat im je nešto uži nego što bi se to danas očekivalo, jer Pravilnik nije predviđao mogućnost da lice imenovano za arbitra odbije da se prihvati dužnosti niti je ostavljao pravo stranama u sporu da iznesu prigovor na imenovanje koje učini suprotna strana, arbitri (u slučaju imenovanja predsednika veća) ili predsednik Spoljnotrgovinske arbitraže (u slučaju da neka od strana propusti da imenuje arbitra ili dva arbitra koja imenuju strane ne mogu da se blagovremeno sporazumeju o izboru predsednika veća). Nema podataka da je izostanak tih odredaba ikada napravio neki zapažen problem u praksi, iako je reč o praznini koja bi u današnje vreme mogla da napravi velike teškoće pa čak i potpuno onemogući uredno odvijanje arbitražnog postupka. Čini se da postoje najmanje dva moguća objašnjenja zašto do problema ipak nije dolazilo.

Jedno objašnjenje bi bilo to da je predsednik Spoljnotrgovinske arbitraže svojom veštinom izbegavao poteškoće tako što bi obavljao preliminarne razgovore sa potencijalnim arbitrima o njihovoj vremenskoj raspoloživosti, odnosno o razlozima eventualne nemogućnosti da postupaju u konkretnom

---

17 Član 2 stav 1 Pravilnika.

18 Član 5 Pravilnika.

19 Član 4 Pravilnika propisuje dužnosti predsednika i potpredsednika, dok član 6 uređuje dužnosti sekretara Arbitraže.

20 Član 1 stav 1 Pravilnika.

21 Član 7 stavovi 2 i 3 Pravilnika.

sporu. Nema naučno relevantnih podataka ili beležaka da su se takvi razgovori zaista i dešavali, ali bi, s obzirom na uobičajenu dinamiku rada manjih arbitražnih institucija, bilo razumno pretpostaviti da je do njih dolazilo.

Drugo objašnjenje bi moglo da se traži u okolnosti da se Spoljnotrgovinska arbitraža na početku svog rada strogo držala tzv. sistema lista, koji je podrazumevao da se za arbitra moglo imenovati samo ono lice čije se ime nalazi na listi koju sastavlja arbitražna institucija. Time se omogućavalo instituciji da napravi svojevrsnu trijažu potencijalnih arbitara, čime bi se umanjila verovatnoća da neko lice nije u mogućnosti da se prihvati dužnosti iz predvidljivih razloga vremenske sprečenosti, zavisnosti od stranaka ili njihovih zastupnika, ili pristrasnosti.[22] Štaviše, budući da se lista, shodno članu 2 stav 2 Pravilnika, sastavljala na godinu dana, očekivanje „reizbora", tj. zadržavanja na listi duže od jednog mandatnog ciklusa, verovatno je motivisalo potencijalne arbitre da svom imenovanju daju prednost nad ostalim obavezama i da dužnost arbitra obavljaju u skladu sa Pravilnikom.

Nasuprot pravilima o sastavu arbitražnog suda, odredbe kojima se uređuje arbitražni postupak su prilično brojne i relativno detaljne. Uređena su pitanja postupka podnošenja i obaveznog sadržaja tužbe (članovi 8 i 9 Pravilnika) i odgovora na tužbu (članovi 11 i 12 Pravilnika), postupak predlaganja i pozivanja svedoka (član 9 stav 2 Pravilnika), postupak predlaganja drugih dokaznih sredstava i izvođenja dokaza (član 20 Pravilnika), zakazivanje i održavanje usmene rasprave (članovi 17, 19 i 22 Pravilnika), zastupanje strana u sporu (član 18 Pravilnika) kao i postupak za određivanje mera za obezbeđenje predmeta spora (član 21 Pravilnika).

Na pravila o arbitražnom postupku nadovezuju se pravila o arbitražnoj odluci. Njima se dosta minuciozno definišu način donošenja arbitražne odluke, njen sadržaj i dejstva.[23] Predviđena je mogućnost da član arbitražnog veća koji se nije složio sa odlukom priloži svoje mišljenje u zasebnom aktu,[24] kao i da arbitražno veće, odnosno arbitar pojedinac ispravi naknadno uočene tehničke i računske greške u odluci.[25]Pravilnik dozvoljava i mogućnost zaključenja poravnanja koje će biti dato na zapisnik ili služiti kao osnov za donošenje arbitražne odluke na osnovu takvog poravnanja.[26]

---

[22] Iako se pitanja nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara postavljaju u konkretnim slučajevima i u odnosu na konkretna lica, malobrojnost jugoslovenske „arbitražne zajednice" četrdesetih i pedesetih godina HH veka omogućavala je da ipak postoji određena, iako ne potpuna, predvidljivost tih kriterijuma.

[23] Donošenju i dejstvima arbitražne odluke posvećena su čak četiri člana Pravilnika. Vid. čl. 23, 25, 26 i 29 Pravilnika.

[24] Član 24 Pravilnika.

[25] Član 25 stav 2 Pravilnika.

[26] Član 27 Pravilnika.

Prilično detaljno je uređeno i pitanje troškova. Dok je propisivanje same tarife stavljeno u nadležnost Saveta Trgovinske komore[27] pa se, shodno tome, tarifa objavljivala u posebnom aktu, Pravilnikom se nalaže tužiocu da predujmi troškove postupka,[28] propisuju se stope povraćaja tog iznosa u slučaju odustanka od spora zavisno od trenutka u kom do odustanka dođe[29] i postavljaju opšta pravila o konačnoj raspodeli troškova postupka[30].

Konačno, poslednju grupu normi čine prelazne i završne odredbe. U toj grupi se nalazi samo jedna norma, kojom je bilo predviđeno da Pravilnik stupa na snagu 30 dana po objavljivanju u „Službenom listu FNRJ".[31] Zanimljivo je primetiti da u ovu grupu odredaba nije uključena norma o nadležnosti za donošenje izmena i dopuna Pravilnika. U odsustvu takve posebne norme, moglo se zaključiti da bi se na eventualne izmene i dopune imalo primeniti isto pravilo koje se primenilo na donošenje prve verzije Pravilnika – član 21 Uredbe o Trgovinskoj komori FNRJ. Međutim, u praksi do ovakve dileme nikada nije došlo. Zbog potrebe usklađivanja sa društveno-ekonomskim promenama koje je doneo Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ iz 1953. godine, krajem 1957. godine usvojen je Zakon o udruživanju u privredi.[32] Ovim Zakonom je, između ostalog, reformisan jugoslovenski komorski sistem i umesto Trgovinske komore FNRJ uspostavljena je Savezna spoljnotrgovinska komora.[33] U okviru nje se osniva Spoljnotrgovinska arbitraža,[34] čiji pravilnik donosi upravni odbor Savezne spoljnotrgovinske komore, a odobrava Komitet za spoljnu trgovinu u sporazumu sa Sekretarijatom za pravosudne poslove Saveznog izvršnog veća.[35]

Prvi Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže se u svom izvornom obliku primenjivao celu deceniju, sve do 1958. godine kada je, u skladu sa opisanim postupkom predviđenim Zakonom o udruživanju u privredi, usvojen novi Pravilnik o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Saveznoj privrednoj komori.[36] Njegovim stupanjem na snagu prestali su da važe i Pravilnik o

---

27 Iako je propisivanje tarife troškova bilo u nadležnosti Saveta trgovinske komore, tu odluku je morao da odobri ministar spoljne trgovine FNRJ u saglasnosti sa ministrom finansija (vid. član 30 Pravilnika).

28 Član 10 stav 1 Pravilnika.

29 Član 10 stav 2 Pravilnika.

30 Član 26 Pravilnika.

31 Član 31 Pravilnika.

32 *Službeni list FNRJ* 1/58.

33 Vid. čl. 24 i čl. 26 st. 1 t. 1 Zakona o udruživanju u privredi.

34 Član 136 Zakona o udruživanju u privredi.

35 Član 137 Zakona o udruživanju u privredi.

36 *Službeni list FNRJ* 28/58, sa ispravkom, *Službeni list FNRJ* 33/58.

Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Trgovinskoj komori FNRJ iz 1947. godine i Pravilnik o postupku za mirenje pred Spoljnotrgovinskom arbitražom pri Trgovinskoj komori FNRJ iz 1948. godine.[37] Pravilnik iz 1958. godine detaljnije i nomotehnički savršenije normira arbitražni postupak i postupak mirenja pred Spoljnotrgovinskom arbitražom, popunjava određene pravne praznine koje su bile primećene u prethodnoj praksi, ali izmene koje on donosi nisu značajno uticale na osnovni sadržaj, suštinu i duh Pravilnika iz 1947. godine (Đorđević 2010, FTCA-1).

4. PRETPOSTAVKE ZA USPEŠAN RAD ARBITRAŽE

Spoljnotrgovinska arbitraža pri Trgovinskoj komori Jugoslavije imala je, osim misije organizovanja postupka rešavanja sporova koja je uobičajena za svaku arbitražnu instituciju, i pionirski zadatak da izgradi kulturu arbitražnog rešavanja sporova u državi u kojoj nije postojala sistemski ustaljena navika alternativnog rešavanja trgovinskih sporova. Štaviše, Jugoslavija u doba nastanka i tokom prvih godina rada Spoljnotrgovinske arbitraže nije bila vezana ni međunarodnim ugovorima koji su u Evropi počeli da se zaključuju u toj materiji nekoliko decenija pre Drugog svetskog rata. Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama i Ženevska konvencija o izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1927. godine ratifikovani su tek 1959,[38] a sa zaključivanjem bilateralnih međunarodnih ugovora u ovoj oblasti se primetnije počelo tek pedesetih godina.[39] Kao što smo već pomenuli, čini se da ni opšta klima u jugoslovenskom društvu pedesetih godina HH veka nije bila naročito naklonjena arbitraži (vid. u tom smislu Poznić 1954, 306–307; Goldštajn 1967, 55–56). U takvim uslovima, Spoljnotrgovinska arbitraža je morala da izgradi svoj renome i autoritet oslanjajući se prevashodno na dva faktora: kvalitet Pravilnika i umešnost svog predsednika.

---

[37] Član 51 stav 1 Pravilnika iz 1958. godine.

[38] Zakoni o ratifikaciji oba ova instrumenta objavljeni su u *Službenom listu FNRJ – Međunarodni ugovori* 4/59. Međunarodni ugovori u oblasti arbitražnog prava koji su kasnije zaključivani brže su ratifikovani: Njujorška konvencija o priznanju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine ratifikovana je 1963. (*Službeni list SFRJ – MU* 12/63), Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine ratifikovana je takođe 1963. (*Službeni list SFRJ – MU* 12/63), dok je Vašingtonska konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država iz 1965. godine ratifikovana 1967. (*Službeni list SFRJ – MU* 7/67). Ipak, treba imati u vidu da su ova tri instrumenta zaključena deceniju i više nakon osnivanja Spoljnotrgovinske arbitraže.

[39] Pregled ovih međunarodnih ugovora vid. u Jakšić 1999, 30 fn. 22.

4.1. Kvalitet Pravilnika iz 1947. godine

Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže iz 1947. godine imao je najmanje dva glavna kvaliteta: prepoznavao je neke od osnovnih principa arbitraže (koji su ujedno i jemstvo uspešnosti ovog načina rešavanja sporova) i racionalno je koristio uzore iz uporednog prava.

4.1.1. Prihvaćenost osnovnih principa arbitraže

Što se tiče prihvatanja osnovnih principa arbitraže kao alternativnog načina rešavanja sporova, Pravilnik je nedvosmisleno ustrojio Spoljnotrgovinsku arbitražu kao telo koje je u svom radu nezavisno.[40] Takođe, na izbor glavnih dužnosnika Spoljnotrgovinske arbitraže (predsednika, potpredsednika i lica koja mogu obavljati dužnost arbitra) država nije mogla direktno da utiče. Ta lica je, shodno članu 2 stav 1 Pravilnika, svake godine birao Savet Trgovinske komore. Savet je, inače, bio rukovodeći organ komore koji je činilo 30 članova iz reda redovnih članova Komore i koje je, sa trogodišnjim mandatom, birala Skupština Komore.[41] Nezavisnost Arbitraže, u smislu njene odvojenosti od države, potvrđuje se i okolnošću da arbitraža nije bila predviđena kao oblik vršenja pravosudne funkcije Ustavom FNRJ iz 1946. godine.[42] Iako bi klasifikovanje arbitraže među oblike vršenja pravosudne funkcije u prvom redu predstavljalo odraz shvatanja da je njena pravna priroda u određenom pravnom sistemu prevashodno procesna (Jakšić 2003, 44–45) a ne nužno i dokaz njene zavisnosti od države, izopštenost međunarodne trgovinske arbitraže iz Ustavom utvrđene pravosudne piramide FNRJ predstavlja sasvim jasnu potvrdu njene funkcionalne samostalnosti a time i nemogućnosti državnih organa da neposredno utiču na donošenje arbitražnih odluka. Nezavisnost Spoljnotrgovinske arbitraže, čak i u tom prvom periodu njenog razvoja, konstatovana je i pohvaljena u pravnoj književnosti (Mitrović 1961, 256; Đorđević 2010, FTCA-2-FTCA-3).

Osim nezavisnosti, Pravilnik je uvažavao i ključnu pretpostavku efikasnosti arbitraže – jednostepenost postupka. Tako je članom 25 Pravilnika bilo izričito predviđeno da arbitražna odluka ima snagu pravnosnažne presude redovnih domaćih sudova i da protiv nje nije dozvoljena žalba. Budući

[40] Vid. čl. 3 st. 1 Pravilnika.

[41] Član 5 Uredbe o Trgovinskoj komori FNRJ.

[42] Vid. čl. 115 stav 1 Ustava Federativne Narodne Republike Jugoslavije iz 1946. godine, koji u organe pravosuđa u FNRJ ubraja Vrhovni sud FNRJ, vrhovne sudove republika i autonomnih pokrajina, okružne i sreske sudove.

da onovremeno jugoslovensko pravo još uvek nije poznavalo posebne mehanizme sudske kontrole arbitražnih odluka, a tu posebno mislimo na institut poništaja domaće arbitražne odluke,[43] moglo bi se pretpostaviti da su arbitražne odluke u to vreme mogle da se napadaju samo vanrednim pravnim lekovima, na isti način i pod istim uslovima kao što bi to bio slučaj sa pravnosnažnim i konačnim odlukama redovnih sudova.

Da bi Spoljnotrgovinska arbitraža stekla poverenje privrednih subjekata, nedostatak mogućnosti sudske kontrole arbitražnih odluka morao je da bude kompenzovan na planu stručnosti, odnosno specijalizovanosti arbitara. U svojoj prvoj verziji, Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže je dosledno primenjivao sistem liste.[44] Ovaj pristup je nekada bio dominantan u arbitraži, a danas ga primenjuje tek poneka arbitražna institucija (na primer, Arbitražni sud za sport u Lozani).[45] Sistem liste u Pravilniku Spoljnotrgovinske arbitraže iz 1947. godine podrazumevao je da za arbitre mogu biti imenovana samo lica čija se imena pojavljuju na listi koju svake godine sastavlja Savet Trgovinske komore.[46] Pri sastavljanju liste, Savet je članom 2 stav 2 Pravilnika bio upućen da vodi računa o tome da na listi budu zastupljena lica koja imaju stručnost u najvažnijim granama spoljne trgovine, uključujući transportnu, osiguravajuću i posredničku delatnost. Ovaj uslov je omogućavao da strane u sporu za arbitre mogu da izaberu lica čije stručne biografije ulivaju najveće poverenje (Mitrović 1964, 150), što svedoči o strateškom opredeljenju profesora Konstantinovića da autoritet Spoljnotrgovinske arbitraže gradi kvalitetom rada a ne planskim nametanjem njene nadležnosti ili nekim drugim putem.

Prvi Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže je, u pogledu izbora arbitara, imao još jedno ograničenje. Član 2 stav 3 Pravilnika predviđao je da arbitri pred Spoljnotrgovinskom arbitražom mogu biti samo jugoslovenski državljani. Ova odredba, sa današnje tačke gledišta, deluje kao potpuno nespojiva sa dispozitivnom prirodom arbitraže, ali bi se njeno postojanje u Pravilniku iz 1947. godine moglo objasniti potrebom jačanja poverenja u taj još uvek nedovoljno prihvaćen i rasprostranjen način rešavanja privrednih

[43] Tužba za poništaj arbitražne odluke kao posebno pravno sredstvo će biti uvedena tek deceniju kasnije, članovima 450–452 Zakona o parničnom postupku iz 1956. godine (*Službeni list FNRJ* 4/57).

[44] Sistem liste je ostao prihvaćen i u naknadnim verzijama Pravilnika, a počeće polako da se ublažava (zahtevom da samo predsednik arbitražnog veća, odnosno arbitar-pojedinac, mora da bude lice sa liste) pa zatim i potpuno napušta tek u XXI veku.

[45] Vid. odredbu R33 Procesnih pravila Arbitražnog suda za sport u Lozani.

[46] Vid. čl. 8 st. 2, čl. 11 i čl. 15 Pravilnika.

sporova. Reklo bi se da je taj zadatak relativno brzo ispunjen jer je već na jednom skupu o spoljnotrgovinskoj arbitraži održanom krajem marta 1963. godine izražen stav da bi na listu arbitara trebalo uključiti i strane državljane (Mitrović 1964, 150), tim pre što u Pravilniku iz 1958. godine nije zadržano formalno ograničenje za arbitre u pogledu državljanstva. U naučnim izvorima se beleži da se sa praksom uključivanja stranih državljana na listu arbitara počelo 1967. godine (Đorđević 2010, FTCA-4).

Princip efikasnosti postupka bio je dosledno sproveden u Pravilniku iz 1947. godine. Pravilnikom su bili predviđeni prilično kratki rokovi za izvođenje pojedinih radnji u postupku. Sekretarijat je bio dužan da tužbu dostavi tuženom na odgovor odmah pošto je primi, dok je rok za dostavljanje odgovora na tužbu iznosio 10 dana od dana njenog prijema u slučaju da se tuženi nalazi na teritoriji FNRJ, odnosno 30 dana u slučaju da se tuženi nalazi u inostranstvu.[47] Desetodnevni rok za dostavljanje odgovora na tužbu bi se i sa današnje tačke gledišta smatrao veoma kratkim, dok je rok od 30 dana propisan i trenutno važećom verzijom Pravilnika.[48] Kratki rokovi su bili predviđeni i za konstituisanje arbitražnog veća. Sekretarijat je bio dužan da u roku od pet dana od dana prijema odgovora na tužbu obavesti arbitre koje su imenovale stranke u njihovom imenovanju,[49] dok su tako imenovani arbitri imali rok od osam dana od dana prijema obaveštenja o sopstvenom imenovanju da se dogovore o imenovanju trećeg arbitra – predsednika veća.[50] Rok u kome je predsednik Arbitraže morao da imenuje arbitra u slučaju da neka od stranaka propusti da to blagovremeno učini, ili da dva arbitra imenovana od stranaka ne mogu da se dogovore o imenovanju trećeg, nije bio izričito određen, ali se sistemskim tumačenjem Pravilnika može naslutiti da je predsednik Arbitraže bio dužan da u tom pogledu deluje bez odlaganja. U prilog takvom zaključku idu i odredbe prema kojima je Sekretarijat morao da „odmah" obavesti arbitra koga određuje predsednik Arbitraže o njegovom imenovanju.[51] Za razliku od današnjih arbitražnih pravilnika, koji u određenim okolnostima dozvoljavaju mogućnost donošenja konačne odluke bez održavanja usmene rasprave, Pravilnik iz 1947. godine je predviđao obavezno održavanje usmene rasprave, ali nije postavljao čak ni instruktivni rok za njeno održavanje. Ipak, imajući u vidu okolnost da se svake godine sastavljala nova lista arbitara, bilo bi razumno očekivati da

[47] Vid. čl. 11 st. 1 Pravilnika.

[48] Vid. čl. 27 st. 1 Pravilnika o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije iz 2016. godine.

[49] Član 13 Pravilnika.

[50] Član 15 Pravilnika.

[51] Vid. čl. 14, 15 i 16 Pravilnika.

su arbitri bili motivisani da ne odugovlače u postupanju, kako bi svojom ekspeditivnošću otvorili put za „reizbor", tj. ostanak na listi. Za razliku od zakazivanja rasprave koje, kako vidimo, nije bilo omeđeno rokom, član 23 stav 3 Pravilnika je nalagao da se odluka mora doneti u roku od 15 dana od dana zaključivanja usmene rasprave. Prema tome, kada se uzmu u obzir svi pojedinačni rokovi koje je Pravilnik propisivao, može se zaključiti da je postupak pred Spoljnotrgovinskom arbitražom mogao da bude okončan u sveukupno veoma kratkom roku čak i za današnje standarde, što znači da je princip efikasnosti bio dosledno sproveden.

4.1.2. Odnos prema stranim uzorima

Osim prihvatanja i potvrđivanja osnovnih principa arbitraže kao alternativnog načina rešavanja sporova, glavne odredbe Pravilnika iz 1947. godine formulisane su po ugledu na tada vodeće tendencije u uporednom pravu. Međutim, kao što je to činio i u drugim kodifikatorskim poduhvatima u kojima je učestvovao, profesor Konstantinović se i ovde pridržavao svog stava da se ugledanje na strano pravo ne sme ograničavati na puko prepisivanje pravila, već na njihovo upodobljavanje opštem okruženju u kome se imaju primenjivati (vid. u tom smislu Konstantinović 1982, 361–362).[52]

Vrlo jasan primer ovakvog pristupa pruža način na koji je usvojen princip legaliteta u odlučivanju. Prihvatanje ovog principa je značilo da arbitraža ima dužnost da odluku donese na osnovu pravnih pravila, zakonskih ili autonomnih, a ne arbitrerno ili sa osloncem na neke vanpravne smernice, poput privrednih planova ili interesa državne ekonomske politike, kao što je to u određenim periodima i pred određenim forumima znao da bude slučaj (Goldštajn 1967, 55–56). U tom cilju je član 3 stav 1 Pravilnika izričito navodio da arbitraža svoje odluke donosi na osnovu zakona, ugovora i trgovačkih običaja. Za razliku od tada važećeg Pravilnika Arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore,[53] Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže iz 1947. godine čak nije predviđao mogućnost donošenja odluke na osnovu pravičnosti.[54] Ta sitna ali značajna razlika bi se mogla objasniti na nekoliko načina. Najlakše tumačenje bi svakako bilo to da je jednostavno došlo do previda prilikom formulisanja člana 3 Pravilnika. Međutim, teško bi bilo

[52] Isti stav profesor Konstantinović je iskazao i u tačkama 3–7 Prethodnih napomena uz *Skicu za zakonik o obligacijama i ugovorima*.

[53] Vid. čl. 16 st. 3 Pravilnka Arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore iz 1927. godine.

[54] Ta mogućnost je predviđena tek narednom verzijom Pravilnika Spoljnotrgovinske arbitraže. Vid. čl. 39 st. 4 Pravilnika iz 1958. godine.

zamisliti da je iskusan civilista i pedantan kodifikator, kakav je bio profesor Konstantinović, naprosto previdio jednu važnu specifičnost međunarodne trgovinske arbitraže. Zato bi se verovatnijim objašnjenjem činilo to da je mogućnost odlučivanja po pravičnosti izostavljena zbog isuviše velike nepredvidljivosti ishoda spora u takvom slučaju,[55] što ne bi bilo poželjno za jednu arbitražnu instituciju koja tek treba da se afirmiše i zadobije poverenje poslovne zajednice.

Nasuprot tome, neki drugi uzori su bili prihvatani sa manje odstupanja. Takav primer se vidi u pogledu načina uređenja raspravnog načela. Iako je arbitraži imanentna široka dispozicija stranaka, raspravno načelo ipak trpi određena ograničenja, barem u pravima kontinentalne tradicije.[56] Tako je članom 20 stav 1 Pravilnika bilo predviđeno ovlašćenje arbitara da sami zatraže dokaze kako bi utvrdili osnovanost tvrdnji strana u sporu. Ovo rešenje suštinski odgovara onome što je, nešto drugačijim rečima, predviđeno i u članu 16 stav 1 Pravilnika Arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore iz 1927. godine. Svrha tako ograničeno postavljenog raspravnog načela je u tome da se arbitraži omogući da ispuni dužnost utvrđivanja istine i da u tom zadatku ne bude sputana dispozicijom stranaka. U kontinentalnom pravnom krugu raspravno načelo je i danas uglavnom tako postavljeno (Knežević, Pavić 2009, 111).

Dakle, Pravilnikom iz 1947. godine počeo je da se krči put ka recepciji modernog arbitražnog prava u Jugoslaviju. Neki od tih prvih koraka su po prirodi stvari morali da budu sitniji i oprezniji, ali se zato korist takvog pristupa videla vrlo brzo. Zahvaljujući tome je već naredna verzija Pravilnika u velikom delu dobila strukturne i sadržinske obrise onoga što će i danas biti pravni okvir arbitraže pred Privrednom komorom Srbije.

4.2. Umešnost predsednika Spoljnotrgovinske arbitraže

Kao predsednik Spoljnotrgovinske arbitraže, profesor Mihailo Konstantinović je bio u prilici da značajno usmerava rad ove institucije, kako direktno tako i indirektno. Direktna ovlašćenja su proisticala iz Pravilnika, dok

[55] Više o nepredvidljivosti ishoda kod odlučivanja na osnovu pravičnosti vid. u Jovanović 2021, 386–389.

[56] O raspravnom načelu u arbitraži, sa posebnim osvrtom na razliku kontinentalne i anglosaksonske tradicije vid. u Knežević, Pavić 2009, 111. Više o različitim načinima izvođenja dokaza u uporednoj međunarodnoj trgovinskoj arbitraži vid. u Lew, Mistelis, Kröll 2003, 555–559.

se indirektna moć uticaja zasnivala na njegovom nespornom stručnom ugledu i velikom ličnom autoritetu. Obe ove moći profesor Konstantinović je morao vrlo vešto da koristi i kombinuje kako bi uspešno odgovorio na izazov organizacionog i statusnog utemeljivanja beogradske Arbitraže, koja je imala ambiciju da bude prihvaćena pre svega od jugoslovenskih, a zatim i od inostranih privrednika.

Formalna nadležnost predsednika Spoljnotrgovinske arbitraže u pogledu usmeravanja rada ove institucije sastojala se u njegovoj dužnosti da se stara o tačnoj primeni Pravilnika.[57] Na tom planu profesor Konstantinović se dosledno brinuo o tome da temeljni principi arbitražnog odlučivanja budu strogo primenjivani u praksi arbitražnih veća Spoljnotrgovinske arbitraže. Posebno mesto među tim principima zauzimaju nezavisnost i nepristrasnost. Ostale su zabeležene njegove reči da „*[a]rbitraža ne treba da se grabi za nadležnost, već da se spor ili nesporazum reši. A kada nastane spor ne postoji više naše i strano preduzeće, već samo tužilac i tuženik*“ (navedeno prema: Đurović 1982, 10). Upravo zahvaljujući ovakvom pristupu svog predsednika, Spoljnotrgovinska arbitraža je brzo stekla ugled i poverenje ne samo u zemlji već i u inostranstvu. Tako, profesor Dobrosav Mitrović navodi: „*Iako institucionalna arbitraža zatvorenog tipa, jer prihvata samo rešavanje sporova u kojima je jedna od stranaka jugoslovensko preduzeće, ova arbitraža je svojim nepristrasnim suđenjem i objektivnošću postala zapažena i stekla ugled u svetu. Potvrda ovoga je da strani poslovni partneri naših preduzeća sve češće pristaju da za slučaj spora ugovore nadležnost naše arbitraže i rado joj se podvrgavaju*“ (Mitrović 1961, 256). Statistike koje smo naveli u uvodnom delu ovog rada potvrđuju tačnost ove ocene.

Treba uočiti da se ugled Spoljnotrgovinske arbitraže nije gradio samo unutar granica Jugoslavije. Samo petnaestak godina nakon osnivanja ove arbitražne institucije, njenu nadležnost su počela da ugovaraju i strana privredna društva. U literaturi je naročito zabeležen predmet sa početka šezdesetih godina HH veka u kome se kao sporno postavilo pitanje da li kompanija iz Italije i kompanija iz Bugarske mogu da ugovore nadležnost Spoljnotrgovinske arbitraže u Beogradu za rešavanje njihovog ugovornog spora.[58] Pitanje je izazvalo dilemu zato što je tada važeći Pravilnik, baš kao i prvi Pravilnik iz 1947. godine, predviđao da se nadležnost Spoljnotrgovinske arbitraže može ugovoriti za sporove između domaćih privrednih subjekata i stranih fizičkih ili pravnih lica.[59] Iz ove odredbe je nesumnjivo proizlazilo

[57] Vid. čl. 4 st. 1 Pravilnika.

[58] Vid. Odluku Spoljnotrgovinske arbitraže od 11. juna 1963. godine.

[59] Upor. čl. 1 st. 1 Pravilnika iz 1947. i čl. 1 st. 1 t. 1 Pravilnika iz 1958. godine.

da se, prema pravilima Spoljnotrgovinske arbitraže, ne mogu rešavati trgovinski sporovi dva domaća privredna subjekta, ali se smatralo da u pogledu dozvoljenosti postupanja u sporu između dva strana subjekta postoji pravna praznina. Arbitražno veće je pristupilo ciljnom i sistemskom tumačenju Pravilnika i zaključilo da je smisao izričitog navođenja da se pred Arbitražu mogu izneti sporovi iz spoljnotrgovinskih odnosa domaćih i stranih subjekata u tome da se spreči mogućnost arbitražnog rešavanja unutrašnjih sporova. Shodno tome, cilj i svrha Pravilnika neće biti izigrani ako arbitražno veće prihvati nadležnost u sporu između dva strana subjekta koji su beogradsku arbitražu birali kao neutralni forum (vid. u tom smislu Mitrović 1964, 150–151).

Iz ove vremenske tačke i u nedostatku primarnih izvora ne možemo da ocenimo koliki je bio lični uticaj profesora Konstantinovića na takvo rezonovanje nadležnog arbitražnog veća. Nema podataka o tome da li su, pre nego što je ovaj predmet podnet Arbitraži, ikada vođeni načelni razgovori među arbitrima o potencijalnom postupanju ukoliko bi se slična situacija desila niti da li su se članovi postupajućeg arbitražnog veća neformalno konsultovali sa profesorom Konstantinovićem. Ali, sa sigurnošću se može oceniti da se praksa prihvatanja nadležnosti u sporovima između dva strana subjekta ne bi nastavila da je profesor Konstantinović, vršeći svoju dužnost nadzora nad valjanom primenom odredaba Pravilnika, smatrao da je takva odluka u suprotnosti sa slovom i duhom Pravilnika. Istini za volju, bilo bi vrlo teško zamisliti da čovek toliko otvorenog uma i duha, kao što je bio profesor Konstantinović, usmerava rad Spoljnotrgovinske arbitraže tako da je svede na parohijalno parasudsko telo. Zato je sasvim razumljiva bila težnja da se Spoljnotrgovinska arbitraža pozicionira i na međunarodnom planu, što se, kako arbitražna odluka iz 1963. godine potvrđuje, ostvarilo zavidno brzo.

Uticaj profesora Konstantinovića na uspešan razvoj Spoljnotrgovinske arbitraže se nije iscrpeo samo u njegovom uzornom i smislenom obavljanju dužnosti nadzora nad radom ove institucije i usmeravanju njenog delovanja kako bi na najbolji način ispunila svoju primarnu misiju – organizovanje arbitražnog rešavanja sporova iz međunarodnih trgovinskih odnosa. Profesor Konstantinović je bio svestan da svaki pravozaštitni postupak, bio on sudski ili arbitražni, iziskuje vreme i novac, kao i da se često vrlo negativno odražava na međusobne odnose stranaka, pa je izuzetno veliku pažnju posvećivao sprečavanju nastanka sporova. S tim na umu, on je značajan deo aktivnosti Spoljnotrgovinske arbitraže usmeravao ka preventivnom

delanju.[60] To je činio tako što se starao da Spoljnotrgovinska arbitraža daje savete i mišljenja domaćim privrednim subjektima kako bi im pomogla da međunarodne poslovne nesporazume reše uz što manje posledica, da u što ranijoj fazi izbegnu sporove sa svojim partnerima i da ne dođu u situaciju da moraju da vode postupke pred stranim sudovima, arbitražama ili drugim telima. Kako navodi profesor Đurović, „(...) *retko prođe dan a da se dve-tri organizacije udruženog rada ne obrate Spoljnotrgovinskoj arbitraži u vezi sa određenim složenim pitanjima iz oblasti spoljnotrgovinskog poslovanja i mogućim pravnim rešenjima nastale situacije*" (Đurović 1982, 10). Premda davanje pravnih saveta ne spada u krug redovnih delatnosti jedne arbitražne institucije, odluka profesora Konstantinovića da Spoljnotrgovinska arbitraža pruža savetodavnu podršku domaćim privrednicima nesumnjivo je doprinela jačanju poverenja u stručnost beogradske Arbitraže, pa je tako bila i u funkciji obavljanja njene primarne misije.

Imajući sve ovo na umu, sasvim je očekivano to što su Spoljnotrgovinska arbitraža i profesor Konstantinović kao njen predsednik uživali veliko poštovanje ne samo na unutrašnjem već i na međunarodnom planu. Arbitraža je bila predstavljena na svim vodećim međunarodnim stručnim skupovima, a izlaganja profesora Konstantinovića su bila visoko stručno ocenjivana od učesnika iz različitih političkih i ekonomskih podneblja (Đurović 1982, 10). Kao što je stručnim savetima pomagala domaćim privrednicima, Arbitraža je pomagala i u osnivanju arbitražnih institucija u regionu. Ostalo je zabeleženo da su Spoljnotrgovinska arbitraža i profesor Konstantinović dali veliki doprinos osnivanju institucionalne arbitraže u Grčkoj sedamdesetih godina HH veka tako što su, između ostalog, grčkim kolegama omogućili uvid u relevantne normativne akte i arbitražnu praksu, preneli sopstvena iskustva i dali brojne praktične savete (Đurović 1982, 11).

5. ZAKLJUČAK

Spoljnotrgovinska arbitraža pri Trgovinskoj komori FNRJ osnovana je u doba velikih političkih, ekonomskih i pravnih izazova. Njena uloga se zato nije svodila na to da bude tek „jedna od" svetskih arbitražnih institucija već je morala da stvori i učvrsti kulturu arbitražnog rešavanja privrednih sporova u društvu koje se još oporavljalo od razornih posledica Drugog svetskog rata i, uporedo sa tim, doživljavalo brojne promene. U radu na uspostavljanju

[60] Zanimljivo je primetiti da je iznalaženje što delotvornijih načina prevencije sporova i danas jedan od važnih zadataka međunarodne trgovinske i investicione arbitraže.

Spoljnotrgovinske arbitraže profesor Mihailo Konstantinović je angažovao svoje najveće kvalitete i sposobnosti: široko obrazovanje, istančano razumevanje svrhe prava, dalekovidost, svest o potrebi prilagođavanja prava uslovima društva u kome će se primenjivati i, nadasve, talenat da stvara dela koja odolevaju vremenu. Rezultat njegovog posvećenog rada bio je sasvim očekivan: Pravilnik iz 1947. godine bio je dovoljno sažet da svojom detaljnošću ne odvrati privredne subjekte od ugovaranja arbitraže, a opet dovoljno precizan u normiranju osnovnih pravila arbitražnog postupka. Njime je tako postavljen temelj za sistem koji će se u narednim decenijama, pa sve do današnjih dana, razvijati i usavršavati.

Međutim, za uspeh Spoljnotrgovinske arbitraže nije bio dovoljan samo valjano sastavljen pravilnik. Bilo je potrebno i odgovarajuće usmeravanje rada ove institucije, naročito u prvim godinama njenog postojanja. I na tom polju profesor Konstantinović je pokazao izuzetnu sposobnost i uložio veliki trud da Arbitraža što brže zadobije poverenje privrednih subjekata, najpre u zemlji pa onda i u inostranstvu. Taj cilj je, s jedne strane, postignut insistiranjem na visokim standardima stručnosti, nezavisnosti i nepristrasnosti u odlučivanju, a s druge strane, savetodavnom delatnošću upravljenom ka izbegavanju sporova i ka jačanju povezanosti između Arbitraže i privrede.

Stalan rast broja predmeta rešavanih prema Pravilniku Spoljnotrgovinske arbitraže, njena sve veća internacionalizacija i jačanje uticaja u svetu međunarodne arbitraže nedvosmisleno potvrđuju da su dobar Pravilnik i vešto rukovođenje Arbitražom bili dva ključa kojima je profesor Mihailo Konstantinović otvorio vrata novog, modernog doba u razvoju jugoslovenske i srpske arbitraže. Uspešan početak rada Spoljnotrgovinske arbitraže nesumnjivo je uticao na promenu odnosa jugoslovenskog društva prema tom načinu rešavanja sporova, što potvrđuje činjenica da je samo desetak godina nakon osnivanja ove institucije Jugoslavija počela ubrzano da pristupa međunarodnim ugovorima kojima se uređuju različiti aspekti arbitražnog postupka. Ratne, političke i ekonomske nevolje devedesetih godina prošlog veka prekinule su rast Spoljnotrgovinske arbitraže, ali ona, za razliku od mnogih drugih ustanova iz jugoslovenske ere, ipak nije nestala. Zato se treba nadati da će taj vredan deo zaostavštine profesora Konstantinovića nastaviti da odoleva savremenim izazovima i barem u regionalnim okvirima čuvati nekadašnji sjaj.

LITERATURA

[1] Born, Gary. 2022. *International Commercial Arbitration*. 3rd edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

[2] Đorđević, Milena. 2010. The Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce (Serbian FTCA). FTCA-1 – FTCA-72. *World Arbitration Reporter*, eds. Loukas Mistelis, Stavros Brekoulakis. New York: JurisNet.

[3] Đurović, Radomir. 1–2/1982. In memoriam profesoru dr Mihailu Konstantinoviću. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 7–11.

[4] Goldštajn, Aleksandar. 1967. *Privredno ugovorno pravo*. Zagreb: Informator.

[5] Ilić, Radivoje. 1975. Trideset godina pravosuđa SFR Jugoslavije. *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu* 15: 79–101.

[6] Jakšić, Aleksandar. 2003. *Međunarodna trgovinska arbitraža*. Beograd: Margo-art.

[7] Jovanović, Marko. 2021. Odlučivanje po pravičnosti u novijoj praksi Spoljnotrgovinske / Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije. 383–400. *Liber amicorum profesor Mirko Vasiljević*, ur. Dušan Popović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[8] Kidrič, Boris. 1946. Principi Zakona o rešavanju imovinskih sporova putem Državne arbitraže. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 61: 201–203.

[9] Knežević, Gašo, Vladimir Pavić. 2009. *Arbitraža i ADR*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[10] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982. Pravo, sila i pravičnost. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 361–363.

[11] Lew, Julian, Loukas Mistelis, Stefan Kröll. 2003. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

[12] Lukić, Radomir. 1–2/1982. In memoriam profesoru dr Mihailu Konstantinoviću. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 5–7.

[13] Milošević, Ljubiša. 2/1959. Rešavanje trgovinskih sporova sa elementom inostranosti od strane Spoljnotrgovinske arbitraže pri Saveznoj spoljnotrgovinskoj komori u Beogradu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 7: 198–202.

[14] Mitrović, Dobrosav. 2–3/1961. Dva slučaja egzekvature odluka Spoljnotrgovinske arbitraže pred francuskim sudom. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 9: 256–260.

[15] Mitrović, Dobrosav. 1/1964. L'arbitrage du commerce extérieur en Yougoslavie. *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 11: 148–159.

[16] Mitrović, Dobrosav. 2003. Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Srbije. *Arbitraža* 3: 122–129.

[17] Perović, Slobodan. 1996. Skica za jedan portret. 7–32. Mihailo Konstantinović. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.

[18] Poznić, Borivoje. 3/1954. Izbrani sudovi i naši pravosudni zakoni. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2: 305–310.

[19] Stanivuković, Maja. 2022. National Report for Serbia (2020 through 2022). 1–68. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ed. Lise Bosman. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

[20] Trajković, Miodrag. 2000. *Međunarodna trgovinska arbitraža*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Udruženje pravnika Jugoslavije.

[21] Vasiljević, Mirko. 1997. Pedeset godina Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Jugoslavije u Beogradu. 3–13. *Zbornik referata: Međunarodna privredna arbitraža – stanje i perspektive*. Beograd: Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Jugoslavije.

Marko JOVANOVIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

CONTRIBUTION OF MIHAILO KONSTANTINOVIĆ TO THE MODERNIZATION OF THE YUGOSLAV ECONOMY – THE ESTABLISHMENT OF THE FOREIGN TRADE COURT OF ARBITRATION

Summary

The Foreign Trade Court of Arbitration in Belgrade is one of the historic landmarks left behind by Mihailo Konstantinović. Professor Konstantinović was one of the main proponents of the establishment of this institution and he served as its first president. In that capacity he was in a position to steer the work of the FTCA so that it gained the trust of the business community as quickly as possible and became a reputable arbitral institution both in Yugoslavia and abroad. Records show that the Belgrade Court of Arbitration soon became a leading arbitral institution worldwide and its influence spread far beyond the Yugoslav market. The article presents and analyzes different methods and instruments that Professor Konstantinović used to develop the FTCA and shows how the successful establishment of this institution brought arbitration in Yugoslavia and Serbia into the modern era.

Key words: *Foreign Trade Court of Arbitration in Belgrade. – Rules of the Foreign Trade Court of Arbitration. – Arbitral Procedure. – History of Arbitration. – Mihailo Konstantinović.*

Article history:
Received: 16. 9. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

III ZNAČAJ PRAVNE MISLI MIHAILA KONSTANTINOVIĆA ZA SAVREMENO PRAVO

/

III THE SIGNIFICANCE OF MIHAILO KONSTANTINOVIĆ'S LEGAL THOUGHT FOR CONTEMPORARY LAW

1. OPŠTI PRAVNI INSTITUTI

/

1. GENERAL LEGAL INSTITUTES

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 303.433.2

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK08A

Dr dr. h.c. Vladimir V. VODINELIĆ*

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ O PRAVU ODGOVORA I ZLOUPOTREBI PRAVA ODGOVORA

A KAO BONUS: MOJE RAZUMEVANJE INSTITUTA ODGOVORA

Mihailo Konstantinović je autor prve monografije o pravu odgovora u regionu (1926). Zagovara francuski model odgovora dok domaća literatura, sudovi i jugoslovenski Zakon o štampi 1925 prihvataju nemačko rešenje. Francusko uređenje smatra strožim za štampu a blažim za tražioca odgovara. Zastupa relativni karakter prava odgovora koji se može kontrolisati doktrinom zloupotrebe prava.

Autor napisa obrađuje: koliko odgovaraju réponse i inostrani nazivi; koje vrste odgovaraju minimum-pojmu odgovora; koja su prava bliska pravu odgovora a koja različita; funkcija i priroda prava odgovora; izuzeci od prava odgovora i zloupotreba prava kao supsidijerni izuzetak; posebno mesto prava odgovora među subjektivnim pravima; pravo odgovora ne uklapa se u pravnički binarni kod i predstavlja spoj prava i pravne indiferentnosti; poređenje posesorne zaštite i zaštite ličnosti putem odgovora.

Ključne reči: *Mihailo Konstantinović* (1897–1982). – *Monografija o pravu odgovora* (1926–1927). – *Uporedno p*ravo. – *Zloupotreba prava odgovora*. – *Binarni kod pravnika*. – *Sistematizacijsko mesto prava odgovora*.

* Redovni profesor (u penziji), Srbija, *vodinelicv@gmail.com.*

1. JEDNA OBJAVLJENA A GOTOVO NEPOZNATA MONOGRAFIJA MIHAILA KONSTANTINOVIĆA

Profesor Konstantinović (1897–1982) autor je oko stotinu bibliografskih jedinica – monografskih publikacija, nacrta zakona, priloga u periodici, priloga u zbornicima radova, referata na skupovima, komentara sudske prakse i dr.[1] A nije ni malo njegovih radova koji su dobro poznati, često čitani i citirani. Ali među takve svakako ne spada njegov članak sa naslovom „Pravo odgovora i sloboda štampe" i podnaslovom „Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925". Napisao ga je i objavio 1926–1927. godine u pravnom časopisu *Policija* (Beograd). Povodom tog njegovog rada napisao sam ovaj zapis.

Reč je o monografiji, naučnoj monografiji, u vidu monografskog članka. U pravnoj književnosti Srbije i svih Jugoslavija to je prva naučna monografija o institutu prava odgovora, dakle, zaokružena i sistematska obrada pravnog instituta prava odgovora.[2] Obuhvata brojne za taj institut pravno relevantne teme, a što se tiče uporednog prava, usredsređena je na upoređivanje domaćeg i francuskog prava. Razni stavovi građeni su na osnovu tog poređenja. Reč je o radu koji je i sam autor nazvao studijom.[3] Objavljena je u šest nastavaka[4], a zaprema 55 štampanih stranica. Po tome predstavlja najobimniji objavljeni članak profesora Konstantinovića.

Uprkos svemu tome studija je gotovo potpuno nepoznata. Njena nepoznatost stoji u velikom neskladu sa činjenicom da je objavljena u jednom uglednom pravnom časopisu, sa njenim nemalim obimom, sa – inače – čitanošću njenog autora, sa njenim značajem i statusom pionirskog rada među monografijama na tu temu, a i u neskladu je sa njenom neuočenošću kao relevantne stavke za istoriju i u istoriji pravne nauke tog instituta u regionu. Budući da je jedan deo studije posvećen zloupotrebi prava uopšte

---

[1] Za najpotpunije znanje o radovima profesora Konstantinovića zahvaljujemo se gospođi Ivani Pajić, višoj bibliotekarki Biblioteke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, koja je sastavila bibliografiju Konstantinovićevih radova (Pajić 2015, 271–319).

[2] Taj institut čine ne samo čl. 26 do 30, nego i čl. 68, st. 2 Zakona o štampi 1925, koji se ne vidi iz podnaslova studije, ali je i njega obradio u studiji (Konstantinović 1926d, 1098–1101).

[3] „[...] ova studija [...]" (Konstantinović 1926a, 780); „[...] u prvom delu ove studije [...]" (1927b, 204).

[4] Konstantinović 17–18/1926, 19–20/1926, 21–22/1926, 23–24/1926, 1–2/1927, 5–6/1927. Pravo odgovora i sloboda štampe: Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925. *Policija* 13: 777–784; 13: 885–892; 13: 992–998; 13: 1091–1102; 14: 126–133; 14: 203–213.

i zloupotrebi prava odgovora posebno (Konstantinović 1927b, 204–213), važna je i kao dopuna pogledima profesora Konstantinovića na institut zloupotrebe prava o kome je napisao poseban članak kratko pre ove studije o pravu odgovora (Konstantinović 1925, 169–189). Što se tiče njene ne/poznatosti u našoj branši, a i njene ne/recipiranosti u pravnoj literaturi regiona, studija tokom njenih devedeset i šest godina, od kada postoji pa do danas, samo je – izgleda – tri puta citirana. Prvi koji su je citirali bili su Vladimir Belajčić (1934, 7) i Vidan O. Blagojević (1934, 1, 10, 13, 14, 15) u referatima za VI kongres pravnika Kraljevine Jugoslavije održan 1934. godine. Drugi sam bio ja, 1975. godine, u jednom članku objavljenom u časopisu *Strani pravni život* (Vodinelić 1975a, 21, 24, 25, 31, 32), i 1977, u jednom članku objavljenom u časopisu *Naša zakonitost* (Vodinelić 1977a, 94; Vodinelić 1977b, 81). I izgleda da je to sve što se tiče tragova studije u pravnoj književnosti Srbije, računajući i jugoslovensku i eksjugoslovensku.[5] Neobično je naročito što pravnici-istovremenici nisu posvetili pažnju pojavi ove studije, mada je baš u to vreme u Kraljevini Jugoslaviji više pisano o pravu štampe i o institutu odgovora nego ikada kasnije.[6]

Pošto je prošlo maltene punih sto godina od kada je profesor Konstantinović napisao tu prvu zaokruženu studiju o pravu odgovora, a već je i pedeset godina od nastanka moje monografije o pravu odgovora, koja je druga a i još uvek poslednja takva rasprava u regionu[7], pravo je vreme da se u ovoj zemlji napiše jedna treća zaokružena studija o pravu odgovora, po mogućstvu u vidu doktorske disertacije. Tom eventualnom budućem autoru pokušao bih – ovim zapisom a uz pomoć studije profesora Konstantinovića – da pokažem da je pravo odgovora kao tema u stanju da autoru uzvrati ličnim zadovoljstvom u istraživanju i društvenim koristima rezultata naučne obrade. Može mu se i jemčiti da se neće dosađivati istražujući – štaviše, ima

[5] Kada je reč o broju citiranja, moram staviti rezervu zbog stanja banaka podataka o literaturi u delu regiona, a računam na natprosečan uvid u stanje pisanja o pravu odgovora u svim Srbijama i u svim Jugoslavijama.

[6] Domaći obimniji radovi o pravu odgovora: Stepančič 1893a, 102–108; 1893b, 131–137; 1893c, 164–168; 1893d, 197–200; 1893f, 235–241; Milovanović 1901, 28, 191–197; Hönigsberg 1926, 60–67; Henigsberg 1932, 79–84; Muha 1926, 17–23; Dolenc 1926, 9–10; Frank 1927, 84–92; Belajčić 1934, 1–14; Blagojević 1934, 1–16; Vesel 1934, 1–18; Čulinović 1934, 157–178; Dolenc 1934, 179–191; Ilić 1937, 24–28, 33–34; Kalođera 1941, 338–340, 349, 397. Drugi talas objavljenih radova o pravu ispravki povezan je sa nizom republičkih i pokrajinskih zakona o javnom informisanju sedamdesetih godina 20. veka.

[7] Pet mojih članaka čine celinu povodom prava odgovora u domaćim zakonima iz sedamdesetih godina 20. veka: Vodinelić 1977a, 63–106; 1977b, 73–96; Vodinelić 1975a, 17–43; Vodinelić 1975b, 3–24; Vodinelić 1974b, 37–52; Vodinelić 1978, 283–300.

se mnogo čitati, razmišljati i pisati, a da i posle njegove studije ostane još uvek mnogo sporova, tajni, dilema i intrigantnih pitanja o institutu odgovora budućim pravničkim pokoljenjima. Pravo odgovora je doista jedan takav izazovan pravni institut. Pomenuti namernik mogao bi svoju studiju posvetiti sećanju na profesora Konstantinovića kao pisca prve zaokružene naučne studije o pravu odgovora u Srbiji i tadašnjim i potonjim Jugoslavijama.

2. STRUKTURA STUDIJE MIHAILA KONSTANTINOVIĆA

Konstantinovićeva studija o pravu odgovora sastoji se iz dva dela. U prvom[8] je ispitivao kako je u tadašnjem Zakonu o štampi Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (dalje: jugoslovenski) iz 1925. godine uređeno pravo ispravke (koje je Konstantinović, za razliku od Zakona i svih drugih pisaca, argumentovano zvao pravom odgovora).[9] Istraživao je u tom prvom delu studije devet pitanja o pravu odgovora za koja smatra da su bitna ne samo za rešenja tog zakona već za bilo kojeg zakonodavca koji uređuje pravo odgovora.[10] U drugom delu studije[11] bavio se time šta je osnov prava na odgovor, potom kakva je njegova pravna priroda (ili njegov karakter, kako je to sam tako nazvao), zatim, koliki je domen njegove primene[12], a konačno i time da li je pravo odgovora takvo da na njega ne može da se primeni zabrana zloupotrebe prava (mada ovu poslednju temu ne spominje na ovom mestu gde najavljuje čime će se sve baviti u drugom delu studije [1926a, 780–781]). Dakle, devet navedenih pitanja iz prvog dela uz još ta četiri iz drugog dela čine ukupnu strukturu studije.

---

8 Taj prvi deo studije se sastoji iz četiri nastavaka 17–18/1926, 13: 777–784; 19–20/1926, 13: 885–892; 21–22/1926, 13: 992–998, 23–24/1926, 13: 1091–1102 (= Konstantinović 1926a; 1926b; 1926c; 1926d).

9 O pitanju naziva instituta (ispravka ili odgovor), detaljno u delu 9.

10 „Ispravka ili pravo odgovora daje mesta *u svakom zakonodavstvu* (kurziv V. V. V.) sledećim pravnim pitanjima: 1 Ko ima pravo na odgovor? 2 U kom roku odgovor treba da bude poslat uredniku? 3 Koliko može biti dugačak odgovor? 4 U kom roku ga urednik mora uvrstiti? 5 Gde i kako mora biti oštampan odgovor? 6 Može li urednik odbiti da ga oštampa i iz kojih razloga? 7 Kakva je sankcija urednikove obaveze da odgovor oštampa u određenom roku? 8 Kad se ima štampati odgovor čije je štampanje naređeno sudskom presudom? 9 Kakva je sankcija nepoštovanja ove sudske naredbe?“ (1926a, 781).

11 Drugi deo studije sastoji se iz dva nastavka 1–2/1927, 14: 126–133; 5–6/1927, 14: 203–213 (= Konstantinović 1927a; 1927b).

12 „To ispitivanje nateraće nas da proširimo malo krug naših investigacija i potražimo, šta je osnov prava na ispravku, ili kako se bolje kaže, pravo odgovora, kakav je njegov karakter i sledstveno koliki je domen njegove primene“, 1926a,

Pozadinu oba dela studije čini zajedničko pitanje da li rešenja jugoslovenskog Zakona o štampi iz 1925. godine o pravu odgovora ograničavaju slobodu štampe u većoj meri, dakle više nego francuski Zakon o slobodi štampe iz 1881. godine (Konstantinović 1926a, 781), koji je inače važio za najliberalniji.[13] U analizi Konstantinovićevoj, jugoslovenski Zakon o štampi iz 1925. godine u pogledu devet pitanja iz prvog i četiri iz dela drugog, francusko uređenje prava odgovora pokazalo se strože za štampu a blaže za tražioca odgovara, dok je u jugoslovenskom uređenju odgovora štampa bolje prošla a tražioci odgovora lošije (Konstantinović 1926a, 780–781; 1926d, 1101–1102).

Konstantinoviću je konkretan povod za ispitivanje tog poređenja bila tadašnja živa i vrlo rasprostranjena radikalna kritika ovog jugoslovenskog zakona, kako tokom pripreme zakona, tako i posle ozakonjenja, uključujući i obimnu kritiku koja nije zaobišla rešenja o pravu odgovora. U prvom planu najvidljivija je bila takva kritika profesora Koste Kumanudija (1874–1962), poznatog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i uglednog političara, višestrukog ministra, gradonačelnika Beograda.[14] Ali Konstantinović nije namerio da se u toj studiji bavi kritikom čitavoga zakona, a uopšte ni političkim aspektima te kritike, nego isključivo pravom odgovora samim (Konstantinović 1926a, 780). I jednog i drugog doista se dosledno držao u studiji, a svoje nezadovoljstvo koje se ticalo Zakona u celini sveo na rečenicu-dve[15], a isto tako i Kumanudijeve zamerke.[16]

780. „U drugom delu biće pokušano, da se na osnovu rezultata iz prvog dela na čemu se osniva pravo odgovora i kakav je njegov karakter, da se predstavi njegova konstrukcija“, 1926a, 781.

[13] Za tu tvrdnju Konstantinović se mogao pozvati, recimo, na Esmein 1914, 1148 ili na Hauriou 1916, 534.

[14] Kritika je detaljno reprodukovana na str. 1926a, 778–779.

[15] „Veliki deo zameraka učinjenih zakonu o štampi sasvim je opravdan. Odmah se primećuje da je rađen bez dovoljno pažnje“ (Konstantinović 1926a, 780).

[16] „Sporedno je da li ove refleksije predstavljaju duboko uverenje i mišljenje autorovo, ili su samo formulisane iz specijalnih političkih razloga. Učinjene javno, u jednom uglednom časopisu, od ozbiljne i kompetentne ličnosti, one nose svoj pun smisao u sebi, nezavisno od ičeg drugog, a taj je smisao jasan: pravo ispravke sa svojom funkcijom, kako ga je organizovao naš zakon, ekscesivno je i opasno po slobodu štampe“ (Konstantinović 1926a, 779–780).

3. STUDIJA KOJA NIJE DOBILA NASTAVAK U BILO KOM VIDU

Kao što se pravnici-istovremenici nisu interesovali za Konstantinovićevu studiju o institutu odgovora, tako se ni Konstantinović – koliko znam – nikada nije vratio temi instituta odgovora. Ni u vidu nove monografije, ni novog članka. Ni za trajanja Kraljevine Jugoslavije, a ni posle Drugog svetskog rata, pa do kraja života. Ukratko – nikada ponovo. A da se nastavio njegov aktivni interes za taj institut, za to bi bilo dovoljno raznih povoda. Neki od tih su ovi. Recimo, ubrzo posle objavljivanja studije, 1929. godine, usledio je, u sklopu instrumenata šestojanuarske diktature, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o štampi od 1925. godine, koji je doneo važne promene institutu odgovora.[17] Zakoni o štampi Demokratske Federativne Jugoslavije (DFJ) od 24. avgusta 1945.[18] i Federativne Narodne Republike Jugoslavije (FNRJ) od 12. jula 1946.[19] uredili su pravo odgovora drugačije nego prethodni starojugoslovenski zakon, a izazov bi moglo biti to kako se prema institutu odgovora odnosila jedna drugačija autoritarna vlast. Zakon o štampi i drugim vidovima informacija FNRJ od 9. novembra 1960. godine[20], opet, predstavljao je raznim aspektima znatan napredak za taj institut. Na stazi razbijene savezne jedinstvene zakonodavne nadležnosti Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) za pravo medija, sedamdesetih godina doneti su republički i pokrajinski režimi instituta ispravke[21] i svi su oni rezultati tada jugoslovenske nove pravničke kreativnosti u vidu tzv. javnog odgovora.[22] Konstantinović je mogao biti, kako se to kaže, svedok razvoja tog instituta u dugom periodu. Učestvovao je u pripremi raznih propisa – i ustava i zakona, ali ne znam da li je na bilo koji način bio od pomoći u izradi zakona o štampi i drugih medijskih zakona, a mogao je to bar kao neko ko je spadao među retke domaće pravnike koji su poznavali institut odgovora. Njegove dnevničke beleške potiču iz doba Drugog svetskog rata, dakle pokrivaju vreme u kome se u pravu medija, a i sa institutom odgovora, nije ništa dešavalo, a i za vremena aktivne zakonodavne delatnosti u toj materiji ne postoje (koliko znam) nikakvi njegovi dnevnički zapisi. Ne znam, dakle, baš nikakav izvor koji bi od njega potekao. Ukratko, njegova monografija

---

[17] Čl. 9 Zakona o izmenama i dopunama iz 1929. Zakona o štampa iz 1925.

[18] *Službeni list FNRJ* 2/1945, čl. 10. U Hrvatskoj je objavljen 20. septembra 1945. u *Narodnim novinama* 23/1945.

[19] Zakon o potvrdi i izmenama Zakona o štampi, *Službeni list FNRJ* 56/1946, čl. 10.

[20] *Službeni list FNRJ* 45/1960, čl. 34–51.

[21] *Službeni glasnik SRS* 29/1973, čl. 104–123 i u svim drugim republikama i pokrajinama.

[22] *Službeni glasnik SRS* 29/1973, čl. 103. i u drugim jedinicama. O institutu javnog odgovora videti deo 11.5.

iz 1926–1927. tako je predstavljala jedan uspešan početak, kome – izgleda – nije sledio nastavak u bilo kom vidu. Pa ni u vidu zakonskih odredaba o pravu odgovora.

Ipak, pretpostavljam da je Konstantinović razmišljao o pravu odgovora, odnosno pravu ispravke bar onda kada je pisao i objavio „Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima“ 1969. godine (Konstantinović 1969). Mora biti da je on tada razmišljao o tom institutu koji se zvao čas odgovor čas ispravka tokom postojanja u Srbiji i Jugoslavijama već od 1870. godine. Morao je razmišljati i o trouglu: odgovor – ispravka – opoziv (povlačenje) izjave, jer jedna odredba Skice (i potom Zakona o obligacionim odnosima – ZOO iz 1978) sadrži dva od ta tri ugla građanskopravnih sredstava zaštite, a jednom je on dao ime „ispravka“, u Skici[23], kao što je „ispravci“ od Zakona o štampi iz 1925. hteo dati ime „odgovor“.[24] Takođe vredi se pitati da li je „ispravka“ iz Skice u stvari „odgovor“, i obrnuto, a i kakav je odnos „ispravke“ iz Skice (odn. ZOO) i „ispravke“ iz zakona o medijima[25] itd. Ovu zasad samo započetu rečenicu iskoristiću kao najavu za samo jednu od više tema o institutu odgovora kojima ću se baviti gotovo do kraja ovoga napisa.

4. IZABRANE TEME O PRAVU ODGOVORA PO ZAMIŠLJENOM ZAJEDNIČKOM IZBORU MIHAILA KONSTANTINOVIĆA I MOME

Gotovo svi dalji delovi ovog zapisa, sa izuzetkom poslednjeg, 16. dela – („Šta nam (danas) znači studija Mihaila Konstantinovića“) – sadrže (neke) izabrane teme, a nipošto (sve) sabrane teme instituta odgovora. Za predočavanje sabranih tema o institutu odgovora potrebna je knjiga.[26] Izbor

[23] Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima: Odsek V. Naknada neimovinske (moralne) štete, „Objavljivanje presude ili ispravke i satisfakcija“, čl. 161, st. 1: „U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti objavljivanje presude na trošak štetnika, ili objavljivanje ispravke, ili da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može postići svrha naknade“. – ZOO, V Naknada nematerijalne štete, „Objavljivanje presude ili ispravke“, čl. 199: „U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.“

[24] „[...] prava na ispravku, ili kako se bolje kaže, pravo odgovora [...]“, Konstantinović (1926a, 780). „Zato je i bolje pravo [...] nazvati pravom odgovora nego pravom ispravke“ [...]“, (1927b, 203).

[25] O pitanju najboljeg naziva instituta, videti u delu 11, a i o tome koliko se razlikuju građanskopravna ispravka i ispravka prava medija, videti u delu 11.3.

[26] Izbor monografija Löffler 2000, 290; Ebert 1997, 249; Schmits 1997, 265; Bänninger 1997, 339; Koch 1995, 167; Kocian Elmaleh 1993, 215; Rodondi 1991, 300; Auby, Ducos–Ader 1982, XV, 777+33; Nobre 1973, 231; Dewall 1973, XXX, 152;

izabranih tema tog instituta za ovu priliku čine, s jedne strane, neke od tema koje smo Konstantinović i ja imali u vidu u svojim radovima, s druge strane, one neke teme o kojima ni on a ni ja nismo pisali, a s treće strane, ono šta bismo Mihailo Konstantinović i ja sada mogli da kažemo povodom određenih tema naših monografija.

5. FRANCUSKI PRONALAZAK PRAVA ODGOVORA

Institutu odgovora zna se i mesto i vreme nastanka: član 11 francuskog Zakona o suzbijanju delikata štampe od 25. marta 1822. godine.[27] Baš ove godine tačno je upravo 200 godina od njegovog rođenja i postojanja. Ništa slično pravu odgovora nije do tada postojalo, a ni do danas nije nastalo ništa dovoljno slično njemu.[28] Kada bi postojali patenti za pravne institute, a ako bi se primenila logika patenata, stvari ne bi bile baš tako jednostavne. Nastanak tog instituta, rekao bih, dâ se sažeti kao rezultat pokušaja dvojice francuskih poslanika (koji su delovali nezavisno jedan od drugoga i u raznim vremenima) i jednog sticaja okolnosti. Većina pisaca, istina, navodi Žaka Antoana Dilora (Jacques-Antoine Dulaure, 1755–1835) kao tvorca prava odgovora, mada ni bez Žaka Mestadijea (Jacques Mestadier, 1771–1856) ne bi bilo ovog prava, kao što ni rezultata njihovih napora ne bi bilo bez jednog sticaja okolnosti na koji nisu imali odlučujući uticaj, ali ni bez društvenih okolnosti kao posrednih uslova za pojavu instituta odgovora. Pa onda od toga da krenemo.[29]

Zahvaljujući Francuskoj buržoaskoj revoluciji 1789. godine, Francuska prvi put dobija slobodu štampe. Poveljom o ljudskim i građanskim slobodama od 26. avgusta 1789. (članom IX), cenzura je ukinuta i olakšano je osnivanje listova. U situaciji političke nestabilnosti posle Francuske revolucije, u štampi, koja se snažno razgranala, a naročito u Parizu, godinama vladaju

Haase-Becher 1970, 226; Blin, Chavanne, Drago 1969, VIII, 671; Köbl 1966, 165; Biolley 1963, 182.

[27] Loi 25 mars 1822, Relative à la repression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, čl. 11: „Vlasnici ili izdavači bilo kog časopisa ili periodičnog spisa dužni su da objave, u roku od tri dana od prijema, ili u sledećem broju, ako nije objavljen pre isteka tri dana, odgovor bilo kog lica imenovanog ili naznačenog u novinama ili časopisu, pod pretnjom novčane kazne od 50 do 500 franaka, ne dovodeći u pitanje druge kazne i odštete, do kojih može doći zbog krivičnog dela. Ovo objavljivanje će biti besplatno, a odgovor može biti dvostruko duži od članka kada bude sastavljen."

[28] O svojevrsnostima tog prava, videti delove 10, 11, 15.

[29] O istorijatu, nacrtima, predlozima i ozakonjenju čl. 11 Zakona o suzbijanju delikata štampe, videti Maze 1900, 2–16; Doré 1902, 11–16; Dolenc 1934, 179–191; Mahlke 2005, 5–6, 8–11.

svakodnevni grubi napadi, pogotovo na čast i ugled pojedinaca, pre svega političkih protivnika. Sa tim povredama časti i ugleda nisu mogli da izađu na kraj neefikasni instrumenti krivičnopravne i građanskopravne odgovornosti. Posle državnog udara 1797. godine, Napoleon raznim merama disciplinuje štampu, pre svega zatvaranjem i deportovanjem urednika, vlasnika i štampara i faktičkim (ali ne i formalnim) ukidanjem slobode štampe, ne menjajući i ne dirajući u zakone o slobodi štampe, tako da je cenzura ponovo uvedena tek 1810. godine. Nacrti zakona čiji je cilj poboljšanje stanja zaštite dobara ličnosti od povreda u štampi ostali su bez ozakonjenja, među njima i predlozi da se uvede pravo odgovora Dilora 1799. godine, a i Mestadijeov predlog za zaštitu privatnog života u štampi 1822. Godine 1811. krivičnim zakonikom se kažnjavaju uvreda i kleveta. Godine 1815. (u vreme Luja XVIII) ponovo je uvedena sloboda štampe. Zakonom o štampi, donetim 17. maja 1819. godine, uređuje se samo tzv. službena ispravka kao obaveza štampe da objavi svaku ispravku informacije koju pošalje vlast a koja se tiče nosilaca javne vlasti. Dok je takva zvanična ispravka vlasti sredstvo tutorstva države nad štampom, dotle zakon ne poznaje ne samo privatno pravo odgovora onog građanina na koga se odnosi radnja države o kojoj je pisala štampa, nego ni pravo odgovora nijednog građana kako god i kako da se njime štampa bavi.

U raspravi o jednom zakonskom nacrtu iz 1799. godine, Dilor u Savetu pet stotina predlaže da se zakonom uvede obaveza urednika i vlasnika štampe i periodičnih spisa da: 1. u roku od pet dana po prijemu odgovora pojedinca čiji su čast i ugled povređeni informacijom besplatno odštampa njegov odgovor, a 2. da se u suprotnome novčano kazni zbog neštampanja odgovora i da se prinudi da odgovor odštampa nakon što sud utvrdi akt difamacije. Dilor je predlog za uvođenje prava odgovora višestruko obrazložio[30]: potrebom zaštite ugleda i časti pojedinaca, zaštite publike od jednostranih prikaza, jednakosti oružja štampe i pojedinca i nedovoljnošću krivične kazne. Uprkos svemu i predlog i njegovo obrazloženje ostali su bezuspešni. Gotovo četvrt veka docnije Mestadije je 1822. godine, nakon što u skupštini nije mogao proći njegov predlog da se štampi generalno zakonom zabrani da zadire u kućni mir i privatni život (Halpérin 2013, 145–163), danas bismo rekli: odredba o zabrani prodora u privatnost, on istom prilikom ponavlja Dilorov donekle izmenjen predlog da se zakonom uredi pravo odgovora u štampi. Od radikalnog predloga Mestadijea za generalnu zakonsku zabranu štampi da objavljuje informacije iz domena privatnog života, poslanicima je bilo prihvatljivije uvođenje prava odgovora. I tako je 1822. i nastalo pravo odgovora kao promašaj željene a pogodak supsidijarne mete.

[30] Dilorovo obrazloženje predloga reprodukovano je u Kraehling 1917, 7.

Možda je paradoksalno to što se institut odgovora obreo u tom zakonu o suzbijanju delikata putem štampe. Jer, da bi lice na koje se odnosi informacija u štampi imalo pravo odgovora i da bi zahtevalo da se objavi njegov odgovor povodom informacije štampe, za to po tom zakonu nije bio potreban baš nikakav delikt štampe u vezi sa objavljenom informacijom, niti bilo kakva nedopuštena radnja štampe ili nekog drugog, niti da objavljena informacija u štampi povredi pravo ili interes lica na koje se informacija odnosi, niti da ono ili ko drugi išta od toga dokaže, niti, konačno, da išta od toga utvrdi sud. Štampa nikome, pa ni licu na koje se odnosi odštampana informacija, nije ništa nažao učinila, a opet, uprkos tome, to lice ima pravo da zahteva da štampa odštampa njegov odgovor, a štampa ima obavezu da taj odgovor odštampa. Valja naglasiti da se takva konstrukcija ne uklapa generalno u binarni kod po kome pravni poredak i pravničko razmišljanje redovno funkcionišu.[31] Ta „tajna" instituta prava odgovora je svojstvo svakog instituta odgovora, počevši od francuskog prava odgovora pa do danas.

Taj institut je francuski, ne samo po svome nazivu: *réponse*, odnosno *droit de réponse*. Ime mu zakonodavac nikada nije menjao, a nikada izmenjenog naziva ga je neprestano koristila sudska praksa i literatura. Reč jeste latinskog porekla: *responsio*, *–onis*, f., ali bi pogrešno bilo pomisliti da institut ima bilo kakvu vezu sa rimskim pravom ili recepcijom, a kamoli da je bilo on bilo neki njegov prethodnik već tada nastao. Institut „pravo odgovora", ni pod tim imenom ni pod bilo kojim drugim, nije postojao u rimskom pravu ili recepciji.

6. KONSTANTINOVIĆEVO UNAPREĐIVANJE JUGOSLOVENSKOG INSTITUTA ODGOVORA FRANCUSKIM MODELOM

1. Uređivanje instituta prava odgovora za svakog zakonodavca predstavlja balansiranje interesa dvaju strana: medija od kojeg se traži da objavi zahtevani odgovor na njegovu medijsku primarnu informaciju i tražilaca koji kao subjekt primarne informacije zahteva od medija da objavi njegov odgovor. Sve zakone bilo gde na svetu kojima se uređuje pravo odgovora prate sa sklonostima ili nesklonostima bar novinari (medijski poslenici), političari i pravnici. I Konstantinović je učestvovao u takvom vaganju, s tim što nije merio dobre i loše strane jednog zakona, nego je na tas stavio dva zakona – francuski i jugoslovenski. Njegova analiza upoređivanja francuskog i domaćeg rešenja prava odgovora okončala se ovakvim ishodom: što se

[31] O tome u delu 15.2.

tiče prava odgovora, francusko pravo je najstrože za štampu a najliberalnije za tražioce odgovora, a jugoslovensko pravo je najliberalnije za štampu a najstrože za tražioce odgovora.[32]

2. Francusko pravo odgovora u štampi nikada se nije menjalo, ni u osnovnoj konstrukcijskoj ideji, a ni iole znatnijim izmenama.[33] Svi su francuski zakoni o štampi repризirali istu bitnu sadržinu izvornog izdanja o pravu odgovora

[32] Konstantinović (1926a, 780): „Odmah ću reći, da je na tako ograničenom terenu moja namera takođe da kritikujem zakon o štampi. Samo, za razliku od dosadašnjih kritika, moja će kritika težiti da dokaže, kako naš zakon o štampi, u pogledu ispravke, ne samo nije reakcionaran i preterano strog prema štampi, već nije [781:] uopšte strog prema njoj; u tom pogledu on je stavio štampu u daleko bolji položaj prema publici, nego što je to slučaj u mnogim drugim zemljama, među koje dolazi i Francuska, u kojoj štampa uživa svu potrebnu slobodu. Drugim rečima i prilagođavajući ovom predmetu jednu staru formulu, u pogledu prava odgovora sloboda štampe razvijena je našim novim zakonom na štetu proste slobode."

Konstantinović (1926d, 1101): „Na kraju ovog kratkog pregleda dispozicije našeg zakona o štampi, o pravu odgovora i njihovog poređenja sa odgovarajućim dispozicijama francuskog zakona, nameće se zaključak, da je francuski zakon, taj najliberalniji zakon o štampi, mnogo stroži za štampu od našeg zakona. Po njemu, pravo odgovora uživa mnogo širi krug lica nego kod nas; ispravljaču je uvek zagarantovan jedan minimum dužine ispravke, što kod nas nije slučaj; urednik mora ponekad uvrstiti odgovor u najkraće mogućem roku, što se kod nas nikad ne dešava; ispravka vlasti mora biti uvršćena na čelu lista, a ispravka privatnog lica na istom mestu, na kome je bio i napis na koji se odgovara, dok se kod nas ispravke [1102:] štampa samo u istom delu novina u kome je izašao i napis koji se ispravlja; urednik mora uvek štampati ispravku, dok je kod nas može odbiti zbog 'neljudnosti'; sudska odluka izvršuje se, u pogledu uvršćenja ispravke, i pre nego što postane punovažna, dok naš zakon zahteva punovažnu sudsku odluku. Jedino što francuski zakon ne predviđa obustavu lista zbog neštampanja ispravke, čije je štampanje naređeno sudskom presudom, kao što to čini naš zakona; ali to naređenje našeg zakona sasvim je na svom mestu i ne sadrži ničega što bi bilo protivno slobodi štampe. Samo treba se sporazumeti o tome šta znače reči: 'sloboda štampe', i u kakvom su odnosu sloboda štampe i pravo odgovora. Ta nas pitanja dovode pred problem osnove prava odgovora i pitanje njegovog karaktera što je predmet drugog dela ove studije. Tu ćemo videti, da je francuski zakon bolji zato što je stroži, i da su strogost francuskog zakona prema štampi u pogledu ispravke, i propis našeg zakona o obustavi lista zbog neštampanja ispravke, čije je štampanje naredio sud, u skladu sa prirodom stvari koje nas interesuju, i da ni malo ne vređaju slobodu štampe."

[33] Čl. 11 izmenjen je 1835. godine: obim odgovora je ukinut; odgovor se morao objaviti bez obzira koliki je dugačak ali je imalac prava odgovora plaćao objavljivanje ako je nadilazio dve dužine izvornog članka; precizirano je da odgovor mora biti objavljen u novinama odnosno u periodičnom spisku gde i izvorna informacija, i na isti način. Čl. 13 izmenjen je 1990. i 1991. godine time što su titulari prava odgovora postala udruženja za odbranu od ksenofobije i antisemitizma i udruženja za gajenje sećanja na članove otpora, za veterane i žrtve rata i za informacije u vezi sa njihovim delatnostima.

iz 1822. godine.[34] Francuski model prava odgovora nije se menjao ni u vreme kada se njime bavio Konstantinović, niti je on u svojoj studiji imao išta ključno da mu zameri, ni da se išta ključno izmeni, niti da se išta ključno dopuni. Nasuprot tome, kritički je bio nastrojen prema jugoslovenskom odgovoru po Zakonu o štampi iz 1925. godine (a tako i prema sva četiri prethodna zakona o štampi Srbije 1870, 1881, 1901. i 1904). Smatrao je da je jugoslovenski odgovor nedovoljno širok da bi ostvario sve što bi se želelo od jednog optimalnog, dakle, francuskog modela.

3. Evo samo ponečega što profesoru Konstantinoviću nije bilo po volji u jugoslovenskom uređenju u odnosu na francuski odgovor: niži nivo zanatske izrađenosti, neodgovarajući naziv instituta, preuzak domen primene, sužena funkcija, manja mogućnost sudskoj praksi za praktikovanje zabrane zloupotrebe prava odgovora.

Naziv instituta: Jugoslovenski zakon je institut nazvao „ispravkom" (Glava V, „Ispravka", i u svim članovima 26–29 i 68, st. 2), dok ga je francuski zakon imenovao „odgovorom" (čl. 13).[35] – Krug imalaca prava odgovora: Dok u Francuskoj pravo odgovora u štampi ima svako „imenovano i svako označeno lice" (čl. 13, st. 1), u Jugoslaviji je to pravo samo onog „privatnog ili pravnog lica čije je *ime* [...] spomenuto" (čl. 26, st. 1)[36], i to samo onog lica „čije je ime *u vezi sa njegovim radom ili životom spomenuto*" (čl. 26, st. 1).[37] – Domen primene prava odgovora: Vrsta informacija na koje se može odgovarati, dok u Jugoslaviji titulari imaju samo pravo da odgovorom „oštampane *činjenice* označuju za neistinite" (čl. 26, st. 1, reč. 2) ili da odgovorom „navode *činjenice*, kojima se opovrgavaju oštampane *činjenice*" (čl. 26, st. 1, reč. 2), u Francuskoj se odgovor može odnositi na svaku vrstu informacije, bila to činjenična tvrdnja bilo vrednosna. –Funkcije prava odgovora: Dok u Jugoslaviji titulari imaju samo pravo da odgovorom „oštampane činjenice *označuju za neistinite*" (čl. 26, st. 1, reč. 2) ili da odgovorom „navode činjenice, kojima se *opovrgavaju* oštampane činjenice" (čl. 26, st. 1, reč. 2), u Francuskoj zakonodavac ni na koji način nije odredio radi koje namene (svrhe, funkcije, cilja) titular odgovora na odštampani tekst.[38] – Dužina ispravke odnosno odgovora: Po jugoslovenskom zakonu o štampi ispravka

[34] Zakon o štampi čl. 11 zakona od 25. marta 1822; čl. 9 zakona od 9. septembra 1835; čl. 13 zakona od 27. jula 1849; čl. 19 ukaza od 17. februara 1852; čl. 13 zakona o slobodi štampi od 29. jula 1881; 27. avgusta 1944; 5. januara 1993; 1. marta 1994; 16. juna 2000; 1. januara 2002.

[35] Konstantinović 1926a, 780; 1927b, 203.

[36] Konstantinović 1926a, 782–784; 1927b, 203.

[37] Konstantinović 1926b, 885–886.

[38] Konstantinović 1926b, 888–889; 1927b, 203.

sme da bude najviše dva puta duža od odštampanog teksta (čl. 28, t. 2), dok po francuskom zakonu titular ima pravo na odgovor od najmanje 50 redova a ne i na više od 200 redova, s tim što će se u slučaju prekoračenja štampati ceo odgovor, a višak titular plaća po tarifi koja važi za oglase (čl. 13).[39] – Izuzeci od prava odgovora: Francuska sudska praksa, to jest *Cour de cassation* podržan literaturom, određuje tri negativna uslova za vršenje prava odgovora: da odgovor ne sme da bude protivan zakonu ili dobrim običajima, da ne sme da povređuje pravne interese trećih lica i da ne povređuje ugled i čast novinara. U jugoslovenskom zakonu određeno je pet razloga zbog kojih štampa nije dužna da objavi zahtevani odgovor (čl. 28). Za jedan od njih – da je odgovor neuljudno napisan, profesor Konstantinović drži da preterano ograničava slobodu izražavanja.[40] – Zloupotreba prava odgovora: U Francuskoj se sudovi i literatura bave time da li vršenje prava odgovora podleže proveri sa stanovišta zloupotrebe prava, jer se u Francuskoj načelno smatra da se svako subjektivno pravo ima i može da se vrši, ali uz rezervu da se ne zloupotrebljava (Biolley 1963, 73; Koch 1995, 45). Ta bi tema trebalo da i u Jugoslaviji zaslužuje pažnju (Konstantinović 1927b, 204–211).[41]

7. USUD KONSTANTINOVIĆEVOG UNAPREĐIVANJA JUGOSLOVENSKOG INSTITUTA ODGOVORA FRANCUSKIM ODGOVOROM

1. Koliko je Konstantinović bio dosledno opredeljen za ključne elemente francuskog modela odgovora, toliko je bio nesklon ključnim elementima jugoslovenskog zakona. Da je zakon menjan od 1925. do 1945. i da je bio onako promenjen kako bi bilo po Konstantinoviću, ništa ključno ne bi ostalo

[39] Konstantinović 1926c, 992–995; 1927b, 203–204.

[40] Konstantinović 1926d, 1093–1097; 1927b, 204.

[41] „Sa načinom formulisanja pravnih pravila, koji je danas u upotrebi, zakon ne može organizovati neko pravo tako da onemogući njegovu zloupotrebu. To je lako objašnjivo. Prava su socialna po svojoj prirodi, a međutim u zakonu sa čisto individualističke tačke gledišta, formulisana su kao subjektivna prava. U definiciji nekog subjektivnog prava nemoguće je da zakonodavac obuhvata sve moguće reakcije društvene sredine na prava i dužnosti svakog čoveka (G. Cornil *Le droit Privé*, Paris, 1924, p. 91). Pa i kad se pretpostavi da je uspeo da ih obuhvati sve, njegova definicija tačna je samo u momentu kad je stvorena. Društvena sredina je u stalnom menjanju. Što je juče bilo tačno to više nije danas. I zato je potrebno priznati otvoreno, sudu tome glavnom regulatoru društvenog života, da podešava primenu zakona prema društvenim potrebama. Zato se sudu mora priznati pravo [213:] da kontroliše vršenje sviju prava, pa i prava ispravke. Sa priznavanjem kontrole suda ono neće ništa izgubiti; postići će se da se ono socialnije vrši i da se smanji broj šikana. A to nije mali rezultat“ (1927b, 212–213).

iz odredaba instituta odgovora onakvog kakav je uređen jugoslovenskim zakonom iz 1925. Do prestanka važenja tog zakona iz 1925. 1945. godine, Konstantinovićevi stavovi iz studije (da se „preimenuje“ ispravka u odgovor, da pravo odgovora ima svako označeno lice, da se može odgovoriti na svaku vrstu primarne informacije, da neuljudni odgovor nije prepreka objavljivanju i dr.) nisu imali uspeha. Ni u književnosti, ni kod sudova, ni kod zakonodavca. Godine 1929. Zakonom o izmenama i dopuna Zakona o štampi iz 1925. nije se ni moglo očekivati da se u vreme šestojanuarske diktature sprovedu ikakve veće izmene odredaba o odgovoru. Ukratko, pravnici nisu reagovali na njegovu studiju, ni pozitivno, ni negativno, sa jednim izuzetkom (na koji sam već ukazao) koji se sveo na ukazivanje na studiju i na tri Konstantinovićeva predloga (Blagojević 1934, 10, 14–15, 16). Ukratko, stavove koje je profesor Konstantinović u studiji zastupao u korist francuskog modela prava odgovora niko drugi kod nas nije zagovarao, bilo u vezi sa tom studijom, bilo nezavisno od nje, znajući je ili je ne znajući.

2. Prvo sam pomišljao da tadašnji pravnici nisu znali za tekst. To ipak nije verovatno jer ni oni domaći pisci koji su se specijalno bavili tim institutom nisu studiju registrovali u svojim radovima, nisu je ni informativno uključili u spisak literature, za razliku od radova ostalih autora, što važi i za pisce koji su pratili iste časopise kao on i u njima objavljivali. Moglo se pomisliti da je to tako zbog toga što je Konstantinović bio civilista, što se kao jedini civilista obreo među samim krivičarima koji su pisali o institutu odgovora. Naime, u inostranstvu i kod nas, institut odgovora je započeo karijeru kao krivičnopravna ustanova, koja je dugo uređivana materijalnim i procesnim kaznenim propisima zakona o štampi (zbog kažnjavanja urednika koji su odbijali da štampaju odgovor i tako kazneno procesuirani), a i u vreme pisanja Konstantinovićeve studije još nije bilo došlo doba za potpunu presistematizaciju odgovora iz javnoga prava u privatno pravo i civilno pravo i civilni postupak. Možda, opet, neki nisu nalazili interes za studiju koja se bavila pozitivnim pravom ali na način pravne politike i koja je pozitivnopravna rešenja domaćeg instituta odgovora tumačila rešenjima iz uporednog (francuskog) prava. Jedan od razloga nevidljivosti studije mogao je biti to što su pravnici od studije očekivali potpuniji uporednopravni pristup. Jer, Konstantinović u svojoj studiji van francuskog instituta nije uopšte obratio pažnju na uporedno pravo instituta odgovora, što je potpuno nesvojstveno njegovom načinu rada inače. Pošto se nije bavio nemačkim pravom odgovora, tako se nije bavio ni nemačkom teorijom koja je uvek s velikim interesom pisala o francuskom institutu odgovora, i istorijski i

uporednopravno[42], a nemačka literatura je već tada razvila najveći broj teorija o pravnoj prirodi i pravnom dobru prava odgovora. Možda je delić objašnjenja i u bliskosti domaćih zakonskih rešenja austrijskim i nemačkim i u većoj bliskosti domaćih pravnika tim porecima. Pomišljao sam i na to da je studija bila ignorisana zato što je profesor Konstantinović svojim stavovima otvorio preveliki broj onih pitanja, i nudio za njih objašnjenja, za koja nisu imali sluha pravnici zainteresovani da problemima pozitivnog prava pristupaju egzegetski, a njegova studija je bila sve samo ne suva egzegetika.

3. Ima možda ponečeg od svega toga, ali danas mi je blisko da razlog neobraćanja pažnje, nekomentarisanja i nerecipiranosti njegove studije ne vidim prvenstveno u načinu na koji je Konstantinović pristupio temi nego u samoj temi – u samom francuskom modelu prava odgovora. Što se tiče prilaza, Konstantinović je, s jedne strane, bio dosledno opredeljen u korist baš svih najvažnijih sastojaka tog francuskog modela prava odgovora; s druge strane, nije bio ni za jedan od najvažnijih sastojaka drugih modela iz uporednog prava; s treće strane, bio je protiv svih najvažnijih sastojaka tadašnjeg jugoslovenskog prava odgovora. Svaki zainteresovani čitalac mogao je tu naći svoje opredeljenje. I da je bilo ko drugi zastupao francuski model prava odgovora, rezultat je bio jednak: od prvog srpskog zakona o štampi kojim je uređen ovaj institut pa do najnovijeg medijskog, ni od prve do najnovije presude, a takođe ni od prvog do najnovijeg napisa, uključujući i onaj koji sada čitate, francuski model instituta odgovora nije nalazio promotere. Francuska konstrukcija, pa ni u prezentaciji profesora Konstantinovića kao optimalna, nije našla podršku domaćih zakonodavaca, sudske prakse i literature. Ne samo u Srbiji i u svim Jugoslavijama, nego ni u svim državama posle nestanka SRJ i Zajednici država Srbija i Crna Gora. Ni do današnjeg dana. Ukratko, nigde u našem regionu.

Ako uzmemo da se Konstantinovićev pogled poistovetio sa francuskim institutom, njihova sudbina je bila ista što se tiče instituta u regionu: ni francuski model, a ni Konstantinovićevu studiju niko nije zastupao u Srbiji i svim Jugoslavijama. Možda je onda baš došlo vreme da se u domaćem pravu nađe mesto francusko-Konstantinovićevom modelu prava odgovora? Na to pitanje bih odgovorio odrečno. Pet puta sam imao prilike da ne budem opredeljen za francuski model kao glavno celovito rešenje za institut prava odgovora u domaćem pravu – pre pet decenija prvi put (Vodinelić 1977a, 63–106; 1977b, 73–96), pre dve i po decenije drugi put (Vodinelić 1998a,

[42] Kitzinger 1907, 873, pišući o stanju početkom 20. veka, naglašavao je da je francuska literatura, u kontrastu prema nemačkoj, u prvoj polovini prve decenije objavila opsežne četiri disertacije o pravu odgovora koje su bogate velikim aspektima, detaljno i temeljno obrađene, sa vrednim pravnoteorijskim i uporednopravnim pristupom, a to sve nije uobičajeno za nemačke disertacije.

175–184), pre dve decenije treći put[43], pre deset godina četvrti put[44], a i sada peti put, ali ujedno i prvi put gotovo u celini prvenstveno u vezi sa francuskim modelom i Konstantinovićevom studijom. Nije reč ni o stavu za i protiv, ni o stavu za sve i protiv svega. U daljem tekstu će se videti moja obrazloženja, a to traži da se bude načisto sa karakteristikama po kojima se francuski bitno razlikuje od drugih modela.

8. FRANCUSKO-KONSTANTINOVIĆEV MODEL PRAVA ODGOVORA – DVE UPADLJIVE KARAKTERISTIKE PO KOJIMA SE BITNO RAZLIKUJE OD DRUGIH MODELA – VRSTE ISTOG INSTITUTA ODGOVORA – INSTITUTI RAZLIČITI OD ODGOVORA – INSTITUT ODGOVORA SA RAZLIČITIM NAZIVIMA – MERILO ZA NAJBOLJI MODEL PRAVA ODGOVORA

1. S obzirom na njihove zajedničke bitne osobine, Konstantinovićeve stavove o pravu odgovora možemo integrisati u francuski model prava odgovora, i obrnuto, a tretirati ih kao jedan entitet (kao celinu, kao samoposebnost). Opravdano je govoriti o Konstantinovićevom francuskom modelu prava odgovora, ili obrnuto, o francusko-Konstantinovićevom modelu.

Na temelju francuskog modela odgovora, Konstantinović je u tri pasusa izrazio celu *svoju filozofiju instituta odgovora*.[45] Njegov *vjeruju* sažeću svojim rečima ovako: baš svako lice označeno u štampanom tekstu bilo koje

[43] Kao član radne grupe koja je izradila Zakon o javnom informisanju iz 2003.

[44] Godine 2013. kao član radne grupe za izradu Zakona o javnom informisanju i medijima.

[45] Konstantinović 1927b, 203–204: „Iz osnova i cilja prava odgovora proizilaze sve potrebne indikacije za njegovu organizaciju u zakonu. Oni zahtevaju da pravo odgovora bude priznato ne samo licima čije je ime bilo spomenuto, već po staroj francuskoj formuli, i licima koja su na budi koji način, makar i najzavijenije, bila označena u nekom napisu. Samo će tako ono moći biti efikasno sredstvo odbrane, što je najčešći i najpraktičniji slučaj njegove upotrebe. Nesme se voditi računa o tome, da li je lice pomenuto ili označeno u vezi sa nekim činjenicama iz njegovog rada ili života, kako to traži naš zakon, niti tražiti od tog lica da demantuje ili opovrgne štampane činjenice. Pravo odgovora mora se priznati, bez ikakvog uslova, svakome koji je ma kojim povodom bio pomenut u nekom dnevnom listu ili povremenom spisu. Urednika treba obavezati da primi i štampa odgovor svakog lica pomenutog u njegovom listu, bez obzira na to šta se u tom odgovoru nalazi. Zato je i bolje pravo spomenutog ili označenog lica nazvati pravom odgovora nego pravom ispravke. – Odatle dalje izlazi, da treba označenom licu zagarantovati jedan minimum dužine odgovora, npr. pedeset redi kao u Francuskoj, i da se odgovor ima štampati, takav kakav je stigao u redakciju, u što kraćem roku, kako bi imao željeno dejstvo, besplatno i u istom delu lista u kome je izašao napis na koji se odgovara. –

sadržine ima pravo da se oglasi odgovorom u toj istoj štampi bez ikakvih ograničavajućih uslova, bilo da bi time nešto ispravio, bilo da išta saopšti povodom tog teksta. Takvo pravo bolje je da ima naziv „pravo na odgovor" jer je ono mnogo šire od „ispravke". – Odgovor mora da se odštampa sa bar 50 redova, bez ikakve izmene, u najkraćem roku, besplatno i u istom delu istog lista. – Nedopuštene su ikakve prepreke štampanja odgovora, a urednik ne sme da odbije odgovor ni iz kakvog razloga.

2. Upadljive su *dve karakteristike* francuskog modela i Konstantinovićeve studije u odnosu na druge modele: francusko i Konstantinovićevo pravo odgovora je *najšire pravo odgovora a sa najmalobrojnijim i najlakšim uslovima za sticanje, imanje i vršenje*. Svi drugi modeli prava odgovora, više ili manje, zaostaju po tome u odnosu na francuski u štampi.[46] S jedne strane, uži su po onome što omogućuju svojem titularu i, s druge strane, zahtevniji su po broju i težini uslova da bi titular pravo stekao, imao i vršio. Ne postoji drugi način da se upozna i domaći i bilo koji inostrani model prava odgovora nego da se analiziraju sa oba stanovišta: sa stanovišta širine prava i sa stanovišta broja, težine i uslova sticanja, imanja i vršenja prava. Zato će tome biti posvećen najveći deo ovog zapisa.

3. Uprkos razlikama, francuski i drugi inostrani modeli jesu *vrste jednog te istog instituta* odgovora i čine jedan zajednički pojam instituta odgovora, odnosno svi oni *su* samo vrste jednog instituta a ne odvojeni instituti.[47] Primera radi, i francusko pravo odgovora i jugoslovensko pravo odgovora iz 1925. godine i francusko pravo odgovora u štampi, francusko pravo odgovora u audio-vizuelnim medijima i francusko pravo u digitalnim medijima i slično jesu, uprkos pojedinačnim pravnim razlikama, vrste jednog te istog pravnog instituta odgovora. Jesu, dakle, njegove vrste a ne *aliquid*.

4. Neki drugi instituti, *uprkos nekim zajedničkim sličnostima* sa francuskim i drugim inostranim modelima prava odgovora i njegovih vrsta, predstavljaju sasvim *drugačije institute*.[48] Na primer, nemačko pravo opoziva (povlačenja) izjave (*Widerruf*) i švajcarsko pravo ispravke (*Berichtigung*), s jedne strane,

---

Naposletku, realizovanju prava odgovora nesme se staviti na put nikakva prepreka; ono treba da dejstvuje u svakom slučaju nesmetano i brzo; to je uslov njegove efikasnosti. U zakonu ne treba da se nalazi ništa što bi dozvoljavalo uredniku, da iz budi kojih uslova odbije štampanje odgovora. Naime, zakon ne treba da ovlasti urednika da odbije štampanje odgovora, ako je on 'neuljudno' napisan, kako to čini naš zakon. Inače bi pravo odgovora moglo biti lako paralizovano."

[46] Koliko vidim, najbliže mu je luksemburško pravo odgovora, Zakon o slobodi izražavanja u medijima, od 8. juna 2004, čl. 36–50; Vogel 2020, 225–234.

[47] O tome u delu 10.

[48] U delu 11.

a s druge stane, i francusko pravo odgovora (*droit de réponse*) i švajcarsko pravo odgovora (*Gegendarstellungsrecht*, *droit de réponse*, *diritto di risposta*) sasvim su drugačiji pravni instituti.

5. Francuski i svi drugi inostrani modeli prava odgovora imaju *razne nazive*, razna imena u pravnoj istoriji i uporednom pravu, neretko i u jednoj istoj državi – „odgovor", „ispravka", „uzvraćanje", „protivan prikaz".[49] Samo radi jednostavnosti, svaki model jednog istog instituta odgovora zvaću pravom odgovora bez obzira na naziv koji nose, osim onda kada je neki njihov drugačiji naziv potreban za bolje razumevanje onoga o čemu se radi.

6. Prvo sleduje da pokažem da je po francuskom pravu odgovora to pravo najšire i najlakše za sticanje, imanje i vršenje. A ako se tako i potvrdi, posle toga sleduje da se ispita da li je francusko pravo odgovora *najbolje* (*najprimerenije, najoptimalnije*) među postojećim pravima odgovora, što podrazumeva argumentovanje u oba pravca – i dobre i loše strane. Tačke za ispitivanja su svi oni elementi konstrukcije prava odgovora i svaki takav element ispituje se uvek sa oba aspekta: da li određeni element utiče na širinu prava odgovora i na lakše ili teže sticanje, imanje i vršenje tog prava i njegovog vršenja. *Ti elementi istraživanja* su: naziv prava, sadržina ovlašćenja prava, pojam prava, situacije primene prava, izuzeci od postojanja i vršenja prava, šta se hoće, čemu služi pravo, zloupotreba prava kao prepreka sticanju, imanju i vršenju prava odgovora. Po tom redosledu ću ih analizirati i proveravati.

9. PRAVO ODGOVORA I DRUGI NAZIVI – VAŽNO JE ZVATI SE ODGOVOR – JEDAN INSTITUT A RAZNI NAZIVI – ISTI NAZIV A RAZNI INSTITUTI

1. Institut kojim se bavimo obeležava se različitim nazivima, a nisu retke države u kojima je on menjao više različitih imena. Spadamo u grupu država, na čelu sa Francuskom, gde se institut zove „odgovor" odnosno „pravo odgovora".[50] Zato, ako bismo hteli da naše reči „odgovor" i „pravo odgovora" prevedemo francuskom pravniku kao „réponse" i „droit de réponse", ni on a ni mi ne bismo imali teškoće da u stručnom komuniciranju identifikujemo

[49] Deo 9.

[50] Pravo odgovora uređen je Zakonom o štampi i medijima u odeljku XIII „Odgovor na informaciju i ispravka informacije", *Službeni glasnik RS* 83/2014, čl. 83, 85–90, 92–94, 96–99, 112, 117, 123, 126, 130.

šta je to o čemu govorimo.[51] Isto važi, na primer, za italijansko „diritto di risposta“[52], portugalsko „direito de resposta“[53] ili rusko „право на ответ“.[54] Pravo odgovora (*droit de réponse*), ili pod nekim od drugih imena, vrlo brzo se proširilo ogromnim delom zemaljske kugle.[55] Teško da ga u Evropi igde nema, ali od kada u Evropskoj uniji nema Engleske, možemo baš nju da navedemo kao najpoznatiji primer države u Evropi koja ne zna za taj institut.

Mada u engleskom jeziku postoje reči „answer“, „response“ i „reply“, u pravnom jeziku SAD upotrebljava se samo ta poslednja reč – kao *Right of reply* ili *Right to reply*. Samo tim izrazom takođe se prevode drugi inostrani nazivi ovog instituta, a i naš naziv.

Ali ako se srpske reči „odgovor“ i „pravo odgovora“ nemačkom kolegi prevedu kao „Antwort“ (odgovor) i „Antwortsrecht“ (pravo odgovora), sa time bismo imali uspeha samo pod uslovom da je nemački kolega donekle uveden u pravnu komparativistiku tog instituta ili pak ima intuiciju o čemu bi se tu moglo raditi. Ni u propisima, ni u sudskim odlukama, ni u pravnoj književnosti „Antwortsrecht“ ne postoji kao pravni termin. Jer, ni nemački „Gegendarstellung“ (protivni prikaz) i „Gegendarstellungsrecht“ (pravo na protivni prikaz), iz tekućeg nemačkog pravničkog jezika i nemačkih propisa[56], ne završavaju – ni u doslovnom ni u vrlo slobodnom prevodu – ni kao „odgovor“ ni kao „pravo odgovora“, nego kao „protivni prikaz“ i „pravo protivnog prikaza“. A ništa od toga jezički nije ni slično „odgovoru“ i „pravu odgovora“.

Pre nemačkog izraza „Gegendarstellungsrecht“ za isti pravni institut stajao je u propisima i pravnoj literaturi izraz „Entgegnugsrecht“ (pravo uzvraćanja) u zakonima i pravnoj književnosti, ali su od izraza „Entgegnungsrecht“ u međuvremenu odustali ne samo u Nemačkoj nego i u Austriji i u Švajcarskoj i svi zajedno u korist „Gegendarstellungsrecht“.

---

[51] Čl. 13 Zakona o slobodi štampe iz 1881. i drugi francuski zakoni kojima se uređuje odgovor.

[52] Čl. 8 italijanskog Zakona br. 47. o štampi od 8. februara 1948.

[53] Čl. 5, st. V Ustava Brazila od 5. oktobra 1988. i Zakon br. 13.188 o pravu odgovora i ispravke od 11. novembra 2015. godine.

[54] Čl. 46 Zakona o sredstvima masovnih informacija Ruske Federacije od 27. decembra 1991.

[55] Videti preglede u Nobre 1973, 43–171; Löffler, Golsong, Frank (Hrsg.) 1974, 1–333; Haase–Becher 1970, 24–157; Koltay 2013, 73–89.

[56] U ovom času oko 50 važećih nemačkih zakona uređuju ovaj institut pod tim nazivom „Gegendarstellung“, „Gegendarstellungsrecht“, „Anspruch auf Gegendarstellung“, videti Prinz, Peters 1999, 347; Seitz 2008, 756.

Pre oba pomenuta nemačka izraza domaćin tom istom institutu decenijama je bio naziv izraz „Berichtigungsrecht“ (pravo ispravke) još od prvog nemačkog zakonskog uređenja tog instituta.[57] I u Sloveniji je „popravek“ (ispravka) i „pravica do popravka“ (pravo ispravke) već decenijama i decenijama oznaka za taj institut[58] i to još pre nastanka Kraljevine SHS. Taj izraz (*popravek*) za ovaj institut preimenovan je pre dve decenije u zakonu još jednim legalnim paralelnim alternativnim imenom za isti institut: „prikaz nasprotnih dejstev“. Tako se ovaj institut pod imenom „popravek“ u zakonu opisuje, u stvari, doslovnim prevodom nemačke složenice (*Gegendarstellung*), ali razložene na dve reči iz kojih se sastoji: „Svaka informacija mora biti jasno označena kao ispravka, ali može imati i oznaku ‘prikaz protivnih činjenica’“.[59]

2. Taj slovenački nije usamljen slučaj da jedan te *isti institut u isto vreme nosi u istom zakonu dva različita naziva*. Crnogorski Zakon o javnom informisanju iz 1998. određuje da „svako fizičko i pravno lice ima pravo na odgovor *ili* ispravku u slučaju kada je, putem objavljene informacije, povrijeđeno njegovo pravo ili interes“ (čl. 48, st. 1), i „pod odgovorom *ili* ispravkom se podrazumijevaju informacije kojima se dopunjuju činjenice i podaci iz objavljene informacije, u pogledu istinitosti i potpunosti“ (čl. 49, st. 1). I za odgovor i za ispravku važe potpuno istovetni uslovi, isti izuzeci, isti postupak i sve u svemu od prvog pa do poslednjeg slova istovetni pravni režim (čl. 48–51). Isti je slučaj i, na primer, sa portugalskim Zakonom i dekretima o odgovoru ili službenoj ispravci[60], brazilskim zakonom[61], a i u

[57] U badenskom zakonu o štampi iz 1831, § 10. U badenskom zakonu spojio se naziv „ispravka“ (*Berichtigung*), koji je predstavljao tzv. službenu ispravku (*Berichtigungszwang*) kao akt vlasti po kome je štampa bila dužna da objavi dostavljen tekst vlasti, sa privatnim pravom svakog pojedinca da štampa objavi njegov zahtevani tekst.

[58] Tako i po sada važećem članu 26 Zakon o medijih – ZMed (*Uradni list RS* 35/01 z dne 11. 5. 2001), „Pravica do popravka objavljenega obvestila“ („Pravo ispravke objavljene informacije“), čl. 26–41; izraz „ispravka“ („popravek“) bio je i u ranijim slovenačkim zakonima: Zakon o javnih glasilih, *Uradni list RS* 18/1994 od 8. 4. 1994, čl. 9–23; Osnutek Zakona o javnem obveščanju od 9. 5. 1984, čl. 88–107; Zakon o javnem obveščanju od 14. 2. 1973, čl. 44–61. Izraz „popravek“ je važio i u 19. veku u Sloveniji po austrijskom Zakonu o štampi Franca Jozefa.

[59] Član 27, st. 3, reč. 1: „Vsaka objava mora biti jasno označena kot popravek, lahko pa tudi z oznako ‘prikaz nasprotnih dejstev’“. – Poslednji slovenački zakon koji je govorio o ispravki bez njegovog parnjaka u vidu naziva „prikaz protivnih činjenica“, bio je Zakon o javnih glasilih od 1994, a i taj, kao nijedan od zakona koji su ranije važili u Sloveniji nije poznavao izraz „protivni prikaz“.

[60] Čl. 2 Zakona i dekreta Portugalije od 14. marta 1936, 29. juna 1933, 11. aprila 1933, 27. juna 1927, 29. jula 1926, 5. jula 1926.

[61] Čl. 29 brazilskog zakona br. 5.250 od februara 1967.

zakonima nekih nemačkih država iz 19. veka, pre nego što je donet carski zakon o štampi 1874. godine koji je unifikovao izraz ispravka, zvao se ispravka „ili“ uzvraćanje, recimo u pruskom propisu od 30. juna 1843.[62] U jednom zakonu za isti institut se koriste dva imena koja povezuje *„ili“*, iako se pravno ni po čemu drugom ne razlikuju.

Takođe, biva i u nekoj složenoj državi da je jedan isti institut u isto doba *u jednoj jedinici složene države jednog imena, a u drugoj drugog imena*. Na primer, u većini jugoslovenskih republika institut se zvao ispravka, a u nekima odgovor; isto tako se, pre donošenja nemačkog carskog zakona o štampi 1874. godine, u nekim nemačkim državama zvao uzvraćanje, a u nekima ispravka.[63]

Suprotno je tome kada dva različita instituta istovremeno nose u istom zakonu isti *viši zajednički naziv*. Nije retko da su u istom zakonu, u istom odeljku, nekada i u istom članu zakona, pod istim zajedničkim imenom uređeni službena ispravka i privatni odgovor. Na primer, u francuskom zakonu o slobodi štampe (*rectifications*),[64] u španskom zakonu i dekretima o pravu na odgovor i o pravu na ispravku,[65] u brojnim srpskim i starojugoslovenskim zakonima o štampi.[66]

3. Naš region prednjači brojem naziva tog instituta (četiri – ispravka, odgovor, dopuna, prikaz protivnih činjenica), čime je nadmašio tri nemačka naziva (ispravka, uzvraćanje, protivni prikaz). Od kada je službena ispravka (*rectification*) gotovo pravno izjednačena sa odgovorom (*réponse*), Francuska je gotovo dva veka bila verna jednom jedinom nazivu – odgovoru.[67]

---

[62] Videti prikaz stanja u partikularnim nemačkim propisima iz 19. veka u Kreuzer 1974, 69–71.

[63] Videti prethodnu fn.

[64] Zakon o slobodi štampe iz 1881, Poglavlje II: „O periodičnoj štampi“ („Chapitre II: De la presse periodique“), i II. Paragraf 2 („II. Paragraphe 2“) sadrži zajednički naziv „Ispravke“ („Rectifications“) a sastoji se iz dva člana 12 i 13. Nijedan od to dva člana nema svoj naslov, ali ključna reč u tekstu člana 12 je ispravka (*rectification*), a u tekstu člana 13 – odgovor (*réponse*).

[65] Zakon od 18. marta 1966. i dekreti br. 746 od 31. marta 1966, koji reguliše pravo na odgovor, i br. 745. od 31. marta 1966. koji reguliše prvo na ispravku, čl. 58, 62.

[66] Zakoni o štampi Srbije 1870, 1881, 1901, 1904, SHS 1925, Kraljevine Jugoslavije 1929.

[67] Videti o francuskoj zvaničnoj ispravci i odnosu sa odgovorom deo 11.3.

Što se tiče zakona Srbije (počev od 1870. do danas) i Jugoslavije i Zajednice država Srbija i Crna Gora (počev od 1925. do 2006) institut se zvao „ispravka“ mnogo duže i u većini zakona[68], jer se taj isti institut ređe zvao „odgovor“ a i u manjem broju zakona.[69]

4. Zakonodavci i literatura našeg regiona nisu uložili poseban trud da *obrazlože ime* tog instituta. Među izuzetke spada Konstantinovićeva studija, ne samo u vreme kada je pisana. Tadašnji pravnici, a i potonji, listom su se držali legalnog imena,[70] pa ga nisu dovodili u pitanje ni kada su imali razne pozitivnopravne primedbe na brojna druga zakonska rešenja Zakona o štampi iz 1925. i Zakona o izmenama i dopunama iz 1929. Konstantinovićevo opredeljene za izraz „odgovor“ a protiv izraza „ispravka“ kratko je i jasno izrečeno, već na prvoj stranici studije: „[pravo] na ispravku, ili, kako se bolje kaže, pravo odgovora“ (1926a, 780), a ponovljeno u završnom delu studije: „bolje [je] pravo spomenutog ili označenog lica nazvati pravom odgovora nego pravom ispravke“ (1927b, 203). Koliko je to opredeljenje jasno i kratko, toliko je kratko i jasno njegovo obrazloženje opredeljenja njegove ideje čitavog instituta odgovora, a on je u tom opredeljenju našao mesto i za pitanje naziva (1927b, 203–204).[71]

5. Pitanju naziva instituta može se prići sa *raznih strana*. Na primer, sa *lingvističke* tačke. Nijedan spomenuti naziv iz raznih jezika i raznih država kojim se obeležava ovaj institut nije anonim ni za jedan drugi (nisu anonimski par), dakle, jedan drugome ne predstavlja značenjsku suprotnost. Neki od pomenutih naziva su u odnosu sinonimije (dakle, predstavljaju reči i izraze istog ili bitno sličnog značenja); neki su prema nekom drugom nazivu najbliži sinonim ili su manje blizak sinonim (a svi su, svakako, sinonimski par i svi svakako pripadaju istoj grupi sinonimskih reči odnosno izraza). Neću

[68] Naziv *ispravka*: zakoni o štampi Kneževine Srbije 1881, čl. 11, Kraljevine Srbije 1901, čl. 12, Kraljevine Srbije 1904, čl. 14, SHS 1925, čl. 26, Kraljevine Jugoslavije 1929, čl. 26, SR Srbije 1973, čl. 104, Ustav SFRJ 1974, čl. 168, st. 3, Ustav SR Srbije, čl. 192, st. 3, SR Srbije 1978, čl. 115, SR Srbije 1991, čl. 31, Ustav Republike Srbije 1990, čl. 46. st. 5, Ustav Savezne Republike Jugoslavije 1992, čl. 37, st. 1, Republike Srbije 1998, čl. 39, SAP Vojvodine 1971, čl. 32, SAP Kosova 1974, čl. 111.

[69] Naziv *odgovor*: zakoni o štampi Kneževine Srbije 1870, čl. 18, DFJ 1945, čl. 18, FNRJ 1946, čl. 18, FNRJ 1960, čl. 34, Ustav Savezne Republike Jugoslavije 1992, čl. 37, st. 2, Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama Zajednice država SCG 2003, čl. 30, st. 4, Ustav Srbije 2006, čl. 50, st. 4, Zakon Republike Srbije 2003, čl. 40, Zakon Republike Srbije 2014, čl. 80.

[70] Odgovor: Zakon o pečatnji (štampi) 1870; ispravka: Zakoni o štampi 1881, 1901, 1904, 1925, 1929.

[71] Vidi i deo 8.1. u tekstu iznad fn 45. i u toj fusnoti.

prikazivati analizu kojom sam došao do tih nalaza. Tim rečima i izrazima ne bavim se, naime, iz lingvističkih razloga nego da pokušam da utvrdim najprimereniju reč odnosno izraz za imenovanje tog instituta.

Na osnovu čega odrediti naziv instituta: na osnovu značenja reči iz naziva, domena primene instituta, njegove funkcije, pravne prirode, važnih uslova uređenja instituta, inostranog uzora, rasprostranjenosti naziva, tradicije? Samo na osnovu jednog razloga, na osnovu više njih ili pomoću svih?

Kao i druge reči, tako se i svi poznati nazivi ovog instituta razlikuju po svome širem ili užem značenju. Već tim *jezičkim značenjem* mogu pružiti adresatima elementarnu predstavu o užoj ili široj sadržini prava o kome je reč. Ako se uzmu u obzir svi navedeni nazivi, kao i to kuda upućuju njihova značenja, ispravka je najuži naziv. U odnosu na ispravku podjednako su širi odgovor, uzvraćanje i protivni prikaz. Ispravljanjem se može odgovoriti, uzvratiti i protivno prikazivati, ali ispravljanje nije u stanju da obuhvati razne druge radnje odgovaranja, uzvraćanja i protivnog prikazivanja: dopunjavanje rečenog, traženje povlačenja rečenog, izražavanje sumnje u sadržinu autentičnosti rečenog ili neistinitost rečenog, sumnje u rečeno, izražavanje nekog drugačijeg značenja u odnosu na rečeno, neutralno reagovanje na sadržinu rečenog, pa sve do izražavanja pozitivnim saglašavanjem sa rečenim. Za uzvraćanje i odgovaranje, u stvari, ne postoji apsolutno neprekoračiva jezička granica čak ni u tome da se u svemu sadržinski izjednači sa rečenim, da bude kopija rečenog. Protivni prikaz, pak, baš nikada nije podesan za saglašavanje sa rečenim (sa sadržinom), za podršku rečenom, ni za bitno dopunjavanje. Dijapazon mogućih značenja naziva bio bi u celini pokriven tek jednim izrazom za koji meni nije znano da je igde upotrebljen za ovaj institut – drugačiji prikaz. Drugačiji prikaz je primeren za sve što i odgovor, s tim što više nego odgovor naglašava sve ono što je sadržinski drugačije od rečenog. Drugačijim prikazom se *u većoj meri* nego odgovorom naglašava da imalac prava nije sadržinski saglasan sa primarnom informacijom. Ali, jedino za uzvraćanje i odgovaranje, u stvari, ne postoji apsolutno neprekoračiva jezička granica čak ni u tome da se u svemu sadržinski izjednače sa rečenim i da budu kopija rečenog. Odgovor je jedini naziv koji omogućuje da se reakcija na rečeno spomenutog potpuno sadržinski podudara sa rečenim jer se – s obzirom na značenje reči „odgovoriti“ i „uzvratiti“ – putem njih mogu u svemu saglasiti a da se i to zove odgovor ili uzvraćanje.

Suvišno je reći da nijedan zakonodavac, verovatno, ne bi svom institutu dao naziv samo ili prvenstveno na osnovu jezičkog značenja reči ili izraza koji bi stajali u nazivu instituta. Naziv instituta redovno nije ključan za

rešavanje pravnih problema instituta, niti sam naziv daje osnovu odluci o pravnom pitanju koje se rešava. Ali je svakako bolje ako naziv nije izvor praktičnih pravnih problema, a ni teškoća njegovih rešenja.

Retka je prilika da se prati način na koji se neko argumentovano opredeli za neki izabrani naziv instituta obrazloživši zašto je stao protiv jednog a za drugi naziv instituta, kao što je u svojoj studiji Konstantinović ostavio trag svoga postupka (1927b, 203–204). Bio je nezadovoljan ne samo nazivom ispravka i bio je opredeljen ne samo za naziv odgovor nego je bio nezadovoljan uređenjem važećeg jugoslovenskog instituta a opredeljen za uređenje francuskog instituta. Zato je za njega bio neprihvatljiv jugoslovenski naziv ispravka, pre svega uzak njegov domen primene, uska njegova funkcija, uzak njegov krug titulara, a to se iskazalo kao nezadovoljstvo nedovoljno širokim nazivom ispravka, upoređeno sa znatno širim nazivom odgovor (1927a, 128–132; 1927b, 203–204). Ukratko, Konstantinović nije optirao za određeni naziv (odgovor) a onda zauzimao stav spram željenog uređenja instituta shodno nazivu, a ne obrnuto.

Za naš važeći institut najpre bih birao naziv „drugačiji prikaz“, zbog prednosti značenja koje sam naveo u poređenju sa svim drugim nazivima, zbog prilagođenosti funkciji instituta, njegove pravne prirode, domena primene i drugih elemenata zakonskog uređenja tog instituta. Uvek sam ipak bio za naziv „odgovor“ u mnogim prilikama (u vidu nacrta zakona i ozakonjenih nacrta medijskih zakona),[72] podržavajući naziv odgovor koji je u najvećem delu srpske i jugoslovenske istorije prava bio neopravdano diskriminisan u korist neopravdanog protežiranja izraza ispravka.

10. POJAM PRAVA ODGOVORA I NJEGOVE VRSTE – MINIMUM--POJAM PRAVA ODGOVORA

1. Sistematološki i taksonomski pristup ima opravdanog smisla kada je reč o pravu odgovora. Ova materija je bogata vrstama, raznovrsnostima, sličnostima i razlikama, međusobnim povezanostima i uzajamnostima, ne samo ako se ograničimo na domaću situaciju nego i ako se zainteresujemo za rešenja iz uporednog prava i iz pravne prošlosti. Zato nam predstoji da u ovom delu zapisa stavimo na jedno mesto sve što je isto ili bitno slično i da od toga sačinimo jedan pojam odgovora (2 i 3) i njegove vrste (4–6) i da (u sledećem delu 11) od toga odvojimo sve što je različito i bitno različito od odgovora i njegovih vrsta.

[72] Vidi tekst u delu 7.3. *in fine*.

2. Bilo je jednom jedno vreme kada je u svetu postojao samo jedan jedini pojam prava odgovora. Taj period je kratko trajao: od 1822. do 1831. godine. Otada (dakle, od 1831) svet ne zna za pojam odgovora kao jedan jedini pojam prava odgovora. Poslednju 191 godinu veliki svet nema jedan pojam odgovora, a nije ni verovatno da će ga ikada imati. Mogućnost da se misli i govori samo o *jednom jedinom pojmu* prava odgovora prestala je da postoji već posle devet godina od pronalaska francuskog prava odgovora: godine 1831. Belgija i Baden donele su te godine zakone o štampi sa odredbama drugačijim od francuskog instituta prava odgovora.[73] Badenski (dakle, nemački) još se više vidno konstrukcijski razlikovao, a ni kasniji zakoni o štampi drugih država nisu išli putem samo jedne od te dve staze – francuskom i badenskom, nego su donosile i svoje drugačije varijante prava odgovora. U pravnoj književnosti je uobičajeno da se svet deli na romanski i germanski sistem prava odgovora po tome da li je za pravo odgovora svejedno da li se može odgovoriti na bilo koju vrstu odštampane informacije ili se može odgovoriti samo na odštampane informacije koje predstavljaju činjenične iskaze, a ne i na vrednosne sudove.[74] Ređe su, ali ih ima, kombinacije oba sistema u istoj državi: da je jedno rešenje dominantno (na primer, i za činjenične iskaze i za vrednosne), a drugo (samo za činjenične), odnosi se samo na neke vrste informacija ili samo na neku vrstu medija.[75] Osim razlike na osnovu vrste informacija (činjenična, vrednosna, mešovita), postoje i druge ništa manje pravno relevantne razlike između vrsti prava odgovora, recimo, da li je pravo odgovora uslovljeno ili nije time da odštampana informacija povređuje pravo ili interes ili bar može

[73] Belgijski Dekret o štampi od 20. jula 1831. odmah se odvojio od francuskog time što je isključio odgovor u naučnim, umetničkim i literarnim kritikama, osim ako se ispravljaju činjenice ili odbrana od napada na čast (čl. 1, st. 2), a i još nekim razlikama. I belgijski najviši sud je kontinuirano potvrđivao da svako ko svoje delo iznese kritici javnosti time se unapred odriče od prava na odgovor (na primer, *Cour de cassation Belgique*, 17. jun 1887. Pasicrisie belge, 1887, 1.313). Videti o istorijatu Exhenry 1929, 13. Sada važeći *Loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse* (Moniteur belge du 8 juillet 1961), izmenjen putem *Loi du 4 mars 1977 complétant la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse* (Moniteur belge du 15 mars 1977). – Badenski Zakon o štamparskoj policiji i o kažnjavanju delikata štampe od 28. decembra 1831, kao i francuski i belgijski, shvatan je kao korelativ slobode štampe, a razlikovao se od oba prethodna već po nazivu instituta – ispravka (*Berichtigung*), razlikovanju između ispravki koje se štampaju besplatno od onih za koje se plaća, a najpre po tome što se odnosi samo na činjenične tvrdnje (§ 10). O istorijatu, a i nerazjašnjenom pitanju da li je Bavarska u odnosu na Baden imala primat u pogledu nastanka instituta, videti Kreuzer 1974, 64 fn 13, 65 fn 20.

[74] Videti deo 12.

[75] Videti primere iz francuskih i belgijskih zakona u delu 12.2.

da stvara sliku povređenog prava ili interesa lica na koje se odnosi.[76] A ni tu ni izbliza nije kraj. Sve su to elementi konstrukcije prava odgovora na kojima se zasniva neki pojam prava odgovora različit od ostalih. Ako bi se unapred, s uverenjem da postoji jedan pojam prava odgovora, prišlo nekom zakonu koji uređuje prava odgovora u toj sredini, uvek bi nas sačekala razna velika iznenađenja. Znati konkretno uređenje prava odgovora onog zakona kojim se baš bavimo iziskuje da se uvek ispitaju doista svi pravni relevantni elementi koje sam već naveo – naziv, krug imalaca, domen primene, funkcija, izuzeci od postojanja, zloupotrebivost itd.[77]

3. Na osnovu uvida u istoriju i uporedno pravo ove materije, nalazim da postoji jedan minimalni pojam ovog instituta – *minimum-pojam* ili kostur-pojam – elementi bez kojih se ne može govoriti o ovom institutu. Takvu elementarnu strukturu pravnog odnosa nalazim u francuskom modelu prava odgovora u štampi. Već sam ga predstavio, upoznali smo ga kao najšire pravo sa najmalobrojnijim uslovima sticanja, imanja i vršenja prava.[78] Bez takvih minimalnih elemenata ne bi trebalo govoriti o ovom institutu. 1. Lice (subjekt informacije) na koje se odnosi objavljena (primarna) informacija medija i koje zahteva objavljivanje svog odgovora i medij (u liku urednika, osnivača, štampara ili nekog drugog nadležnog) koji je objavio takvu informaciju i koji je dužan da objavi zahtevani odgovor. 2. Ako medij nije postupio po zahtevu saglasno zakonu, subjekt informacije zahteva od suda da medij izvrši ili pravilno izvrši obavezu. 3. Na sudu ni subjekt informacije ne dokazuje da je objavljena informacija neistinita a odgovor istinit, ni da je povredila njegovo pravo ili interes, a ni medij ne dokazuje istinitost informacije i neistinitost odgovora kao ni da informacija nije povredila pravo ili interes subjekta informacije. 4. Sud mora da utvrdi da li postoji izuzetak od prava odgovora i njegovog vršenja. 5. Sud presuđuje da li postoji pravo da se zahteva da se objavi odgovor odnosno obaveza da se zahtevani odgovor objavi.

Bez ijednog elementa nema minimum-pojma odgovora. Od svih pomenutih elemenata, jedan je takav da pravo odgovora odnosno institut odgovora povlači najvažnije posledice po njegove karakteristike i njegovo razlikovanje od svih ostalih prava i instituta koliko god bili bliski odgovoru. *Reč je o*

[76] Videti deo 10.3.

[77] Deo 8.6. *in fine.*

[78] Deo 8.2.

elementu pod brojem 3. Zahvaljujući tom elementu pravo odgovora je ono što zavređuje da bude tretirano kao drugačiji kvalitet od svih ostalih prava povodom primarne informacije.[79] Evo tri primera.

Minimum-pojam odgovora podrazumeva ideju jednakosti medija i subjekta informacije: kao što pravni poredak ne traži od medija da dokaže istinitost informacije pre njenog objavljivanja, tako ni subjekt informacije ne mora da dokaže istinitost ni neistinitost primarne informacije i zahtevanog odgovora da bi se odgovor objavio. Osim načela jednakosti, osnov, opravdanje i objašnjenje prava odgovora je pre svega u pravu subjekta primarne informacije da odluči kako će se on svojim odgovorom informaciono predstaviti drugima i javnosti povodom objavljene primarne informacije. Češkim Zakonom o periodičnoj štampi i drugim sredstvima informisanja od 1. januara 1967. traženo je nešto drugo: „Glavni urednik može odbiti objavljivanje ispravke, ako je u mogućnosti da dokaže tačnost podataka zbog kojih se zahteva ispravka." Mađarska uredba o pitanjima štampe br. 26 od 1. maja 1959. i njena provedbena naredba br. 4 od 9. juna 1959. sadržala je pravo ispravke neistinitih tvrdnji. Ako odgovorni urednik ne objavi zahtevanu ispravku, a povređeni subjekt informacije zahteva da uredniku sud to naloži u sudskom postupku, tada su u tom postupku dopuštena sva dokazna sredstva, a teret dokaza istinitosti snosi onaj od njih koji se pozove na istinitost. Ako je tražilac ispravke naveo neistinu o nekoj bitnoj okolnosti, krivično je kažnjavan (Krivični zakonik Mađarske od 22. decembra 1962, čl. 12). Zakonom o nemačkoj organizaciji *Südwestfunk* izričito se propisuje kao uslov prava odgovora da je informacija protivna istini. Bilo je i tumačenja da ta odredba, inače jedina koja traži neistinitost nasuprot svih više od 50 nemačkih propisa o pravu odgovora, nema značaj, ali je sud izrekao da je ta odredba važeće pravo i mora se poštovati, a neistinitost se mora učiniti verovatnom.[80]

Osim francuskog prava odgovora u štampi, nijedno prošlo ili postojeće zakonom uređeno pravo odgovora ne svodi se samo na navedeno minimum-pravo odnosno kostur-pravo. Većina zakona traži još nešto povrh opisanog ili čak mnogo mnogo više, ali ne diraju u središnji element br. 3. Recimo, francuski model prava odgovora u štampi za subjekta informacije

[79] Videti prava u delu 11.1; instituti najsrodniji odgovoru su: zvanična ispravka; ispravka kao kvazinegatorni zahtev; ispravka kao odštetni zahtev; ispravka kao sredstvo zaštite prezumpcije nevinosti; ispravka po domaćem zakonu o medijima; opoziv izjave; javni odgovor i pravo odgovora na objavljeno obaveštenje (delovi 11.2. do 11.5).

[80] Upućivanja videti u Ebert 1997, 51; Sedelmeier 1997, 690.

najkomotnije je pravo sa najlakšim uslovima sticanja, imanja i vršenja prava, dok su zahtevniji već belgijsko pravo odgovora u audio-vizuelnim medijima a i francusko pravo odgovora na internetu i u digitalnim medijima.

Francusko pravo odgovora na radiju, televiziji i drugim audiovizuelnim sredstvima ograničeno je na informacije koje pogađaju čast i ugled fizičkog ili pravnog lica (Zakon 82–652 od 29. jula 1982, čl. 6), a belgijsko pravo odgovora svedeno je na ispravku informacije netačnih činjenica ili na odgovor povodom informacije koja predstavlja napad na čast, a šire je od belgijskog prava odgovora u štampi jer omogućuje to pravo i organizacijama koje nisu pravna lica, političke stranke i sindikati (Zakon od 4. marta 1977), dok u štampi te organizacije nemaju pravo odgovora (Zakon o pravu odgovora od 23. juna 1961).

Kao što je u prva tri primera (češkom, mađarskom i jednom nemačkom) teret dokazivanja istinitosti ili neistinitosti primarne informacije ili odgovora nespojiv sa minimum-pojmom odgovora, tako tri druga primera (francuski, belgijski i gotovo svih 50 nemačkih) ne ostavljaju mesta za dilemu da li je reč o institutu odgovora.

4. Kada je Konstantinović pisao svoju studiju, postojalo je samo pravo odgovora u štampi i periodičnim spisima; kada sam pisao svoju studiju imao sam u vidu i radio, televiziju i filmske novosti, a ne i druge audiovizuelne medije; priželjkivanog pisca domaće treće studije o pravu odgovora čeka internet koji je u Srbiji još od 1996, a već mora razmišljati o konstrukciji prava odgovora budućnosti jer sa internetom sigurno nije nastupio kraj ere javnih medija a ni istorija medija nije još završena. Izgleda da je odgovor pravni institut *imun na promenu tehnologije javnih medija* jer ga nijedan od tih medija nije ukinuo kao pravnu pojavu, a i sa svakim je postao još složeniji institut, da bi se svakome prilagodio. Jugoslavija se držala na nivou moderne istorije masmedija, domaćim medijskim zakonima šireći domen primene prava odgovora, čak pre nekih drugih država – na primer, Nemačke i Francuske.[81] Preporuka Saveta ministara podstiče države da prošire pravo odgovora i na onlajn medije.[82]

[81] Domaćim Zakonom o štampi i drugim vidovima informisanja od 1960. regulisano je pravo odgovora i na televiziji i radiju. U Francuskoj su do tada ostali samo nacrti o pravu odgovora na televiziji i na radiju iz 1937, 1957. i 1959/1960. Videti Biolley 1963, 158–160; Solal, Solal, Gatineau 1985, str. 117. U Nemačkoj do tada još nisu sve radio-televizijske ustanove bile obuhvaćene odredbama o pravu odgovora. Videti Köbl 1966, 25–26.

5. Domen primene instituta odgovora širio se kao što se širio krug vrsta masmedija. Ali je ideja instituta odgovora u jednom momentu čak prekoračila krug svih postojećih masmedija i krenula u sfere vanmedijskih komunikacija. Reč je o najvećem ikada zamislivom pravu odgovora: onom iz nemačkog Nacrta zakona iz 1959.[83] Ono prekoračuje granice svakog masmedija jer daje pravo odgovora čak izvan svakog masmedija. Nazvano je *poopštenjem*, *generalizovanjem prava odgovora* (*Verallgemeinerung des Entgegnugsrechts*). Takvo pravo odgovora trebalo je da ima svako lice na koje se odnosi bilo koja činjenična tvrdnja: dakle, pravo svakog lica povodom svake informacije, nezavisno od masmedija. To je trebalo da bude odgovor „za svakoga protiv svakog" („für jedermann gegen jedermann").[84] Primera radi, kao odgovor na tvrdnju sadržanu u knjizi, odgovor na tvrdnju saopštenu na javnom skupu, odgovor na tvrdnju sadržanu u filmu, odgovor na tvrdnju saopštenu u pozorištu itd. Taj nacrt nije postao zakon (prvenstveno zbog protivljenja medija), ali je pokazao tendenciju prava odgovora kao instituta čija se linija primene neprestano širila. To pravo odgovora trebalo je da postane deo nemačkog Građanskog zakonika (noveliranjem i proširivanjem § 12 BGB).[85] Takvo pravo odgovora trebalo je da na taj način prekorači sve granice prava medija uopšte (i zakona o štampi i zakona o svim drugim masmedijima) jer su širom sveta, gotovo vek i po, samo mediji, negde brojniji, negde manje brojni, bili jedino stanište instituta odgovora. A takvo nemačko poopšteno, generalizovano, univerzalno pravo odgovora nadilazilo bi granu prava medija i lociralo bi se u celosti u građansko pravo: od jednog specijalnog instituta iz privatnog medijskog prava ono bi postalo jedan *institut opšteg građanskog prava.*

---

[82] Recommendation Rec (2004)16 of the Committee of Ministers to member states on the right of reply in the new media environment, usvojena 15. decembra 2004.

[83] Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode. Drucksache 1237. Anlage 1. *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits– und Ehrenschutzes*, od 18. avgusta 1959. 3–4. *Begründung*. B. Einzelbegründung. Zu Nr. 1. Zu § 20, 24–26.

[84] Schüle 1961, 56: [Prinudna ispravka koja je razvijena za štampu kao jedno posebno pravo,] „Ono se sada poopštava, uobličava u pravni institut koji deluje za svakog i protiv svakog, koji se uvodi u okvire privatnog prava i time se odvaja od njegove prvobitne forme."

[85] Namesto § 12 BGB trebalo je da stupe §§ 12 do 20 BGB, a u § 20, st. 1 do 4 uređeno je pravo odgovora (Entgegnung). § 20, st. 1: „Svako ko javno iznosi ili pronosi tvrdnju činjenične prirode koja je podesna da povredi ličnost drugog lica, obavezan je na zahtev tog drugog lica da neodložno objavi njegov odgovor (Entgegnung), na isti način kao što je tu tvrdnju on izneo ili proneo, ili, ako je to nemoguće ili je neizvodljivo, onda na neki drugi pogodan način. Odgovor mora biti ograničen na iznošenje činjenica i odgovarajući po sadržaju i obimu. Svako ko istovremeno komentariše odgovor, mora se ograničiti na činjenične navode."

Jugoslavija je bila samo *jednu godinu korak posle* neozakonjenog nemačkog Nacrta, time što je zakonom proširila domen primene odgovora. Godine 1960. jugoslovenskim saveznim Zakonom o štampi i drugim vidovima informacija „zajemčuje se pravo javnog odgovora za objavljenu informaciju", čl. 9, 34–51, 82, 88 (*Službeni glasnik FNRJ* 45/60). Pravo odgovora odnosilo se na informacije objavljene u štampi i u drugim vidovima informacija, to jest pravo odgovora na informacije putem štampe, novina, časopisa, biltena, spisa, knjiga, kataloga, prospekata, plakata, letaka, slika, geografskih karata, crteža sa tekstom i bez teksta, muzičkih nota sa tekstom ili objašnjenjem i drugih sličnih stvari koji su izrađeni na štamparskoj mašini ili umnoženi nekim drugim mehaničkim ili hemijskim putem i namenjeni javnosti, povremenih publikacija, drugih štamparskih stvari i sredstava, gramofonskih ploča, magnetofonskih traka sa zapisima, filmova za privatno prikazivanje i dijapozitiva, koji se nalaze u prometu ili se javno prikazuju, putem radija, televizije, putem redovnih filmskih novina, pojedinih filmova o posebnim povodom (čl. 13, 21, 22, 50, 88, 85). Ni pre a ni kasnije, dakle ni do danas, pravo odgovora nije doseglo tadašnji domen primene instituta odgovora, ali je zadržana njegova pravnosistematizacijska pozicija u pravu medija. U odnosu na nemačko poopšteno, univerzalno pravo odgovora, jugoslovensko pravo odgovora je *zadržalo svoju pravnosistematizacijsku poziciju u pravu medija*.

6. Već neko vreme nije stvar nagađanja da li je pravo odgovora podesno da postane *institut pozitivnog građanskog prava*. Da institut odgovora nije nezamisliv kao građanskopravna ustanova, pozitivnopravno znamo bar od 1983. godine kada se čitav institut odgovora, sa svim njegovim članovima od 28g do 28l, smestio u švajcarski Građanski zakonik. Pre toga je Prednacrtom ekspertske komisije nacrta reforme švajcarskog Građanskog zakonika, koji nije postao zakon, bilo predviđeno uređenje prava odgovora (u čl. 28g – 28i ZGB) još 1974. godine.[86] Inače, već u Mejersovom (Eduard Maurits Meijers) Nacrtu novog građanskog zakonika Holandije iz 1961. godine (*Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetbooek*) bilo je sadržano jedno sredstvo, mešavina ispravke i odgovora kao ograničenje i ublaženje prava ispravke (čl. 6.3.19): tužilac zahteva da se objavi njegov nacrt ispravke, dok sam sud određuje konačnu verziju ispravke u svim modifikacijama, izmenu sadržine, vrstu novina, uređenje teksta i dr (Haase–Becher 1970, 117–118; Stoll 1972, 163; Rimanque 1974, 166). Ali do rada komisije nije rešeno otvoreno pitanje da

[86] Vorentwurf der Expertenkommission. 1976. Bundesgesetz über die Änderung des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts (Persönlichkeitsrecht), 1974. *Archiv für Urheber-, Film-, Funk– und Theaterrecht (UFITA)* 76: 284–285, 300–305.

li je to pravo jedno formalno pravo (to jest uslovljeno dokazivanjem povrede prava i neistinitosti informacije). Sadašnja važeća redakcija člana 6:167. *Nieuw Burgerlijk Wetboek*-a bliža je uobičajenom odgovoru.[87] Još novijeg datuma je pravo odgovora u Građanskom zakoniku Gruzije iz 1997, čl. 18, st. 4.[88]

Iako je institut odgovora institut *privatnog prava medija*, u građanskom zakoniku se uređuje kao institut koji se primenjuje samo za pravne odnose između bilo kog lica (fizičkog i pravnog), ali samo ako je druga strana medij (najčešće odgovorni urednik). Međutim, ako se pravo odgovora smesti u građanski zakonik, najadekvatnija pravnosistematizacijska pozicija bila bi u *građanskopravnoj grani pravo ličnosti*, ne zbog regulisanja odnosa sa medijima, nego zbog funkcije instituta odgovora kojim se uređuje odnos medija sa subjektom informacije kao imaocem prava ličnosti.[89]

Takav najširi od svih odgovora najpre bi trebalo da ima mesto u građanskom zakoniku gde je i trebalo da bude smešten sa drugim članovima namesto (i sada) postojećeg §12 BGB. Kao pravo građanskog prava, interesantno je po svojem domenu primene, ali je i potpuno nezavisno od domena primene po svojoj prirodi: jer pravo odgovora nije ni sredstvo odštetnog prava niti je sredstvo negatornog prava, nego je doista *svojevrsno pravo*.[90] Bilo „uobičajeno“ pravo odgovora, bilo poopšteno pravo odgovora, svako pravo odgovora spada među retka prava koje se ne uklapaju u binarni kod svojstven pravnom poretku, a razlikuje se od svih drugih prava koje subjekt informacije može da ima spram medija.[91]

---

[87] Član 167 [St.] „1. Ako je lice odgovorno prema drugom iz ovog naslova za netačno ili nepotpuno objavljivanje podataka činjenične prirode, sud može, na zahtev tog drugog lica, naložiti da objavi ispravku. [St.] 2. Isto važi i ako nema odgovornosti, jer se objavljivanje ne može pripisati učiniocu zbog njegovog nepoznavanja netačnosti ili nepotpunosti. [St.] 3. U slučaju iz stava 2. sud koji usvaja tužbeni zahtev predviđa da troškove postupka i objavljivanja ispravke u celini ili delimično snosi lice koje je pokrenulo zahtev. Svaka od strana ima pravo na naknadu dela troškova postupka i objavljivanja ispravke koji ona snosi po presudi od svakog ko je odgovoran za štetu prouzrokovanu objavljivanjem.“

[88] Čl. 18, st. 4: „Lice čija su čast i dostojanstvo objavljeni u sredstvima javnog informisanja ima pravo da objavi uzvratne informacije u istom mediju.“ Videti i Andguladze 2001, 238, 235.

[89] O pravu odgovora kao pravu ličnosti, videti deo 13.1.

[90] O pravu odgovora kao pravu *sui generis*, videti deo 13.3.

[91] O pravu odgovora u odnosu na tipičan pravni binarni kod, videti deo 15.2.

11. PRAVA KOJA NISU PRAVO ODGOVORA – ODGOVORU NAJBLIŽA ILI NAJMANJE DALEKA PRAVA: *RIGHT OF REPLY,* ISPRAVKA, ZVANIČNA ISPRAVKA, OPOZIV--ISPRAVKA I JAVNI ODGOVOR

1. Izdvajam ona prava koja su najsrodnija institutu odgovora a nisu pravo odgovora: američko pravo odgovora (*right of reply*), pravo opoziva (povlačenja), pravo ispravke i pravo javnog odgovora, sva sa svim svojim vrstama. Neka od tih prava čak su istog naziva – američko pravo odgovora i pravo javnog odgovora, pravo ispravke je bilo čak često sinonim za pravo odgovora, a i pojedine vrste opoziva takođe se zovu ispravka. Uprkos sličnostima nekog instituta, naziv instituta nikada nije siguran kriterijum za određivanje njegove pravne prirode, pa tako nije ni za navedene institute. Na osnovu elementarnih činilaca prava odgovora (koji su neophodni za minimum-pojma odgovora), a posebno na osnovu toga da povreda prava i interesa subjekta informacije i neistinitost informacije nisu potrepštine nijednog od svih tih navedenih instituta,[92] svi ti instituti – uprkos svojim sličnostima sa odgovorom – nisu manifestacije niti su vrste instituta prava odgovora.

2. *Američki right of reply*, ali predložen da bude modifikovan na način evropske konstrukcije prava odgovora, imao je u američkoj pravnoj književnosti prilično simpatija u drugoj polovini 20. veka (Barron 1967, 1659; Botein, 1969, 303; Dewall 1973, 59, 61, 66). U zakonodavstvu se, međutim, do danas ništa nije promenilo. Pravo odgovora u SAD, i to samo u Nevadi i u Misisipiju, postojalo je još u 19. veku. Ali oni ne odgovaraju minimum-pojmu prava odgovora. Iako se zovu *right of reply*, razlikuju se od prava odgovora pošto su spojili u jedno neka svojstva odgovora sa nekim elementima jednog drugačijeg instituta – opoziva (*retraction*) (Donelly 1948, 893–894; Laflar 1952, 423; Haase-Becher 1970, 142–144; Dewall 1973, 64). Osim toga, subjekt informacije nema mogućnost da zahtevani odgovor ostvari i zaštiti sudskim putem (Jaffe 1968, 550; Dewall 1973, 65). Konačno, jedini pritisak na medij da objavi odgovor (koji se zove saopštenje) subjekta informacije jeste posredan i tek uslovno efikasan – u vidu privilegije medija: subjekt informacije tvrdi da je povređen primarnom informacijom i da ima pravo na naknadu štete, a medij može da se pozove na to da je dobrovoljno objavio zahtevano saopštenje čime se oslobađa obaveze naknade štete ili njenog dela (Dewall 1973, 65; Haase-Becher 1970, 141).

[92] Videti o središnjem elementu minimum-prava odgovora deo 10.3.

Nezavisno od instituta *right of reply*, tu pravnu tehniku poznavalo je englesko pravo odavna: ako dobrovoljno odštampa odgovor na primarnu informaciju, štetnik se oslobađa obaveze naknade ili mu se ona umanjuje (Kreuzer 1974, 86). Zakonske odredbe o tome postoje u velikom broju američkih država.

Minimum-pojmu odgovora ne odgovaraju ni američki ni engleski zahtevi subjekta informacije prema mediju, a medij po svojim pravilima i po sopstvenoj proceduri procenjuje da li je opravdano da objavi traženu izjavu (na primer, pravila BBC). Ne postoji sudski put. Američka pravila ograničena su na političke, posebno izborne kampanje. U SAD je, u vidu prvog amandmana, uvek postojala velika, neprelazna prepreka da sud može da išta naloži štampi da nešto objavi umesto onoga što štampa sama ne bi dobrovoljno objavila.

3. Bar čak pet različitih instituta nosi isto ime – *ispravka*. Od ta četiri nijedan nije institut odgovora ni njegova vrsta (jer ne odgovara elementarnom minimum-pojmu odgovora). Jedan od tih pet instituta (službena ispravka) postepenim promenama gotovo potpuno se izjednačio na kraju sa odgovorom, mada se i dalje zove ispravka. Od nje krećem.

Službena (zvanična, oficijelna, prinudna, obavezna) ispravka starija je od svake druge ispravke (*droit de rectification*) i svakog odgovora (*droit de réponse*).[93] Službena ispravka je akt vlasti, institut javnog prava. Dostavljenu ispravku štampa mora bespogovorno da objavi, bez ikakvih izmena. Njeno jezgro je svuda jednako i služi autoritarnoj kontroli štampe, negde administrativnoj, negde sudskoj, a detalji su različiti u raznim državama. Zajedničko joj je sa cenzurom samo to da obe kao sporednu ulogu mogu da ostvare zaštitu dobara ličnosti, naročito časti, ugleda i privatnog života (up. Klein 1980, 117; Mahlke 2005, 10).

Službena ispravka, bez promene svoga imena, pretrpela je evoluciju sopstvene prirode: vlast sada ima gotovo istu poziciju kao svaki drugi imalac prava odgovora i gotovo se potpuno izjednačila sa pravom odgovora. Ranije je, za razliku od prava odgovora, na primer, objavljivana na vrhu prve stranice novina, dok je odgovor pratio mesto u novinama gde je

[93] Nešto približno zvaničnoj (oficijelnoj, službenoj, prinudnoj) ispravci poznavala je Austrija još u 18. veku, što je bilo uređeno uredbom *Resolutio Leopoldus* od 22. maja 1771. godine (videti Köbl 1966, 19 fn 2 i druge izvore na koje upućuje u fn 3; videti i Dolenc 1934, 179). Po naredbi vlasti, objavljena tvrdnja se morala opozvati (povući), što predstavlja obavezu koja je bliža obavezi instituta opoziva, a i njegovim građanskopravnim prethodnicama (među ostalim, i *actio recantatoria*) nego ispravci. Zvaničnu ispravku (*droit de rectification*) Francuska je uvela 9. juna 1819, a docnije i nemačke države (*Berichtigungszwang*).

odštampana informacija na koju se odgovara, štampala se uvek već u prvom sledećem broju, kazna za neštampanje ili nepravilno štampanje nadilazila je onu za neštampani odgovor i dr. Takođe, visina kazne za neobjavljivanje obe su izjednačene, sve ređe se upotrebljavala od odgovora, vlasti je data mogućnost da izabere između *droit de rectification* i *droit de réponse* i dr. Od promena zakonom iz 1881. godine službena ispravka je gubila područje primene (Koch 1995, 11). Poravnala se praktično sa odgovorom, ukidanjem karakteristika koje su je činile privilegovanim instrumentom vlasti u odnosu na odgovor. Službena ispravka je prošla kroz proces naturalizacije ili destilacije tako da je završila kao naturalizovani odgovor ili destilovana ispravka. Francuska službena ispravka je praktično jedno pravo odgovora ograničeno svojom svrhom da pruži priliku javnosti da javni službenici ispravkama nastoje da javnost ne dobije pogrešnu predstavu o radnjama javne uprave (Delieux 1985, 439; Koch 1995, 11). Ako je merimo minimum-pojmom prava odgovora,[94] ne razlikuje se od prava odgovora jer tvrdnja iz zahteva za objavljivanje ispravke da je primarna informacija neistinita ne dokazuje se i ne utvrđuje u sudskom postupku kao što se ne dokazuje ni kod odgovora (Solal, Solal, Gatineau 1985, 112; Koch 1995, 12, 121).

Iz istorije je znan i suprotan, retrogradan pravac: da se službena ispravka još više udaljila od ispravke i odgovora, što se dogodilo sa jugoslovenskom službenom ispravkom. Dok je francuska službena ispravka gubila svoja svojstva, jugoslovenska službena ispravka 1929. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o štampi iz 1925. postala je još radikalniji instrument ograničavanja slobode štampe:[95] od tada je vlast imala ničim ograničenu mogućnost da naloži štampi da objavi svaku ispravku „bez ikakvih uslova".[96]

---

[94] Videti deo 10.3.

[95] Godine 1929, članom 9 Zakona o izmeni i dopuni Zakona o štampi iz 1925. doneta je odredba: „Urednik novina ili povremenog spisa dužan je *bezuslovno* da primi i oštampa u narednom broju novina ili spisu *svaku* ispravku o činjenicama iznetim u njegovom listu, koju mu pošalje vlast." Time je službena ispravka – za razliku od ispravke i odgovora – postala apsolutna obaveza jer je štampa bila obavezna da objavi svaku dostavljenu službenu ispravku vlasti, između ostalog, iako se nije ni odnosila na vlast. Pravo odgovora odnosno ispravke je i dalje bilo pravo sa izuzecima (onih pet izuzetaka iz čl. 28, kojim je čl. 9 stavljen van snage za službenu ispravku), dok je službena ispravka postala apsolutna obaveza, bez ijednog izuzetka.

[96] Bilo je i drugih pravnika koji su bili nezadovoljni ovim rešenjem, ali su najkritičniji bili Dolenc: „u pogledu ispravki javne vlasti došlo je nedavno do tako široke privilegije apsolutne dužnosti objavljivanja službene ispravke kao ni u jednoj drugoj državi koja poznaje pravni institut ispravke" (Dolenc 1934, 187), i Ilić (1931, 24–28, 33–34).

Jedan treći institut sa imenom *ispravka* jeste pravo fizičkog ili pravnog lica kojem su neistinitom, nepotpunom ili netačno prenetom tvrdnjom povređeni čast, ugled, identitet, privatnost i drugo dobro ličnosti da zahteva od povredioca da objavi ispravku povređenog da je objavljena tvrdnja neistinita, nepotpuno ili pogrešno preneta. Neistina se ispravlja ispravkom kao sredstvom obnove povređenog dobra. Negde je ispravka po svojoj pravnoj prirodi (kvazi) negatorna (kao vrsta tužbe za uklanjanje, *Beseitigungsanspruch*), na primer, u nemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi i literaturi izvedena je analognom primenom §§ 823 i 1004 BGB, po švajcarskom Građanskom zakoniku (čl. 28a, st. 2), a negde je po pravnoj prirodi sredstvo naknade neimovinske štete, kao odredbama po Skici profesora Konstantinovića (čl. 161)[97] i ZOO (čl. 199).[98] Ako povredilac ne postupi po zahtevu, za uspešan ishod tužbenog zahteva neophodno je – bez obzira na pravnu prirodu zahteva – da se utvrdi neistinitost tvrdnje i povreda prava ličnosti ili dobra. Kad je zahtev (kvazi) negatoran, potrebna je protivpravnost, a kada je odštetan zahtev – duševna bol, uzročna veza, krivica odnosno ponašanje koje je skrivljeno i odstupa od pravila (*faute*). Ali, baš ništa od toga nisu potrepštine instituta odgovora (kao po minimum-pojmu odgovora).[99]

---

[97] Konstantinović 1969: „Odsek V. Naknada neimovinske (moralne) štete, Čl. 161. st. 1. U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti objavljivanje presude na trošak štetnika, ili objavljivanje ispravke, ili da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može postići svrha naknade."

[98] Nacrt građanskog zakonika Srbije iz 2015, „Odsek 5. Naknada neimovinske (moralne) štete. Objavljivanje presude ili ispravke i satisfakcija." Član 357: „U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti objavljivanje presude na trošak štetnika, ili objavljivanje ispravke, ili da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može postići svrha naknade". Čl. 357: „Sud će pored takve naknade ili umesto nje, i nezavisno od naknade imovinske štete, kao i u odsustvu imovinske štete, dosuditi povređenom na njegovo traženje određenu svotu novca za pretrpljenu neimovinsku štetu, kad nađe da je takva novčana naknada u datom slučaju opravdana težinom krivice ili težinom nanesene štete." „Alternativa: Prethodni član menja se tako da glasi: Objavljivanje presude ili ispravke Član 358: U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom." „Na zahtev štetnika, sud može doneti presudu kojom se samo utvrđuje da je štetnik povredio pravo ličnosti." – U Francuskoj ne postoji zahtev koji bi se zvao ispravka ovakve sadržine, ni u vidu zakonske odredbe, ni u sudskim odlukama. Najpribližnije odgovoru su pojedine odluke kojima je sud na osnovu čl. 1382, 1383. Građanskog zakonika naredio tuženom da se objavi presuda u mediju u kome je bila objavljena primarna informacija. Videti Trib. civ. de la Seine 25. 7. 1966, Juris-Classeur periodique 1966, II, 14875; Auby, Ducos-Ader 1982, 605; Koch 1996, 19.

[99] Videti deo 10.3.

Četvrti institut sa imenom *ispravke* je pravo fizičkog lica, čije je pravo na poštovanje prezumpcije nevinosti povređeno tvrdnjom da je kriv mada protiv njega još nije doneta presuda, da zahteva od suda da se njegova ispravka obelodani putem medija ili na drugi javni način.[100] Za razliku od svakog odgovora koji je institut prava medija, domen primene ove ispravke nije ograničen samo na primarne informacije medija nego kao opšti građanskopravni institut važi i za sve takve neistinite tvrdnje izvan bilo kog medija. A za razliku od svakog odgovora, da bi sud naložio obelodanjivanje te ispravke, mora utvrditi da je primarna informacija neistinita (dakle, da subjekt informacije nije osuđen), dok se u postupku za objavljivanje zahtevanog odgovora na primarnu informaciju sud ne bavi njenom neistinitošću ili istinitošću (shodno minimum-pojmu prava odgovora).[101]

Po svemu tome i peti institut sa imenom *ispravka* ima baš sve karakteristike kao i pomenuti treći i četvrti institut (dakle, istu funkciju i sve potrepštine), sa jednom razlikom u domenu primene: treći i četvrti predstavljaju opšte institute građanskog prava (i zakonika), dok je peti specijalni institut prava medija; peti je upotrebljiv samo protiv štampe i drugih masmedija, dok treći i četvrti služe protiv svih izjava koje su i izvan masmedija; dok treći i četvrti započinje vansudskim zahtevom, a sudskim putem se nastavlja tek onda ako vansudski zahtev ostane bez uspeha, peti predstavlja direktan tužbeni zahtev. U našem pravu je ispravka kao opšti građanskopravni institut (čl. 199 ZOO) podnormirana[102], a pravo ispravke kao institut medijskog prava detaljno je uređen zakonima o medijima.[103] Ali ni kao medijski institut, ispravka ne

[100] Čl. 9–1 *Code civil*, izmenjen 16. juna 2000. (St. 1) „Svako ima pravo na poštovanje pretpostavke nevinosti". (St. 2) „Kada je neko lice pre bilo kakve presude javno prikazano kao krivo za činjenice koje su predmet istrage ili sudske istrage, sudija može i u skraćenom postupku, ne dovodeći u pitanje naknadu pretrpljene štete, propisati sve mere, kao što je ubacivanje ispravke ili distribucija saopštenja za javnost, u cilju okončanja napada na pretpostavku nevinosti, i to na račun osobe, fizičke ili pravne, odgovorne za ovo dostignuće."

[101] Videti deo 10.3.

[102] Za razliku od država sa čestom praksom upotrebe – naročito u Nemačkoj, Austriji i Švajcarskoj – gde je ispravka u praksi sudova i literaturi detaljno normirana.

[103] Uređen je prvi put Zakonom o javnom informisanju 2003, čl. 47. i dalje, a nije promenjen važećim Zakonom o javnom informisanju i medijima iz 2014, čl. 84. i dalje: „Pravo na ispravku". Član 84 (st. 1) „Lice čije su pravo ili interes povređeni neistinitom, nepotpunom ili netačno prenetom informacijom može tužbom zahtevati da sud odgovornom uredniku naredi da, bez naknade, objavi ispravku te informacije kao neistinite, nepotpune ili netačno prenete". (St. 2) „U parnici radi objavljivanja ispravke raspravlja se o neistinitosti, nepotpunosti ili netačnosti prenete informacije, kao i o tome da li je informacijom povređeno pravo ili interes tužioca". Videti i Zakon o medijima Crne Gore od 27. jula 2020, čl. 49 (st. 1): „Svako čije je pravo ili interes povrijeđen neistinitom, nepotpunom ili netačno prenijetom

poseduje karakteristike instituta odgovora (dakle, nema elementarne odlike minimum-pojma odgovora) već naprotiv: neistinitost primarne informacije i povreda prava i interesa primarnom informacijom neophodni su uslovi za pravo na medijsku ispravku.

4. Mnogo toga što važi za ispravku izjave u medijima i izvan medija, važi i za *opoziv (povlačenje) izjave* izvan medija i u medijima. Ali, pravo opoziva i sve njegove vrste[104] bitno su različite od odgovora i njenih vrsta, a i od svih odgovoru sličnih instituta (od američkog *right of reply*, službene ispravke, svake ispravke, javnog odgovora). Ne samo po elementima minimum-pojma odgovora,[105] nego i po jednoj drugoj stvari. Institut opoziva, naime, pravni je odnos dva lica koja su u obrnutim ulogama negoli kod odgovora i kod svih ostalih pomenutih instituta. Lice povređeno izjavom zahteva od izjavioca (u štampi i drugim medijima i u situaciji van medija) da opozove (povuče) svoju izjavu, a u svim ostalim institutima povređeni zahteva od medija da objavi izjavu povređenog. Ukratko, opoziv se bitno razlikuje od odgovora i od svih njegovih vrsta jer je opoziv radnja povredioca, a odgovor je radnja medija. U nekim državama odgovor se zove ispravka, a ima osobine opoziva (Kamps 2008, 769, 783–784). Svojim bogatim vrstama, kao rezultatima prakse sudova i literature, opoziv omogućuje obema stranama da izaberu onu varijantu opoziva koja se najviše prilagođava njihovim interesima.[106] Nekada je opoziv--ispravka takva najpodesnija vrsta.

---

informacijom ima pravo da od glavnog urednika zahtijeva da objavi ispravku neistinite, nepotpune ili netačno prenijete činjenice, bez naknade." Čl. 53, st. 8: „U sporovima radi objavljivanja odgovora ili ispravke raspravljanje je ograničeno na utvrđivanje činjenica od kojih zavisi obaveza medija da objavi odgovor ili ispravku."

[104] Najveći broj vrsta opoziva srećemo u nemačkoj praksi i literaturi, videti, na primer, Kamps 2008, 768–797; Prinz, Peters 1999, 465–469; Steffen 1997, 398–404; Vodinelić 1975b, 16–18. – Još u 19. veku opoziv je imao svojstva zbog kojih se u 20. veku izbegava kao institut: vodi poniženju opozivaoca izjave. Oslobođen tih svojstava, u 20. veku opoziv je jedno od najčešće upotrebljavanih instrumenata u praksi. – U Francuskoj se ne sreće pod imenom opoziv (povlačenje) izjave, a retke su i odluke kada sud obavezuje tuženog da usmeno, pisano i drugačije izjavi da je nešto pogrešno izneo (npr. Cour d'appel Paris, 5. 1. 1972, Recueil Dalloz – Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation, 1972, Jurisprudence, 445; Tribunal de grande instance Paris réf 22. 11. 1973, 1 esp. Recueil Dalloz – Recueil Sirey, 1975, Jurisprudence, 168; Cour d'appel Paris 5. 1. 1972, Recueil Dalloz – Recueil Sirey, 1972, Jurisprudence, 445), videti Stegmann, 2004, 465, 502; Krämer 2001, 93; Vodinelić 2013, 92–93; Koch 1995, 19.

[105] Videti deo 10.3.

[106] O podnormiranosti opoziva kod nas (Vodinelić 1998b, 192) važi što i za ispravku po čl. 199. ZOO, videti deo 11.3. *in fine*.

5. Možda bi neko *„javni odgovor"* uvrstio u porodicu instituta „odgovora" zbog zajedničkog naziva „odgovor" i njegovog prideva „javni". Ali u vreme kada je taj institut uveden, institut odgovora se zvao ispravka i s njom zajedno činio je isti odeljak zakona.[107] Taj originalni jugoslovenski institut, jedan od rezultata jugoslovenske pravne kreativnosti toga vremena, pojavio se u republičkim i pokrajinskim zakonima o javnom informisanju početkom sedamdesetih godina 20. veka, ali, za razliku od ispravke, nikada nije ovenčan ustavnim statusom.[108] Svejugoslovenskom javnom odgovoru je uslov da se njime bitno dopunjuju činjenice i podaci iz objavljene informacije.[109] Svejugoslovenski javni odgovor je bio i ostao izrazito podregulisan. Javnom odgovoru, za razliku od pravog odgovora, između ostalog, nije bila obezbeđena

[107] Zakon o javnom informisanju Srbije (prečišćen tekst), *Službeni glasnik* 5/78, 48/82, Zakon o javnom informisanju, *Službeni glasnik* 29/73, 32/73, 32/73, 36/73, 39/73, 32/75, „IX. Saopštenje, odgovor i ispravka" 2. Odgovor Čl. 103, st. 1. „Radni ljudi i građani, društveno-političke zajednice, njihovi organi, društveno-političke i druge organizacije udruženog rada imaju pravo na javni odgovor u vezi sa informacijom koja je bila objavljena u sredstvima javnih informacija, ako se odgovorom bitno dopunjuju činjenice i podaci iz objavljene informacije." St. 2 „Opšti aktima organizacije kojoj se upućuje zahtev za javni odgovor odrešuje se bliži uslovi pod kojima se javni odgovor objavljuje." St. 3. „Ako zahtev za javni odgovor bude odbijen, podnosilac zahteva ima pravo prigovora. O prigovoru odlučuje izdavački savet novinske odn. programski savet radio-difuzne organizacije." – Zakon o javnom informisanju SAP Kosovo, *Službeni list* 7/74, „IX Saopštenje, odgovor i ispravka" 2. Odgovor, čl. 110.

[108] Ustav SFRJ, *Službeni list SFRJ* 8/74, čl. 168, st. 3, kao i raniji i potonji drugi republički i jugoslovenski ustavi, nisu poznavali institut „javni odgovor", ni po imenu, a ni materijalno, po sadržini. Ustav Savezne Republike Jugoslavije iz 1992, u članu 37. jemčio je u st. 1, reč 1. „pravo na ispravku objavljenog netačnog obaveštenja kojim se povređuje nečije pravo ili interes", a u st. 2, „pravo na odgovor u sredstvima javnog obaveštavanja". To „pravo odgovora" nije bilo „pravo javnog odgovora" iz ranijeg pravnog poretka. Ne samo zato što se više nije zvalo „javni odgovor", nego što već srpski Zakon o javnom informisanju iz 1991. u čl. 30 više nije medijima dao pravo i obavezu da oni svojim opštim aktima uređuju to pravo odgovora, a nezadovoljno lice više nije ostvarivalo svoj zahtev za objavljivanje odgovora vansudskim putem, u unutrašnjem postupku u mediju. Od kada je Ustavom Jugoslavije iz 1992. zajemčeno pravo odgovora, to pravo se ostvarivalo u sudskoj proceduri, kao i bilo koja druga ustavom zajemčena prava. Raniji „javni odgovor", koga je medij uredio svojim opštim aktima i koji je ostvarivan vansudskim putem, bio je jedan institut koji je različit od instituta odgovora u smislu minimum-pojma odgovora, a novi „odgovor" bio je sada jedna vrsta istog instituta kao što je „ispravka" jedna druga vrsta istog tog instituta. Zakonom o javnom informisanju Srbije iz 1998. nastavljeno je objedinjavanje odgovora i ispravke kao dve vrste jednog istog pravnog instituta, čl. 37–38 (odgovor), čl. 39–41 (ispravka). Tek Zakon o javnom informisanju Srbije iz 2003. pod imenom odgovor (čl. 47, st. 1–3) i imenom ispravka (čl. 47, st. 4–5) uredio je dva različita pravna instituta, a ne dve vrste jednog instituta.

[109] Moje kritike tog instituta: Vodinelić 1977b, 90; Vodinelić 1978, 297–300.

tužba odnosno sudsko ostvarivanje,[110] nedostajali su u potpunosti izuzeci kada ne postoji javni odgovor i kada se ne može vršiti, razlozi za zloupotrebu vršenja itd. Kao što svako pravo odgovora podrazumeva i traži brojna zakonska formalna i tehnička pravila da bi valjano funkcionisalo, bila ona isključivo zakonska, koregulatorna ili autoregulatorna, to ovde nije bio slučaj. Iako im je zakonom bila postavljena obaveza da svojim opštim aktima urede uslove, prigovor kao sredstvo i drugo, mediji nisu pokazali veći entuzijazam u njegovom uređivanju svojim aktima. Ceo institut je započeo kao ideja da se podruštvi što veće učešće građana i organizacija u sferi saopštavanja javnosti, kao kreatora informacija.[111] Većina teorija o pravnoj prirodi instituta prava odgovora nije primenjiva na svejugoslovenski institut.

Javni odgovor nije nadživeo raspad Jugoslavije, osim u Sloveniji. Taj slovenački institut – koji je u međuvremenu izgubio pridev „javni" odgovor – preživeo je ne samo raspad naše negdašnje države nego je čak dobio dodatnu snagu ponovljenim ustavnim garantovanjem[112] i odredbama u Zakonu o medijima iz 2001. godine, čl. 42–43, 44,[113] dorađen odlukom Ustavnog suda, tako da je pravno zaokružen (u odnosu na njegovog tek elementarno uređenog prethodnika). Zvanično mu je ime „*pravo odgovora na objavljeno obaveštenje*". O tom slovenačkom preostatku nekadašnjeg svejugoslovenskog javnog odgovora ovako se izrazio jedan slovenački autor: „On je svojevrsni delimični ostatak nekadašnjeg ustavnog prava objavljivanja

[110] Saveti medijskih organizacija odlučivale su o ostvarivanju zahteva da se objavi javni odgovor.

[111] Šezdesetih godina ideja samoupravljanja i u sferi javnog informisanja proširila se i na ispravku odnosno odgovor. Recimo, smatralo se da bi umesto odgovornog urednika odluku o zahtevu za objavljivanje ispravke odnosno odgovora trebalo da donosi „neki kolektivni, pre svega samoupravni organ radne organizacije za informisanje", a u drugom stepenu odluka o objavljivanju ispravke odnosno odgovora, umesto redovnog suda, prenela bi se „u nadležnost neke društvene organizacije, u kojoj bi interesi globalnog društva bili najbolje zastupljeni. U sadašnjim uslovima za to bi najpogodnija bila Stalna konferencija SSRNJ, i to neki njen Savet ili možda čak i njena Sekcija za informisanje" (Marjanović 1967, 227, 229, 225–236). U sledećoj deceniji, zakoni o javnom informisanju zadržali su pravo ispravku (negdašnji javni odgovor) u nadležnosti i odgovornog urednika i suda, a za novouvedeni institut „javni odgovor", kao novu ideju o podruštvljenja, odluku o objavljivanju dodelili su savetu medija.

[112] Ustava Republike Slovenije 1991 (*Uradni list RS* 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ 90, 97, 99, 75/16 – UZ70a i 92/21 – UZ62a), čl. 40, „Pravica do popravka in odgovora": „Garantuje se pravo na ispravku objavljenog obaveštenja koje utiče na pravo ili interes pojedinca, organizacije ili tela, a garantuje se i pravo na odgovor na objavljenu informaciju."

[113] Zakon o medijih (ZMed), 6. odeljak „Pravo ispravke ili odgovora". „Pravo odgovora na objavljenu informaciju", čl. 42–43. „Zajednička odredba", čl. 44.

svojih mišljenja, važnih za javnost, ali naravno nije mogao preživeti uprkos svojoj megalomanskoj dimenziji."[114] Domen primene slovenačkog odgovora je određeniji od svojih svejugoslovenskih prethodnika: „Pravo odgovora na objavljeno obaveštenje. Član 42. Zakona o medijima: (1) Pravo na odgovor ima za cilj da obezbedi javni interes u objektivnom, sveobuhvatnom i blagovremenom informisanju kao jednom od neophodnih uslova za demokratsko odlučivanje o javnim poslovima. (2) Svako ima pravo da zahteva od glavnog i odgovornog urednika da besplatno objavi njegov odgovor na objavljenu informaciju sa kojima se dokazivim navodima demantuju, bitno ispravljaju ili bitno dopunjuju navodi o činjenicama i podacima u objavljenoj informaciji."[115] Uređen je i nekim zakonskim pravilima, a takođe i shodnom primenom zakonskih odredaba o pravu ispravke (koji odgovara institutu prava odgovora) (čl. 44).

Kao i bivšem svejugoslovenskom javnom odgovoru, tako i aktuelnom slovenačkom odgovoru nedostaje jedna osobina bez koje nema nijednog instituta odgovora (osobina neophodna za minimum-pojma odgovora):[116] objavljena informacija mora se individualno odnositi na titulara. Dok titular ima pravo odgovora samo ako se objavljena informacija individualno odnosi na njega, pravo slovenačkog odgovora ima baš bilo ko, dakle svako a da ga se objavljena informacija uopšte individualno ne tiče. Dok je institut odgovora inače klasično subjektivno pravo individualnog imaoca, slovenački odgovor (kao i njegov svejugoslovenski prethodnik) jedno je popularno pravo (*actio popularis*). I takvo slovenačko pravo odgovora je šire i od meni znanog najšireg postojećeg i do sada zamišljenog prava odgovora jer svaki titular prava odgovora mora imati neku individualnu povezanost sa objavljenom informacijom. Kako je pisao Konstantinović (1927b, 203), osnov i cilj prava odgovora „zahtevaju da pravo odgovora bude priznato ne samo licima čije je ime bilo spomenuto, već po staroj francuskoj formuli, i *licima* koja su *na budi koji način*, *makar* i *najzavijenije*, bila *označena* u nekom napisu" (kurziv V. V. V.). U savremenom privatnom pravu medija, za bilo koje pravo prema mediju titular mora da bude na bilo koji način bar *prepoznatljiv* u vezi sa

[114] „Institut, koji se kod nas zove 'odgovor', međutim, nije odgovor u cilju zaštite privatnih interesa, već odgovor u javnom interesu (njegov sadržaj jasnije je definisao tek Ustavni sud). Ovo drugde nepoznato pravo 'probija' takvu klasičnu (ili 'spoljnu') kao i takozvanu unutrašnju slobodu štampe (koja uključuje specifična prava urednika i novinara spram vlasnika medija). On je svojevrsni delimični ostatak nekadašnjeg ustavnog prava objavljivanja svojih mišljenja, važnih za javnost, ali naravno nije mogao preživeti uprkos svojoj megalomanskoj dimenziji", Krivic 2000. Povzetek. 7 = Krivic 2000. Summary. 7.

[115] Čl. 42 Zakona o medijima Slovenije od 11. 5. 2001 (Zakon o medijih (ZMed), *Uradni list RS* 35/2001).

[116] Deo 10.3.

informacijom (Vodinelić 2003, 84–85, 88–89, 91–92, 98, 102). Taj minimalni neophodni uslov izražava se različito u pravnoj istoriji i uporednom pravu instituta odgovora. Na primer, pravo odgovora ima svako lice koje je u objavljenoj informaciji „imenovano ili na drugi način naznačeno", „implicite naznačeno", „da se ona na njega odnosi", „da ga se ona tiče", „da ga se ona dotiče", „da ga ona pogađa", „da se o njemu radi", „da se na njega odnosi", „da je odrediv", a da i ne idem dalje sa time „da je napadnut", „da mu je pravo ili interes povređen", „da je uvređen ili oklevetan" i dr.[117] Odgovor se, dakle, uvek tiče informacijom dovoljno odredivog lica, dok je u svejugoslovenskom i slovenačkom odgovoru titular je baš bilo ko, na način popularne tužbe (*actio popularis*). Bez te individualnosti informacije (kojim od načina je ona bila izražena) nema u privatnom medijskom pravu subjektivnih prava spram medija. Svejugoslovensko i slovenačko pravo odgovora zadovoljavaju se time da objavljena informacija, na koju se ima pravo reagovanja, nema baš nikakvu individualnu povezanost sa titularom, baš nikakvu s njim individualnu kopču. Nadalje, titular takvog prava odgovora je zamišljeni pretendovani javni funkcioner, koji u javnom interesu i javnosti radi, ima nešto da dokazivim navodima bitno opovrgne, ispravi i dopuni u odnosu na bilo koju objavljenu informaciju. Osim toga, da bi odgovarao minimum-pojmu instituta odgovora, slovenačkom odgovoru je prepreka to što mu je uslov da odgovor služi dokazivim navodima o bitnom opovrgavanju, ispravljanju i dopunjavanju objavljene informacije.

12. SAMO ČINJENIČNI ILI I VREDNOSNI ISKAZI

1. Kada se godine 1831. badenski zakon o štampi pridružio francuskom, to nije bila samo dobrodošla prinova u tada tako malu porodicu instituta odgovora, nego i jedna prva velika podela u istoriji porodice instituta odgovora po jednoj liniji koja i danas deluje: svet prava odgovora se od tada nadalje počeo deliti na države tzv. *romanskog* i tzv. *germanskog sistema odgovora*, a razvrstavanje po toj liniji i danas deluje. U germanskom

[117] Nalazim da bar ovi izrazi spadaju među one koji tvore najširi krug imalaca aktivne legitimacije za traženje objavljivanja odgovora na primarnu informaciju: „označen", „implicitne označen", „da se informacija na njega odnosi", „da ga se tiče", „da ga se dotiče", „da ga pogađa", „da je s njim u vezi", „da je informacija s njim povezana", „da je prepoznatljiv", „da se o njemu radi", „da je odrediv" i dr. Naravno, tumači mogu svakome od tih izraza dati što uže što šire značenje. Tako su se u Francuskoj, povodom čl. 13, st. 1 Zakona o slobodi štampe, sudovi i pisci razilazili o tome da li „naznačen" u informaciji znači što i „pogođen" – „mise en cause", ili taj izraz predstavlja dodatni uslov za imanje prava odgovora i aktivnu legitimaciju. Videti u Koch 1995, 24–25.

sistemu odgovora reagovati se može samo činjeničnim tvrdnjama i samo na činjenične tvrdnje (kraće, ali manje precizno: činjenicama na činjenice). Francusko pravo odgovora, i sva druga koja ga u tome slede, i dalje čuvaju najveću širinu i najlakše uslove za sticanje, imanje i vršenja prava odgovora i u pogledu toga što odgovor može da sadrži i činjeničke tvrdnje i vrednosne tvrdnje povodom i činjeničnih tvrdnji i vrednosnih tvrdnji. Svakim od do sada više od 20 zakonskih medijskih zakona iz Srbije i Jugoslavije,[118] od prvog do najnovijeg, bio je dozvoljen odgovor (zvao se taj odgovor ili ispravka) jedino po principu: samo činjenične tvrdnje samo povodom činjeničnih tvrdnji. Germanski sistem prava je konstruisan po formuli: samo činjenične tvrdnje protiv samo činjeničnih tvrdnji, a romanski po formuli: bilo činjenične bilo vrednosne tvrdnje povodom bilo činjeničnih bilo vrednosnih tvrdnji.

Tako stvar stoji i sada u svim negdašnjim jugoslovenskim državama.

Konstantinović (1927b, 203, passim), kao pristalica francuskog, najšireg prava odgovora – „Pravo odgovora mora se priznati, bez ikakvog uslova, svakome koji je ma kojim povodom bio pomenut u nekom dnevnom listu ili povremenom spisu"; „Pravo odgovora proizilazi, u glavnom, iz elementarne ideje, da napadnutome treba dozvoliti da se brani istim sredstvima kojima je i napadnut. Njega treba dati svakome koji je izveden putem štampe pred publiku na ma koji način, u ma kom vidu i u ma kom cilju" (Konstantinović 1926b, 886) – nije se bavio tom razlikom činjeničnih i vrednosnih tvrdnji kao ograničavajućim činiocem prava odgovora, uprkos tome što su tadašnji domaći zakon i svi prethodni zakoni o štampi ograničavali odgovor na činjenične tvrdnje, tako i sva literatura, a ni praksa sudova od toga nije odstupala.

[118] *Zakon o pečatnji (štampi)* Srbije 1870. (izmene i dopune 1875. i 1879), *Zakon o štampi*" Srbije 1882 (1884, 1898), *Zakon o štampi* Srbije 1901, *Zakon o štampi* Srbije 1904. (1907), *Zakon o štampi* Kraljevine SHS 1925 (1929, 1931), *Zakon o štampi* Jugoslavije 1945, *Zakon o potvrdi i izmenama zakona o štampi* Jugoslavije 1946, *Zakon o štampi i drugim vidovima informacija* Jugoslavije 1960. (1965, 1965, 1974), *Zakon o štampi i drugim vidovima informacija* Vojvodine 1971 (1974, 1977), *Zakon o štampi i drugim vidovima informacija* Kosova 1980, *Zakon o javnom informisanju* Srbije 1973 (1975, 1977, 1978), *Zakon o javnom informisanju* Srbije 1982, *Zakon o javnom informisanju* Vojvodine 1982, *Zakon o javnom informisanju* Kosova 1988, *Zakon o javnom informisanju* Vojvodine 1989, *Zakon o javnom informisanju* Srbije 1991, *Zakon o javnom informisanju* Srbije 1998, *Zakon o javnom informisanju* Jugoslavije 2001, *Zakon o javnom informisanju* Srbije 2001, *Zakon o javnom informisanju* Srbije 2003. (2005, 2009, 2010), *Zakon o javnom informisanju i medijima* Srbije 2014 (2015, 2016).

Kao što u Francuskoj nema zalaganja za svođenje odgovora na činjenične tvrdnje,[119] tako ni u Nemačkoj nema snažnije zastupljenih ideja da se područje primene odgovora proširi sa činjeničnih iskaza i na vrednosne tvrdnje.[120]

Sažeću šta se navodi u korist romanskog sistema: – Navodi se da je jednostavniji od germanskog jer uopšte ne iziskuje da se informacija kvalifikuje da bi se utvrdilo da li u konkretnom slučaju postoji pravo odgovora. – Jednostavniji je jer ne traži da se definišu ključne kategorije činjenične i vrednosne tvrdnje. – Jednostavniji je pošto ne postoji saglasnost o kriterijumu za razlikovanje činjeničnih i vrednosnih iskaza. Jednostavniji je jer i ako se odredi kriterijum, redovno postoji nesaglasnost o konkretnom slučaju. – U praksi se nije potvrdila bojazan medija da će se preopteretiti odgovorima sa vrednosnim iskazima. – Zahvaljujući tome što su i vrednosni iskazi predmet prava odgovora, ne ograničava se polemika u važnim temama, naročito politici, privredi, umetnosti, književnosti.

U opticaju su ovi argumenti u korist germanskog sistema: – Jednostavnost romanskog sistema ni sudska praksa ni teorija nije smatrala razlogom za napuštanje germanskog sistema. – U brojnim slučajevima vrednosnih iskaza odgovor ne dolazi u obzir već po prirodi stvari (na primer, zbog samoreklamiranja, nepristojnosti i neuljudnog odgovora). – Preopterećenost medija odgovorima kao vrednosnim iskazima. – Otežavanje da mediji ostvare svoje redovne zadatke opterećenošću brojem vrednosnih iskaza. – Odgovori sa vrednosnim iskazima omogućuju licima da dođu na medije iako po novinarskim merilima to ne bi ni mogli, čime postaju nametnuti saradnici medija. – Odgovori sa vrednosnim iskazima gde ne postoji ni teorijska mogućnost ubeđivanja druge strane i publike i dokazivanja ičega. – U brojnim slučajevima vrednosni iskazi se ne odnose na nekoga individualno a za svaki odgovor je zakonski uslov da se on dotiče odredivog lica. – Pošto je po zakonu nedopušten odgovor čija je neistinitost očigledna, odgovor se ne može pravdati nemogućim vrednosnim iskazom. – Ničim se ne mogu pravdati odgovori sa vrednosnim iskazima koji su svima slobodni.

---

[119] Razlikovanje činjeničnih tvrdnji i vrednosnih iskaza ima veliki (i praktični) značaj za primenu onog dela francuskog Zakona o slobodi štampe iz 1881. kojim se uređuju odnosi povodom difamacije (delikti *injure* i *diffamation* – uvrede i klevete), ali ne za deo Zakona kojim se uređuje pravo odgovora.

[120] Videti, na primer, Haase-Becher 1970, 184–190; Dewall 1973, 133–135; Kreuzer 1974, 98–112; Schwerdtner 1976, 340–342; Stürner 1990, 107; Koch 1995, 2, 94–125, 155; Stuhlmann 2001, 179–181.

Za razliku od prvog dokumenta Saveta Evrope iz 1974. koji se odnosi na pravo odgovora pojedinaca, pravnih lica i tela povređenih difamatornim činjeničnim i vrednosnim iskazima,[121] preporuka Saveta ministara 2004 govori o pravu odgovora koji se tiče netačnih i pogrešnih činjeničnih iskaza, s tim što je ostavljeno članicama da li će pravo odgovora proširiti i na vrednosne tvrdnje.[122] Što se tiče Evropske unije, direktiva o Televiziji bez granica[123] iz 1989. odnosi se na pravo odgovora (ili druga ekvivalentna pravna sredstva) lica povređenih difamatornim činjeničnim iskazima. Direktivom o audiovizuelnim medijskim servisima[124] iz 2010. preporučeno je proširenje područja primene i na onlajn sadržaje. Strazburški sud se bavio u onih nekoliko slučajeva pravom odgovora, ali u središtu problematike nije bilo razlikovanje činjeničnih i vrednosnih tvrdnji. Međutim, Sud u slučaju *Kaperzynski v. Poland*, odlučujući da je predmetna izrečena sankcija zbog neobjavljivanja odgovora nesrazmerna a nije neophodna u demokratskom društvu, istovremeno je iskazao „da pravo na odgovor, kao važan element slobode izražavanja, spada u delokrug člana 10. Konvencije" i da pravo odgovora „proističe iz potrebe ne samo da se može osporiti neistinita informacija, već i da se obezbedi pluralitet mišljenja, naročito o pitanjima od opšteg interesa kao što su književna i politička debata".[125]

Bez obzira na rečene preporuke, direktive i odluke Strazburškog suda, u krugu država Saveta Evrope i Evropske unije nalazimo, kao i inače širom sveta, dovoljno primera da koegzistiraju i romanski i germanski sistem prava odgovora.

---

[121] Council of Europe Committee of Ministers Resolution (74) 26 on the Right of Reply – Position of the Individual in Relation to the Press (Adopted by the Committee of Ministers on 2 July 1974, at the 233rd meeting of the Ministers' Deputies).

[122] Recommendation Rec (2004)16 of the Committee of Ministers to member states on the right of reply in the new media environment (Adopted by the Committee of Ministers on 15 December 2004 at the 909th meeting of the Ministers' Deputies).

[123] Television without Frontiers Directive – Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities. Audiovisual Media Services Directive – Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services.

[124] Audiovisual Media Services Directive – Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services.

[125] Apl. br. 43206/07, odluka od 3. aprila 2012, stav 66.

2. Većina evropskih pravnih poredaka prihvata germanski sistem (videti Koltay 2013, 82). Ali postoje i neki *prelazni oblici između romanskog i germanskog sistema* u jednoj državi, uglavnom za pojedine grupe informacija: belgijski Zakon o odgovoru iz 1961. i novi iz 1977. dopuštaju odgovor na kritike naučne i umetničke kada je reč o činjeničnim tvrdnjama ili vređajućim sadržajima, a za sve ostale slučajeve prava odgovora svejedno je da li je reč o činjeničnim ili vrednosnim iskazima.[126]

13. FUNKCIJA I PRIRODA PRAVA ODGOVORA

1. Čemu služi institut odgovora – o tome postoji nekoliko desetina doista različitih objašnjenja u kojima je uvek prednjačila nemačka pravna književnost.[127] Neka su iz vremena kada je pravo odgovora tretirano kao krivičnopravni institut, neka su kasnija, kao građanskopravni institut, neka su isprva tretirana kao javnopravni institut, potom kao građanskopravni institut ili kao i mešovit. Uočio sam da ta objašnjenja – zvali ih teorijama ili doktrinama o funkcijama instituta odgovora – nisu samo doista razna nego se jedna te ista teorija upotrebljava za objašnjenje raznih grupa slučajeva upotrebe prava odgovora. Uočio sam i kao razliku da neki pisci sve slučajeve upotrebe, dakle, ceo domen primene instituta odgovora, objašnjavaju jednom jedinom funkcijom, dok ostali pisci dve ili više grupa slučajeva razumevaju kao objašnjenja različitih doktrina.

Konstantinović je pomoću četiri funkcije objašnjavao četiri razne grupe svih slučajeva upotrebe prava odgovora (1927a, 128–129, 131–132). U slučajevima uvrede i klevete vršenje prava odgovora je video kao izraz prava nužde (1927a, 129–131); privatna pravda je njegovo objašnjenje za pravo odgovora u slučajevima dopuštene kritike (1927a, 130–131); upotreba prava odgovora u slučajevima iskrene i neiskrene pohvale smatrao je izrazom principa da niko nije prinuđen da primi poklon koji mu se čini (1927a, 131); „i pored tih različitosti svi slučajevi prava odgovora imaju jedan dalji zajednički osnov i objašnjavaju se jednom istom osnovnom idejom“. [...] „Pravo odgovora ima, u svakom slučaju njegove upotrebe, za cilj da održi ravnotežu između suprotnih aktivnosti i interesa.“ [...] „Ono je izraz potrebe da se vaspostavi ravnoteža između onih koje prestavlja list i lica imenovanog u nekom članku tog lista. Od te dve strane, pojedinca i štampe, nesrazmerno je jača ova poslednja. Ravnoteža, koja treba da vlada između njih, može

[126] Videti deo 10.3.

[127] Za pregled teorija videti Köbl 1966, 78–119; Vodinelić 1975a, 18–39; Löffler, Ricker 1978, 109–111.

biti povređena samo od nje." [...] „Pravo odgovora koje treba da povrati poremećenu ravnotežu, pojavljuje se kao garantija protiv te velike društvene sile koju prestavlja štampa." [...] „Ono je sredstvo odbrane pojedinaca protiv svemoći štampe, brana od njene tiranije." (1927a, 132).

Konstantinović se opredelio za znane teorije (teorije nužne odbrane, privatne pravde, sredstvo vraćanja poremećene ravnoteže) za tri grupe slučajeva upotrebe prava odgovora. Kada je reč o pravu odgovora na slučajeve pohvala, svejedno da li su pohvale koje ne gode ili gode, srećemo Konstantinovića kao čistog civilistu koji je sa originalnom tezom hteo da jedno pravilo iz domena građanskopravnih poslova prenese na teren koji nije ni ugovorni ni uopšte pravni odnos. Međutim, pravo identiteta (koje tada još nije imalo to ime, niti bilo koje drugo ime)[128] jednostavnije tumači tim pravom ličnosti pravne reakcije na pohvalne tvrdnje, između ostalog, i pravo odgovora na pohvalne tvrdnje (Vodinelić 1974a, 364).

Isprva se razumevalo da pravo odgovora služi kao sredstvo odbrane lica u vezi sa tvrdnjama napadima na lice, posebno povredama na čast i ugled i drugih dobara ličnosti putem štampe, bilo da potiču iz same štampe, bilo od drugih lica čije se informacije štampom prenose. Pošto to očigledno nije moglo biti spojivo sa time da pravo odgovora nije uslovljeno baš nikakvim napadom i povredom, kako dokazivanjem nedopuštenosti pred sudom, tako i osporavanjem, a posebno i neistinitošću i drugim vidovima nekorektnih informacija, to se pravno dobro kome služi pravo odgovora moralo tražiti na nekoj strani i u vidu teorija koje nisu tako jednostavno neodržive.

Sada se i u Francuskoj pravo odgovora shvata kao pravo ličnosti, češće bez, a retko sa bližim specifikovanjem koje pravo ličnosti je posredi. Na primer, ljudsko dostojanstvo i lični identitet ili zaštita poštovanja prava ličnosti (Auby, Ducos-Ader 1982, 497; Kayser 1995, 85; Koch 1995, 95–96). U Nemačkoj je često da je pravo odgovora izraz opšteg prava ličnosti, nije retka kombinacija prava ličnosti i slobode izražavanja, a među češćima se ranije sretalo pravo identiteta (Koch 1995, 96; Sedelmeier 1997, 612; Prinz, Peters 1999, 372).

[128] *Friedrich Kitzinger* je utemeljivač ne samo teorije o privatnopravnoj prirodi prava odgovora nego i teorije da je to pravo jedno pravo ličnosti i da ono služi onom dobru ličnosti za koje on izričito kaže da nema posebno ime: pravo odgovora služi interesu lica da se u štampi ništa netačno ne tvrdi o njemu: „Onakav kakav jesam, hoću i da kao takav važim, da se ono što sam učinio i doživeo može o meni reći, ali ništa drugo što nisam učinio niti doživeo." Kitzinger 1907, 883; videti i Kitzinger 1920, 67–69, 73. Tom pravu ličnosti znatno naknadno je dato ime pravo identiteta, a potom i neki drugi nazivi. Videti Köbl 1966, 81–84, 109–112; Vodinelić 1974a, 349–366, 359–360; Vodinelić 1975a, 31–43.

2. U vreme pisanja Konstantinovićeve studije ustav nije garantovao pravo odgovora, a ono je prvi put postalo ustavna kategorija u Ustavu Jugoslavije 1963. (čl. 40, st. 6)[129] i potom je zajemčeno i u svim budućim ovdašnjim ustavima. U Srbiji je pravo odgovora zakonom detaljno uređeno (poslednji put Zakonom o javnom informisanju i medijima 2014, čl. 83, 85–90, 92–94, 96–99, 112, 117, 123, 126, 130), a ono je u važećem *Ustavu Srbije iz 2006. direktno, i sa tim nazivom, zajemčeno* (čl. 50, st. 4).[130] *A da nije zajemčeno Ustavom, u Srbiji bi se moglo naći nekoliko ustavnih osnova za to pravo*. Recimo, u Nemačkoj je pomoću spoja jemstva slobodnog razvoja ličnosti, ljudskog dostojanstva i slobode izražavanja (čl. 2 i 1 Bonskog ustava) sudstvo razvilo pravo odgovora kao nepisano ustavno pravo (videti, umesto mnogih, Sedelmeier 1997, 612). Kod nas bi se pravo odgovora takođe moglo smatrati, s jedne strane, izrazom prava svakoga na slobodan razvoj ličnosti i na samoodređenje kako da se putem odgovora informativno predstavi drugima i javnosti povodom informacije medija koja se njime bavi (na osnovu čl. 23, st. 2. Ustava Srbije iz 2006);[131] s druge strane kao izraz prava svakoga na slobodu izražavanja i izražavanja odgovorom putem medija povodom informacije medija koja se njime bavi (na osnovu čl. 46, st. 1);[132] i, s treće strane, kao izraz prava svakog bića sa ljudskim dostojanstvom koje bi bez odgovora bilo svedeno na objekt medija koji se njime bavi (na osnovu čl. 23, st. 1).[133]

3. Ako se poslužimo jednom sistematikom subjektivnih prava, *pravo odgovora nije primarno pravo ličnosti*, kakva su npr. pravo na čast i ugled, privatnost, identitet, ime i dr., nego je jedno *sekundarno pravo*, sredstvo zaštite prava ličnosti – jedan *zahtev prava ličnosti* (*ličnopravni zahtev)*, kakva su, na primer, pravo opoziva, pravo ispravke, pravo naknade štete i

[129] „Zajemčeno je pravo na ispravku objavljene informacije kojom se nanosi povreda pravu ili interesu čoveka ili organizacije."

[130] Ustav Srbije 2006, „Sloboda medija". Član 50, st. 4: „Ostvarivanje prava na ispravku neistinite, nepotpune ili netačno prenete informacije kojom je povređeno nečije pravo ili interes i prava na odgovor na objavljenu informaciju uređuje se zakonom." – Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama SCG 6/2003. „Sloboda medija". Član 30, st. 3: „Svako ima pravo na ispravku objavljene neistinite, nepotpune ili netačno prenete informacije kojom je povređeno njegovo pravo ili interes, u skladu sa zakonom." St. 4: „Svako ima pravo na odgovor na informaciju objavljenu u medijima, u skladu sa zakonom."

[131] Čl. 23, st. 2: „Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom."

[132] Čl. 46, st. 1: „Jemči se sloboda mišljenja i izražavanja, kao i sloboda da se govorom, pisanjem, slikom ili na drugi način traže, primaju i šire obaveštenja i ideje."

[133] Čl. 23, st. 1: „Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite."

dr. koje podrazumevaju da je primarno pravo povređeno. Međutim, kao što pravo odgovora nije jedno samostalno, posebno primarno pravo ličnosti, tako ono *nije zasnovano ni na jednom posebnom primarnom pravu ličnosti*. Razlog je ovaj: da se pravo odgovora stekne, ima i vrši *nije uslov da se ima neko primarno pravo ličnosti (ni bilo koje drugo primarno pravo, bilo ono neimovinsko ili imovinsko) čijoj zaštiti bi pravo odgovora služilo u slučaju povrede tog ili tih prava primarnom informacijom*. I podela zaštitnih zahteva na preventivne i reaktivne nije primenjiva ni na pravo zahteva odgovora jer *pravo odgovora nije uopšte zaštitni zahtev* nego je i sa tog stanovišta jedan *sui generis zahtev*.

Kraće rečeno, *uslov pravu odgovora uopšte nije povreda nekog subjektivnog prava pošto pravo odgovora ne služi zaštiti nijednom subjektivnom pravu* (što je njegov specifičan element minimum-pojma prava odgovora).[134] *Pravo odgovora može da bude povređeno ako se zakonom osnovani zahtev neosnovano odbije, ali sámo pravo odgovora ne proističe ni iz jednog prava ni iz neke njegove povrede*.[135] Pošto je pravo odgovora zahtev za objavljivanje odgovora na primarnu informaciju koja se tiče subjekta informacije, doći ću kasnije, u 15. delu, i na neke druge aspekte njegovog sistematizacijskog mesta.[136]

14. IZUZECI OD PRAVA ODGOVORA: ZLOUPOTREBA PRAVA ODGOVORA – NEOPRAVDANI INTERES ZA OBJAVLJIVANJE ODGOVORA – KOMBINACIJA ZAKONSKE LISTE IZUZETAKA OD ODGOVORA I ZLOUPOTREBE PRAVA ODGOVORA

1. U raznim državama postoji što manji, što veći broj razloga zbog kojih titular nema pravo odgovora odnosno ne može da zahteva da medij objavi zahtevani odgovor, a medij nije dužan da objavi zahtevani odgovor. Što su malobrojniji izuzeci od prava odgovora, koliko je šira obaveza medija da objavi zahtevani odgovor, toliko je šire pravo tražioca objavljivanja odgovora. I obrnuto. Od praktične važnosti je i to da li teret dokazivanja razloga izuzetka od prava odgovora leži na titularu prava odgovora ili je na mediju.

[134] Videti deo 10.3.

[135] Videti razlikovanje nesamostalnih i samostalnih zahteva u Vodinelić 2014, 217.

[136] Videti deo 15.3.

U početku, u Francuskoj i drugde zakoni nisu sadržali nikakve izuzetke kada se nema pravo odgovora, podrazumevajući one kada odgovor nije ispunio zakonom propisane uslove (na primer, ako subjekt informacije posle roka zadocni sa zahtevom da se objavi odgovor). Sudovi i literatura popunjavali su pravne praznine o izuzecima od prava odgovora. Jedan takav način određivanja izuzetaka je primena francuske doktrine zloupotrebe prava (*abus de droit*) na pravo odgovora (2). Potom su se drugde pojavili i drugi načini određivanja izuzetaka od prava odgovora (3. i 4).

2. Kako je francusko pravo odgovora u štampi zakonom bilo šturo uređeno, sudovi su mnogo toga morali sami da urede sve ono što je od konstrukcijskoj značaja.

Između ostalog, praksa sudova je dala profil svim bitnim osobinama prava odgovora. Između ostalog, sve *tri karakteristike* tog prava su njeno delo: popunjavala je konstrukcijske pravne praznine i u pogledu toga da li pravo odgovora uopšte podleže sudskoj kontroli i sankciji vršenja prava odgovora. Da je pravo odgovora „diskreciono" pravo (*droit discrétionnaire*) znači da njegov titular to pravo vrši po svom nahođenju, da slobodno sudi o tome kako i sa kakvom sadržinom da ga vrši, na koji način i sa kakvim ciljem.[137] Da je pravo odgovora pravo na „legitimnu odbranu" (*légitime défense*) znači da titular svoje pravo odgovora vrši na dopušten način, a ne da se brani od napada prekoračujući granice.[138] Da je pravo odgovora „opšte i apsolutno" (*général et absolu*) pravo znači da njegov titular je baš svako koji je naznačen u štampi i da njegov titular to pravo ima bez ikakvih specijalnih interesa i ograničenja.[139] Njihove karakteristike biće važne i za materiju izuzetaka od prava odgovora i za zloupotrebu prava odgovora.

Pošto zakonom nisu propisani izuzeci prava na odgovor, *Cour de cassation* je postavio *tri razloga* kada se može odbiti objavljivanje zahtevanog odgovora: da je odgovor sadržine kažnjive, protivne zakonu i moralu (*bonnes*

[137] Cour de cassation – Chambre criminelle 3. 5. 1923. Recueil Dalloz 1923 I 93; Cour de cassation – Chambre criminelle 22. 2. 1972 Recueil Dalloz – Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation 1972, Jurisprudence, 367; Cour d'appel Paris, 1 re Chambre adminstrative 13. 3. 1991, Recueil Dalloz – Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation 1991, IR, 120; Doré 1902 74; Koch 1995, 10.

[138] Cour de cassation – Chambre criminelle 8. 2. 1850, Recueil Dalloz 1850 I 69; Cour de cassation – Chambre criminelle 29. 6. 1965, Gazette de palais 1965 II 195; Koch 1995, 9–10.

[139] Cour de cassation – Chambre criminelle 27. 11. 1845, Dalloz Périodique 1846, I, 12; Cour de cassation – Chambre criminelle 3. 5. 1923. Recueil Dalloz 1923, I, 93; Cour de cassation – Chambre criminelle 21. 7. 1955. Juri–Clausseur périodique 1956, II, 9245; Koch 1995, 8–9.

moeurs),[140] da odgovor povređuje zakonski interes trećih lica[141] i da odgovor atakuje na ugled i čast novinara,[142] a sporno je može li se odbiti zahtevani odgovor ako u nekom slučaju ne postoji dovoljna odgovarajuća direktna veza između odgovora sa sadržinom primarne informacije.[143] *Zloupotreba prava odgovora* je takođe zakonu bila nepoznanica, čiji je praktični značaj zavisio i od stavova prema tri bitne karakteristike tog prava, a i od stava o tome da li zloupotreba prava može da se uvrsti među izuzetke prava odgovora.

Na početku su *Cour de cassation* i neki pisci smatrali da pravo odgovora nije podesno da bude zloupotrebljeno jer je to nespojivo sa stavom suda i literature da je pravo odgovora jedno „opšte i apsolutno" (*général et absolu*) čije bi vršenje bilo nepodložno sudskom preispitivanju i kontroli iz ugla kojem cilju služi (Biolley 1963, 74. Koch 1995, 46). Nikada nije zaokružena dosledna pozicija prema zloupotrebi prava odgovora i njenoj sudskoj kontroli.

Institut zabrane zloupotrebe prava i institut prava odgovora imali su u Francuskoj neke neočekivane paralelne linije razvoja: oba instituta su vrhunac najvećeg interesovanja doživeli pri smeni vekova i u prve dve sledeće decenije 20. veka, a nerazrešeni sporovi iz toga doba prate oba instituta i danas, samo još složeniji.

U prvih petnaest godina 20. veka u Francuskoj je odbranjeno 10 doktorskih disertacija o pravu odgovora, kao nikada potom (Maze 1900, 198; Jaubert 1901, 276; Doré 1902, 277; Boissel 1903; 127. Nicolaÿ 1911, 148; Gallas 1912, 167; Clérisse 1913, 169; Touissaint 1913, 132; Prunet 1920, 176; Vautard 1925, 173). Otprilike u isto vreme napisano je ništa manje od nekoliko desetina rasprava o zloupotrebi prava, a Žorž Riper (Georges

[140] Cour de cassation – Chambre criminelle 8. 2. 1850. Recueil Dalloz 1850, I, 69; Cour de cassation – Chambre criminelle 1. 7. 1954. Recueil Dalloz 1954, J, 665; Cour de cassation – Chambre criminelle 20. 1. 1987. Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation 1987 n° 28; Doré 1901, 596; Biolley 1963, 48; Koch 1995, 35.

[141] Cour de cassation – Chambre criminelle 8. 2. 1850. Recueil Dalloz 1850, I, 69; Cour de cassation – Chambre criminelle 20. 1. 1987. Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation 1987 n° 28; Cour de cassation – Chambre criminelle 27.1993. Semaine juridique 1993, IV, n° 791. Doré 1901, 107; Biolley 1963, 48.

[142] Cour de cassation – Chambre criminelle 20. 1. 1987. Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation 1987 n° 28; Cour de cassation – Chambre criminelle 27.1993. Semaine juridique 1993, IV, n°791. Biolley 1963, 48; Koch 1995, 35.

[143] Cour d'appel Dijon 30. 12. 1904, Dalloz Periodique 30.12.1904; Cour d'appel Paris 11 e Chambre A. 25. 1. 1989, Gazette du palais 1992, Somm. 193. Cour de cassation – Chambre civile 27.1.1993, Semaine Juridique 1993, IV, n° 791. Auby, Ducos-Ader 1982, 509; Biolley 1963, 47; Koch 1995, 43.

Ripert) je do 1913. godine već prebrojao 18 disertacija, a i veći broj manjih radova vodećih francuskih pravnika, što takođe nikada nije ponovljeno (Ripert 1927, 151).

Pravo odgovora nikada nije spadalo među najizrazitije materije sa stanovišta instituta zabrane zloupotrebe, ni onda kada je u doktrini zloupotrebe prava vladala deliktnopravna koncepcija zloupotrebe prava kao štetnog događaja, pogotovo u susedskim odnosima prava nepokretnosti i radnopravnim odnosima, a ni onda kada je u novije vreme težište preneto na ugovorne odnose (Eichenhoffer 2019, 236).

Što se tiče zloupotrebe prava odgovora, francuski sudovi i literatura retko kvalifikuju zahtev za objavljivanje odgovora kao zloupotrebu prava odgovora (Biolley 1963, 72, 73; Koch 1995, 47, 49, 132) i tek devedesetih godina 20. veka počela je više da se primenjuje doktrina *abus de droit* u materiji odgovora (Bigot 2020, 73; Koch 1995, 46–47). Na primer, lice imenovano u informaciji zahteva objavljivanje odgovora samo da bi time u novinama skrenulo pažnju na sebe i sopstvene političke poglede, iako nema nikakve primedbe na objavljeni podatak o broju glasova koje je dobio na izborima;[144] zahtev da se objave dva odgovora na ponovljenu istu informaciju i sa istom sadržinom podataka, mada je drugi odgovor izlišan a predstavlja zloupotrebu prava odgovora;[145] kao vršenje prava odgovora kvalifikovana je zloupotreba prava odgovora kada je jedan profesor prava tražio objavljivanje odgovora zato što je citiran u jednom pravničkom časopisu kao da zastupa neko drugačije mišljenje.[146] Sudovi i literatura vrlo uzdržano odbijaju zahteve za objavljivanje odgovora kao zloupotrebu prava držeći se učvršćenog stava *Cour de cassation*-a (bez ikakve odredbe zakona o tome) da je pravo odgovora *droit discrétionnaire*, *légitime défense*, *droit général et absolu*, dakle, jedno neograničeno pravo i da praksa načelno ne može tome da dodaje neke posebne uslove kada ih već nije predvideo zakonodavac. Vodi se računa pri tome i da se imaocu zahteva za objavljivanje odgovora ne ograničava pravo na slobodno izražavanje mišljenja (Koch 1995, 132, 47). Na primer, neki pisci su smatrali da pravo odgovora kao jedno diskreciono pravo ne može biti zloupotrebljeno (Mazeaud, Tunc 1965, 542). Neki sudovi drže da sud može

[144] Tribunal correctionnel Seine, 9. 3. 1953, Gazette du palais 1953, I, 387.

[145] Cour de cassation – Chambre criminelle 6. 11. 1956, Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation 1956, n° 712; Cour d'appel Paris 4. 10. 1961, Recueil Dalloz 1962, Somm. 11; Biolley 1963, 61.

[146] Tribunal de grande instance Paris, 27. 5. 1988, référe, J.C.P. 1988, II, 21079; Cour d'appel Paris, 1 re Chambre, 13. 7. 1988, Gazzete du palais 1988, J, 743; Koch 1995, 49.

da kontroliše i da utvrdi da odgovor ne odgovara cilju odgovora,[147] a većina pisaca drži da i pravo odgovora podleže proveri sa stanovišta zloupotrebe prava ako time ne dira u neograničenu karakteristiku prava odgovora (Perraud-Charmantier 1930, 371–373; Biolley 1963, 72). Niži sudovi su zauzimali stavove koje je *Cour de cassation* odbijao kao dosledni branilac sva tri najkarakterističnija svojstva prava odgovora koji inače nikada nisu bila zakonom postavljena.

Jedna od najintenzivnije razmatranih materija prava odgovora je *izuzetak prava odgovora na umetničku, književnu ili naučnu kritiku* (Doré 1902, 135–138; Perraud-Charmantier 1930, 134–208, 403–452) i zloupotreba prava odgovora povodom kritika. Institut zloupotrebe prava i institut prava odgovora sreli su se i u jednom poznatom sudskom sporu povodom prava objavljivanja odgovora na jednu pozorišnu književnu kritiku. Taj spor je zapao za oči i Konstantinoviću (1927b: 209–210). O nepodesnosti kritike, naučne, književne i umetničke da bude predmet prava odgovora možda je najrazmatranija materija odgovora. Generalno, svodilo se na to da li je pravo odgovora jedno tzv. apsolutno i diskreciono subjektivno pravo (*droit discrétionnaire*, *droit général et absolu*) čiji titular ne podleže nikakvim ograničenim uslovima vršenja, sam bira da li će pravo vršiti, na koji način i sa kojim ciljem, da u vršenju prava ne podleže ni kontroli suda, ili je pak pravo odgovora jedno tzv. relativno subjektivno pravo jer podleže, kao i druga većina subjektivna prava, zabrani zloupotrebe prava, pa sud može da kontroliše i njegovo vršenje. Konstantinović (1927b: 212–213) se opredelio za relativni karakter prava odgovora i njegovu podložnost zabrani zloupotrebe. Njegovo bavljenje pitanjem zloupotrebe prava odgovora 1926–1927. svakako je relevantna dopuna njegovim stavovima o zloupotrebi prava 1925. godine (Konstantinović 1925, 169–189). Dok je inače zloupotreba prava bila jedna od najvećih civilističkih tema tog doba, u čiji se francuski talas disertacija uključio i profesor Ninko Perić (1886–1961),[148] profesor Konstantinović je na primeru prava odgovora otvorio u pravnoj književnosti regiona pitanje nezloupotrebljivih subjektivnih prava.

Inače, retki su građanski zakonici koji uopšte sadrže *opštu posebnu odredbu o nezloupotrebljivim subjektivnim pravima* uopšte.[149] Građanski zakonik Holandije 1992. izričito određuje da „iz prirode prava može slediti da se ono ne može zloupotrebiti“, čl. 13:3, st. 3. I oni retki građanski

[147] Među takve odluke spada i ona o kojoj je pisao u svojoj studiji Konstantinović 1927b, 209: Cour d'appel Paris 24. 11. 1922, Dalloz Périodique 1922, 129.

[148] Vid. Perić 1912, 155.

[149] O razlozima nezloupotrebivosti prava kao izuzetku, videti Vodinelić 1997, 174–176.

zakonici koji sadrže odredbe o pravu odgovora, nemaju specijalnu odredbu ni o zloupotrebljivosti ni o neuzloupotrebljivosti prava odgovora. Izraz zloupotreba prava odgovora ne sreće se u zakonima o medijima. Zakoni o medijima nemaju ni pravila o zabrani zloupotrebe prava odgovora, a ni pravila o neuzloupotrebivosti prava odgovora. To važi i za Francusku iako su iz nje potekle i *abus de droit* a i *droit de réponse*. Sudska praksa i pravna književnost jesu ekskluzivni domeni bavljenja zloupotrebom prava odgovora i nezloupotrebivosti tog prava.

Za razliku od francuskog modela, u mnogim drugim državama zakonom su određeni izuzeci kada se nema zahtev za objavljivanje odgovora. U Francuskoj neizvesnost prati čak neke slučajeve koji su u mnogim drugim državama tradicionalni razlozi isključenja odgovora: neuljudan odgovor, difamatoran odgovor, odgovor kojim se neko ponižava zbog političkih stavova, odgovor koji bi izazvao građanskopravnu odgovornost medija, odgovor kome je svrha samoreklamiranje titulara, odgovor na zvaničnu raspravu u skupštini, odgovor koji sadrži očigledno neistinite tvrdnje i drugi (Koch 1995, 34–44).

3. Francuski institut zabrane zloupotrebe prava nije jedini način kojim se određuju izuzeci od sticanja, imanja, gubitka i vršenja prava titulara. U uporednom pravu nalazimo bar dva druga instituta čiji su rezultati funkcionalno slični zabrani zloupotrebe prava: nemački način putem nepostojanja opravdanog interesa za objavljivanje odgovora i domaći način kao kombinacija zakonske liste prepreka za sprečavanje objavljivanja odgovora i supsidijerna zabrana zloupotrebe prava odgovora.

U gotovo dvestogodišnjem postojanju nemačkog instituta prava odgovora skupilo se iskustava iz raznih aspekata i raznih elemenata prava odgovora, pa između ostaloga i u pogledu razloga koji sprečavaju da se objavi odgovor. Jedna takva prepreka objavljivanju zahtevanog odgovora jeste nepostojanje opravdanog interesa subjekta informacije da se objavi njegov zahtevani odgovor. U većini nemačkih zakona o medijima izričito se zahteva *opravdani interes za objavljivanje odgovora* (*berechtigtes Interesse*).[150] Na područjima primene svih onih medijskih zakona koji ne sadrže takvu odredbu, opravdani interes za objavljivanje odgovora važi kao opšti pravni princip.[151] Ukratko, postojanje opravdanog interesa za objavljivanje odgovora je pozitivni uslov za svako vršenje prava odgovora, dok je nepostojanje takvog interesa negativni uslov za usvajanje zahteva da se objavi zahtevani odgovor. Uz to,

[150] I nemački Nacrt iz 1959 § 20, st. 2: „Zahtev ne postoji: 1. ako je odgovor očigledno neistinit ili ako iz nekog drugog razloga ne postoji opravdani interes za objavljivanje; [...]“

[151] Bundesgerichtshof NJW 1965, 1230 (Bamfolin); Prinz, Peters 1999, 365; Sedelmeier 1997, 619; Löffler, Ricker 1978, 123; Köbl 1966, 67.

zakonska je i odredba da subjekt informacije ne dokazuje opravdani interes za objavljivanje odgovora nego medij ističe prigovor i dokazuje da subjekt informacije nema opravdani interes.[152] Mada se nedostatak opravdanog interesa ponekad naziva i zloupotrebom prava odgovora,[153] za tim ne postoji potreba jer se zakonskom figurom opravdanog interesa ostvaruje sve ono što bi bio posao zloupotrebe prava da nema važeće odredbe o opravdanom interesu.

Otuda razlika što u francuskom tretmanu zloupotreba prava nije izričita zakonska prepreka za objavljivanje odgovora, a u nemačkom tretmanu izričitog zakonskog uslova da postoji opravdani interes za objavljivanje odgovora bez potrebe da se ponašanje subjekta informacije kvalifikuje kao zloupotreba prava odgovora. Nemački izričiti zakonski opravdani interes je uslov za pravo odgovora, a neopravdani interes prepreka i izuzetak od prava odgovora; francuska zloupotreba prava nije izričiti zakonski uslov za pravo odgovora ali je u nekim odlukama sudova i literature koji može da ograniči bitne karakteristike prava odgovora kao apsolutnog i diskrecionog prava. Da nema nemačke ni posebne zakonske odredbe o opravdanog interesa kao uslovu odgovoru i da se opravdani interes ne smatra u praksi i literaturi pravnim načelom za (svako subjektivno pravo i za) svako pravo odgovora, tek tada bi se očekivalo da se vršenje prava odgovora posve uklopi u nemački način tretiranja zloupotrebe prava kao opšteg pravnog načela i zabrane zloupotrebe prava kao opšteg ograničenja subjektivnih prava.[154]

„Opravdani interes" lica na koje se odnosi objavljena informacija neodređen je pravni pojam. Konkretizuje se u svakom pojedinačnom slučaju. Sudovi i literatura nalaze da ne postoji opravdani interes subjekta primarne informacije za objavljivanje odgovora, na primer: kada se odgovor razlikuje od primarne informacije samo u nekoj beznačajnoj tački;[155] kada se odgovorom osporava beznačajna primarna informacija;[156] kada se odgovor odnosi na primarnu informaciju u kojoj je rečena očigledna neistina ili kada je već sama novina objavljenu informaciju označila kao očiglednu neistinu (Löffler,

[152] Na primer, Zakon o štampi Berlina od 16. 6. 1965, § 10, st. 2; Zakon o štampi Bremena od 16. 3. 1965, § 11, st. 2, t. 1; Zakon o štampi Rajna-Falca od 14. 6. 1965, § 11, st. 2, t. 1; Zakon o štampi Severne Rajne – Vestfalije od 11. 1. 1988, § 11, st. 2. Videti spisak zakona, Sedelmeier 1997, 619.

[153] Köbl 1966, 67; Dewall 1973, 35; Seitz, Schmidt, Schoener 1980, 61.

[154] O nemačkom opštem načelu zabrane zloupotrebe prava i opštem ograničenju subjektivnih prava, videti na primer Eichenhoffer 2019, 236.

[155] Oberlandesgericht Hamburg ArchPR 1970, 81; Löffler, Ricker 1978, 123; Oberlandesgericht Hamburg ArchPR 1970, 81; Sedelmeier 1997, 619.

[156] Oberlandesgericht Köln AfP 1989, 566; Prinz, Peters 1999, 365; Sedelmeier 1997, 619.

Ricker 1978, 123); kada je odgovor očigledno neistinit (Löffler, Ricker 1978, 123; Sedelmeier 1997, 620); kada je primarna informacija istinita ali je odgovor nepotpun pa stvara pogrešnu predstavu da je primarna informacija neistinita;[157] kada je objavljen odgovor na informaciju čija je neistinitost utvrđena pravnosnažnom odlukom ili o čijoj je istinitosti u toku postupak po tužbi za ponavljanje, uklanjanje, utvrđenje ili druga tužba u kojoj je privatnost ili povreda prava uslov (Löffler, Ricker 1878, 124; Sedelmeier 1997, 621); kada je subjekt informacije već imao dovoljno priliku u odgovoru da se izrazi povodom primarne informacije (Seitz 2008, 760); kada je stav subjekta primarne informacije već sadržan u primarnoj informaciji, pa on nema opravdani interes da u odgovoru ponovi stav;[158] kada subjekt primarne informacije zahteva objavljivanje odgovora samo radi poslovne reklame ili svojih političkih stavova;[159] kada subjekt informacije nešto izjavi u intervjuu, a u odgovoru tvrdi suprotno rečenom (Seitz, Schmidt, Schoener 1980, 63).

4. Važeći domaći zakon o Javnom informisanju i medijima 2014[160] sadrži *19 razloga za neobjavljivanje zahtevanog odgovora*, čl. 98.[161] Odredba je rezultat istorijskog i uporednog pregleda svih dostupnih rešenja razloga za

[157] Oberlandesgericht Hamburg ArchPR 76, 64; Sedelmeier 1997, 620.

[158] Oberlandesgericht Hamburg Beschluß 21. 4. 1977 – 7 U 86/97; Prinz, Peters 1999, 366.

[159] Landesgericht München I, ArchPR (V) 30–31, Seitz, Schmidt, Schoener 1980, 51.

[160] *Službeni glasnik RS* 83/2014, čl. 83, 85–90, 92–94, 96–99, 112, 117, 123, 126, 130. Odredbe se ne razlikuju od odredaba o pravu odgovora iz Zakona o javnom informisanju iz 2003. godine.

[161] *Službeni glasnik RS* 2014, „Razlozi za neobjavljivanje odgovora". Čl. 98: „Odgovorni urednik nije dužan da objavi odgovor, odnosno sud neće narediti odgovornom uredniku da objavi odgovor: 1) ako je odgovor podnelo lice na koje se informacija ne odnosi ili drugo neovlašćeno lice; 2) ako je već objavljen odgovor iste sadržine nekog od ovlašćenih lica; 3) ako je u istom mediju u drugom, jednako vrednom obliku već objavljena reakcija ovlašćenog lica iste sadržine (kao intervju, izjava i drugo); 4) ako nije pravnosnažno okončana parnica radi objavljivanja ranije podnetog odgovora na istu informaciju; 5) ako u zahtevu za objavljivanje odgovora podnosilac nije naveo svoje ime i adresu, odnosno naziv i sedište, kao i ako nije potpisao odgovor lično, odnosno ako uz odgovor koji je podnet preko punomoćnika nije priloženo specijalno punomoćje; 6) ako se odgovor ne odnosi na informaciju na koju podnosilac tvrdi da odgovara; 7) ako nije označena informacija na koju se odgovara (naslov informacije, broj i stranica novina gde je objavljena, naziv emisije i vreme emitovanja i sl.), a odgovorni urednik ne može da utvrdi na koju se informaciju odnosi; 8) ako se odgovor odnosi na mišljenje, a ne na tvrdnju o činjenicama, ili ako odgovor ne sadrži tvrdnju o činjenicama, već mišljenje; 9) ako se odgovorom ne osporava istinitost, potpunost ili tačnost prenosa informacije, kao i ako se odgovor odnosi na informaciju koja može biti neistinita, nepotpuna ili netačno preneta, ali ne povređuje pravo ili interes lica; 10) ako odgovor nije na jeziku na kojem je objavljena informacija na koju se odgovara, niti je naknadno preveden

neobjavljivanje odgovora i na kraju rezultat izbora onih razloga na osnovu odmeravanja dobrih i loših strana svakog pojedinog razloga kao izuzetka za pravo odgovora. Obrazovanje te liste, u stvari, jednim je delom posledica izuzetaka od prava odgovora i temelji se i na uporednopravnim iskustvima prakse i teorije primera ne samo zloupotrebe prava odgovora nego i nepostojanja opravdanog interesa za objavljivanje odgovora.

Što je zakonska lista duža, veća je i sigurnost, i za subjekte informacije, i za medije, i za sudove. Uporedno pravo i istorija pokazuju da ako nema zakonske liste izuzetaka, uporno se održavaju i u praksi i u teoriji razmimoilaženja o poziciji nekog mogućeg izuzetka. Formirane liste izuzetaka rezultati su prikupljenih iskustva, što se tiče argumenata za ili protiv nekog izuzetka. Možda bi se smelo i pretpostaviti da autoritarnim režimima odgovara što manji broj izuzetaka od prava odgovora, a pogotovo onih izuzetaka kojima se najlakše može u praksi manipulisati.[162]

U svim domaćim zakonima od 1881. do republičkih i pokrajinskih sedamdesetih godina 20. veka, određivan je kao jedan izuzetak od prava odgovora *„neuljudni“ odn. „neučtivi i uvredljivi“* napisani odgovor, a među njima i Zakon o štampi iz 1925. Protiv toga je pisao Konstantinović (1927b, 204),

---

na taj jezik; 11) ako je odgovor neprimereno duži od informacije, a podnosilac ga ne skrati u roku za podnošenje odgovora; 12) ako je odgovor podnet po isteku roka za podnošenje odgovora; 13) ako je odgovor nečitljiv, nerazumljiv ili besmislen, a nije uređen pre isteka roka za podnošenje odgovora; 14) ako objavljivanje odgovora zbog njegove sadržine može izazvati zabranu distribucije informacije, kaznenu ili građansko-pravnu odgovornost; 15) ako je već objavljena ispravka iste informacije na koju se odgovara ili ako je na drugi način postignut učinak radi koga se traži objavljivanje odgovora, osim ako se radi o ponovljenom objavljivanju informacije; 16) ako je istinitost, potpunost ili tačnost prenosa informacije na koju se odgovara očigledna, opštepoznata ili utvrđena pravnosnažnim aktom nadležnog organa; 17) ako se sadržina informacije na koju se odgovara podudara sa sadržinom informacije koju je autorizovalo lice koje zahteva objavljivanje odgovora; 18) ako je neistinitost, nepotpunost ili netačnost prenosa informacije na koju se odgovara takva da ne utiče na istinitost, potpunost ili tačnost same informacije; 19) ako se odgovor odnosi na informaciju saopštenu u javnoj skupštinskoj raspravi, javnoj raspravi u nekom skupštinskom telu ili u sudskom postupku. Razlozi za neobjavljivanje odgovora važe i za neobjavljivanje dela odgovora“.

[162] Činjenica je da je u 150 godina istorije prava odgovora u Srbiji i Jugoslaviji ograničavan broj izuzetaka u vreme najizrazitije autoritarnosti vlasti: godine 1929. Zakonom o izmeni i dopuni Zakona o štampi Kraljevine SHS iz 1925, umesto pet izuzetaka od prava odgovora ukinuti su svi; zakoni o štampi iz 1945. i 1946. godine poznavali su samo dva izuzetka od prava odgovora; zakoni o javnom informisanju Srbije iz 1991. i iz 1998. sveli su broj izuzetaka od prava odgovora na četiri, u odnosu na osam odnosno deset izuzetaka iz Zakona o štampi i drugim vidovima informacija od šezdesetih i Zakona o javnom informisanju od sedamdeset godina 20. veka.

naglašavajući da je to efikasan način da se parališe institut prava odgovora. Među netipične spada stav profesora Grgura Milanovića (1842–1924) iz 1901. godine, koji pojmu neuljudnosti daje prošireno značenje: „Ispravka u nas 'mora biti uljudno napisana' i ne sme 'sadržavati ništa, što je po zakonu kažnjivo', jer je 'inače odgov. urednik ili njen zastupnik ne mora primiti'. Zakonodavci drugi u tom pogledu u nekoliko drukčije naređuju. N.pr., po nemač. (čl. 11) u ispravci ne sme biti kriv. dela, ali, ne mora biti uljudno napisana; austr. opet ništa ne naređuje, kakva mora biti ispravka, a tako ni francuski. No nema sumnje da je ponajbolje onako, kako je naš zakonodavac [Zakon o štampi 1881] naredio; jer kad on traži, da ispravka bude *uljudna*, znači da ne dopušta ni kr. dela, pa ni tzv. *retorziju* t.j. vraćanje n.pr. uvrede za uvredu, poruge za porugu itd." (Milovanović 1901, 191). Apartna je formula izuzetka od prava odgovora iz Zakona o javnim glasilima Republike Slovenije 1994, čl. 13, al. 5: ako je odgovor ili ispravka napisana *uvredljivo i sa namerom prezira*.

Domaća zakonska lista izuzetaka od prava odgovora je *zatvorena*, *taksativna*. Ako je neizvesno da li je zakonska lista otvorena ili zatvorena, argument za taksativnu prirodu liste bio bi taj što svaki novi izuzetak od prava odgovora vodi daljem sprečavanju ograničavanja slobode medija. Ali, i ako je izvesno da je zakonska lista zatvorena, mogućnost novog izuzetka zasniva se na *opštem pravnom principu zabrane zloupotrebe prava* jer zabrana zloupotrebe prava prati svako pravo, bilo ono pravo ličnosti bilo pravo slobode medija. U domaćoj literaturi i praksi sudova ne ograničava se zabrana zloupotrebe prava na slučajeve zabrane zloupotrebe samo obligacionih i stvarnih prava (čl. 13 ZOO, čl. 4, st. 2, čl. 6, st. 2 ZOSPO).Takođe, razlozi (kriterijumi) zabrane zloupotrebe prava ne ograničavaju se samo na nameru škođenja (šikanozno) i vršenje protivno cilju (videti Vodinelić 1997, 57–101). Kao što su i u istoriji i uporednom pravu drugi razlozi (kriterijumi) – beskorisno, nesrazmerno, neprimereno, protivrečno, nemoralno, nepravično – bili i u istoriji i uporednom pravu osnovi i za formiranje raznih izuzetaka od prava odgovora, tako bi u slučaju širenja taksativnosti liste služili kao osnovi izuzetaka od prava odgovora.

15. „TAJNA“ INSTITUTA ODGOVORA – S ONU STRANU PRAVNOG BINARNOG KODA – SAMOSTALNA POZICIJA U SISTEMATICI PRAVA – DELOTVORNOST DRŽAVINSKE ZAŠTITE I ZAŠTITE ODGOVOROM – NAJBRŽA PRAVNA REAKCIJA NA MEDIJSKU INFORMACIJU

1. Pravnici civilisti, bili oni zakonodavci, praktičari ili teoretičari, najčešće delaju u jednom *binarnom kodu* koji je tipičan za privatno pravo: razdvajaju na jednu stranu šta je pravo, a na drugu stranu ono što je nepravo. Institut pravo odgovora ne uklapa se u taj binarni kod jer je *kod prava odgovora svejedno da li postoji pravo ili nepravo*. Subjekt informacije, na koga se odnosi objavljena informacija, ima pravo da zahteva da medij objavi njegov odgovor, a medij je obavezan da objavi zahtevani odgovor, svejedno da li je objavljena informacija istinita ili je neistinita, da li je u skladu sa pravnim poretkom ili je protivpravna, da li ne zadire u nečije pravo ili ga povređuje. Dakle, subjekt informacije ima pravo odgovora a medij ima obavezu da ga objavi, učinio on ili ne učinio išta nažao ni mediju, ni trećem licu, ni pravnom poretku. Za razliku od prava odgovora, sva ostala prava koja se imaju prema medijima – pravo propuštanja, uklanjanja, opozivanja (povlačenja), naknade imovinske štete, naknade neimovinske štete i dr. – zadovoljavaju tipični binarni kod jer subjekt objavljene informacije jeste u pravu a medij jeste u nepravu. Imalac prava odgovora ništa ne dokazuje da je sve učinio u skladu sa pravnim poretkom, a medij ne može išta da dokazuje da je sve učinio u skladu sa pravom da ne bi bio dužan da objavi zahtevani odgovor. Ne postoji nikakva prezumpcija u korist subjekta informacije, niti postoji ikakva prezumpcija na teret medija koju bi medij mogao oboriti da se oslobodi objavljivanja zahtevanog odgovora. Imalac prava odgovora kao da je u nekoj milosti pravnog poretka a medij u nemilosti prava, a da ni za jedno ni za drugo nema nikakvog pravnog razloga i osnova. Ukratko, imalac ima pravo odgovora a medij je dužan da objavi zahtevani odgovor bio u pravu ili nepravu. Otkuda potiče takva svojevrsnost prava odgovora? Kod svih ostalih subjektivnih prava prema mediju suprotstavljeni su pravo i nepravo; kod prava odgovora *nasuprot prava odgovora ne stoji ni nepravo ni pravo, nego u tom pogledu jedna pravna indiferentnost*. Kao da kod prava odgovora ništa nije od ovog pravnog sveta koji znamo i koji nam je znan.

2. Najizrazitiji primer instituta koji je *sa onu drugu stranu tipičnog pravničkog binarnog koda* jeste institut *zloupotrebe prava*. Zloupotreba prava je jedinstvo suprotnosti prava i neprava.[163] Kod zloupotrebe prava reč je o spoju prava i neprava u jedinstvu suprotnosti kao pravničkom paradoksu.[164]

I institut prava odgovora je sa onu drugu stranu tipičnog pravničkog binarnog koda, samo je pravo odgovora sklopljeno sa drugačijim raspodelom elemenata nego kod instituta zloupotrebe prava. Kao kod instituta prava odgovora *na jednoj strani je pravo a na drugoj strani je pravna indiferentnost*. Subjekt informacije podjednako uvek ima pravo na objavljivanje odgovora na primarnu informaciju bilo da je objavljivanje informacije pravo bilo nepravo.

Pravo odgovora nije jedini institut kod koga je u jedno sjedinjeno pravo i pravna indiferentnost. Kao i kod prava odgovora tako *i kod instituta zaštite državine na jednoj strani je pravo a na drugoj strani je pravna indiferentnos*t, svi zajedno sjedinjeni u jedan institut.

S pravom odgovora, kao i s pravom državine ostvaruje se potpuno isti pozitivan rezultat bilo da je na drugoj strani predstavnik prava ili predstavnik neprava. Reč je o pravnoj nediferentnosti kao drugoj vrsti paradoksa: kod zloupotrebe prava je jedinstvo prava i neprava, a kod prava državine i prava odgovora – jedinstvo prava i pravne nediferentnosti, nekad prava nekada neprava.

Sve ove pravne tvorevine (zloupotrebu prava, državinu, pravo odgovora) prate upitanost i začuđenost studenata u postupku pravnog obrazovanja kao prelaska iz laika u pravnike. Kako pravo zloupotrebioca može da bude nepravo, kako nepravo držaoca može da bude pravo, kako nepravo imaoca odgovora može da bude pravo?! Nisu u dilemi samo studenti prava. Istorija svedoči da je zakonodavcima, sudijama i pravnim piscima trebalo vremena da se sažive sa institutom prava odgovora, ne samo u Francuskoj onda kada se pravo odgovora uopšte pojavilo u svetu prava, nego i drugde kada je prvi put postalo deo pozitivnog prava.[165] I posle dva veka nalaze se u presudama i u stavovima pravnih pisaca neprihvatanja jasnih pravnih odredaba o pravu odgovora kao očigledno postupanje *contra legem*, a ono se ne dâ drugačije kvalifikovati do kao nemirenje sa idejom odgovora kao sjedinjenja prava i pravne indiferentnosti u jedno. Ono svoj koren nalazi u konstrukcijskom

[163] Prema rasprostranjenom shvatanju, imalac koji vrši zloupotrebu prava ima pravo a vrši nepravo.

[164] Videti različita razumevanja zloupotrebe prava kao paradoksa i antinomija u Guski, 2019, 1–109, 169–176, 186–264.

[165] Najtipičnije je to da toliko pravnika ne može da se pomiri sa time da *pravo odgovora ima* i onaj *subjekt primarne informacije* koja je istinita, koja je saglasna pravu, koja ne povređuje prava i interese, a da se *mediju pre objavljivanja odgovora ne pruža mogućnost da dokaže*: istinitost primarne informacije a neistinitost odgovora, neprotivpravnost primarne informacije a neusklađenost odgovora sa pravnim poretkom, da nema povrede prava povređenog primarnom informacijom a da ima neusklađenosti odgovora sa pravnim poretkom.

sjedinjenju prava i pravne indiferentnosti u institutu prava odgovora a ne, na primer, u nepoznavanju prava, političkoj opredeljenosti, ideološkim razlozima ili dr.

3. Ko ima sluha za sistematizacije subjektivnih prava, verovatno neće zaobići pravo odgovora. Pravo odgovora spada u jednu *posebnu vrstu prava u sistematici subjektivnih prava*, čime se može objasniti da ono ima i posebno ime u nekim državama. Kao što su francuska sudska praksa i literatura pravom odgovora nazvali pravo odgovora apsolutnim (*droit absolu*) i diskrecionim, neograničenim pravom (*droit discrétionnaire*), tako i nemačka praksa i teorija pravo odgovora zovu formalnim pravom, pravo koje ima formalnu prirodu, formalni karakter, strogo formalni karakter (*formalles Recht*, *streng formalles Recht*).

Pravo odgovora apsolutno je u smislu (koji nema ništa sa značenjem tehničkog izraza apsolutno pravo koje deluje *contra omnes*, pošto ono deluje samo prema tačnom određenom mediju koji je objavio primarnu informaciju). Nego je apsolutno u tom smislu što ga je zakon dao titularu bez ikakvih ograničenja; uslov mu nije ni neistinitost informacije, ni uvreda, napad, krivica, protivpravnost, šteta, ni kako će ga vršiti, ni sa kojom svrhom, ni iz kojeg razloga, ni kakvu će sadržinu dati svom odgovoru i dr. Diskreciono pravo iskazuje da je zakon pravo prepustio titularu da ga vrši bez ikakvog uslova i po svome nahođenju, suveren i autonoman u tome hoće li ga uopšte vršiti, kakvu će sadržinu dati odgovoru, kakvu formu, sa kojim ciljem i sa kojim motivom, iz kojeg razlogom titularu, ukratko zakon je to pravo titularu prepustio u celosti.[166]

U Nemačkoj pravo odgovora zovu „formalnim pravom“, „pravom sa formalnom prirodom“, „pravom koje ima formalnu prirodu“, sa „formalnim karakterom“, „strogo formalnim karakterom“, a da to pravo nije tehnički formalno u smislu koji nema ništa sa suprotnošću sa materijalnim pravom (Löffler, Ricker 1978, 130; Sedelmeier 1997, 619). Takvim nazivom naglašava se da to pravo ne zavisi ni od toga da li se pravo ima i vrši nezavisno od toga da li se odgovor ograničava na neistinite informacije niti na informacije kojima se povređuje pravo subjekta informacije i da se ne traži da titular dokaže neistinitost primarne informacije odnosno da je primarnom informacijom povređeno pravo titulara.

Mada kod nas ti izrazi nisu uobičajeni za pravo odgovora, odgovaraju njegovim karakteristikama. Zbog njih pravo odgovora zaslužuje razne načine da se njima obeležava njegova svojevrsnost.

[166] O pravu odgovora kao apsolutnom i diskrecionom, videti deo 14.2.

4. Ekskurz o *poređenju delotvornosti* dva netipična sredstva zaštite: *državinske zaštite i zaštite odgovorom*: Državinska zaštita je savršenija od zaštite prava odgovora što se tiče delotvornosti. Jer, za potpuniji efekat zaštite odgovorom potreban je jedan treći faktor koji ne postoji u državinskoj zaštiti a neophodan je za zaštitu pravom odgovora: publika medija. Državinska zaštita se ostvaruje u međusobnom odnosu dva lica: držaoca i smetaoca, dok je za efekat zaštite odgovora potrebna publika, to jest svi oni koji treba da saznaju kako glasi kraj priče koju su im – u dve različite varijante – predočili medij primarnom informacijom a subjekt informacije odgovorom, dok objavljeni odgovor, bilo da je objavljen po vansudskom zahtevu, bilo po pravnosnažnoj presudi, ne donosi konačni ishod priče. Svako iz publike će izabrati kome će verovati ili pak neće verovati nijednoj strani. Jeste da je zasmetani držalac uspeo u državinskoj parnici sudskom odlukom koja je po dejstvu provizorna, ali je ta njegova formalno provizorna zaštita u stvari konačna ako je zasmetani držalac doista ujedno imalac prava koje je povređeno smetanjem državine (svojine, zakupa, zaloge, posluge i dr.).[167] Kada subjekt informacije uspe u parnici sa tužbenim zahtevom za objavljivanje odgovora, a medij objavi zahtevani odgovor, publika ni dalje ne zna meritum same stvari: da li je primarna informacija istinita ili neistinita ili je objavljeni odgovor istinit ili neistinit, da li je primarna informacija protivpravna ili nije, da li je primarna informacija povredila pravo i interes subjekta informacije ili nije. Za meritorno razrešenje nije dovoljan uspeh u parnici povodom objavljivanja odgovora nego je publici neophodna informacija koju će doneti meritorna odluka po tužbenom zahtevu za buduće propuštanje primarne informacije, za njeno uklanjanje, za ispravku, za utvrđujuću odluku, za naknadu štete ili za neku od drugih presuda kojom se donosi na čistinu sama stvar. Svedeno, provizorna zaštita zasmetanog držaoca dejstvuje – pod navedenim uslovom da on doista ima pravo povređeno smetanjem državine – kao da je meritorna, konačna; provizorna zaštita subjekta informacije odgovorom nikada ne deluje kao meritorna, konačna zaštita u toj stvari.

5. Koliko god bio brz medij kojim je objavljena informacija koja se tiče subjekta informacije, ne postoji mogućnost da se na primarnu informaciju istom brzinom reaguje uzvratnom informacijom. U tom pogledu ništa se nije promenilo još od štampe kao prvog medija na čije se informacije

[167] „I petitorna zaštita ostvaruje sve to što teorije pripisuju posesornoj: odvraća od samovlasnog postupanja, nalaže poštovanje ličnosti i volje, pruža zaštitu svojini, omogućuje ostvarenje interesa kontinuiteta i najveće ekonomske koristi. (S tim što *ovlašćeni držalac* petitornom zaštitom to može da postigne po pravilu *sporije*, a posesornom *brže*, i što *zasmetani ovlašćen na državinu* a neobavezan da trpi smetanje to može da postigne *sa konačnim efektom već u posesornoj parnici*.)." Vodinelić 2015, 132.

reagovalo odgovorom. A i izreka iz tog vremena: „ništa nije tako staro kao jučerašnje novine!“, važi i danas *mutatis mutandis* čak i za zasad najbrži medij. U toj izreci sažeta je dramatika svake pravne reakcije na objavljenu informaciju: zbog kratkotrajne aktuelnosti informacije, zbog kratkotrajne intrigiranosti publike sadržajem informacije, zbog brzog zaboravljanja činjeničnih osnova informacije, zbog zadržavanja u sećanju negativnog suda o subjektu informacije i zbog nemogućnosti da svako ko je znao za primarnu informaciju sazna i za uzvratnu informaciju. Ne postoji nijedno pravo koje bi titularu donelo i brzu i meritornu uzvratnu informaciju, a postoje prava koja mogu da donesu meritornu ali ne i brzu uzvratnu informaciju. Od kada je pronađeno pravo odgovora, ono je ta najbrža pravna reakcija na medijsku informaciju, ali uopšte nije meritorna; sva druga prava (pravo na propuštanje, opoziv, naknadu štete i dr.) jesu meritorne reakcije, ali uopšte nisu ni brze uzvratne informacije (videti Vodinelić 1978, 287–288; Vodinelić 1977b, 91–92). Subjekt primarne informacije zato je pred izborom: ili za brzinu pravne reakcije = za odgovor, ili za meritornost reakcije = za neku ili sve ostale pravne reakcije (propuštanje, opoziv, uklanjanje i dr.).[168] Kada je reč o brzini, jedino pravo odgovora ne traži ni dokaze i dokazivanja, ni utvrđivanje neistinitosti, ni protivpravnosti, ni povrede prava, ni štete, ni krivice, niti nešto drugo što se traži od kompletne procedure za pravnosnažnu odluku o meritornosti pravne reakcije. Jer, samo se odgovorom može podjednako reagovati na primarne informacije koje su neistine, nepotpune, neautentično prenete, protivpravne, povređujuće itd., kao što se može reagovati i na one istinite, potpune, autentično prenete, pravno korektne u skladu sa pravom, bez povrede prava itd. Pravo odgovora je podjednako indiferentno na istinu i laž, dopuštenu i protivpravnu, korektnu i nekorektnu itd. primarnu informaciju. Za sad nigde u svetu *nije ni na vidiku nikakvo pravno rešenje koje bi nadmašilo pravo odgovora brzinom pravne reakcije na primarnu informaciju*, kakva god ona bila, tako da pominjanom i priželjkivanom autoru treće domaće monografije o pravu odgovora ne preti opasnost da njegova studija dugo i zadugo izgubi aktuelnost. Pravu odgovora predstoji duga karijera šampiona u kategoriji brzine pravne reakciji na primarne informacije. „A to nije mali rezultat“ – da tako završim rečenicom profesora Konstantinovića (1927b, 213), koja je uzeta, istina, iz sasvim drugog konteksta.

[168] Dobre i loše strane brzog i nemeritornog pravnog sredstva kakvo je odgovor i nebrzih i meritornih svih drugih pravnih sredstva kakva su propuštanje, uklanjanje, ispravka, opoziv, naknada štete i dr. mogu se prevazići samo tako da se umesto izbora među njima ona *kombinuju*: provizornost prava odgovora kombinuje se sa konačnošću jednog, nekolikih ili i svih ostalih konačnih sredstava (propuštanja, uklanjanja, ispravke i dr.). Videti Vodinelić 1978, 287–288, 292.

16. ŠTA NAM (DANAS) ZNAČI STUDIJA MIHAILA KONSTANTINOVIĆA

Studija profesora Konstantinovića predstavlja činjenicu da u našoj nacionalnoj pravnoj književnosti gotovo sto godina postoji studija koja je bila prva takva naučna monografija o institutu prava odgovora u našem regionu.

Zahvaljujući konstantnosti francuskog modela instituta odgovora u štampi, Konstantinovićeva elaboracija tadašnjeg rešenja u bitnome je vredna čitanja kao da je današnja. I posle gotovo veka može da služi kao uvod u francuski model odgovora sa kojim je taj institut uopšte stupio u svetsku povest koja traje i dalje u velikom delu zemaljske kugle.

U domaću teoriju prava odgovora studija je unela prilično živosti jer su domaća rešenja uglavnom pratila austrijski institut prava odgovora.

Sa Konstantinovićevom studijom dobili smo pravnu teoriju o institutu prava odgovora, a u okviru nje i temu zloupotrebe prava odgovora. Njegov stav o relativnom karakteru prava odgovora koji se može kontrolisati doktrinom zloupotrebe prava znatno je išao pre svojega vremena, jer je francuska praksa sudova tek devedesetih godina 20. veka počela više da primenjuje doktrinu zloupotrebe prava u materiji prava odgovora.

Šema Konstantinovićevog komparativnog ispitivanja instituta odgovora dvaju zakona održala bi se i danas kao postupak analize, na primer, u poređenju sadašnjeg domaćeg zakona o medijima i sadašnjeg francuskog, a dopunjena elementima kakvi su, između ostalog, važnost razlikovanja činjeničnih i vrednosnih iskaza ili srodnosti ili različitosti odgovora sa nekim institutima koji takođe reaguju na primarne medijske informacije.

Imamo pred sobom jedan tekst koji u svom vremenu a i dugo potom nije mnogo značio struci. Možda mu predstoji da bude čitaniji i produktivniji zbog jedne stvari sa kojom se izgleda situacija menja. Nasuprot celokupnoj domaćoj pravnoj 150-ogodišnjoj istoriji prava odgovora, Konstantinovićev tekst dosledno podržava francuski model prava odgovora u štampi sa njihovom zajedničkom nezainteresovanošću za pravni značaj razlikovanja činjeničnih i vrednosnih iskaza u materiji odgovora. U novije vreme ni u nemačkoj literaturi nisu više toliko usamljeni razvijeniji predlozi u korist odstupanja od formule „samo činjenice samo protiv činjenica“. Ta promena bi mogla da bude najveći legat Konstantinovićevog zalaganja za francuski model prava odgovora kao širi od drugih u tom aspektu.

Zahvaljujući talentu svog pisca, studija već kao štivo podstiče autore pravnih tekstova da – uprkos vremenu koje za to nije podsticajno – s više truda čitaocima učine zadovoljstvo brigom za jezik i za stil.

LITERATURA

[1] Andguladze, Mamuka. 2001. *Kollision zwischen Medienfreiheiten und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht: Funktion und Rolle des Informationsinteresses der Öffentlichkeit.* Hamburg: Verlag Dr. Kovač.

[2] Auby, Jean Marie, Robert Ducos-Ader. 1982. *Droit de l`information*. Paris: Dalloz.

[3] Bänninger, Beatrice. 1997. *Die Gegendarstellung in der Praxis: unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung*. Zürich: Schulthess.

[4] Barron, Jerome A. 1967. Acces to the Press – A New First Amendment Right. *Harvard Law Review* 80: 1641.

[5] Belajčić, Vladimir. Pravo na ispravku po zakonu o štampi. 1–14. Poseban otisak referata. *Spomenica VI glavne skupštine kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Zagrebu, dana 7–9. IX 1934*. Zagreb: Stalni odbor kongresa.

[6] Bigot, Christophe. 2020. *Pratique du droit de la presse*. Paris: Dalloz.

[7] Biolley, Gérard. 1963. *Le droit de réponse en matère de presse: thèse pour le doctorat en droit presentée et soutenue le 19 décembre 1961*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

[8] Blagojević, Vidan O. 1934. Pravo na ispravku po zakonu o štampi. 1–16. Poseban otisak referata. *Spomenica VI glavne skupštine kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Zagrebu, dana 7–9. IX 1934*. Zagreb: Stalni odbor kongresa.

[9] Blin, Henri, Albert Chavanne, Roland Drago. 1969. *Traité du droit de la presse*. Paris: Librairies techniques.

[10] Boissel, René. 1903. *Du droit de rectification et du droit de réponse: en matière de presse. These pour de doctorat*. Paris: Faculté de Droit de Rennes, Imprimerie parisiener Leon Barnéoud.

[11] Botein, Michael. 1969. The Federal Communicitation Commission´s Fairness Regulations: A First Step towards Creation of a Right of Access to the Mass Media. *Cornell Law Review* 54: 303.

[12] Clérisse, R. 1913. *Des limitations au droit de réponse, these pour de droit: These pour de doctorat.* Paris: Université de Paris, Faculté de droit, A. Padone.

[13] Čulinović, Ferdo. 1934. Pravo na ispravku po zakonu o štampi: Referat Dra. Ferda Čulinović. 157–178. *Spomenica VI glavne skupštine kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Zagrebu, dana 7–9. IX 1934*. Zagreb: Stalni odbor kongresa.

[14] Delieux, Emmanuel. 1985. *Droit d'information*. Paris: Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, Institut Français de Presse et des Sciences de l'Information.

[15] Dewall, Hans von. 1973. *Gegendarstellungsrecht und Right of reply: Eine rechtsvergleichende Untersuchung über Hörfunk und Fernsehen in der Bundesrepublik Deutschland und den USA.* Berlin: Schweitzer.

[16] Dolenc, Metod. 1926. *Glavne poteze našega tiskovnega prava*. Ljubljana: Založilo društvo „Slovenski Pravnik".

[17] Dolenc, Metod. 1934. Referat Dra. Metoda Dolenca. 179–191. *Spomenica Kongresa pravnika u Zagrebu 1934: VI. Glavna skupština Kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Zagrebu, dana 7–9. IX 1934*. Zagreb: Stalni odbor kongresa.

[18] Donelly, Richard C. 1948. The Right of Reply: An Alternative to an Action for Libel. *Virginia Law Review* 34: 867–894.

[19] Doré, René. 1902. *Le droit droit de réponse en matière de presse: Thèse pour le doctorat soutenue le 19 février 1902*. Paris: Université de Paris, Faculté de droit – Chartres: Impr. de Garnier.

[20] Ebert, Jessica Annabella. 1997. *Die Gegendarstellung in Deutschland und den USA: das Gegendarstellungsrecht als Beitrag zur Gewährleistung von Persönlichkeitsschutz und Meinungsvielfalt in den Massenmedien*. Münster: LIT Verlag.

[21] Eichenhoffer, Philipp. 2019. *Rechtsmissbrauch*. Tübingen: Mohr Siebeck.

[22] Esmein, Adhémar. 1914. *Eléments de droit constitutionnel français et compare*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey.

[23] Exhenry, Albert. 1929. *Le Droit de Réponse en matiére de Presse dans les legislations d'Europe*. Bern: Impr. Montheysanne.

[24] Frank, Stanko. 1927. *Osnovi prava o štampi*. Zagreb: Tisak Jugoslovenske štampe d.d.

[25] Gallas, Louis. 1912. *Le Droit de réponse en matière de presse: Thèse pour le doctorat.* Paris: Université de Paris, Faculté de droit, Librairie G. Jacquart & Cie.

[26] Guski, Roman. 2019. *Rechtsmissbrauch als Paradoxie: Negative Selbstreferenz und widersprüchliches Handeln im Recht.* Tübingen: Mohr Siebeck.

[27] Haase-Becher, Inga. 1970. Der Gegendarstellungsanspruch in rechtsvergleichender Sicht. Freiburg i. Br.: Dissertation.

[28] Halpérin, Jean-Louis. 1/2013. Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944. *Droit et cultures* 65: 145–163.

[29] Hauriou, Maurice. 1916. *Principes de droit public*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey.

[30] Henigsberg, Lav.[oslav]. 1932. *Komentar štamparskog prava*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.

[31] Hönigsberg, Lavoslav. 1926. *Zakon o štampi: Od 6. augusta 1925 (Tekst sa tumačenjima i postojećim sudskim rješenjima)*. Zagreb: Bibliografski Zavod d.d. Nakladna knjižara.

[32] Ilić, Mihailo. 1937. *Šta treba izmeniti u Zakonu o štampi*. Beograd: Francusko-srpska knjižara A. M. Popovića.

[33] Jaffe, Louis L. 1968. The Fairness Doctrine, Equal Time, Reply to Personal Atacks, and the Local Service Obligation: Impliciation of technological Change. *University of Cincinnati Law Review* 37: 550.

[34] Jaubert, Joseph. 1901. *Le droit de réponse: en matière de presse. These de docorat droit*. Paris: A. Pedone.

[35] Kalođera, Marko. 1941. *Naknada neimovinske štete: Rasprava iz komparativnoga prava*. Zagreb: Tiskara „Gaj".

[36] Kamps, Ina. 2008. Der Anspruch auf Berichtigung und Widerruf. 768–797. *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Horst-Peter Götting, Christian Schertz, Walter Seitz (Hrsg.). München: Verlag C.H. Beck.

[37] Kayser, Pierre. 1995. *La protection de la vie privée: Protection du secret de la vie privée*. Aix-en-Provance: Presses universitaires d'Aix-Marseille; Paris: Economica.

[38] Kitzinger, Friedrich. 1907. Die Berichtigungspflicht der Presse und das Recht auf Berichtigung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 27: 883.

[39] Kitzinger, Friedrich.1920. *Das Reichgesetz über die Presse: vom 7. Mai 1874*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

[40] Klein, H. H. 1980. Rundfunkmonopol oder Pressezensur? *Presserecht und Pressefreiheit: Festschrift für Martin Löffler zum 75. Geburtstag*, Hrsg. Studienkreis für Presserecht und Pressefreiheit. München: C.H. Beck Verlag.

[41] Köbl, Hans. 1966. *Das presserechtliche Entgegnungsrecht und seine Verallgemeinerung*. Berlin: Duncker & Humblot.

[42] Kocian Elmaleh, Katerina. 1993. *Gegendarstellungsrecht: Eine rechtsvergleichende Studie zum Medienrecht von Deutschland, Frankreich und der Schweiz*. Bern: Stämpfli.

[43] Koltay. András. 1/2013. The Right of Reply in a European Comparative Perspective*. Budapest: Akadémiai Kiadó Acta* 54: 73–89.

[44] Konstantinović, Mihailo. 3/1925. Zabrana zloupotrebe prava i socializacija prava*. Arhiv za pravne i društvene nauke* 15: 169–189.

[45] Konstantinović, Mihailo. 17–18/1926a. Pravo odgovora i sloboda štampe: Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925. *Policija* 13: 777–784.

[46] Konstantinović, Mihailo. 19–20/1926b. Pravo odgovora i sloboda štampe: Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925. *Policija* 13: 885–892.

[47] Konstantinović, Mihailo. 21–22/1926c. Pravo odgovora i sloboda štampe: Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925. *Policija* 13: 992–998.

[48] Konstantinović, Mihailo. 23–24/1926d. Pravo odgovora i sloboda štampe: Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925. *Policija* 13: 1091–1102.

[49] Konstantinović, Mihailo. 1–2/1927a. Pravo odgovora i sloboda štampe: Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925. *Policija* 14: 126–133.

[50] Konstantinović, Mihailo. 5–6/1927b. Pravo odgovora i sloboda štampe: Čl. 26–29 Zakona o štampi od 6 avgusta 1925. *Policija* 13: 14: 203–213.

[51] Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima.* Beograd: Pravni fakultet Centar za dokumentaciju i publikacije.

[52] Koch, Birgit. 1995. *Rechtsschutz durch Gegendarstellung in Frankreich und Deutschland.* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

[53] Kraehling, Julius. 1917. *Die pressrechtliche Berichtigungspflicht*. Breslau: Schletter.

[54] Krämer, Barbara. 2001. *Die zivilrechtliche Haftung der Medien für Persönlichkeitsrechtsverletzungen im französischen Recht*. Münster: LIT.

[55] Kreuzer, Karl F. 1974. Persönlichkeitsschutz und Entgegnungsanspruch: Ein Beitrag zum Medienrecht. 61–112. *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsodnung: Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*, Hrsg .Gerhard Leibholz, Hans Joachim Faller, Paul Mikat, Hans Reis. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

[56] Krivic, Matevž. 2000. Povzetek. 7 in Matevž Krivic, Simona Zatler. *Svoboda tiska in pravice posameznika: Pravica do popravka in pravica do odgovora v slovenski zakonodaji*. Ljubljana: Open Society Institut-Slovenia. = Krivic, Matevž. 2000. Summary. 7 in Matevž Krivic, Simona Zatler. *Freedom of the Press and Personal Rights: Right of correction and right of reply in Slovene legislation*. Ljubljana: Open Society Institut-Slovenia.

[57] Laflar, Robert A. 1952. Legal Remedies for Defamation. *Arkansas Law Review* 6: 423.

[58] Löffler, Martin, Heribert Golsong, Götz Frank (Hrsg.). 1974. *Das Gegendarstellungsrecht in Europa: Möglichkeiten der Harmonisierung – The Right of Reply in Europe: Possibilities of Harmonization – Le droit de réponse en Europe: Possibilité d'harmonisation*. München: Beck.

[59] Löffler, Martin, Reinhart Ricker. 1978. *Handbuch des Presserechts*. München: C.H. Beck.

[60] Löffler, Severin. 2000. *Mediendelikte im IPR und IZPR: Persönlichkeitsverletzungen durch Medien im Spiegel des deutschen, französischen, schweizerischen und österreichischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Internets und des Gegendarstellungsanspruchs*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

[61] Mahlke, Alexander. 2005. *Gestaltungsrahmen für das Gegendarstellugsrecht am Beispiel des Internet*. Bristol – Berlin: TENEA Verlag Ltd.

[62] Marjanović, Stevan. 1967. Podruštvljenje nadležnosti odlučivanja o pravu na javni odgovor. 225–236. *Štampa, radio, televizija u informisanju*, Simpozijum održan u Beogradu 11. i 12. juna 1967.

[63] Maze, Daniel. 1900. *Le droit de réponse: Thèse pour le doctorat soutenue le 6 novembre 1900*. Paris: Faculté de droit de Paris, A. Pedone.

[64] Mazeaud, Henri, André Tunc Leon. 1965. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome 1. Paris: Montchrestien.

[65] Milovanović, Grgur. 1901. *O slobodnoj štampi uopšte: sa pogledom na današnji zakon o štampi i njen razvoj u Srbiji i u drugim državama*. Beograd: Električna „Nova Trgovačka Štamparija" preko puta Narodne Banke.

[66] Muha, Miroslav. 1926. *Zakon o štampi: od 6. Augusta 1925. god.* Zagreb: Tisak „Tipografije" d.d. Zagreb.

[67] Nicolaÿ, Jean. 1911. *Le droit de réponse d'après la loi sur la presse: These pour de doctorat.* Paris: Université de Paris. Faculté de droit, A. Rousseau.

[68] Nobre, Freitas. 1973. *Le Droit de Réponse: et la nouvelle technique de l' information.* Paris: Nouvelles Editions Latines.

[69] Pajić, Ivana. 3–4/2015. Bibliografija radova profesora dr Konstantinovića. *Hereticus: Časopis za preispitivanje prošlosti* 12: 271–319.

[70] Perić, Ninko 1912. *Teorija zloupotrebe prava: i građansko zakonodavstvo*. Doktorska disertacija. Beograd: Knjižar Izdavač Geca Kon.

[71] Perraud-Charmantier, André. 1930. *Le droit de réponse en matière de presse*. Paris: Ed. Godde.

[72] Prinz, Peters, Butz Peters. 1999. *Medienrecht: Die zivilrechtlichen Ansprüche*. München: C.H. Beck.

[73] Prunet, Fernand. 1920. *Le droit de réponse dans le régime actuel de la presse: These pour de doctorat*. Toulouse – Paris: Librairie Arthur Rousseau.

[74] Rimanque, Karel. 1974. Das Gegendarstellungsrecht in den Niederlanden. 166. *Das Gegendarstellungsrecht in Europa: Möglichkeiten der Harmonisierung – The Right of Reply in Europe: Possibilities of Harmonization – Le droit de réponse en Europe: Possibilité d'harmonisation*, Hrsg. Martin Löffler, Heribet Golsong, Götz Frank. München: Beck.

[75] Ripert, Georges. 1927. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: L.G.D.J.

[76] Rodondi, Olivier. 1991. *Le droit de réponse dans les médias: étude de droit suisse*. Lausanne: Payot.

[77] Schüle, Adolf. 1961. Zivilrechtlicher Persönlichkeitschutz und Grundgesetz: Gutachten. 1–61 in Schüle, Adolf, Hans Huber. *Persönlichkeitschutz und Pressefreiheit: Zwei Rechtsgutachten*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

[78] Schwerdtner, Peter. 1976. *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung: Offene Probleme einer Juristischen Entdeckung*. Berlin: J. Schweitzer Verlag.

[79] Schmits, Volker. 1997. *Das Recht der Gegendarstellung und das right of reply: Eine rechtsvergleichende Studie über die Entgegnungskonzeptionen in Deutschland und England*. Berlin: Pro Universitate Verlag.

[80] Sedelmeier, Klaus. 1997. § 11 LPG Gegendarstellung. 591–701. *Presserecht: Kommentar zu den Landespressegesetzen der Bundesrepublik Deutschland*, Hrsg. Martin Löffler, Karl Egbert Wenzel, Klaus Sedelmeier. München: C.H. Beck.

[81] Seitz, Walter, German Schmidt, Alexander Schoener. 1980. *Der Gegendarstellungsaspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen*. München: Beck.

[82] Seitz, Walter. 2008. Der Gegendarstellung. 752–767. *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. Horst-Peter Götting, Christian Schertz, Walter Seitz (Hrsg.). München: Verlag C.H. Beck.

[83] Solal, Lucien, Philippe Solal, Jean-Claude Gatineau. 1985. *Communication: presse, écrite et audiovisuelle: Dictionnaire juridique*. Paris: Dalloz.

[84] Steffen, Erich. 1997. III. Widerrufsanspruch. 398–404. *Presserecht: Kommentar zu den Landespressegesetzen der Bundesrepublik Deutschland*, Hrsg. Martin Löffler, Karl Egbert Wenzel, Klaus Sedelmeier. München: C.H. Beck.

[85] Stegmann, Oliver. 2004, *Tatsachenbehauptung und Werturteil in der deutschen und französischen Presse: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Schutzes der persönlichen Ehre durch das Deliktsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

[86] Stepančič, Hinko. 4/1893a. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravnik* IX: 102–108.

[87] Stepančič, Hinko. 5/1893b. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravnik* IX: 131–137.

[88] Stepančič, Hinko. 6/1893c. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravnik* IX: 164–168.

[89] Stepančič, Hinko. 7/1893d. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravnik* IX: 197–200.

[90] Stepančič, Hinko. 8/1893f. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravnik* IX: 235–241.

[91] Stoll, Hans. 1972. Consequences of Liability: Remedies. In International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XI. *Torts.* Chapiter 8, ed. André Tunc. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

[92] Stürner, Rolf. *Empfiehlt es sich, die Rechte und Pflichten der Medien präziser zu regeln und dabei den Rechtschutz des Einzelnen zu verbessern?* Gutachten A zum 58. Deutschen Juristentag. München: Beck.

[93] Stuhlmann, Christian. 2001. *Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz bei Ehrverletzung und kommerzieller Vermarktung in Deutschland.* Norderstedt: DoB.

[94] Touissaint, Maurice. 1913. *Du droit de réponse en matière de presse: These pour de doctorat. Universite de Nancy.* Nancy: Faculte de droit, Crépin-Leblo.

[95] Vautard, Robert. 1925. *De la nature et de l'étendue du droit de réponse en matière de presse: These pour de doctorat*. Université de Nancy. Faculté de droit. Nancy: Imprimerie Grandville.

[96] Vesel, Josip. 1934. Pravo na ispravku po zakonu o štampi. 1–18. Poseban otisak referata. *Spomenica VI glavne skupštine kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Zagrebu, dana 7–9. IX 1934*. Zagreb: Stalni odbor kongresa.

[97] Vodinelić, Vladimir V. 3/1974a. Građanskopravna zaštita čovekovog identiteta (autentičnosti). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 22: 349–366.

[98] Vodinelić, Vladimir V. 12/1974b. Odnos prava na opoziv i prava na ispravku. *Pravni život* XXIII: 37–52.

[99] Vodinelić, Vladimir V. 88/1975a. Pravo na ispravku putem medija kao lično građansko pravo. *Strani pravni život* 20: 17–43.

[100] Vodinelić, Vladimir V. 2/1975b. Pravo na opoziv nedopuštenih informacija. *Naša zakonitost: Časopis za pravnu teoriju i praksu* XXIX: 3–24.

[101] Vodinelić, Vladimir V. 1/1977a. Ispravka, odgovor i dopuna informacija: Sistematski prikaz osnovnih pravnih problema I. *Naša zakonitost: Časopis za pravnu teoriju i praksu* 31: 63–106.

[102] Vodinelić, Vladimir V. 2/1977b. Ispravka, odgovor i dopuna informacija: Sistematski prikaz osnovnih pravnih problema II. *Naša zakonitost: Časopis za pravnu teoriju i praksu* 31: 73–96.

[103] Vodinelić, Vladimir V. 1978. Zaštita ličnosti uzvraćanjem na informaciju. 283–300. *Odgovornost u informativnoj djelatnosti: zbornik radova Savjetovanja o odgovornosti u informativnoj djelatnosti, Split, 19, 20. i 21. listopada 1978*, ur. Zvonimir Šeparović. Zagreb: Centar za stručno usavršavanje i suradnju sa udruženim radom Pravnog fakulteta.

[104] Vodinelić, Vladimir V. 1997. *Takozvana zloupotreba prava*. Beograd: Nomos.

[105] Vodinelić, Vladimir V. 1998a. Odgovor na informaciju. 175–184. Vladimir V. Vodinelić, Vladimir Đerić, Saša Gajin, Dušan Stojković, Miloš Živković. *Pravo medija: s Modelom zakona o javnom informisanju*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

[106] Vodinelić, Vladimir V. 1998b. Opoziv informacije. 191–196. Vodinelić, Vladimir V., Vladimir Đerić, Saša Gajin, Dušan Stojković, Miloš Živković. *Pravo medija: s Modelom zakona o javnom informisanju*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

[107] Vodinelić, Vladimir V. 2003. *Pravo masmedija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu.

[108] Vodinelić, Vladimir V. 1/2013. Opoziv (povlačenje) medijske informacije – moralna ili i pravna obaveza? *Pravni zapisi* IV: 87–125.

[109] Vodinelić, Vladimir V. 2014. *Građansko pravo: Uvod u Građansko pravo i Opšti deo Građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik.

[110] Vodinelić, Vladimir V. 2015. *Državina: Pojam, priroda, zaštita i razlog zaštite*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu – Javno preduzeće Službeni glasnik.

[111] Vogel, Gaston. 2020. *Le droit de la presse au Luxembourg: Textes et commentaires*. Bruxelles: Éditions Larcier.

[112] Vorentwurf der Expertenkommission. 1976. Bundesgesetz über die Änderung des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts (Persönlichkeitsrecht), 1974. *Archiv für Urheber-, Film-, Funk– und Theaterrecht (UFITA)* 76: 282–311.

Vladimir V. VODINELIĆ, PhD Dr. h.c.

Professor (retired), Belgrade, Serbia

MIHAILO KONSTANTINOVIĆ ON RIGHT OF REPLY AND ON ABUSE OF RIGHT OF REPLY

BONUS: AUTHOR'S UNDERSTANDING OF RIGHT OF REPLY

Summary

Mihailo Konstantinović authored the region's first monography on right of reply in 1926–1927. His monography promoted the French model of right to reply, as opposed to the German model adopted in local literature, the courts and legislation. He argued that French solution was stricter for the press, but less stringent for a rights holder. He defended the position of the relative nature of right, which could be controlled by implementation of the abuse of right doctrine.

The author analyzes: the suitability of the terms *réponse* and others; rights close to right of reply; the purpose and nature of right of reply; exceptions to the right and prohibition of abuse of rights as subsidiary exception; the special place of right of reply among another subjective rights; right of reply not corresponding to legal binary code, representing a juncture of law and legal indifference; possessory protection vs. personality protection through reply.

Key words: *Mihailo Konstantinović (1897–1982). – Monography on Right of Reply 1926–1927. – Comparative Law. – Abuse of right of reply. – Legal binary code. – Systematic position of right of reply*.

Article history:
Received: 4. 10. 2022.
Accepted: 15. 12. 2022.

2. PORODIČNO, NASLEDNO I STVARNO PRAVO

/

2. FAMILY LAW, LAW OF INHERITANCE, PROPERTY LAW

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.627.2

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK09A

Dr Marija DRAŠKIĆ*

TEŠKA POREMEĆENOST BRAČNIH ODNOSA KAO BRAKORAZVODNI UZROK: KREACIJA PROFESORA MIHAILA KONSTANTINOVIĆA

Autorka analizira tešku poremećenost bračnih odnosa kao brakorazvodni uzrok koji je, zahvaljujući profesoru Mihailu Konstantinoviću, prvi put bio unet u jugoslovenski Osnovni zakon o braku 1946. godine. Tokom vremena, u pravnoj literaturi i sudskoj praksi pojavila su se različita tumačenja nekih spornih pitanja primene te odredbe; u prvom redu o tome da li i supružnik koji je kriv za poremećaj odnosa u braku ima pravo na tužbu za razvod braka, kao i na koji način se uopšte može utvrđivati isključiva krivica za poremećaj bračnih odnosa. S druge strane, nedovoljno precizna odredba o sporazumnom traženju razvoda braka otvorila je put raspravama o tome da li je Osnovni zakon o braku poznavao i sporazumni razvod braka, koji je sudska praksa razrešila tumačenjem da je sporazumno traženje razvoda braka bilo kvalifikovano kao da je reč o institutu sporazumnog razvoda.

Ključne reči: *Razvod braka. – Teška poremećenost bračnih odnosa. – Osnovni zakon o braku. – Mihailo Konstantinović.*

* Redovna profesorka, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *maja@ius.bg.ac.rs.*

1. UVODNE NAPOMENE

Profesor Mihailo Konstantinović vratio se u zemlju iz ratnog izbegličtva – u koje je otišao sa poslednjom predratnom jugoslovenskom vladom – u februaru 1945. godine. Nastavio je svoju profesorsku karijeru na beogradskom Pravnom fakultetu, ali je odmah bio uključen i u važne državne projekte izrade novog, socijalističkog zakonodavstva. Bio je predsednik Komisije za izradu nacrta Ustava FNRJ i član više komisija za izradu nacrta zakona (Kandić 2005, 296). Međutim, sasvim izuzetno mesto u našoj pravnoj istoriji pripada profesoru Konstantinoviću kao predsedniku komisije za izradu četiri prva zakona doneta u oblasti porodičnog prava, budući da je već 3. aprila 1946. godine, nepunu godinu dana nakon oslobođenja, donet Osnovni zakon o braku (OZB)[1], a naredne godine i Osnovni zakon o odnosima roditelja i dece (OZORD)[2], Zakon o usvojenju (ZU)[3] i Osnovni zakon o starateljstvu (OZS).[4] Prednacrte sva četiri zakona sastavio je profesor Konstantinović, preuzevši na sebe najveći teret i najveću odgovornost da tekstovi zadovolje visoke standarde i u sadržinskom i u metodološkom smislu (Begović 1969, 73). Kako dalje izveštava profesor Begović, posebno je bilo važno što pre pristupiti izradi zakona o braku jer je u toj materiji postojalo šarenilo u kome je bilo teško snaći se, a velika neujednačenost u načelima i rešenjima i podvojenost u zakonodavnoj i sudskoj nadležnosti između države i pojedinih verskih zajednica stvarale su pravnu nesigurnost u toj osetljivoj pravnoj oblasti (Begović 1969, 73). Otuda se Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, kojim je prekinut pravni kontinuitet sa celokupnim građanskim pravom Kraljevine Jugoslavije (Konstantinović 1957, 431), primenjivao najkraće na polju porodičnog prava, budući da je zakonodavna intervencija nove države u oblast građanskog zakonodavstva započela upravo donošenjem novih propisa o uređenju porodičnih odnosa. Ta četiri zakona izvršila su prvu kodifikaciju najvažnijih instituta porodičnog prava na celokupnoj teritoriji Jugoslavije jer su republičkim zakonima u tom trenutku bila prepuštena samo pitanja imovinskih odnosa bračnih drugova i konvalidacije brakova kojima je ranijim propisima osporavana punovažnost.[5] Dakle, nakon mnogo godina u kojima je porodično zakonodavstvo Kraljevine Jugoslavije

---

1 *Službeni list FNRJ* 31/1946.

2 *Službeni list FNRJ* 107/1947.

3 *Službeni list FNRJ* 30/1947.

4 *Službeni list FNRJ* 30/1947.

5 Videti, umesto svih drugih, Zakon o imovinskim odnosima bračnih drugova (*Službeni glasnik NR Srbije* 6/1950) i Zakon o priznavanju punovažnosti brakova sklopljenih pre 9. maja 1946. godine (*Službeni glasnik NR Srbije* 53/1948).

bilo podeljeno na šest pravnih područja, na teritoriji nove države počeli su se primenjivati propisi kojima su jedinstveno rešeni svi najvažniji porodični odnosi. Štaviše, ti zakoni su u našoj pravnoj i političkoj istoriji ostali kao primer dobre zakonodavne tehnike i izvor najnaprednijih i najmodernijih rešenja u tadašnjem svetu (Mladenović 1981, 25). Posmatrano iz današnje perspektive, vrednost tih zakona nije samo dokumentarna već su oni izdržali i neke važne provere vremena, posluživši kao osnov za mnoga zakonska rešenja sada važećih propisa u državama koje su nastale dezintegracijom socijalističke Jugoslavije. Verovatno je, takođe, da su to bili zakoni koji su najduže trajali bez izmena i dopuna koje, gotovo bez izuzetka, uporno prate zakonodavnu praksu sada važećih zakona.

2. RAZVOD BRAKA PREMA OSNOVNOM ZAKONU O BRAKU

Osnovni zakon o braku je uredio institut razvoda braka na potpuno drugačiji način od našeg predratnog bračnog prava. Najvažnija novina je bilo upravo uvođenje teške poremećenosti bračnih odnosa kao jedinog opšteg i relativnog uzroka za razvod braka, čime je prvi put u našem zakonodavstvu prihvaćena teorija o razvodu kao pravnom leku. Drugim rečima, razvod braka ne mora se temeljiti samo na nekom skrivljenom postupku jednog od supružnika već može biti i posledica nekih objektivnih okolnosti, za koje ne snose krivicu ni jedan ni drugi bračni drug. Razvod braka otuda predstavlja izlaz iz situacije koja je postala nepodnošljiva i neodrživa za supružnike do te mere da je razvod braka jedini „lek“ pomoću koga se supružnici mogu osloboditi svog međusobno poremećenog odnosa. Takvo shvatanje, uobličeno u pravnoj doktrini pod imenom „teorije o razvodu kao pravnom leku“ (Mladenović 1981, 417), prihvaćeno je i u savremenim zakonodavstvima sa nepodeljenim odobravanjem, ali i sa izvesnim modifikacijama. Na osnovu toga se, sasvim uslovno i sumarno, savremeni pravni sistemi mogu podeliti u dve grupe. Na jednoj strani su pravni sistemi u kojima među uzrocima za razvod braka figuriraju, osim uzroka koji ni na koji način ne zavise od krivice bračnih drugova, i uzroci koji se zasnivaju na krivici jednog ili oba supružnika (tzv. mešoviti sistem razvoda kao pravnog leka). Na drugoj strani se nalaze oni pravni sistemi u kojima se na krivici ne može zasnivati nijedan uzrok za razvod braka niti se krivica u brakorazvodnom sporu uopšte može utvrđivati (tzv. čisti sistem razvoda kao pravnog leka). To, takođe, znači da razlike koje su tokom istorije prava bile upadljive u uporednom pravu kada je reč o pravu na razvod braka sve više iščezavaju u savremenom uporednom pravu. S jedne strane, sve je manje pravnih sistema u kojima ne postoji institut razvoda braka, tako da je i pretposlednja evropska država koja nije priznavala pravo na razvod, Republika Irska, većinom glasova svojih građana, na referendumu

održanom 1995. godine, prihvatila obavezu da izmeni svoj Ustav i da u svoj pravni sistem unese ustanovu razvoda braka, što je i učinjeno 1996. godine. I na Malti je u maju 2011. godine održan referendum na kome se takođe većina stanovnika izjasnila u prilog uvođenja institucije razvoda braka u domaće zakonodavstvo, tako da danas u Evropi više nema država koje ne priznaju pravo na razvod braka. S druge strane, u savremenom uporednom pravu retki su i sistemi u kojima je supružnicima dopuštena potpuna sloboda odlučivanja o razvodu braka i u kojima se brak može razvesti i prostom jednostranom izjavom volje o otpustu drugog bračnog druga, tako da i muslimanske zemlje u kojima se primenjuje šerijatsko pravo takav sistem manje ili više ograničavaju (Draškić 2020, 135).

Osnovnim zakonom o braku je, dakle, još davne 1946. godine prihvaćena teorija o razvodu kao pravnom leku, koja je i danas vladajuća u uporednom pravu, priklonivši se tzv. mešovitom sistemu razvoda kao pravnom leku. Otuda taj zakon poznaje osam brakorazvodnih uzroka: teška poremećenost bračnih odnosa (član 56),[6] preljuba (član 57), rađenje o glavi (član 58), zlostavljanje, teške uvrede i nečastan život (član 59), neizlečiva umna bolest i nesposobnost za rasuđivanje (član 60), zlonamerno ili neopravdano napuštanje bračnog druga (član 61), nestalost bračnog druga (član 62) i osuda na kaznu bračnog druga (član 63). Samo je teška poremećenost bračnih odnosa opšti i relativni brakorazvodni uzrok; svi ostali su posebni uzroci za razvod braka, koji mogu biti apsolutni ili relativni, skrivljeni ili neskrivljeni.

Opšti (ili generalni) uzroci za razvod braka jesu oni koji su tako stilizovani u zakonu da se pod njihovu široku i elastičnu formulaciju mogu podvesti različite, unapred nedefinisane činjenice ili okolnosti (Draškić 2020, 137), pa se nekada u pravnoj literaturi označavaju i kao „omnibus“ norme (Mladenović 1981, 417). Tipični opšti uzroci u uporednom pravu su „ozbiljna i trajna (ili teška) poremećenost bračnih odnosa“, „nepovratna propast braka“, „ozbiljna povreda bračnih dužnosti“, „nepostojanje duhovne i materijalne zajednice“ itd. Za razliku od opštih, posebni (ili specijalni) uzroci za razvod braka jesu oni za koje zakonodavac tačno i određeno imenuje činjenicu ili okolnost zbog koje se može tražiti razvod braka. Nije, pritom, relevantno da li se poseban uzrok zasniva na nekom skrivljenom postupku jednog supružnika („preljuba“, „zlostavljanje“, „nerazumno ponašanje“, „zlonamerno ili neopravdano napuštanje“, „nanošenje teških povreda“ itd.) ili nastupa u

[6] Prečišćeni tekst Osnovnog zakona o braku (*Službeni list SFRJ* 28/1965) utvrdila je Zakonodavno-pravna komisija Savezne skupštine 23. aprila 1965. godine. Prema toj verziji, taj brakorazvodni uzrok se beleži kao član 53, a respektivno su promenjeni i brojevi svih ostalih članova koji se odnose na brakorazvodne uzroke.

životu i bez ikakve krivice supružnika („odvojen život", „duševna bolest", „nestalost" itd.). Nekada, međutim, zakonodavac kombinuje opšti i posebne uzroke za razvod braka na taj način što uz jedan opšti uzrok navodi primere posebnih uzroka za koje se smatra da, po pravilu, izazivaju poremećaj bračnih odnosa kao opšti uzrok za razvod braka.[7]

Za apsolutne brakorazvodne uzroke karakteristično je da njima zakon daje značenje samostalnih uzroka za razvod braka, pa se nekada u literaturi nazivaju i „određenim" jer su činjenice koje predstavljaju brakorazvodni uzrok tačno određene (Prokop 1960, 214). Sporedno je kakve su posledice na bračne odnose stvarno proizašle iz neke od tih činjenica. Za razvod braka je dovoljno da se dokaže da postoje neke od njih. Same te činjenice su uzroci za razvod (Konstantinović 1982, 485). Naprotiv, relativni uzroci nisu činjenice koje imaju samostalno značenje već je njihovo postojanje potreban – ali ne i dovoljan – uslov za razvod braka. Drugim rečima, te činjenice nisu podobne da same dovedu do razvoda braka već moraju biti povezane sa nekim dodatnim okolnostima kako bi sud na osnovu njih mogao razvesti brak. Odlika apsolutnosti ili relativnosti nije, dakle, imanentno svojstvo koje proizlazi iz prirodnih karakteristika činjenica koje se smatraju uzrocima za razvod braka nego je rezultat odluke i volje zakonodavca i odgovarajuće pravne tehnike (Draškić 2020, 138). Otuda jedna ista činjenica može imati svojstvo apsolutnog uzroka u jednom zakonodavstvu, a relativnog uzroka za razvod braka u drugom pravnom sistemu.[8] U savremenim pravima, međutim, apsolutni uzroci za razvod braka sve su ređi.

---

[7] Tipičan primer takve pravne tehnike poznavalo je englesko pravo, u kome je bio predviđen samo jedan opšti brakorazvodni uzrok – „nepovratni bračni slom" (*irretrievable breakdown of marriage*) i nekoliko posebnih uzroka koji su upravo trebalo da pokažu kada će se smatrati da je brak definitivno pretrpeo neuspeh (preljuba, nerazumno ponašanje, napuštanje koje je trajalo najmanje dve godine, dve godine odvojenog života bračnih drugova koji su saglasni da se razvedu i pet godina odvojenog života bračnih drugova ako nema sporazuma o razvodu). Videti Matrimonial Causes Act (1973), par. 1. Međutim, 2020. godine izvršena je velika reforma engleskog prava o razvodu braka, kojom su iz zakona potpuno izostavljeni svi brakorazvodni uzroci koji se zasnivaju na skrivljenom ponašanju jednog od supružnika. Videti Divorce, Dissolution and Separation Act (2020). *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/11/section/1/enacted*, poslednji pristup 13. juna 2022.

[8] Brakorazvodni uzrok „dug odvojen život" je, na primer, apsolutni uzrok za razvod braka u makedonskom pravu, zbog toga što zakonska formulacija glasi da „bračni drug može tražiti razvod braka ako je bračna zajednica faktički prestala duže od jedne godine". Međutim, taj isti razlog mogao bi biti i relativni brakorazvodni uzrok ukoliko bi zakonodavac, recimo, zahtevao da sud udovolji zahtevu za razvod braka usled prestanka zajedničkog života supružnika „ako je odvojeni život trajao najmanje 2 godine i ako bi bilo utvrđeno da ne postoje izgledi da se uspostavi zajednički život bračnih drugova", kao što je to propisivalo ranije važeće pravo u Hrvatskoj. Uporediti čl. 41 makedonskog Zakona o porodici i čl. 54, st. 2 ranijeg

Najzad, podela na skrivljene i neskrivljene brakorazvodne uzroke povezuje se za kvalifikacijom ponašanja supružnika u zajedničkom životu. U skrivljene uzroke ubrajaju se činjenice ili okolnosti koje se kvalifikuju kao nedopušteni postupci jednog ili obaju supružnika („preljuba", „zlonamerno ili neopravdano napuštanje", „osuda zbog sramotnog dela", „ozbiljna povreda bračnih dužnosti" itd.). Neskrivljeni su oni brakorazvodni uzroci koji proizlaze iz životne stvarnosti i nemaju veze ni sa kakvim samovoljnim ili nekorektnim postupkom drugog supružnika. („nestalost", „duševna bolest", „ozbiljna i trajna poremećenost bračnih odnosa" itd.). I za skrivljene brakorazvodne uzroke važi pravilo da su gotovo potpuno iščezli iz uporednog porodičnog prava, odnosno da je u savremenom uporednom pravu primetno da se upadljivo napuštaju razlozi za razvod braka koji se zasnivaju na krivici jednog od supružnika i zamenjuju opštim, relativnim i neskrivljenim brakorazvodnim uzrocima, tako da je tzv. čisti sistem razvoda kao pravnog leka već u poslednjim decenijama 20. veka postao dominantan u evropskom zakonodavstvu.[9]

---

hrvatskog Zakona o braku i porodičnim odnosima. Slično tome, švajcarski Građanski zakonik, pre reforme bračnog prava iz 2000. godine, činio je preljubu apsolutnim brakorazvodnim uzrokom, smatrajući je dovoljnom i samostalnom činjenicom za razvod braka, dok je, na primer, portugalsko pravo, takođe pre reforme iz 2001. godine, smatralo preljubu relativnim uzrokom za razvod braka jer se zahtevalo da se ona dodatno kvalifikuje kao teška povreda bračnih dužnosti koja je dovela do nepodnošljivosti zajedničkog života. Uporediti raniji čl. 137 švajcarskog Građanskog zakonika i raniji čl. 1779 Zakonika o građanskom sudskom postupku Portugalije.

[9] Tako, na primer, prema austrijskom pravu, na osnovu izmenjenog bračnog zakonodavstva 1999. godine, smatraće se da je brak doživeo „nepopravljivi slom" (*Scheitern*) samo na osnovu činjenice da se zajednički život supružnika ne održava najmanje šest godina, ali i tri godine od odvajanja biće zadovoljavajući uzrok za razvod ako se prezentuje dokaz o nepovratnom bračnom slomu. Drugi osnov za razvod jeste sporazum supružnika, pod uslovom da je praćen i sporazumom o deci i sporazumom o pravnim posledicama razvoda na supružnike te da ga je odobrio sud. U danskom pravu, posle reforme bračnog prava iz 1999. godine, brak se može razvesti kada proteknu najmanje dve godine odvojenog života supružnika zbog njihove nesaglasnosti, ali svaki supružnik može odmah tražiti separaciju i nakon godinu dana razvesti brak. U nemačkom pravu posle zakonodavne reforme koja se dogodila 1977. godine, kojom su uklonjeni svi uzroci za razvod braka koji su se temeljili na krivici i zamenjeni opštim uzrokom bračnog „sloma" (*Scheitern*), smatraće se da je brak doživeo slom ako je prestao zajednički život bračnih drugova i ne može se očekivati da će biti ponovo uspostavljen, ako je protekla godina dana odvojenog života supruga koji se saglašavaju da se brak razvede, odnosno tri godine odvojenog života kada ne postoji saglasnost za razvod. Videti § 1566 (1) nemačkog Građanskog zakonika. Ni u holandskom pravu nije potrebno dokazati bilo kakvu krivicu za razvod braka. Jedini brakorazvodni uzrok je to što je brak doživeo nepopravljivi slom. Ako oba bračna druga traže razvod, propast braka se pretpostavlja; ako pak samo jedan bračni drug tvrdi da je brak slomljen, njegova kontinuirana

3. TEŠKA POREMEĆENOST BRAČNIH ODNOSA KAO BRAKORAZVODNI UZROK PREMA OSNOVNOM ZAKONU O BRAKU

Odredba člana 56 Osnovnog zakona o braku je glasila ovako:

> *Ako su usled nesaglasnosti naravi, trajnog nesporazuma, neuklonjivog neprijateljstva ili iz ma kog drugog uzroka bračni odnosi toliko poremećeni da je zajednički život postao nepodnošljiv, svaki bračni drug može tražiti razvod braka.*
>
> *Smatraće se naročito, da je zajednički život supruga postao nepodnošljiv, ako oba bračna druga navodeći opravdane razloge sporazumno traže razvod. Ako je poremećaj bračnih odnosa nastao isključivo krivicom jednog supružnika, pravo na traženje razvoda pripada samo drugoj strani.*

Teška poremećenost bračnih odnosa je opšti, relativni i neskrivljeni brakorazvodni uzrok, što znači da se uzrok za razvod braka ne sastoji u nekoj tačno i neposredno određenoj činjenici već je posledica jedne ili više uzastopnih okolnosti kojima je zajedničko da su poremećaju bračnih odnosa doprinele u odlučujućoj meri i moguće bez ikakve krivice jednog ili drugog supružnika. Poremećenost bračnih odnosa se, drugim rečima, manifestuje u vidljivim i objektivizovanim činjenicama tako što život u braku više ne funkcioniše normalno, odnosno ne odvija se na do tada uobičajeni način (na primer, supružnici više ne razgovaraju, nemaju seksualne odnose, ne dogovaraju se o tekućim pitanjima zajedničkog života, ne obeduju zajedno itd.), koje ukazuju na to da je nastupila disharmonija u odnosima između supružnika te da se ne može na zadovoljavajući način ostvariti smisao braka, a to je stvarna, potpuna i skladna zajednica života supružnika. Evo kako sâm profesor Konstantinović opisuje ovaj brakorazvodni uzrok: „Ovaj uzrok za razvod braka zauzima naročito mesto u skupu uzroka zbog kojih se brak

---

tvrdnja u tom smislu biće dovoljna za razvod braka, bez obzira na protivljenje drugog supružnika. Videti čl. 150 holandskog Građanskog zakonika. U Irskoj, pak, supružnici moraju živeti odvojeno najmanje četiri od prethodnih pet godina. Videti § 5 (1) (a) irskog Zakona o razvodu braka (1996). No, pre nego što je razvod uopšte bio dopušten u Irskoj, Evropski sud za ljudska prava je u sporu *Airey v. Ireland* presudio da je Republika Irska povredila pravo na poštovanje porodičnog života (čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima) zato što gospođi Ejri nije bilo moguće da se obrati Vrhovnom sudu – zbog velikih troškova i komplikovane pravne procedure – i dobije bar sudsku odluku o razdvajanju u nedostatku prava na razvod braka. Videti *Case of Airey v. Ireland*, *No*. 6289/73, 11. septembar 1979.

može razvesti, i već na prvi pogled razlikuje se od njih. Dok je za razvod braka zbog ostalih uzroka potrebno, ali je i dovoljno, da se utvrdi postojanje neke činjenice, koja je u zakonu precizno određena, kao što na pr. preljuba, ili rađenje o glavi suprugu, ili zlostavljanje, ovde se razvod dozvoljava ako su bračni odnosi teško poremećeni, bez obzira koje su činjenice izazvale tu poremećenost. Zbog toga je uloga suda kad se traži razvod braka iz ovog uzroka mnogo teža, nego inače. On se ne može ograničiti na utvrđivanje da li postoji određena činjenica, i izreći razvod braka kad god ona postoji, nego se mora upustiti u ispitivanje složenog spleta bračnih odnosa i celokupne situacije supruga. I tek kad utvrdi da su ti odnosi toliko poremećeni, da se od supruga ne može zahtevati da produže zajednički život, on će izreći razvod braka" (Konstantinović 1982, 484).

Zašto je, dakle, važno da u pozitivnom pravu postoji bar jedan opšti i relativni brakorazvodni uzrok, odnosno zašto je bilo neophodno da u OZB bude uvrštena teška poremećenost bračnih odnosa kao uzrok za razvod braka? Razlog za to je dvojak – kaže profesor Konstantinović.

Prvo, ima slučajeva u kojima nikakva određena činjenica nije izazvala poremećenost bračnih odnosa već je razdor među supružnicima nastajao postepeno, skoro neprimetno, te im je vremenom zajednički život postao nepodnošljiv.[10] Takođe, poremećenost bračnih odnosa može nastupiti bez ikakvog događaja za koji bi bio odgovoran jedan bračni drug. Ona može biti posledica suprotnosti priroda, različitosti težnji i svakojakih drugih uzroka u kojima nema krivice ni jednog ni drugog supruga. „Neslaganje u načinu ponašanja prema deci, u načinu njihovog podizanja i vaspitavanja može dovesti do potpune razrivenosti odnosa između muža i žene i nemogućnosti daljeg zajedničkog života. Pri tome svaki od njih može biti inspirisan isključivo najboljim namerama prema deci, i ostati u dubokom uverenju da je u interesu dece ono što on traži. U izvesnom smislu ovi slučajevi su teži od onih u kojima zakon dozvoljava razvod braka iz određenog uzroka. Preljuba, teške uvrede, umna bolest, nestalnost, napuštanje bračnog domicila mogu uzdrmati brak, ali brak može prebroditi krizu u koju je zbog njih došao. Uvređeni suprug može oprostiti, suprug umobolnog može se još više vezati

[10] Veoma slikovito je takvo stanje opisao poznati francuski pesnik Sili Pridom (Sully Prudhomme) u svojoj pesmi „Slomljena vaza": „Ali i najmanja povreda, razjedajući kristal svakoga dana, nevidljivim i sigurnim hodom polako je učinila svoje. Sveža voda iz nje je kap po kap iščezla, isušio se sok iz cveća, iako još o tome niko ništa ne zna, nemojte je dodirivati, ona je slomljena. Tako često ruka koju volimo ubije srce dodirujući ga; srce se potom raspada samo od sebe, cvet njegove ljubavi umire. Vaza oseća da njena rana fina i duboka i uvek nevidljiva za oči sveta raste i plače sasvim tiho: ona je slomljena, ne dirajte u nju." Navedeno prema Mladenović 1963, 80.

za njega, a napušteni suprug može se odlučiti da čeka povratak, i brak može biti spasen. Ali nema spasa braku ako između supruga postepeno nastane netrpeljivost ili trajno neprijateljstvo, ili nepodnošljivost usled različitosti njihovih priroda“ (Konstantinović 1982, 485–486).

Na drugom mestu – kaže profesor Konstantinović – ima slučajeva u kojima se može tačno utvrditi činjenica iz koje se začela i postepeno razvila poremećenost bračnih odnosa. „Ali je ta činjenica relativno neznatna i gubi se prema posledicama koju je izazvala. Na primer, navika jednog bračnog druga da se opija. Ono što odlikuje te činjenice je to da one same po sebi nisu toliko teške da uvek izazivaju poremećenost bračnih odnosa, ali je one mogu izazvati. Njihovo dejstvo na određeni bračni odnos može biti veće ili manje. U nekim slučajevima one ostaju bez uticaja ili bez jačeg uticaja na stabilnost bračnih odnosa. U nekim slučajevima one izazivaju samo privremene potrese. Nekad dođe do potpune razrivenosti bračnih odnosa. Sve zavisi od okolnosti pojedinog slučaja. Zbog toga one nisu proglašene za ‘određene uzroke’, za uzroke razvoda u svima slučajevima. Istina, zakon bi mogao i ovakve činjenice da uvrsti u ‘određene uzroke’ za razvod braka, postavljajući za svaku od njih bliže uslove, kojima bi bilo precizirano kad se zbog njih može tražiti razvod braka. Zajednički uslov za sve slične činjenice bio bi da su one izazvale tešku poremećenost bračnih odnosa. Ali makoliko bio dugi spisak takvih činjenica on bi nužno bio nepotpun, što bi bio jedan njegov nedostatak. Drugi nedostatak takvog postupanja bio bi u tome, što uzrok razvoda u sličnim slučajevima nije u istini sama određena činjenica kao takva, već njena moguća određena posledica, a to je teška poremećenost bračnih odnosa“ (Konstantinović 1982, 486). I profesor Mladenović je insistirao na tome da konkretne činjenice koje su izazvale poremećenost bračnih odnosa ne ulaze u pojam tog brakorazvodnog uzroka, da ih ne treba navoditi u izreci presude o razvodu braka te da stoga nisu pogodne za pravnosnažnost. Iz toga je proizašao i zaključak da u sporovima o razvodu braka u tim slučajevima nema mesta za prigovor *res iudicata*, osim ukoliko bi se razvod ponovo tražio na potpuno istom činjeničnom i pravnom osnovu kao u prethodnom sporu (Mladenović 1963, 81).

Dakle, za taj brakorazvodni uzrok nije relevantno koja je činjenica izazvala tešku poremećenost bračnih odnosa; zakonodavac se ne obazire na uzrok već samo na posledice i ako je reč o posledici koja se može kvalifikovati kao teška poremećenost bračnih odnosa, razvod je dozvoljen.

Istina, profesorka Ana Prokop kritikuje tekst zakona u tom delu kao „pomalo lakomislen“, zbog toga što „ma koji drugi uzrok“ koji je izazvao tešku poremećenost bračnih odnosa može biti brakorazvodni uzrok. Prema njenom mišljenju, brak je toliko važna društvena ustanova da ne treba *a*

priori dopustiti mogućnost da se on može iz ma kog uzroka razvesti. Težište mora biti na tome da samo ozbiljni i trajni uzroci zaista dovode do teške poremećenosti i nepodnošljivosti u braku. Kao primer za te druge uzroke koje zakon nije imenovao, ali se opravdano mogu smatrati uzrocima za razvod braka, ona navodi sve slučajeve flagrantnog kršenja ličnih prava i dužnosti supružnika, kao što je, recimo, načelo ravnopravnosti. Ako se taj princip grubo i stalno krši, ako jedan supružnik, na primer, preuzima ulogu isključivog starešine domaćinstva, samovoljno upravlja zajedničkom imovinom protiv volje drugog supruga ili drugom supružniku nameće ograničenja slobode kretanja ili slobode izbora rada i zanimanja, onda se i takvi postupci mogu opravdano smatrati „ma kojim drugim uzrokom" koji je doveo do nesaglasnosti naravi, trajnog nesporazuma ili neuklonjivog neprijateljstva (Prokop 1960, 219).

3.1. Nesaglasnosti naravi, trajni nesporazum, neuklonjivo neprijateljstvo

Upravo imajući u vidu da je brakorazvodni uzrok samo posledica koja je nastupila u vidu teške poremećenosti bračnih odnosa, zakonodavac je pomenuo nekoliko uzroka koji do toga mogu dovesti, ali samo *exempli causa*. Prva takva okolnost koja može izazvati tešku poremećenost bračnih odnosa jeste nesaglasnost naravi, odnosno različitost priroda, mentaliteta, sklonosti ili temperamenta bračnih drugova. Profesor Konstantinović kaže da je uzrok to „što su supružnici takvi kakvi su" (Konstantinović 1982, 488), a profesorka Ana Prokop da je „narav čovjeka u stvari njegov karakter, te da se ovdje radi o nesuglasnosti karaktera bračnih drugova" (Prokop 1960, 215). Pritom, nesaglasnost naravi je verovatno postojala i pre braka, samo je supružnici nisu bili svesni ili su verovali da će tu nesaglasnost moći da savladaju i prevaziđu tokom zajedničkog života. Osim nesaglasnosti naravi, u OZB se kao mogući prouzrokovači teške poremećenosti bračnih odnosa navode i trajni nesporazum i neuklonjivo neprijateljstvo. Trajni nesporazum može proisteći iz različitog porekla, vaspitanja, obrazovanja, ambicija, moralnih načela, velike razlike u godinama, sistema vrednosti kome se teži u životu, kao i iz mnogo čega drugog. Tolerantnost, strpljenje, pozitivna motivacija za zajednički život i ljubav mogu odložiti ili donekle ublažiti krizu, ali je ne mogu sprečiti u svima slučajevima. Štaviše, kriza može nastupiti ne samo bez ikakve krivice bračnih drugova nego i uz njihovu najbolju volju i trud da je izbegnu. Najzad, neuklonjivo neprijateljstvo između supružnika može nastati usled nekog skrivljenog ponašanja jednog od njih, koje drugi supružnik nije mogao oprostiti. To se može dogoditi, na primer, ako tokom dužeg vremena razumljiva potreba za ekskluzivnošću u ljubavnom odnosu preraste

u bolesnu ljubomoru ili obrnuto, otvoreno ili skriveno promiskuitetno ponašanje, egoistični, sitničavi, nepošteni, zlobni, licemerni, primitivni ili nekulturni postupci, kao i nasilničko ponašanje jednog bračnog druga stvore kod drugog osećanje neuklonjivog neprijateljstva. Može se, međutim, dogoditi da neuklonjivo neprijateljstvo nastane i bez bilo čije krivice, recimo, usled fizičke ili seksualne odvratnosti jednog supružnika prema drugome, zbog razlike u stavovima supružnika prema rađanju dece, ili tako što jedan suprug živi ili se ponaša na način kome se ne može ništa zameriti, ali taj način života ili ponašanja postepeno počne da iritira drugog supružnika, stvarajući među njima razmimoilaženje, a zatim sve veći jaz i na kraju duboko neprijateljstvo.

3.2. Nepodnošljivost zajedničkog života

Teška poremećenost bračnih odnosa kao uzrok za razvod braka mora biti potvrđena još jednom činjenicom, koja tu tešku poremećenost kvalifikuje i dodatno tako da je „zajednički život postao nepodnošljiv". Nije, dakle, dovoljno da to bude trenutna poremećenost – pa čak i teška – za koju se može razumno očekivati da će proći i da će supružnici moći da nastave zajednički život. Potrebno je da poremećenost bude toliko teška i da toliko dugo traje da je učinila da zajednički život u braku postane nepodnošljiv za jednog ili oba bračna druga. Drugim rečima, OZB je taj brakorazvodni uzrok tako formulisao da je jedan opšti i relativni brakorazvodni uzrok (teška poremećenost bračnih odnosa) uslovio postojanjem još jednog – opet opšteg i relativnog – uzroka za razvod braka (nepodnošljivost zajedničkog života). Upravo to što je nastupila nepodnošljivost zajedničkog života pokazuje da teška poremećenost bračnih odnosa i razlozi koji su doveli do te poremećenosti nisu prolaznog karaktera nego jedno trajno stanje, koje dominira odnosom među supružnicima i neprekidno se manifestuje u njihovoj međusobnoj komunikaciji.

Nepodnošljivost je osećanje koje se, po pravilu, razvija postepeno kod jednog ili oba supružnika, najčešće kao reakcija na ponašanje i postupke drugog supružnika koje on/ona ne odobrava, sa kojima se ne slaže, koje prezire ili koji stvaraju osećanje uvređenosti i poniženosti. „Sporedno je zašto je došlo do nepodnošljivosti zajedničkog života, da li je za to kriv jedan suprug, ili su kriva obadva, ili nije kriv nijedan od njih" (Konstantinović 1982, 488). S druge strane, ističe se u pravnoj književnosti (Prokop 1960, 230) da se osećanje nepodnošljivosti ipak mora na neki način dokumentovati, bilo da se kod introvertnih osoba manifestuje kao ćutnja, potištenost, povlačenje, izbegavanje drugog supružnika, odnosno kao svadljivost, vređanje, grubost, vikanje itd. kod ekstrovertnih ličnosti. Suprotno tome, u literaturi je zabeleženo i shvatanje da je taj pojam sasvim nepotreban u kontekstu teške

poremećenosti bračnih odnosa kao brakorazvodnog uzroka, budući da je nepodnošljivost potpuno subjektivna ocena odnosa i stanja u braku jednog ili obaju supružnika, koju sud ne može ocenjivati; uloga suda svodi se na ocenu poremećenosti odnosa u braku, a ocena nepodnošljivosti pripada samo strankama. „Kad u sporu za razvod po čl. 56 jedan suprug traži razvod a drugi se protivi, sasvim je sigurno da oba supruga nemaju podjednaku ocenu nepodnošljivosti. Za supruga koji traži razvod moralo bi se pretpostaviti da je njemu bračna zajednica nepodnošljiva jer u protivnom ne bi tražio razvod. Obrnuto, suprug koji se protivi razvodu, to čini zato što mu zajednica nije nepodnošljiva. Iz čega se onda izvodi zaključak da je zajednički život supruga nepodnošljiv? Svakako iz poremećenosti. Kad sud odbije da razvede brak, on neće moći da kaže da to čini zato što smatra da za tužioca zajednica nije nepodnošljiva već zato što zajednica objektivno nije teško poremećena. Najzad, kad usvaja tužbeni zahtev i razvodi brak, iako tuženik tvrdi da mu zajednica nije nepodnošljiva, sud neće moći da tvrdi da je zajednica ipak za njega nepodnošljiva jer bi to bila protivrečnost, već će reći da je zajednica objektivno teško poremećena. Pravilo je da je zajednica nepodnošljiva uvek samo za tužioca a ne i za tuženika, čim se on protivi razvodu. Ako bi sud morao doslovno da poštuje odredbu čl. 56 OZB, on bi morao da uvek odbije da razvede brak kad se tome protivi tuženik. Sve, dakle, ukazuje da je subjektivna posledica suvišna i da samo dovodi do nerešivih problema“ (Mladenović 1963, 86).

3.3. Krivica za tešku poremećenost bračnih odnosa

U pravnoj teoriji pojavilo se shvatanje da se razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa može tražiti samo ako tužilac dokaže da je tužena strana kriva što su njihovi bračni odnosi toliko poremećeni da im je zajednički život postao nepodnošljiv. To mišljenje, međutim, nikako nije bilo prihvatljivo za profesora Kostantinovića: „U tekstu zakona nema nijedne reči, niti koje posredne indicije, odakle bi se moglo zaključiti da tužilac treba da dokaže krivicu tužene strane za poremećenost njihovih bračnih odnosa. Naprotiv, tekst zakona ukazuje nesumljivo na to da ovaj uzrok razvoda može nastati bez ičije krivice... Svi ovi slučajevi, koje zakon navodi kao primer uzroka koji mogu dovesti do poremećenosti bračnih odnosa i nepodnošljivosti zajedničkog života, pokazuju da se to može dogoditi bez krivice bračnih drugova. To pokazuje i široka formula kojom se zakon služi posle navođenja ovih primera, a koja obuhvata sve ostale uzroke poremećenosti bračnih odnosa i nepodnošljivosti bračnog života: ‘Ako su usled nesaglasnosti naravi, trajnog nesporazuma, neuklonjivog neprijateljstva *ili iz ma kog drugog uzroka* bračni odnosi toliko poremećeni...’

Način na koji zakon pominje ostale moguće uzroke poremećenosti bračnih odnosa i nepodnošljivosti zajedničkog života zahteva da se ne pravi nikakva razlika između slučajeva u kojima je nepodnošljivost zajedničkog života nastala krivicom supruga i slučajeva u kojima za to nema krivice do njih. Formula zakona 'iz ma kog drugog uzroka' obuhvata sve moguće uzroke nepodnošljivosti zajedničkog života, bez obzira na to da li je koji suprug kriv za taj uzrok ili ne... Prilikom redakcije (zakonskog teksta) htelo se baš da se ukaže naročito na to da je uzrok razvoda teška poremećenost bračnih odnosa, i da za tu poremećenost ne mora biti kriva tužena strana. Da bi se to sigurnije postiglo navedeno je, primera radi, nekoliko slučajeva u kojima ta poremećenost nastupa usled okolnosti za koje očigledno niko nije kriv, a da bi se ista misao još više podvukla, rečeno je da se može tražiti razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa kad je ta poremećenost nastala i 'iz ma kog drugog uzroka'" (Konstantinović 1982, 489). Sudska praksa je dodatno potvrdila da je broj brakova koji su razvedeni zbog krivice jednog ili oba supružnika daleko manji od onih u kojima ničija krivica nije bila utvrđivana (Marković 1970, 629).[11]

3.4. Tužba za razvod braka

Mnogo polemika u pravnoj literaturi, a kasnije i u sudskoj praksi, izazvala je i odredba stava 2 člana 56 OZB, i to u pogledu dva sporna pitanja.

3.4.1. Da li je svaki bračni drug mogao da traži razvod braka?

Najpre, jezičkim tumačenjem prvog dela ovog stava dolazi se nedvosmisleno do zaključka da je razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa mogao tražiti svaki suprug, a mogla su ga tražiti i oba supruga zajedno, budući da zakon kaže da će se smatrati naročito da je zajednički život postao nepodnošljiv ako oba bračna druga sporazumno traže razvod braka.

Ako razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa traži jedan od bračnih drugova, irelevantno je kako je došlo do te poremećenosti, da li su za nju krivi jedan ili oba supružnika, ili je do nje došlo bez ičije krivice. To znači da bračni drug koji traži razvod braka treba da dokaže samo to da su

[11] Marković navodi, kao ilustraciju, da su u beogradskom Okružnom sudu 1967. godine pravnosnažno razvedena ukupno 1764 braka; od tog broja, samo 249 (14%) brakova je razvedeno nečijom krivicom, i to krivicom muža (167 ili 9%), krivicom žene (55 ili 3%), odnosno obostranom krivicom (27, tj. 1,64%).

odnosi između njega i njegovog bračnog druga toliko poremećeni da mu je postalo nemoguće da nastavi zajednički život. On ne mora dokazivati da je za poremećenost bračnih odnosa kriv drugi supružnik, pošto bračni odnosi mogu biti poremećeni i bez ičije krivice pa ni eventualna krivica tuženog nije uslov za postojanje tog uzroka za razvod braka.

Od tog pravila u OZB se pravi samo jedan izuzetak, time što se propisuje da ako je poremećaj bračnih odnosa nastao isključivo krivicom jednog supružnika, pravo na traženje razvoda pripada samo drugoj strani (član 56, stav 2 *in fine*). U pravnoj književnosti to rešenje je kritikovano kao neopravdano sa gledišta društvenih interesa i potreba života (Finžgar 1957, 424). Za profesora Konstantinovića, međutim, to je potpuno logično rešenje: „Misao koja se nalazi formulisana u ovom tekstu je prosta i razumljiva. Bračni drug koji je sam svojim ponašanjem izazvao tešku poremećenost bračnih odnosa, te snosi svu odgovornost za to, ne može se pozivati na tu poremećenost bračnih odnosa i tražiti razvod braka. Ta poremećenost nastala je samo zbog toga što se on ponašao onako kako nije trebalo, što znači da je nastala njegovom krivicom, pošto se krivica u građanskom smislu reči sastoji upravo u tome što se neko ponaša onako kako ne treba, a ne onako kako se osnovano može očekivati. Niko se ne može pozivati na svoje nedozvoljeno ponašanje i iz toga izvoditi neko pravo. Razumljivo je zašto ne može tražiti razvod braka suprug koji je izvršio preljubu, ili je radio o glavi svome bračnom drugu, ili ga je zlostavljao ili vređao, ili je zlonamerno napustio svoga bračnog druga, ili je osuđen za krivično delo protiv interesa naroda i države ili za kakvo drugo beščasteće delo. Svojom krivicom niko ne može pribaviti sebi ovlašćenje koje nije imao pre toga. Iz istog razloga zakon odbija pravo da traži razvod braka onom suprugu koji je isključivo kriv što je došlo do poremećenosti bračnih odnosa i do nepodnošljivosti zajedničkog života. U tom slučaju pravo da traži razvod braka pripada samo drugom suprugu. Propis druge rečenice stava drugog člana 56 nema drugi smisao“ (Konstantinović 1982, 490–491).

Dakle, u pitanju je izuzetak od opšteg pravila, koji mora biti usko protumačen, a to znači da pravo na traženje razvoda nema samo onaj supružnik koji je isključivo kriv za poremećaj odnosa u braku. Drugim rečima, ako je za poremećenost bračnih odnosa kriva i druga strana, onda se opet primenjuje opšte pravilo da svaki od supružnika ima pravo da traži razvod braka. U tom slučaju nije važno u čemu se sastoji krivica drugog bračnog druga, da li je ona veća ili manja od krivice tužioca, da li je izazvana ponašanjem tužioca ili mu je prethodila. U svakom takvom slučaju, dakle, kada postoji obostrana krivica za poremećaj odnosa među supružnicima, i jedan i drugi bračni drug imaju pravo da podignu tužbu za razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa.

Posebno je pitanje da li je uopšte moguće utvrditi razmere krivice jednog i drugog bračnog druga ako je za stvorenu situaciju kriv svaki od njih dvoje. Tome se protive sama priroda bračnih odnosa, njihova složenost i delikatnost. Štaviše, i profesor Konstantinović (1982, 492) slaže se da će se retko dogoditi da za poremećaj bračnih odnosa bude odgovoran samo jedan bračni drug već je mnogo verovatnije da je nedozvoljeno ponašanje jednog supružnika na neki način izazvao njegov bračni drug, odnosno da je krivica jedne strane u braku po pravilu posledica nedostataka ili postupaka druge strane. Zbog toga je i stav o automatskom dejstvu krivice u supružanskim odnosima u braku odbačen u savremenom pravu.[12] Naime, osnovni razlog za takav stav leži upravo u teškoći potpunog i jasnog definisanja skrivljenog ponašanja jednog od bračnih drugova. Građanskopravni pojam krivice, određen kao odstupanje u ponašanju štetnika od standarda o ponašanju vrlo pažljivog čoveka, ne može se mehanički primeniti na lične odnose između supruga. Krivica u bračnom pravu predstavlja povredu jedne ranije postojeće obaveze kojoj zakonska norma daje težinu uzroka za razvod braka. Sankcija, dakle, nije naknada prouzrokovane štete već je daleko složenija i pogađa ličnost svakog od bračnih drugova.[13] Upoređenje suštinskog razlikovanja je još manje moguće. Naime, u domenu građanskopravne odgovornosti, obavezu ponašanja koju štetnik nije poštovao relativno je lako odrediti, pa se – i pored mogućih teškoća – krivica može i stepenovati i time postići još veća preciznost u određivanju psihičko-voljnog odnosa štetnika prema učinjenoj šteti. Nasuprot tome, dužnosti bračnih drugova u međusobnim ličnim odnosima široko su odmerene. Povreda obaveze vernosti, uzajamnog poštovanja i pomaganja ili međusobne privrženosti i solidarnosti, na primer, podrazumeva dosta veliku skalu postupaka, od kojih samo neki imaju značanje i razmere krivice. Zbog toga, odlučiti o odgovornosti u tim situacijama znači ponekad raspravljati i o kategorijama koje nemaju nesumnjiv smisao. Tako, recimo, neprilagodljivost, samoživost, sebičnost ili nepopustljivost i isključivost u međusobnim odnosima u braku u znatnoj meri obično prethode nekoj incidentnoj okolnosti, koja se kasnije kvalifikuje kao skrivljeno ponašanje, odnosno uzrok za razvod braka. Nije retkost da suštinski uzrok poremećaja u bračnoj zajednici i tada ostane skriven. Drugim rečima, izricanje sankcije u građanskom pravu objašnjava

[12] Najveći broj evropskih zakonodavstava sada prihvata da nema nikakvog opravdanja da se krivica učini jednim od preduslova za sticanje prava na razvod braka ili prava na izdržavanje te da jasan trend širom Evrope nalaže da se gotovo potpuno odustane od krivice. Videti opširnije *Principles of European Family Law* 2004, 83.

[13] Prema nekim istraživanjima, razvod braka uzrokuje stres odraslih osoba koji se po snazi nalazi na drugom mestu (odmah posle smrti bliske osobe). Videti Alinčić *et al.* 2001, 119.

relativno jednostavna činjenica da je prouzrokovana šteta na način koji je, opet, relativno lako identifikovati, dok u odnosima između supružnika, uz mnogo više neizvesnosti, treba pronaći baš onu okolnost koja nosi svu težinu povrede ličnih prava i dužnosti u braku i time opravdati izricanje presude o razvodu braka (Draškić 1986, 36).

Međutim, ta odredba je ipak izazvala dosta dilema u pravnoj teoriji i problema u sudskoj praksi, dovodeći sudove u situaciju da povremeno iskonstruišu „doprinos" poremećenosti bračnih odnosa nekrivog bračnog druga, kako bi moglo doći do razvoda braka. To se činilo tako što bi se i normalna reakcija na skrivljene postupke jednog bračnog druga označavala kao doprinos nekrivog supružnika poremećenosti. Štaviše, prema rečima profesorice Prokop, bilo je slučajeva da se „i nereagiranje na nepravilne postupke drugog bračnog druga kvalificiralo kao nezainteresiranost za bračnu zajednicu, i to se onda tretiralo kao doprinos poremećenosti, pri čemu se pojam 'uzrokovao' poistovjetio sa pojmom 'sakrivio'. A to sve zato, da bi se isključivo krivom bračnom drugu omogućio razvod braka" (Prokop 1960, 225). Takođe, u nekim slučajevima sudovi su išli tako daleko da su tvrdili da isključiva krivica postoji „samo u slučaju kad je jedan bračni drug namerno prouzrokovao poremećenost bračnih odnosa, da bi po tom osnovu mogao tražiti razvod braka".[14] U nekim odlukama sudovi su zauzimali i ovakav stav: „Kad zakon govori o isključivoj krivici jednog bračnog druga onda se... misli na one rijetke slučajeve, kad je drugi bračni drug potpuno nevin i nije ni u najmanjoj mjeri prouzrokovao nepodnošljiv život i kidanje bračne zajednice."[15] No, takav razvoj, u smislu tumačenja sporne odredbe, bio je unekoliko i očekivan, budući da onaj suprug koji je želeo razvod braka nije imao pravo da podnese tužbu zbog toga što je bio isključivo kriv za poremećaj bračnih odnosa, a drugi bračni drug, koji je mogao da podnese tužbu za razvod braka, nije želeo da se koristi svojim pravom iz najrazličitijih razloga (od verovanja da na taj način povećava izglede da se ponovo uspostavi zajednički život do demonstriranja osvetoljubivosti, ucene ili kaprica). Tako su se vremenom pojavili tzv. mrtvi brakovi, koji su i dalje pravno postojali i nisu se mogli razvesti, ali stvarno nisu postojali, imajući u vidu da je bio nastupio potpuni prekid bračnih odnosa stranaka u dužem vremenskom periodu, da su se sami bračni drugovi potpuno otuđili, jaz između njih se sve više produbljivao, nada da bi se ponovo mogla uspostaviti zajednica života sve više se smanjivala, a često su supružnici već živeli u novim

[14] Vrhovni sud FNRJ, Gž. 1/50, 26. 1. 1950, *Zbirka odluka vrhovnih sudova i uputstava Vrhovnog suda FNRJ (1945–1952*), Beograd 1952, 195.

[15] Vrhovni sud Hrvatske, Gž.1066/48, 19. 10. 1948. Navedeno prema Prokop 1960, 232.

životnim zajednicama sa osobama sa kojima pravno nisu mogli sklopiti brak. Nekada je takvo stanje trajalo godinama, pa su sudovi, shvatajući ispravno da na održavanju takvog braka više nema smisla insistirati, u nastojanju da razreše jednu neprirodnu životnu situaciju, učinili još jedan korak – počeli su da razvode te brakove uvodeći odvojeni život bračnih drugova u dužem vremenskom periodu kao potpuno novi brakorazvodni uzrok, koji su smatrali samostalnom činjenicom koja daje pravo i isključivo krivom bračnom drugu da traži razvod braka. Takvu praksu, koja je *stricto sensu* bila protivna zakonu, bezrezervno su podržali i najviši sudovi, smatrajući da je dug odvojen život sam po sebi objektivna okolnost koja uzrokuje poremećaj bračnih odnosa i nepodnošljivost zajedničkog života.[16] Sudska praksa je tako kreirala sasvim novi, originalni brakorazvodni uzrok, rukovođena ispravnom procenom o potrebi postojanja nove opšte pravne norme. Epilog je, napokon, bilo uvođenje brakorazvodnog uzroka „dug odvojen život bračnih drugova" kao posebnog, apsolutnog ili relativnog uzroka za razvod braka u većinu novih republičkih i pokrajinskih porodičnih zakona koji su donošeni sedamdesetih godina prošlog veka (Draškić 2020, 40).

3.4.2. Da li je OZB poznavao sporazumni razvod braka?

Drugo sporno pitanje pokrenulo je u pravnoj teoriji veliku raspravu o tome da li je OZB dozvoljavao sporazumni razvod braka. Do takvog tumačenja jedan broj pravnih pisaca došao je zahvaljujući prvoj rečenici iz stava 2 člana 56 OZB: *Smatraće se naročito, da je zajednički život supruga postao nepodnošljiv, ako oba bračna druga navodeći opravdane razloge sporazumno traže razvod*. Tako, profesor Begović (Begović 1948, 88–89) smatra da se tom odredbom u stvari ustanovljava razvod po sporazumu supruga, ali po dosta otežanom postupku. Osim postojanja sporazumnog traženja i navođenja opravdanog razloga, na osnovu čega se pretpostavlja da je zajednički život supruga postao nepodnošljiv, on smatra da treba utvrditi i istinitost tih navoda, odnosno da

[16] „Dugotrajni odvojen život bez vršenja uzajamnih prava i dužnosti vezanih za brak, upravo je negacija normalnih bračnih odnosa, makar i samo jedan bračni drug bio uporan u održavanju takvog stanja, koje nije više samo manifestacija poremećaja bračnih odnosa nego i funkcionalni uzrok, *nov uzrok* (podvukla M. D.) daljeg poremećaja bračnih odnosa, i dobija razornu snagu dugog odvojenog života kao *objektivna okolnost* (podvukla M. D.) koja čini dalji zajednički život nepodnošljivim. U takvom slučaju eventualna isključiva krivica tužitelja za ranije nastali poremećaj prestaje biti isključivi uzrok poremećaja bračnih odnosa." Savezni vrhovni sud, Rev. 921/58, 18. 11. 1958. Navedeno prema Prokop 1960, odluka 362. Isto i Savezni vrhovni sud, Gz. 5/55, 25. 2. 1955, *Zbirka odluka vrhovnih sudova donetih u krivičnom i građanskom sudskom postupku (1953–1955),* Beograd 1954, odluka 282.

je život supružnika zaista postao nepodnošljiv. Suprotno, prema mišljenju profesora Ajznera (Eisner 1950, 94–95), valja smatrati da je zajednički život bračnih drugova postao nepodnošljiv osobito kada oboje sporazumno traže razvod braka navodeći za to opravdane razloge. U tom slučaju ne odlučuje čisti sporazum bračnih drugova ali – iako se nepodnošljivost pretpostavlja – treba i tada da postoje objektivne činjenice koje daju opravdan razlog za razvod. I prema Križanićevom mišljenju, za sporazumno traženje razvoda braka postoji zakonska pretpostavka o nepodnošljivosti zajedničkog života supruga, ali su oba bračna druga u tom slučaju dužna da navedu i opravdane razloge za razvod braka (Križanić 1951, 72). Najzad, profesor Mladenović se izjašnjava u korist postojanja instituta sporazumnog razvoda i pozivanjem na tekst Prednacrta zakona o braku, koji je sadržavao izričitu odredbu koja je dopuštala sporazumni razvod braka, ali je u konačnom tekstu zakona ta odredba bila izostavljena i, umesto nje, uneta je norma o sporazumnom traženju razvoda braka. „Međutim, izostavljanjem izričite i jasne odredbe nije se htela sasvim odbaciti ideja o sporazumnom razvodu. Kako je tačno rečeno, time se samo želelo izbeći da sporazumni razvod uđe u zakon na 'velika vrata'; njemu su samo 'odškrinuta vrata' da se kroz njih može provući zahvaljujući sadašnjoj formulaciji čl. 56. st. 2. OZB" (Mladenović 1962, 505).

Međutim, profesor Konstantinović se, kao tvorac tog zakona, takvom tumačenju žestoko protivio: „Dajući pravo svakom suprugu da traži razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa, zakon samim tim daje pravo supruzima da traže razvod zajedno: ono što može svaki suprug sam, mogu tim pre oba supruga zajedno. Oni to mogu kad niko od njih nije kriv što je došlo do poremećenosti bračnih odnosa, kao i kad su i jedan i drugi manje ili više krivi za to. Oni to mogu i kad je do toga došlo isključivo krivicom jednog od njih. Ali i kada supruzi zajedno traže razvod braka potrebno je da se dokaže da postoji uzrok za razvod, onako isto kada to traži jedan suprug. To znači da se na zajednički zahtev supruga brak može razvesti samo ako se dokaže da su njihovi odnosi toliko poremećeni da im je zajednički život postao nepodnošljiv. Naše pravo ne poznaje razvod braka na osnovu međusobnog sporazuma bračnih drugova... I zaista tekst se odnosi na slučaj kada supruzi 'sporazumno traže razvod braka'. Ali iz njega, uzetog u celini, ne može se izvesti zaključak da je za razvod braka dovoljno da su se supruzi saglasili da se razvedu. Tome smetaju reči: 'navodeći opravdane razloge'. Kad njih ne bi bilo, onda bi sporazum supruga povlačio presumpciju poremećenosti bračnih odnosa i nepodnošljivosti zajedničkog života. Ali te presumpcije ovde nema, iako je početak teksta redigovan kako se obično rediguju presumpcije ('Smatraće se...'). Jer presumpcija se sastoji u oslobađanju tereta dokazivanja, ili prevaljivanju tog tereta na drugu stranu. U našem tekstu toga nema, pošto se od supruga traži da navedu 'opravdane razloge'. To može značiti samo da oni treba da dokažu da im je zajednički život zaista postao nepodnošljiv. Drugim

rečima, time se vraćamo opštem pravilu, postavljenom u članu 56, i mišljenje da naš zakon dozvoljava razvod braka po međusobnom sporazumu bračnih drugova ostaje bez osnova. I kada bračni drugovi 'sporazumno traže razvod braka' treba da se dokaže da su njihovi 'bračni odnosi toliko poremećeni, da je zajednički život postao nepodnošljiv'. Postojanje uzroka za razvod u slučaju 'sporazumnog' traženja razvoda treba da utvrdi sud. Reč 'sporazumno' u našem tekstu znači samo 'zajedno', ona ne menja ništa u uzroku za razvod braka formulisanom u prvom stavu čl. 56, već samo kaže da supruzi mogu zajedno, jednim podneskom ili izjavom tužene strane u toku spora, tražiti razvod zbog teške poremećenosti njihovih odnosa" (Konstantinović 1982, 493–494). Takav stav je podržao i profesor Triva, smatrajući da je i u sporazumnom traženju da se brak razvede stranke treba da dokažu u prvom redu da postoje uzroci koji su doveli do poremećaja, a zatim i da su takvi uzroci učinili zajednički život stranaka nepodnošljivim. Ipak, on smatra da u suštini ta odredba nije stvorila nikakvu posebnu procesnu situaciju u pogledu olakšanja dokazivanja brakorazvodnog uzroka, ali da nema sumnje „da je nesporazumima u interpretaciji doprineo nedovoljno precizno redigovan sâm zakonski tekst" (Triva 1957, 54–57).

Takvo tumačenje su bezrezervno prihvatali vrhovni sudovi u Jugoslaviji, ali je sudska praksa nižih sudova krenula u suprotnom pravcu. Naime, iako pravna shvatanja koja su izražena u primedbama višeg suda iznesenim u postupku odlučivanja po pravnom leku nisu obavezna za niži sud, te je on formalnopravno slobodan da se i ubuduće drži pravnog shvatanja koje je usvojio u ranijoj presudi smatrajući ga ispravnim, pravna shvatanja, stavovi i mišljenja koja iznose viši sudovi uživaju autoritet kod nižih sudova, tako da se oni najčešće priklanjaju stavu višeg suda i u ponovljenom postupku odlučuju u skladu sa tim stanovištem. Taj autoritet nekada počiva na novim argumentima koje iznosi viši sud i koje niži sud nije imao u vidu donoseći prvostepenu odluku, a nekada počiva i na čistom oportunitetu sudije nižeg suda koji tako izbegava da njegova presuda u novom postupku po pravnom leku bude preinačena ili ponovo ukinuta od višeg suda. Na taj način je sudska praksa svih drugostepenih i vrhovnih sudova, mada formalno nije izvor prava, oduvek snažno uticala na način na koji su niži sudovi tumačili opšte pravne norme porodičnog prava. Međutim, u ovom slučaju, prvostepeni sudovi su postupali sasvim suprotno, ignorišući stavove viših i vrhovnih sudova. Naime, prema slovu Osnovnog zakona o braku, naročito će se smatrati da je zajednički život supružnika postao nepodnošljiv ako oba bračna druga sporazumno traže razvod braka. Tu zakonsku normu prvostepeni sudovi počeli su tumačiti kao poseban brakorazvodni uzrok i presudu kojom se razvodi brak zasnivati na sporazumnom traženju oba bračna druga, kao da je reč o institutu sporazumnog razvoda. Zbog toga je Vrhovni sud Jugoslavije intervenisao Uputstvom u kome je takvu praksu

ocenio kao nezakonitu, podsećajući niže sudove da se sporazumno traženje razvoda braka mora ocenjivati u vezi sa celokupnim rezultatom rasprave koja treba da dokaže odlučujuću činjenicu – koja je jedini zakonski uzrok za razvod braka – da su bračni odnosi, usled nesaglasnosti naravi, trajnog nesporazuma, neuklonjivog neprijateljstva ili ma kog drugog razloga, toliko teško poremećeni da je zajednički život supružnika postao nepodnošljiv.[17] Uprkos tome, niži sudovi su nastavili da dopuštaju sporazumni razvod braka ne samo nasuprot stavu najviše sudske instance nego i tumačeći pomenutu zakonsku odredbu direktno *contra legem.* Krajnji ishod bio je, kao i u prethodnom slučaju, prihvatanje zakonodavaca da u republičkim i pokrajinskim porodičnim kodifikacijama sredinom sedamdesetih godina 20. veka urede, sa manje ili više ograničenja, sporazumni razvod braka kao poseban pravni institut.

Najzad, na pitanje da li je sporazumno traženje razvoda bilo dostupno i bračnom drugu koji je isključivo kriv za poremećaj bračnih odnosa, pravna teorija je odgovorila afirmativno (Triva 1957, 58–59, Prokop 1960, 234–235, Finžgar 1957, 428). Ocenjeno je, naime, da je ispravnije stanovište da se može udovoljiti brakorazvodnom zahtevu onog bračnog druga koji je isključivo svojim skrivljenim ponašanjem poremetio bračne odnose, pod uslovom da se tom zahtevu ne usprotivi tuženi supružnik. Drugim rečima, ako osećaj nepodnošljivosti zbog teške poremećenosti bračnih odnosa postoji samo kod onoga ko je isključivo svojim skrivljenim ponašanjem prouzrokovao brakorazvodni uzrok, bilo bi nemoralno i protivilo bi se načelu *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* kad bi se njegov zahtev za razvod braka usvojio uprkos protivljenja nevinog bračnog druga. Ako krivac iz određene situacije izvlači za sebe korisne konsekvence protivno volji druge strane, to bi bilo u suprotnosti i sa javnim interesom. Međutim, ako i suprotna strana želi da nastupi ta ista posledica, onda je sasvim svejedno povodom čijeg traženja je do takve posledice došlo, jer ako i nevini bračni drug izjavi da se ne protivi zahtevu za razvod, on time u stvari manifestuje svoje osećanje da je i za njega nastavak bračne zajednice postao nepodnošljiv. „To što on takvom shvatanju ne daje uobičajeni procesnopravni izraz nimalo ne dira u suštinu problema. Iako formalno ne diže sa svoje strane tužbu u kojoj traži da se brak razvede, on u suštini izjavljuje da traži razvod braka. Postupa procesno ekonomično kad tom svom raspoloženju i htjenju ne daje i oblik tužbe odnosno protivtužbe. Ona nije ni potrebna kad već postoji zahtjev koji se po svom sadržaju i činjeničnom obrazloženju nimalo ne razlikuje od onoga što bi on, za volju procesnih formalnosti trebalo da istakne... Postupak bi se

[17] Uputstvo Vrhovnog suda FNRJ Su. 458/47, 30. 6. 1947, *Zbirka odluka vrhovnih sudova i uputstava Vrhovnog suda FNRJ 1945–1952*, Beograd 1952, 360–361.

sveo na puki formalizam, postao bi sam sebi cilj... Ustrajavanje kod takvog procesnog shvatanja (*1'art pour 1'art*) dovelo bi do procesnih teškoća, naročito u slučaju obostranih tužbi istog sadržaja ili u slučaju sporazumnog traženja razvoda zajedničkim prijedlogom u formi posebnog podneska, jer bi se sud našao u situaciji u kojoj bi bio dužan da zahtjevu jedne stranke udovolji a da zahtjev druge, koja traži isto, odbije" (Triva 1957, 59).

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa – onako kako je bio definisan članom 56 Osnovnog zakona o braku – određivalo je nekoliko karakteristika. Prvo, razlog za razvod braka nije samo jedan događaj ili činjenica koja bi mogla imati dejstvo posebnog i apsolutnog uzroka za razvod braka nego je to teška poremećenost bračnih odnosa kao posledica nekog konkretnog događaja ili činjenice koja, sama po sebi, nije morala nužno i suštinski ugrožavati brak. Drugim rečima, težište brakorazvodnog uzroka je na posledici – teškoj poremećenosti bračnih odnosa koja je zajednički život učinila nepodnošljivim – a uzroci koji su do takvog stanja doveli nisu presudno važni. Drugo, bilo je neophodno da su odnosi između supružnika toliko teško poremećeni da je njihov dalji zajednički život postao nepodnošljiv. Pritom je potpuno irelevantno zašto je život u bračnoj zajednici postao nepodnošljiv te da li je za to kriv jedan ili drugi supružnik, ili su oboje krivi, ili je do takve posledice došlo bez ičije krivice. Treće, postupak za razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa mogao je pokrenuti tužbom svaki od bračnih drugova, osim u slučaju kada je supružnik koji podnosi tužbu za razvod braka isključivo kriv za poremećaj odnosa u braku i nepodnošljivost daljeg zajedničkog života. Najzad, supružnici su mogli zajednički i sporazumno zahtevati razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa. Namera zakonodavca, međutim, nije bila da time uvede sporazumni razvod braka kao poseban pravni institut, ali se sudska praksa prvostepenih sudova upravo kretala u tom pravcu, i pored izričitog upozorenja vrhovnih sudova da Osnovni zakon o braku ne poznaje institut sporazumnog razvoda.

LITERATURA

[1] Alinčić, Mira, Ana Bakarić Abramović, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac Lozić, Aleksandra Korać. 2001. *Obiteljsko pravo*. Zagreb: Narodne novine.

[2] Begović, Mehmed. 1948. *Porodično pravo*. Beograd: Naučna knjiga.

[3] Begović, Mehmed. 1/1969. Osvrt na rad komisije kojoj je 1945–1946 povereno da pripremi nacrte porodičnog zakonodavstva. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 17: 73–83.

[4] Draškić, Marija. 2020. *Porodično pravo i prava deteta*. 11. izdanje. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[5] Draškić, Marija. 1986. *Zasnivanje obligacije izdržavanja u bračnom pravu Jugoslavije*. Beograd: Stručna knjiga.

[6] Eisner, Bertold. 1950. *Porodično pravo*. Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.

[7] Finžgar, Alojzij. 4/1957. Pitanje razvoda braka. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5: 421–431.

[8] Kandić, Ljubica. 2005. *Istorija Pravnog fakulteta u Beogradu 1941–1945*. Treća knjiga. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

[9] Konstantinović, Mihailo. 4/1957. Stara „pravna pravila" i jedinstvo prava. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5: 431–437.

[10] Konstantinivić, Mihailo. 3–4/1982. Razvod braka zbog teške poremećenosti bračnih odnosa. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 484–495.

[11] Križanić, Zlatko. 1/1951. O uzrocima za razvod braka. *Naša zakonitost* 5: 65–77.

[12] Marković, Blaža. 6/1970. Krivica i pravo isključivo krivog supruga da traži razvod braka. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 18: 629–634.

[13] Mladenović, Marko. 9–12/1962. Sporazumno traženje razvoda ili razvod braka po sporazumu. *Naša zakonitost* 16: 501–510.

[14] Mladenović, Marko. 1–2/1963. Teška poremećenost bračnih odnosa kao brakorazvodni uzrok. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 11: 78–86.

[15] Mladenović, Marko. 1981. *Porodično pravo*. Knjiga I. Beograd: Privredna štampa.

[16] *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses.* 2004. Antwerp – Oxford: Intersentia.

[17] Prokop, Ana. 1960. *Komentar Osnovnom zakonu o braku*. Knjiga II. Zagreb: Školska knjiga.

[18] Triva, Siniša. 1/1957. Sporazumno traženje razvoda. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5: 50–64.

Marija DRAŠKIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

DIVORCE OF MARRIAGE DUE TO SEVERE DETERIORATION OF MARITAL RELATIONS: THE CREATION OF PROFESSOR MIHAILO KONSTANTINOVIĆ

Summary

The article highlights the severe deterioration of marital relations as laid down for the first time in the Yugoslav Basic Law on Marriage in 1946 thanks to Professor Mihailo Konstantinović. Over time, different interpretations of some controversial issues related to the application of this provision have appeared in legal literature and judicial practice; in the first place, whether the spouse who is responsible for the disruption has the right to initiate divorce proceedings, as well as how the exclusive responsibility for severe deterioration can be determined. On the other hand, the insufficiently precise provision on the consensual request for divorce opened the way for discussions about whether the Basic Law recognized consensual petition, which was resolved by judicial practice by interpreting that the joint petition was recognized and given the significance of divorce on the basis of an agreement between the husband and the wife.

Key words: *Divorce. – Severe deterioration of marital relations. – Basic Law on Marriage. – Mihailo Konstantinović.*

Article history:
Received: 14. 9. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

UDK 347.68 ; 347(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK10A

Dr Dejan B. ĐURĐEVIĆ*

NORMATIVNO UOBLIČAVANJE UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU U SKICI ZA ZAKONIK O OBLIGACIJAMA I UGOVORIMA I U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

Ovaj rad je posvećen uporednoj analizi predloga zakonskog uređenja ugovora o doživotnom izdržavanju u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i predloga koji je učinjen u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije. U tekstu se prikazuje istorija razvoja ugovora o doživotnom izdržavanju u srpskom zakonodavstvu i objašnjavaju okolnosti koje su ga oblikovale i postavile u propis posvećen naslednom pravu. Autor posebno kritikuje predloge u Prednacrtu zato što njegovi redaktori nisu iskoristili priliku da stvore nova pravila koja bi odgovarala savremenim okolnostima već su po inerciji preuzeli postojeća pravila iz Zakona o nasleđivanju, u kojima su odavno uočeni značajni nedostaci. Autor zaključuje da ugovor o doživotnom izdržavanju zavređuje novo i sveobuhvatnije zakonsko uređenje koje bi odgovaralo potrebama prakse i koje bi rešilo dosadašnje dileme.

Ključne reči: *Ugovor o doživotnom izdržavanju. – Kodifikacija. – Zakonodavstvo. – Mihailo Konstantinović. – Građanski zakonik.*

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *djurdjevic.pfb@gmail.com*.

1. UVOD

Svaka aktivnost usmerena na izmenu ili dopunu propisa kojima se uređuje ugovor o doživotnom izdržavanju s pravom izaziva veliku pažnju ne samo stručne nego i laičke javnosti. Ugovor o doživotnom izdržavanju je veoma poseban pravni institut i po svojoj pravnoj prirodi i zbog svog praktičnog značaja. To je obligacionopravni ugovor koji je u domaćoj praksi čvrsto naslonjen na nasledno pravo. U svakodnevnom životu taj ugovor je veoma značajan jer često predstavlja jedini način da stari ljudi koji poseduju neku nepokretnost obezbede sebi pristojnu negu.

Profesor Mihailo Konstantinović je dva puta imao priliku da normativno uobličava ugovor o doživotnom izdržavanju. Prvi put u šestoj deceniji prošlog veka, kada je radio[1] na saveznom Zakonu o nasleđivanju, koji je donet 1955. godine.[2] Kasnije, kada je pisao Skicu za zakonik o obligacijama i ugovorima, njen 21. odeljak posvetio je ugovoru o doživotnom izdržavanju.[3] Zbog specifičnih ustavnih pitanja u bivšoj SFRJ,[4] odredbe Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima kojima se uređuje ugovor o doživotnom izdržavanju nisu našle mesta u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine.[5]

---

[1] Rad na saveznom Zakonu o nasleđivanju otpočeo je 1946. godine kada je Ministarstvo pravosuđa FNRJ poslalo anketu vrhovnim sudovima, u kojoj su oni izneli svoje viđenje kako treba urediti osnovna pitanja naslednog prava. Na osnovu te ankete prof. Mihailo Konstantinović izradio je Prednacrt zakona o nasleđivanju, koji je pod nazivom „Teze za predprojekt zakona o nasleđivanju" objavljen u *Arhivu za pravne i društvene nauke* (3/1947). Na osnovu tih teza sprovedena je inkluzivna javna rasprava, posle koje je nekoliko komisija sukcesivno radilo na izradi različitih nacrta zakona o nasleđivanju. Profesori Mihailo Konstantinović i Božidar S. Marković bili su članovi svih komisija. Poslednji Nacrt zakona o nasleđivanju sačinila je komisija u čijem sastavu su, osim prof. Konstantinovića i prof. Markovića, bili i: Nikola Srzentić, Josip Hrnčević i Božidar Radanović. Bliže o tome videti Marković 1955, 85–86.

[2] Savezni Zakon o nasleđivanju objavljen je u *Službenom listu FNRJ* 20/1955 od 11. jula 1955. godine.

[3] Nacrt zakonika o obligacijama Mihailo Konstantinović je objavio 1969. godine (izdavač: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu). Nacrt je objavljen pod naslovom „Obligacije i ugovori" i podnaslovom „Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima".

[4] Od objavljivanja Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima do donošenja Zakona o obligacionim odnosima promenile su se ustavne odredbe o raspodeli nadležnosti za uređenje građanskopravne materije između federacije i republika. U članu 281 Ustava iz 1974. godine (*Službeni list SFRJ* 9/1974) predviđeno je da federacija preko svojih organa ne uređuje celokupno obligaciono pravo već samo osnove obligacionih odnosa (opšti deo obligacija) i ugovorne odnose u oblasti prometa robe i usluga. Prilikom izrade Zakona o obligacionim odnosima stalo se

Pitanje normativnog uobličavanja ugovora o doživotnom izdržavanju ponovo je aktuelizovano kada je Vladina Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije otpočela rad na izradi Prednacrta građanskog zakonika, koji je objavljen 28. maja 2019. godine.[6] Dvanaest članova tog prednacrta posvećeno je ugovoru o doživotnom izdržavanju (članovi 2702–2713).

U ovom radu biće ukazano na najznačajnije razlike u načinu na koji je normativno uobličen ugovor o doživotnom izdržavanju u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije, da bi na kraju bio dat odgovor na sledeće pitanje: da li su rešenja koja Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima predlaže za ugovor o doživotnom izdržavanju danas prevaziđena ili pak mogu bolje da odgovore potrebama današnjeg vremena od rešenja koja su predložena u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije?

2. POJAM UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

U članu 943, stav 1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima dat je sledeći pojam ugovora o doživotnom izdržavanju: „Ugovorom o doživotnom izdržavanju obavezuje se primalac izdržavanja da prenese na davaoca izdržavanja svojinu određenih stvari ili koja druga prava, ili da mu isplati određenu svotu novca, a ovaj se obavezuje u naknadu za to, da ga izdržava i brine o njemu do kraja njegovog života i da ga posle smrti sahrani.“ Definicija ugovora o doživotnom izdržavanju koju predlažu redaktori Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije u članu 2702, stav 1 uža je nego u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima: „Ugovorom o doživotnom izdržavanju obavezuje se primalac izdržavanja da se posle njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese svojina tačno određenih stvari ili kakva druga prava, a davalac izdržavanja se obavezuje da ga, kao naknadu za to, izdržava i da se brine o njemu do kraja njegovog života i da ga posle smrti sahrani.“

---

na stanovište da ugovori o poklonu, posluzi i doživotnom izdržavanju nisu tipični ugovori u oblasti prometa robe i i usluga, te da im stoga nije mesto u Zakonu o obligacionim odnosima. Videti Perović 1995, 9.

5 Zakon o obligacionim odnosima objavljen je u *Službenom listu SFRJ* 29/78.

6 Vlada Republike Srbije. Komisija za izradu Građanskog zakonika. 2019. Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije. Beograd. *https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html*, poslednji pristup 13. oktobra 2022.

Osnovna razlika između ta dva pristupa ogleda se u tome što se Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije prilikom uređivanja ugovora o doživotnom izdržavanju ograničava samo na jedan njegov modalitet – onaj u kojem se svojina sa primaoca prenosi na davaoca izdržavanja u momentu smrti primaoca izdržavanja. Izvan regulative Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije ostaju drugi modaliteti ugovora sa obavezom doživotnog izdržavanja u kojima se svojina primaoca izdržavanja za njegovog života prenosi na davaoca izdržavanja. Za razliku od Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima uređuju se svi ugovori kojima se davalac izdržavanja obavezuje da za određenu naknadu izdržava primaoca izdržavanja. Ugovori o doživotnom izdržavanju po kojima se svojina primaoca izdržavanja u momentu njegove smrti prenosi na davaoca izdržavanja posmatraju se u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima kao jedan od modaliteta šire postavljenog ugovora o doživotnom izdržavanju. Tako u članu 945, stav 2 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima stoji: „Ako je prenos svojine na davaoca izdržavanja odložen do smrti primaoca izdržavanja, davalac izdržavanja može svoje pravo iz ugovora obezbediti upisom u zemljišnoj knjizi."

Opisana razlika u određivanju pojma ugovora o doživotnom izdržavanju proističe iz drugačijeg pristupa kodifikatorskom radu. U pisanju Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, a to se posebno odnosi na deo posvećen naslednom pravu, primetna je inercija koja se ogleda u tome što su gotovo doslovno preuzete norme važećeg Zakona o nasleđivanju iz 1995. godine.[7] Član 2702, stav 1 Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije identičan je članu 194, stav 1 važećeg Zakona o nasleđivanju. Tvorci Zakona o nasleđivanju iz 1995. godine oslonili su se na pojam ugovora o doživotnom izdržavanju iz Zakona o nasleđivanju iz 1974. godine,[8] a taj zakon je pak preuzeo rešenje iz saveznog Zakona o nasleđivanju iz 1955. godine.[9] Na rešenje saveznog Zakona o nasleđivanju iz 1955. godine uticale su konkretne društvene okolnosti u kojima je na tom zakonu rađeno (Marković 1955, 142). Naime, s jedne strane, neposredno posle Drugog svetskog rata nije se pristupilo kodifikaciji celokupnog građanskog prava već samo porodičnog i naslednog. U zakonu koji je ograničen na uređenje naslednog prava, po prirodi stvari, nije bilo moguće normirati posebne imenovane obligacione ugovore. S druge strane, u tadašnjoj sudskoj praksi nije bilo jedinstvenog stanovišta o pravnoj kvalifikaciji sporazuma o doživotnom izdržavanju – da li ih smatrati ugovorom o nasleđivanju te ih poništavati, ili ih gledati kao klasične teretne obligacione ugovore u kojima je izvršenje jedne prestacije odloženo na trenutak smrti primaoca izdržavanja. Donošenje Zakona o

[7] Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS* 46/95, 101/03 i 6/15.

[8] Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik SRS* 52/74, 1/80 i 25/82.

[9] Uporediti član 117 Zakona o nasleđivanju Srbije iz 1974. godine i član 122 saveznog Zakona o nasleđivanju.

nasleđivanju uočeno je kao prilika da se to pitanje razreši. U skladu s tim je i redigovan član 122, stav 1 saveznog Zakona o nasleđivanju: „Ugovor kojim se jedan ugovornik obavezuje da izdržava doživotno drugog ugovornika, ili neko treće lice, a u kome drugi ugovornik izjavljuje da mu ostavlja svu imovinu ili jedan njen deo u nasleđe nije ugovor o nasleđivanju, nego ugovor o otuđenju uz naknadu svih nepokretnih stvari koje pripadaju primaocu izdržavanja u vreme zaključenja ugovora, ili određenog dela tih stvari, čija je predaja davaocu izdržavanja odložena do smrti primaoca izdržavanja." Tu zapravo nije definisan neki imenovani obligacioni ugovor, kako se to inače čini u građanskim zakonicima ili zakonicima o obligacijama kojima se uređuju posebni imenovani obligacionopravni ugovori, već je reč o zakonskoj konverziji, gde je zakonodavac eksplicitno odredio da se jedan ništav ugovor (ugovor o nasleđivanju kojim se ugovorni naslednik obavezuje da doživotno izdržava ugovornog ostavioca) preobražava u drugi, punovažan ugovor koji proizvodi slična pravna dejstva (ugovor o doživotnom izdržavanju na osnovu kojeg davalac izdržavanja u momentu smrti primaoca izdržavanja ne stiče celokupnu njegovu imovinu već samo nepokretnosti koje su pripadale primaocu izdržavanja u momentu zaključenja ugovora).

Kada se radi na zakoniku o obligacijama ili građanskom zakoniku, redaktor ima mogućnost da neki poseban imenovani obligacioni ugovor u celini uredi. Profesor Mihailo Konstantinović je tu priliku iskoristio. U Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima on daje širi pojam ugovora o doživotnom izdržavanju, kojim su obuhvaćeni svi modaliteti tog ugovora. Takav pristup postoji i u nekim drugim uglednim stranim kodifikacijama obligacionog prava.[10] Redaktori Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije nisu uočili niti iskoristili mogućnost da u jednoj sveobuhvatnoj kodifikaciji građanskog prava u celini urede ugovor o doživotnom izdržavanju već su se zadovoljili postojećim zakonskim tekstom koji su doslovno prepisali iako je on nastao u prilično drugačijim društvenim okolnostima.

Praktične posledice različitog pristupa određivanju pojma ugovora o doživotnom izdržavanju veoma su značajne. Kada bi danas bio na snazi tekst Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, i dalje bi postojale pravne praznine u pogledu ugovora o doživotnom izdržavanju na osnovu kojeg primalac izdržavanja prenosi svojinu na davaoca izdržavanja čim se takav ugovor zaključi.[11] Takvih pravnih praznina ne bi bilo da je na snazi tekst Skice

[10] U članu 521, stav 1 švajcarskog Zakonika o obligacijama ugovor o doživotnom izdržavanju (*Verpfründungsvertrag*) definiše se kao „ugovor kojim se primalac izdržavanja (*Pfründer*) obavezuje da prenese na davaoca izdržavanja (*Pfründgeber*) svoju imovinu ili pojedina imovinska prava, a ovaj se obavezuje da primaocu pruži doživotno izdržavanje i negu".

[11] Videti i Jelčić (2003, 116), koja ističe da se u praksi često sklapa ugovor o doživotnom izdržavanju kojim se svojina prenosi na davaoca izdržavanja neposredno po zaključenju ugovora (u hrvatskoj pravnoj nauci za takve ugovore se uobičajio

za zakonik o obligacijama i ugovorima. Navešćemo tri značajna praktična pitanja u kojima dolazi do izražaja različit kodifikatorski pristup prof. Mihaila Konstantinovića i redaktora Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije.

Prvo pitanje se tiče forme ugovora o doživotnom izdržavanju u kojem se prenos svojine ne odlaže na momenat smrti primaoca izdržavanja. Kada se u članu 943, stav 1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima šire definiše ugovor o doživotnom izdržavanju, a zatim u članu 944. propiše da se ugovor o doživotnom izdržavanju zaključuje u formi sudski solemnizovane isprave, onda je nesporno da toj formi podleže svaki ugovor o doživotnom izdržavanju, nezavisno od toga da li je njegov predmet pokretna ili nepokretna stvar i da li se svojina na davaoca izdržavanja prenosi u momentu primaočeve smrti ili ranije. Međutim, kada se u članu 2702, stav 1 Prednacrta građanskog zakonika uže postavi pojam ugovora o doživotnom izdržavanju, a nakon toga u članu 2703 propiše ta se takav ugovor o doživotnom izdržavanju zaključuje u formi javnobeležnički solemnizovane isprave, ostaje otvoreno pitanje u kojoj formi se zaključuje ugovor o doživotnom izdržavanju na osnovu kojeg svojina na pokretnoj stvari[12] na davaoca izdržavanja prelazi za života primaoca izdržavanja. U teoriji i praksi u vezi s tim pitanjem postoje različita shvatanja. Dok su jedni na stanovištu koje je došlo do izražaja u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i smatraju da se formom štite interesi i primaoca i davaoca izdržavanja, tako da svaki ugovor o doživotnom izdržavanju treba da bude zaključen u formi solemnizovane isprave (Perović 1964, 56), drugi smatraju da ugovor o doživotnom izdržavanju čiji je predmet pokretna stvar ne podleže formi ako se svojina prenosi na davaoca izdržavanja za života primaoca izdržavanja (Subotić 1960, 49–50). To drugo stanovište danas je preovladalo u našoj sudskoj praksi, iako se može opravdano kritikovati.[13] Naime, u takvom gledištu ne vodi se računa o tome da je ugovor o doživotnom izdržavanju ugovor sa trajnim izvršenjem prestacija. Primalac izdržavanja gubi stvarno pravo – svojinu na pokretnoj

naziv „ugovori o dosmrtnom izdržavanju") i kritikuje hrvatskog zakonodavca što je propustio da prilikom donošenja novog Zakona o nasljeđivanju uredi i taj modalitet ugovora o doživotnom izdržavanju.

[12] Ako je predmet ugovora o doživotnom izdržavanju nepokretnost, onda iz notarskih propisa i propisa kojima se uređuje promet nepokretnosti nesporno proističe da se takav ugovor mora zaključiti u formi javnobeležnički solemnizovane isprave, nezavisno od toga da li se prelazak svojine na davaoca izdržavanja odvija neposredno po zaključenju ugovora ili u momentu smrti primaoca izdržavanja. Videti član 4 Zakona o prometu nepokretnosti (*Službeni glasnik RS* 93/14, 121/14 i 6/15) i član 93 Zakona o javnom beležništvu (*Službeni glasnik RS* 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14, 121/14, 6/15 i 106/15).

[13] Videti Načelno mišljenje Proširene sednice Saveznog vrhovnog suda, br. 8/1957, od 11. januara 1957, objavljeno u Kurdulija 1976, 229; odluku Okružnog suda u Valjevu, Gž 266/2007, od 1. oktobra 2007, *Sudska praksa* 1–2/2010, 24.

stvari, a kao naknadu za to stiče obligaciono pravo – pravo da do svoje smrti zahteva od davaoca izdržavanja da izvrši određena periodična davanja. U ugovoru o doživotnom izdržavanju uvek lebdi u vazduhu jedna opasnost za primaoca izdržavanja: da li će davalac izdržavanja moći (na primer, tokom vremena može postati insolventan ili se može i sam razboleti) i hteti da izvršava svoju ugovornu obavezu (na primer, između ugovornika se može javiti netrpeljivost). Ta okolnost čini poziciju primaoca izdržavanja nezavidnom. On gubi pravo svojine (sigurnu vrednost), a za uzvrat dobija neizvesnu protivčinidbu. Zbog toga postoji potreba da primalac izdržavanja bude poučen o pravnim posledicama ugovora koji zaključuje i zaštićen od prenagljenog i nepromišljenog odlučivanja. U modalitetu ugovora sa obavezom doživotnog izdržavanja u kojem je premet primaočeve obaveze pokretna stvar postoji isti pravno-politički razlog da se propiše forma za zaključenje ugovora koji je nalagao da se predvidi pismena forma za sklapanje ugovora o prodaji pokretne stvari sa obročnim otplatama cene.[14]

Drugo pitanje tiče se obezbeđenja prava primaoca izdržavanja. Ako se odmah po zaključenju ugovora o doživotnom izdržavanju svojina prenese na davaoca izdržavanja, on može po svojoj volji raspolagati stvarju. Takav splet okolnosti mogao bi biti poguban za primaoca izdržavanja jer davalac može otuđiti stvar i prestati da daje izdržavanje. Primalac bi imao mogućnost da zahteva da se raskine ugovor o doživotnom izdržavanju i naknadu vrednosti stvari, ali od tih pravnih sredstava ne bi imao neku praktičnu korist ako je davalac izdržavanja insolventan. Zbog toga bi primalac izdržavanja trebalo da prilikom zaključenja takvog ugovora o doživotnom izdržavanju predvidi neko sredstvo kojim će obezbediti svoja ugovorna potraživanja, na primer da se konstituiše hipoteka na nepokretnosti koju prenosi u svojinu davaocu izdržavanja. Međutim, ako se ima u vidu opšti društveni kontekst u kojem neko lice pristaje da zaključi ugovor o doživotnom izdržavanju, teško je očekivati da će ono insistirati na ugovaranju obezbeđenja za svoja potraživanja. Zbog toga u uporednom pravu postoje zakonom predviđena obezbeđenja prava primaoca izdržavanja. Na primer, u švajcarskom pravu je predviđeno da primalac izdržavanja ima zakonsku hipoteku na stvari koju je preneo u svojinu davaoca izdržavanja radi obezbeđenja svog potraživanja (član 523 švajcarskog Zakonika o obligacijama i član 837, stav 1 švajcarskog Građanskog zakonika). Po uzoru na švajcarsko pravo, u članu 945, stav 1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima predviđeno je da se pravo primaoca izdržavanja obezbedi *ex lege* konstituisanjem realnog tereta na stvari koja je predmet ugovora: „Prilikom prenosa svojine nepokretnosti na davaoca izdržavanja upisaće se u zemljišnoj knjizi da je opterećena pravom primaoca

[14] Videti član 543 Zakona o obligacionim odnosima.

na doživotno izdržavanje." Prednacrtom građanskog zakonika Republike Srbije nije predviđeno nikakvo zakonsko obezbeđenje primaoca izdržavanja koji svojinu prenosi na davaoca izdržavanja odmah po zaključenju ugovora.

Treće pitanje se odnosi na poseban slučaj ništavosti ugovora o doživotnom izdržavanju u kojem je svojina preneta na davaoca neposredno po zaključenju ugovora. U takvoj situaciji davalac ima mogućnost da pribira plodove stvari koju je stekao na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju, na primer da nepokretnost izdaje u zakup i naplaćuje zakupninu. S tim u vezi, postavlja se pitanje da li se može smatrati poštenim ugovor o doživotnom izdržavanju u kojem se obaveze davaoca izdržavanja iscrpljuju isključivo u novčanim davanjima čija je visina manja od koristi koju je stekao od stvari. Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije to pitanje ne dotiče. Nasuprot tome, u članu 948, stav 1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima predviđeno je jasno rešenje za takvu situaciju: „Ako je vrednost svih davanja i usluga, na koje po ugovoru o doživotnom izdržavanju ima pravo primalac izdržavanja, manja od plodova i ostalih koristi koje se mogu imati od stvari prenesenih na davaoca izdržavanja, ili je jednaka sa njima, ugovor o doživotnom izdržavanju je ništav." U stavu 3 člana 948 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima predviđena je i mogućnost konverzije: „Ali će ugovor ostati na snazi ako je primalac izdržavanja prilikom zaključenja ugovora imao nameru da učini dar davaocu izdržavanja."

3. MESTO UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU U ZAKONSKOM SISTEMU

Redaktori Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije i prof. Mihailo Konstantinović nemaju isto stanovište o tome gde treba normirati ugovor o doživotnom izdržavanju. Da li je tom institutu mesto među naslednopravnim propisima (zakon kojim se uređuje nasleđivanje ili deo građanskog zakonika posvećen naslednom pravu) ili pak među propisima kojima se uređuju posebni obligacionopravni ugovori (zakon kojim se uređuju obligacije ili deo građanskog zakonika kojim se uređuje obligaciono pravo)?

Prof. Konstantinović stoji na stanovištu da je ugovor o doživotnom izdržavanju institut obligacionog prava i da mu je mesto u zakonu kojim se uređuju obligacije. Redaktori Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije ugovor o doživotnom izdržavanju uređuju u petoj knjizi koja je posvećena nasleđivanju.

Stanovište prof. Konstantinovića ima jače pravnoteorijsko utemeljenje. Već smo napomenuli da su redaktori Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije sledili tradiciju koja je skoro osam decenija duga u srpskom

pravnom poretku, a prema kojoj se ugovor o doživotnom izdržavanju normira u zakonu kojim se uređuje nasleđivanje. Takav pristup nije posledica nekog promišljenog teorijskog stava prema kojem je ugovor o doživotnom izdržavanju naslednopravni institut već specifičnih društvenih okolnosti koje su postojale u vreme rada na saveznom Zakonu o nasleđivanju iz 1955. godine (Marković 1955, 142). Naime, nasledno pravo u objektivnom smislu čine norme kojima se uređuju imovinskopravne posledice smrti fizičkog lica (Đurđević 2018, 21). Zadatak naslednopravnih normi jeste da urede prelazak zaostavštine sa ostavioca na njegove naslednike nakon ostaviočeve smrti i pravni položaj naslednika (Lange 2011, 19; Lange, Kuchinke 2001, 12). Ugovor o doživotnom izdržavanju ne spada ni u šta od toga. On nije osnov pozivanja na nasleđe. Za razliku od ugovora o nasleđivanju,[15] koji je u srpskom pravu zabranjen, a kojim ugovorni ostavilac svom saugovorniku ili trećem licu ostavlja celokupnu zaostavštinu ili njen alikvotni deo, ugovorom o doživotnom izdržavanju davalac izdržavanja stiče jedno ili više tačno određenih prava koje primalac izdržavanja mora posedovati u momentu zaključenja ugovora.[16] Drugim rečima, nasuprot ugovornom nasledniku, koji je univerzalni sukcesor ugovornog ostavioca, davalac izdržavanja je singularni sukcesor primaoca izdržavanja. Ugovor o doživotnom izdržavanju je instrument razmene dobara i usluga između dveju strana – jedna dobija određenu stvar ili kakvo drugo pravo, a kao naknadu za to dužna je da izdržava drugu stranu. U jednom modalitetu ugovora o doživotnom izdržavanju davalac izdržavanja stiče svojinu u momentu smrti primaoca izdržavanja, što u praksi taj ugovor približava naslednom pravu, ali ga ne čini naslednopravnim institutom.[17] Kao što ni poklon za slučaj smrti ne predstavlja institut naslednog prava, tako ni ugovor o doživotnom izdržavanju ne treba smatrati institutom naslednog prava zbog toga što u momentu smrti primaoca izdržavanja njegova svojina prelazi na davaoca izdržavanja.

[15] O razlici između ugovora o nasleđivanju i ugovora o doživotnom izdržavanju videti Đurđević 2009, 203.

[16] Videti član 194, stav 2 Zakona o nasleđivanju.

[17] To što se ugovor o doživotom izdržavanju na pravnim fakultetima u Srbiji izučava u predmetu nasledno pravo više je posledica težnje nastavnika i autora udžbenika da nastavni plan određenog predmeta upodobe sadržini zakona koji je najznačajniji izvor tog predmeta nego nekog ozbiljnijeg teorijskog promišljanja. To se jasno može videti na primeru jednog od najdugovečnijih srpskih udžbenika iz naslednog prava, čiji je autor prof. Borislav Blagojević. U prvim izdanjima udžbenika iz naslednog prava prof. Blagojevića nije bio obrađen ugovor o doživotnom izdržavanju (Blagojević 1954). Međutim, njegovi udžbenici objavljeni posle donošenja saveznog Zakona o nasleđivanju sadrže i izlaganja o ugovoru o doživotnom izdržavanju (Blagojević 1955, 312–318).

4. RASKID UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU ZBOG POREMEĆENIH ODNOSA IZMEĐU UGOVORNIKA

U članu 950, stav 1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima predviđeno je da ako su se odnosi između ugovornika iz bilo kog uzroka toliko poremetili da je njihov zajednički život postao nepodnošljiv, svaki od njih može zahtevati da se raskine ugovor. U članu 2709, stav 1 Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije na drugačiji način se uređuje mogućnost raskida ugovora o doživotnom izdržavanju zbog poremećenih odnosa: „Ako se međusobni odnosi ugovornika iz bilo kog uzroka toliko poremete da postanu nepodnošljivi, svako od njih može da raskine ugovor." Dok se u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima insistira na tome da „zajednički život" između davaoca i primaoca bude poremećen, u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije kaže se da je za raskid dovoljno da njihovi odnosi budu nepodnošljivi, pri čemu se ne insistira na tome da između njih postoji ugovorom ili *de facto* uspostavljen zajednički život.

Rešenju koje je predloženo u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije mogu se uputiti opravdane zamerke (Vukotić 2017, 759–761). U nekim situacijama za izvršenje obaveza davaoca izdržavanja je, po prirodi stvari, nužno da vodi zajednički život sa primaocem izdržavanja, na primer, kada se davalac izdržavanja obavezao da svakodnevno neguje primaoca izdržavanja i pruža mu pomoć. Izvršavanje takve obaveze podrazumeva zajednički život, a ako taj zajednički život iz bilo kog razloga postane nepodnošljiv, opravdano je raskinuti ugovor o doživotnom izdržavanju jer se svrha tog ugovora ne može više ostvariti. Međutim, u praksi se ugovaraju i drugačiji modaliteti obaveze izdržavanja koji ne podrazumevaju svakodnevni lični kontakt između ugovornih strana, na primer, kada je ugovorom precizirano da se obaveza davaoca izdržavanja sastoji u tome da primaocu izdržavanja plaća račune, lečenje, negu i usluge trećih lica i da mu finansira svakodnevne životne potrebe. Ako je ugovorom o doživotnom izdržavanju obaveza davaoca izdržavanja tako predviđena, ona se može izvršiti a da se pri tome ugovorne strane uopšte ne vide. U takvim situacijama primalac može, bez opravdanog razloga, prekinuti svaki kontakt sa davaocem izdržavanja, odbiti da prima izdržavanje, a onda tražiti raskid ugovora zbog poremećenih odnosa. Često je takvo ponašanje primaoca izdržavanja podstaknuto njegovom željom da zaključi ugovor o doživotnom izdržavanju sa nekim drugim licem. Tada zaista postoji nepodnošljiv odnos između ugovornika, a kako je za raskid ugovora irelevantna krivica za poremećaj odnosa, primalac može zahtevati da se raskine ugovor iako je skrivio poremećaj međusobnih odnosa. Sledstveno tome, u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije primaocu izdržavanja se daje mogućnost da se bez opravdanog razloga posvađa sa

davaocem i tako *de facto* ishoduje jednostrani raskid ugovora. Da bi sprečio takav ishod, Vrhovni sud Srbije morao je u jednom slučaju[18] da odstupi od svoje prakse da je za raskid ugovora o doživotnom izdržavanju irelevantna krivica za poremećaj međusobnih odnosa i da odbije primaočev zahtev za raskid ugovora jer postoji njegova isključiva krivica za neizvršavanje ugovornih obaveza. U obrazloženju te odluke stoji: „Bezrazložno onemogućavanje izvršenja ugovora od strane tužilje kao primaoca izdržavanja predstavlja samovolju koja ne može dobiti svoje opravdanje u pravu na priznanje toj stranci posebnog prava na raskid ugovora."

5. ZAKLJUČAK

Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima objavljena je pola veka pre Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije. Ta činjenica, sama za sebe, mogla bi da navede na zaključak da su njene odredbe kojima se uređuje ugovor o doživotnom izdržavanju prevaziđene, a da predložena rešenja jednog znatno mlađeg zakonskog prednacrta mogu bolje da odgovore potrebama današnjeg vremena. Međutim, nakon pažljive analize odredaba o ugovoru o doživotnom izdržavanju u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije nameće se drugačiji zaključak: odredbe iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima više odgovaraju potrebama današnjeg srpskog društva nego odredbe Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, koji je objavljen pre tri godine.

Razlog takve kontradiktornosti leži u drugačijem pristupu normativnom uobličavanju. Prof. Konstantinović je studiozno pristupao kodifikatorskom poslu, svestan mnogih praktičnih izazova koje treba da reši normiranjem određenog pravnog instituta.[19] Nasuprot takvom pristupu, redaktori Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, ili bar oni u čiju odgovornost

[18] Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev 81/2003 od 22. januara 2003, prema Antić, Đurđević 2003, 242–243.

[19] O tome najbolje govore svedočenja njegovih savremenika. Tako je jednim svečanim povodom prof. Miodrag Orlić, nekadašnji Konstantinovićev student i fakultetski saradnik, zabeležio: „Što se tiče Konstatntinovića, njegova delatnost je pored nastave na Pravnom fakultetu bila usmerena na razmatranje onih pravnih pitanja koja su bila od odlučujuće važnosti za dalji razvoj prava i stvaranje novog zakonodavstva. Rezultati Konstantinovićevog stvaranja nisu namenjeni neposredno studentima... nego sudijama i advokatima koji će ga primenjivati i profesorima koji će ga razrađivati, komentarisati i o njemu predavati. To naučno delo je u višoj sferi prava, jer sadrži jezgro koje će stalno, iznova inspirisati budući rad u oblasti Građanskog prava" (Orlić 2006, 52).

spada rad na odredbama o ugovoru o doživotnom izdržavanju, zadovoljili su se bez preteranog promišljanja odredbama iz starijih zakonskih tekstova i preuzeli ih potpuno nesvesni bitno drugačijih društvenih okolnosti u kojima su nastajali tekstovi koje preuzimaju.

LITERATURA

[1] Antić, Oliver, Dejan Đurđević. 2003. *Priručnik za nasledno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[2] Blagojević, Borislav. 1954. *Nasledno pravo.* Beograd: Naučna knjiga.

[3] Blagojević, Borislav. 1955. *Nasledno pravo FNRJ s osvrtom na prava drugih država*. Beograd: Naučna knjiga – Prosveta.

[4] Đurđević, Dejan. 2/2009. Uvođenje ugovora o nasleđivanju u srpsko pravo. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 57: 186–211.

[5] Đurđević, Dejan. 2018. *Institucije naslednog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[6] Jelčić, Olga. 2003. Ugovori o doživotnom i dosmrtnom izdržavanju. *Novo nasljednopravno uređenje*, ur. Mihajlo Dika. Zagreb: Narodne novine.

[7] Kurdulija, Momčilo. 1976. *Priručnik za nasledno pravo*. Beograd: Savremena administracija.

[8] Lange, Knut Werner. 2011. *Erbrecht*. München: Beck.

[9] Lange, Heinrich, Kurt Kuchinke. 2001. *Erbrecht*. München: Beck.

[10] Marković, Božidar S. 1955. *Zakon o nasleđivanju – sa objašnjenjima i napomenama*. Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije.

[11] Orlić, Miodrag. 2006. Skica za portrete trojice profesora Građanskog prava. *Sto šezdeset pet godina Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, ur. Miodrag Jovanović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik.

[12] Perović, Slobodan. 1964. *Formalni ugovori u građanskom pravu*. Beograd: Naučna knjiga.

[13] Perović, Slobodan. 1995. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Beograd: Savremena administracija.

[14] Subotić, Nevenka. 1–2/1960. Forma ugovora o doživotnom izdržavanju. *Pravni život* IX.

[15] Vukotić, Miloš. 10/2017. Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju zbog poremećenih odnosa. *Pravni život* LXVI: 755–772.

Dejan B. ĐURĐEVIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

NORMATIVE CONSTRUCTION OF THE LIFE CARE CONTRACT IN THE DRAFT CODE ON OBLIGATIONS AND CONTRACTS AND IN THE PREDRAFT OF THE CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The article provides a comparative analysis of the legislative proposals contained in the Draft Code on Obligations and Contracts and the Predraft of the Civil Code of the Republic of Serbia. The text explains the historical development of the life care contract in Serbian legislation and the circumstances that formed it and placed it into codification devoted to law on inheritance. The author is strongly critical of the proposals in the Predraft because its authors did not take advantage of the opportunity to create new rules that would be adequate in contemporary circumstances, but rather copied the existing rules of the Law on Inheritance, which have long been recognized as deficient in certain aspects. The author concludes that the life care contract deserves a new and more comprehensive legislative regime, which would respond to practical needs and solve existing dilemmas.

Key words: *Life care contract. – Codification. – Legislation. – Mihailo Konstantinović. – Civil Code.*

Article history:
Received: 13. 9. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

UDK 347.23(493)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK11A

Dr Katarina DOLOVIĆ BOJIĆ*

PRAVNE GARANCIJE PRAVA SVOJINE

Ove godine se navršava 125 godina od rođenja i 40 godina od smrti Mihaila Konstantinovića, nekadašnjeg redovnog profesora Pravnog fakulteta u Beogradu. Od mnogih tema iz oblasti građanskog prava kojima se prof. Konstantinović bavio, autorka izdvaja institut prava svojine, tačnije pitanje pravnih garancija prava svojine. Baveći se pojmom prava svojine, Konstantinović je otvorio pitanje ograničenja prava svojine te problematizovao ideju o njenoj nepovredivosti.

U ovom radu, iako je u osnovi inspirisan Konstantinovićevim redovima o „pitanju svojine", kako je sam naslovio jedan od svojih članaka posvećenih toj temi, analizira se pojam pravnih garancija prava svojine. Autorka u radu nudi i kriterijume za razlikovanje pojmova ograničenja prava svojine od nekih drugih pojmova, samo naizgled srodnih ovom pojmu, smatrajući da je precizna terminologija osnov sistema koji čini skelet stvarnog prava. Na taj način bi se ključni deo stvarnog prava mogao sistematizovati kroz tri celine: pravo svojine, ograničenja i opterećenja prava svojine.

Ključne reči: *Pravo svojine. – Pravne garancije prava svojine. – Nepovredivost prava svojine. – Ograničenje prava svojine. – Oduzimanje prava svojine.*

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*.

1. UVOD

Značaj prava svojine posmatran sa aspekta njenog titulara i njegovih individualnih interesa, posebno uvažavajući njegovu pravnu sigurnost, kao i iz ugla ostvarivanja javnih interesa svakog društva (ekonomski, kulturni, odbrambeni), nametnuo je potrebu propisivanja pravnih garancija za zaštitu prava svojine. Te garancije mogu biti dvojake: prvo, *pravne garancije nepovredivosti prava svojine* i, drugo, *pravne garancije pod kojima pravo svojine*, čija nepovredivost danas očigledno nije i ne može biti apsolutna, *može biti oduzeto i ograničeno*.

Garancije prava svojine propisane su u nacionalnim zakonodavstvima, a imajući u vidu njihov značaj, predmet su regulisanja i međunarodnog prava. U međunarodnom pravu pravo na mirno uživanje imovine spada u korpus međunarodno priznatih i zaštićenih ljudskih prava (Hiber 1996, 203). „Ova univerzalnost, a naročito stanje nacionalnih prava, čini da se može govoriti o pravilima koja ulaze u civilizacijsku tekovinu čovečanstva, koja dakle karakter pravila međunarodnog prava ne duguje (samo) potpisivanju i ratifikaciji međunarodnih konvencija“ (Hiber 1996, 2013). U tom smislu se i u Prvom protokolu uz evropsku Konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama propisuje da svako fizičko i pravno lice ima pravo na nesmetano uživanje svoje imovine te da niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.

2. GARANCIJE NEPOVREDIVOSTI PRAVA SVOJINE

2.1. Uvod

Koreni ideje o nepovredivosti prava svojine sežu do vremena Francuske revolucije, odnosno 1789. godine i donošenja Deklaracije o pravima čoveka i građanina. U toj deklaraciji pravo svojine je definisano kao „nepovredivo i sveto pravo“ kojeg niko ne može biti lišen „osim u slučaju zakonom predviđene i očite javne nužde, uz uslov pravedne i predviđene štete“.[1] Takođe, u Deklaraciji se u prirodna i večita prava čoveka ubraja, između ostalog, i pravo svojine. Stoga se može zaključiti da Deklaracija pravo svojine smatra prirodnim, večitim, nepovredivim i svetim pravom čoveka. Mihailo Konstantinović je period nakon donošenja Deklaracije o pravima čoveka i građanina nazvao

[1] Deklaracija o pravima čoveka i građanina, čl. 17.

„starim shvatanjem svojine“, budući da je o pojmu svojine pisao 1925. godine, u vreme kada su već uveliko prodirale „nove pravne formule“ i „nova shvatanja svojine“. Smatrao je da su ta „stara shvatanja svojine“, nastala nakon što je francuska revolucija okončana, morala biti osuđena na propast, budući da sam individualizam, koji Revolucija stvara, polazi od netačne pretpostavke da je čovek po prirodi nezavisan (Konstantinović 1982a, 284). „Nezavisan čovek“ je po Konstantinoviću „jedna apsurdna apstrakcija“, a „kad se rezonuje na apsurdnim pretpostavkama, dolazi se do apsurdnih zaključaka“ (Konstantinović 1982a, 285): vlasnik može vršiti svoje pravo svojine i na način „štetan za zajednicu“ (Konstantinović 1982a, 285) budući da je svojina pravo koje postoji jedino u interesu njenog titulara i radi zadovoljenja njegovih ličnih potreba i prohteva (Konstantinović 1982a, 286).

Ipak, ne može se reći da se u tekstu Deklaracije ne ukazuje na to da ideja o neograničenosti, nepovredivosti i svetosti prava svojine ipak nije apsolutna. Naime, Deklaracijom se dozvoljava da pravo svojine, ipak, nekada i pod određenim uslovima, može biti ograničeno. Zahteva se da ti uslovi budu predviđeni zakonom, da razlog za ograničenje bude „očita javna nužda“ (javni interes) te da sopstvenik bude pravično obeštećen. U Deklaraciji se ne daje neka potpunija slika o samim ovlašćenjima koja čine sadržinu prava svojine, pa Konstantinović daje svoju definiciju pojma svojine: svojina je pravo na osnovu kojeg se jedna stvar nalazi stalno podvrgnuta isključivoj volji sopstvenika (Konstantinović 1982a, 282) koji je ovlašćen, baš zbog toga što je sopstvenik, da stvar upotrebljava, uživa je, njome raspolaže, kao i da je ne upotrebljava. Ta Konstantinovićeva definicija oslikava, međutim, pojam prava svojine i nezavisno od teksta same Deklaracije, kao što se i u samoj Deklaraciji ukazuje na relativni karakter nepovredivosti, odnosno neograničenosti prava svojine (Konstantinović 1982a, 282). Taj liberalni koncept prava svojine koji je ozvaničen Deklaracijom našao je svoje mesto i u francuskom Građanskom zakoniku, čija definicija prava svojine ostaje neizmenjena već više od dva veka, utičući tokom čitavog tog perioda na zakonske tekstove mnogih drugih zemalja (Nikolić, Midorović 2018, 67).

Međutim, u Evropi se od sredine 19. veka razvija ideja o socijalnoj funkciji svojine (Medić 2020, 21–22), po kojoj svojina više nije individualno pravo nego socijalna funkcija, te ne postoji samo u interesu vlasnika već u interesu čitavog društva. To što je neko vlasnik stvari ne znači da je može upotrebljavati kako želi i da ima samo pravo; vlasnik ima i dužnost da osim što postupa sa stvari u svom interesu, to čini i u opštem interesu. Osnov shvatanja svojine

kao socijalne funkcije[2] jeste u potrebi međuzavisnosti i solidarnosti članova jedne zajednice. Konstantinović objašnjava da ta potreba obično nastaje onda kada se pojavi opasnost po čitavu zajednicu, te kao primer navodi rat za vreme kojeg postoji dužnost obrađivanja zemlje budući da je to u opštem interesu (Konstantinović 1982a, 287).

2.2. Pojam nepovredivosti prava svojine

Kako je pravo nepovredivo baš zbog toga što je pravo, izraz nepovredivost prava svojine čist je pleonazam (Hiber 1998, 32). Izraz „nepovredivost" prava svojine oslikava osobinu svojine izvedenu iz pojma neograničenosti svojine (Hiber 1998, 9). Takođe, na nepovredivost prava svojine misli se i onda kada se govori o pravu na mirno uživanje imovine, što je sintagma svojstvena pre svega međunarodnim aktima. Tako shvaćen pojam nepovredivosti značio bi da bi svaki „atak" na svojinu, u smislu oduzimanja ili ograničavanja, vodio neminovno povredi tog prava.

Ipak, u istoriji nije bilo niti će ikada biti društva u kome bi bilo moguće da pravo svojine na nepokretnostima bude neograničeno.[3] Kako ne može biti reči o nepovredivosti prava svojine u nekom apsolutnom smislu, ni sam pojam pravnih garancija prava svojine ne može biti potpuno iscrpljen pojmom nepovredivosti prava svojine. Drugim rečima, mora se govoriti o dvojakosti garancija prava svojine: s jedne strane, o garancijama nepovredivosti prava svojine, ali, s druge strane, i o garancijama pod kojima ta nepovredivost može biti „povređena", odnosno pod kojima svojina može biti oduzeta ili ograničena. Ma koliko bilo široko i „apsolutno" pravo svojine, svaki vlasnik svoje pravo ostvaruje u društvu, a bezgranično korišćenje stvari ubrzo bi ugrozilo same temelje društva i dovelo u pitanje opstanak svačijeg prava svojine (Stanojević 2003, 246). Dakle, budući da nepovredivost svojine nije (i ne može biti) apsolutna, ona se može definisati i kao „samoograničenje

[2] Uz socijalnu funkciju prava svojine ide i ideja o zabrani zloupotrebe prava. O zabrani zloupotrebe prava prvo su počeli da govore francuski sudovi – sudovi zemlje Deklaracije, u kojoj je individualizam trijumfovao i odatle bio prenet u ostale zemlje. Više o tome vid. u Konstantinović 1982d, 261–281.

[3] Privatna svojina je bila osnovni oblik svojine u Rimu budući da su nju Rimljani poznavali tokom cele istorije i na njoj izgradili svoju moć, slavu i pravo. Ipak, i u rimskom pravu je *plena in re potestas* značila potpunu vlast na stvarima u granicama konkretnih društvenih, ekonomskih i pravnih odnosa, odnosno da vlasnik može raditi sve osim onoga što mu je zakonom zabranjeno. Još je Zakon XII tablica postavio mnoge granice volji vlasnika, kako granice u opštem interesu, tako i granice u interesu suseda. Stojčević 1981, 133–134.

države, koje se sastoji u njenoj obavezi da se uzdrži od svakog akta, pa i onog zaodenutog u formu zakona, kojim se oduzima ili ograničava (privatna) svojina, izuzev kada je to u javnom (opštem) interesu, i po pravilu uz naknadu“ (Hiber 1998, 30).

Kada je reč o pravu svojine, možemo izdvojiti dva odnosa: jedan pravni, koji nastaje između vlasnika i svih trećih lica koja su dužna da se uzdržavaju od povrede svojinskih ovlašćenja, i drugi faktički, koji nastaje između vlasnika i stvari i koji materijalizuje pravni odnos (Kovačević Kuštrimović, Lazić 2009, 59). Naime, analizom odredaba zakona/zakonika kojima se propisuju garancije nepovredivosti prava svojine upravo se ukazuje na dužnost svih trećih lica da se uzdržavaju od povrede prava svojine, s jedne strane, i na sadržinu prava svojine – ovlašćenja koja ima titular, zbog čega se svojina i naziva potpunom vlašću na stvari, s druge strane. Istina, daleko bi preciznije bilo govoriti o najpotpunijoj vlasti na stvari, imajući u vidu zakonska ograničenja prava svojine, a posmatrano opet u odnosu na ostala stvarna prava.

3. GARANCIJE POD KOJIMA PRAVO SVOJINE MOŽE BITI ODUZETO I OGRANIČENO

3.1. Uvod

Nije moguće definisati pravo svojine bez pomena njegovih ograničenja. Drugim rečima, svaki pokušaj analize i objašnjenja tog pojma bez ukazivanja na činjenicu da je reč o ograničenom pravu bio bi bezuspešan. Pravo svojine se vrši u društvu, pa između vlasnikove slobode i opštih interesa postoji uzajamni odnos. Pravo svojine je ograničeno u svim pravnim sistemima i upravo to ukazuje na značaj socijalne funkcije prava svojine. Moderne države su sve više sklone propisivanju ograničenja prava svojine. Bez toga bi moderno društvo teško funkcionisalo. Čak je interesantno da je to ograničenje izraženije u Zapadnoj nego u Istočnoj Evropi (Nikolić 2014, 87–88). Prilikom propisivanja svih ograničenja prava svojine ne bi se smele povrediti garancije prava svojine. Javnopravnim normama propisuju se garancije pravu svojine budući da privatno (građansko) pravo nije u stanju da spreči javnopravne uticaje na vlasništvo (Gavella 2007, 355). Iako je vremenom broj ograničenja prava svojine postajao sve veći, pravo svojine je pojmovno ostajalo isto, odnosno i dalje omogućava vlasniku potpunu vlast na stvari (Gavella 2007, 355). Ipak, kao što smo već ranije naveli, pravo

svojine nije najispravnije definisati kao potpunu vlast na stvari[4] budući da bi to ukazivalo na neograničenost prava svojine, što nije i ne može biti moguće. Daleko preciznije bi bilo govoriti o najpotpunijoj vlasti na stvari.

3.2. Pojam ograničenja prava svojine

U pravnoteorijskim razmatranjima ograničenja prava svojine autori[5] obično daju definiciju ograničenja prava svojine. Zapaža se da se u većini tih definicija pojam ograničenja prava svojine posmatra u širem i užem smislu, što, prema našem mišljenju, ne samo da pojam ograničenja prava svojine čini nedovoljno preciznim već unosi i nepotrebne terminološke nejasnoće. Kada kažemo nejasnoće, mislimo na nedovoljno razgraničenje pojmova ograničenja i opterećenja prava svojine, budući da izvestan broj autora pod ograničenjem svojine u širem smislu smatra opterećenje svojine – voljno ograničenje i ograničenje u užem smislu – zakonsko ograničenje. Ipak, u nekom drugom smislu, a kada potpuno ostavimo po strani pojam

---

[4] „Kažeš li o kakvoj stvari moja je, to je najviše što kazati možeš" – Valtazar Bogišić, Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, čl. 1105. Konstantinović je o Opštem imovinskom zakoniku ovako pisao: „Postoji u našoj zemlji jedan zakonik o kome se vrlo malo govori, a koji je jedan od najboljih na svetu... Taj zakonik... o kome su se strani pravnici najpovoljnije izrazili, mogao bi... da se protegne na celu zemlju... Što je crnogorska sredina primitivna, to ne znači da bi crnogorski zakonik bio nepodesan za ostale, kulturno razvijene krajeve naše zemlje. Jer, taj je zakonik mnogo napredniji od samog austrijskog Građanskog zakonika." Konstantinović 1982c, 392.

[5] Citiraćemo samo neke od domaćih pisaca koji uočavaju složenost pojma ograničenja prava svojine te nastoje da razviju njegov uži i širi pojam. „U najširem smislu reči pod ograničenjima svojine obuhvatamo sve granice objektivnog prava i sva opterećenja subjektivnim pravima trećih koja sužavaju načelnu slobodu najpotpunijeg korišćenja i raspolaganja stvarima od strane vlasnika"; „Kao svojinska ograničenja u užem smislu smatramo samo ograničenja postavljena pravnim poretkom, a ne ograničenja sadržaja svojine koja proizlaze iz pravnog posla." Stojanović 1998, 59.

„Pojam ograničenja prava svojine u najširem smislu podrazumeva sve granice prava svojine koje objektivno pravo postavlja, kao i sva njena opterećenja subjektivnim pravima trećih lica koja sužavaju vršenja svojinskih ovlašćenja vlasnika. U užem smislu ovaj pojam podrazumeva ograničenja propisana objektivnim pravom." Rašović 2005, 108.

„Ograničenje svojine podrazumeva sužavanje vlasnikovih ovlašćenja bilo na osnovu zakona, bilo pravnim poslovima sa trećim licima /na primer konstituisanje plodouživanja/. Istina neki pravni pisci pod ograničenjima prava svojine podrazumevaju samo ona koja proizlaze iz zakona, a ne i voljna ograničenja." Kovačević Kuštrimović, Lazić 2006, 103.

opterećenja prava svojine (jer mu ovde i nije mesto), čini se da ima smisla govoriti o pojmovima ograničenja svojine u širem i užem smislu. Naime, pod ograničenjem prava svojine u širem smislu podrazumevalo bi se oduzimanje prava svojine i ograničenje prava svojine u užem smislu.

Pod pojmom ograničenja prava svojine (u užem smislu) podrazumevaju se samo zakonom propisane granice u kojima se uopšte može postati titular prava svojine na određenim stvarima i u određenom obimu i u okviru kojih se mogu vršiti svojinska ovlašćenja koja proizlaze iz prava svojine. Iz ovako određenog pojma ograničenja prava svojine proizlaze i njegove karakteristike: prvo, ograničenje prava svojine mora biti izričito propisano zakonom, dakle, ne može se pretpostavljati; drugo, ograničenje prava svojine je van pojma prava svojine; treće, ograničenje prava svojine je van volje titulara prava svojine i, na kraju, četvrto, ograničenja prava svojine se mogu odnositi na subjekt svojine, objekt svojine po vrsti i obimu i na sadržinu svojinskih ovlašćenja (Dolović, 2012, 508).

3.2.1. Ograničenje prava svojine i oduzimanje i opterećenje prava svojine

Pojam ograničenja prava svojine treba razgraničiti od pojmova oduzimanja i opterećenja prava svojine. Ta razgraničenja nemaju samo terminološki već i suštinski značaj.

3.2.1.1. Ograničenje i oduzimanje prava svojine

Najpre, neophodno je istaći da se pravo svojine može oduzeti, ali i ograničiti, samo na osnovu zakona.[6] U razgraničenju pojmova oduzimanja i ograničenja prava svojine ni u pravnoj teoriji ni u praksi nema teškoća. Nije pogrešno nekada upotrebiti pojam ograničenja u nekom širem smislu, na način da se time ukaže na to da svojina nekada, kada zakon to dozvoljava, može biti oduzeta ili ograničena, te da se o nepovredivosti prava svojine ne može govoriti u apsolutnom smislu.

Oduzimanje prava svojine uvek podrazumeva promenu titulara prava svojine, dotadašnji titular prestaje biti vlasnik oduzete stvari i samim tim on gubi svojinska ovlašćenja držanja, raspolaganja i korišćenja oduzete stvari.

---

[6] Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa (ZOSO) propisuje se da se pravo svojine može oduzeti ili ograničiti u skladu sa ustavom i zakonom, *Službeni list SFRJ* 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ* 29/96 i *Službeni glasnik RS* 115/2005 – dr. zakon, čl. 8.

Kada se pravo svojine ograničava, po pravilu, nema promene titulara prava svojine. Kada je reč o ograničenjima prava svojine u vezi sa njenom sadržinom, nikada se ne menja titular prava svojine, dotadašnji vlasnik stvari i dalje ostaje vlasnik stvari, ali su ta ovlašćenja, ili samo neko od njih, ograničena u smislu nastupanja dužnosti za vlasnika da nešto propušta, trpi ili čini (Stojanović 1963, 39). U ograničenju prava svojine u odnosu na subjekt svojine, moguće su dve situacije, zavisno od toga da li je određeni subjekt već bio titular prava svojine u momentu propisivanja konkretnog ograničenja ili nije. Ukoliko nije bio titular prava svojine, onda je stvar jasna, budući da ne može ni postati titular prava svojine. Međutim, ako je već bio titular prava svojine, onda mogu nastupiti dve posledice: prva, da dotadašnji titular zadrži pravo svojine kao stečeno pravo, i druga, da mu svojina bude oduzeta, svakako uz naknadu, i u tom slučaju se menja titular prava svojine. Kada je reč o ograničenju prava svojine u vezi sa objektom svojine, bitno je da li se ograničenje odnosi na nemogućnost da određeni subjekt bude vlasnik određene stvari u celini ili delimično. Ukoliko je u pitanju ograničenje da određeni subjekt ne može biti vlasnik određene stvari samo u određenom obimu, jasno je da dotadašnji titular i dalje ostaje titular prava svojine koja je kvantitativno smanjena. Međutim, ako je u pitanju ograničenje prava svojine u smislu da određeni subjekt ne može uopšte posedovati određenu stvar, postavlja se pitanje da li je već bio ili nije bio vlasnik te stvari u momentu propisivanja ograničenja te, ako nije bio, on i ne može postati vlasnik te stvari, a ako je bio, ili će ostati titular prava svojine po osnovu stečenih prava ili će mu svojina biti oduzeta uz naknadu.

3.2.1.2. Ograničenje i opterećenje prava svojine

Pojedine teškoće eventualno mogu nastati u razgraničenju pojmova ograničenja prava svojine i opterećenja prava svojine. Te teškoće, prema našem mišljenju, posledica su, prvo, neuvažavanja činjenice da su stvarnopravni odnosi u pojedinim pravnim sistemima još uvek u principu regulisani u duhu građanskih zakonika koji su doneti u vreme kada se svojina smatrala neograničenim stvarnim pravom, i drugo, preuzimanja iz tih pravnih sistema pojedinih zakonodavnih rešenja, bez njihovog prilagođavanja duhu domaćeg zakonodavstva, odnosno prihvaćenom shvatanju pojma svojine kao ograničenog stvarnog prava.[7]

[7] Smatramo da su upravo to razlozi zbog kojih se u pravnoteorijskim razmatranjima kod nas, najblaže rečeno, stvaraju terminološki problemi u vidu nejasnoća i nepreciznosti u vezi sa, na primer, pojmovima susedskog prava, stvarnih službenosti i „zakonskih službenosti u opštem interesu“, odnosno javnopravnih ograničenja i „ograničenja u opštem društvenom interesu“.

Ograničenje prava svojine i opterećenje prava svojine svoj osnov moraju imati u zakonu. Razlika je u tome što se pravo svojine može ograničiti samo zakonom, tako da se ograničenja prava svojine primenjuju neposredno na osnovu zakona, dakle, zakon je neposredan osnov, dok je u slučaju opterećenja prava svojine zakonski osnov samo mogućnost da dođe do opterećenja prava svojine, a da bi ono nastupilo, uz zakonski osnov, potrebna je i volja titulara prava svojine da svojinu optereti, odnosno potreban je pravni posao, tako da je zakon samo posredni osnov (Vedriš 1983, 177). Neposredni pravni osnov nastanka opterećenja svojine najčešće je dvostrani pravni posao – ugovor. Ipak, pravo svojine može biti opterećeno i jednostranim pravnim poslom, kada je volja izjavljena izričito – testament. U slučaju da opterećenje prava svojine nastaje primenom instituta održaja, moglo bi se, načelno, reći da je tu volja iskazana prećutno.

Ograničenje prava svojine je van volje titulara prava svojine, ono nastupa na osnovu zakona i nezavisno od volje titulara, a da bi nastupilo opterećenje prava svojine, potrebna je volja titulara da optereti stvar čiji je vlasnik. Dakle, opterećenje prava svojine je posledica slobodne volje titulara prava svojine da li će i u kojoj meri opteretiti svoje pravo svojine, odnosno da li će u propisanim granicama prava svojine konstituisati pravo trećih lica na svojoj stvari.[8] Konačno, ograničenje prava svojine može se odnositi i na subjekte i na objekte prava svojine, kao i na sadržinu svojinskopravnih ovlašćenja, dok se opterećenje prava svojine odnosi samo na svojinskopravna ovlašćenja.

3.2.2. Vrste ograničenja prava svojine

U pravnoj teoriji su česte podele ograničenja prava svojine. Jedna od najčešćih podela ograničenja prava svojine je na a/ javnopravna ograničenja i b/ privatnopravna ograničenja (Stojanović 1998, 59).

Kriterijum za takvu podelu ograničenja prava svojine je preovlađujući interes koji je opredelio zakonodavca da propiše određeno ograničenje prava svojine. Javnopravna ograničenja propisana su u javnom (opštem) interesu, dok su privatnopravna ograničenja propisana u interesu pojedinih titulara prava svojine. Za obe vrste ograničenja prava svojine zajedničko je da moraju biti propisane zakonom, ali dok su norme kojima se propisuju javnopravna ograničenja prava svojine imperativne prirode i sadržane u brojnim zako-

[8] „But consensual limitations can simultaneously be presented as not really limitations of ownerschip at all, but as manifestations of the owner's ability, as a facet of his ownership to deal with his property as he likes." Gardner, MacKenzie 2012, 189.

nima, pa se iz tih razloga ne mogu menjati voljom zainteresovanih lica, norme privatnopravnih ograničenja su dispozitivne prirode, sadržane u građanskopravnim zakonicima i mogu se menjati voljom zainteresovanih lica.

4. PRAVNE GARANCIJE PRAVA SVOJINE U PRAVU SRBIJE (i tekstovima Nacrta i Prednacrta)

U Republici Srbiji pravo svojine ima ustavne i zakonske garancije. Kada je reč o garancijama nepovredivosti prava svojine, Ustavom Republike Srbije se garantuje mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona.[9] Ustavom je takođe propisano da svi oblici svojine – privatna, zadružna i javna – imaju jednaku pravnu zaštitu.[10]

Kada je reč o zakonskim garancijama prava svojine[11], Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa u osnovnim načelima propisuje garancije nepovredivosti prava svojine – vlasnik ima pravo da svoju stvar drži, da je koristi i da njome raspolaže u granicama određenim zakonom i svako je dužan da se uzdržava od povreda prava svojine drugog lica.[12]

Iako Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima i Prednacrt građanskog zakonika RS nisu postali deo našeg pozitivnog prava (a sva je prilika da ni u budućnosti neće), nije na odmet analizirati i njihove odredbe posvećene pravnim garancijama prava svojine, i to iz najmanje dva razloga: prvo, reč je o tekstovima koji su, posebno posmatrano u odnosu na period donošenja ZOSO, novijeg datuma i, drugo, obe radne grupe bile su sastavljene od velikog broja praktičara (pre svega sudija) i teoretičara prava.

---

[9] Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 58, st. 1.

[10] Ustav Republike Srbije, čl. 86, st. 1.

[11] U našem pravu svojina je prvi put bila regulisana srpskim Građanskim zakonikom u kojem je stajalo da je „...svaki Srbin savršeni gospodar svojih dobara, tako da je on vlastan ova po svojoj volji uživati, s njima po volji raspolagati i svakoga otuda isključiti...“. Konstantinović je izneo svoj stav o srpskom Građanskom zakoniku iz 1844. godine – tzv. Hadžićevom zakoniku, nazivajući ga jednim od najgorih zakonika, i to ne samo po sadržini, već i po tehnici i formi. Pisao je o manama austrijskog Građanskog zakonika po čijem uzoru je nastao srpski Građanski zakonik – tačnije, SGZ je u osnovi prevod AGZ. Vid. Konstantinović 1982c, 385–391.

[12] Zakonom je propisana i zabrana zloupotrebe prava – vlasnik ostvaruje pravo svojine u skladu sa prirodom i namenom stvari i zabranjeno je vršenje prava svojine protivno cilju zbog koga je zakonom ustanovljeno ili priznato. Videti Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, čl. 4.

Tako, Nacrtom zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima propisano je da je „pravo svojine (je) najšire pravo lica (vlasnika) da, u granicama zakona i pravnog poretka, po svom nahođenju postupa sa stvari koja mu pripada, a naročito da je drži, upotrebljava, prisvaja koristi od nje, menja joj svojstva i namenu, otuđi je ili na drugi način njome raspolaže, sve ostale isključi od uticaja na stvar, zahteva je od svakoga ko je drži bez pravnog osnova, kao i da ne vrši svoja ovlašćenja u pogledu nje".[13] Reč je, dakle, o pravnim garancijama nepovredivosti prava svojine koje proizlaze iz same definicije tog prava.

U tekstu Prednacrta građanskog zakonika, takođe, propisane su pravne garancije prava svojine na način što se najpre definiše to stvarno pravo, i to navođenjem ovlašćenja koja ima titular tog prava i u pogledu same stvari i u odnosu na sva treća lica.

Kada je reč o pravnim garancijama pod kojima se pravo svojine može oduzeti i ograničiti, čija nepovredivost, kao što smo videli, nije i ne može biti apsolutna, Ustavom Republike Srbije je propisano da pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona i uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne.[14] Zanimljivo je da se u sledećem stavu istog člana Ustava propisuje da se zakonom može ograničiti način korišćenja imovine.[15] Primećujemo da ustavotvorac u jednom stavu govori o pravu svojine, dok odmah u sledećem stavu istog člana prelazi na pojam imovine. To mešanje pojmova prava svojine i imovine nije, naravno, svojstveno samo tvorcu našeg Ustava, te nam se čini da je u oba stava reč o pravu svojine, tačnije, u prvom slučaju je reč o oduzimanju i ograničenju samog prava svojine, dok je u drugom slučaju reč o objektu prava svojine – stvari, te mogućnosti da, po slovu Ustava, bude ograničen način korišćenja te stvari. Postavlja se pitanje da li je uopšte stav 3 citiranog člana neophodan, budući da je u prethodnom stavu već propisana mogućnost ograničenja prava svojine. Drugim rečima, ukoliko je propisana mogućnost ograničenja prava svojine a zna se šta sve obuhvata pojam ograničenja te na koji se sve način može ograničiti pravo svojine, pitamo se zbog čega postoji potreba da se u sledećem stavu posebno propisuje mogućnost jednog od mogućih vidova ograničenja prava svojine – ograničenje u pogledu sadržine.

---

[13] Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 79, *https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf*, poslednji pristup 15. oktobra 2022.

[14] Ustav Republike Srbije, čl. 58, st. 2.

[15] Ustav Republike Srbije, čl. 58, st. 3.

Kada je reč o zakonskim garancijama prava svojine, imajući u vidu obim rada, pomenućemo samo garancije koje su propisane odredbama ZOSO, iako se odredbe kojima se propisuju mogućnost i postupak oduzimanja i ograničavanja prava svojine nalaze i u mnogim drugim zakonima.[16] U osnovnim načelima Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa propisane su garancije u vezi sa mogućnošću oduzimanja i ograničavanja prava svojine – pravo svojine se može oduzeti ili ograničiti u skladu sa ustavom i zakonom.

Tvorci Nacrta su takođe regulisali pitanje mogućnosti ograničenja prava svojine. Naime, u Nacrtu se prilično detaljno reguliše pitanje ograničenja prava svojine posvećujući tom institutu šest članova.[17] Nacrt najpre propisuje opšta ograničenja prava svojine, da bi, zatim, naredna dva člana posvetio „ograničenjima na osnovu posebnih propisa" i „ostalim ograničenjima u javnom interesu". U ta tri člana autori Nacrta se uglavnom drže toga da se pravo svojine može ograničiti isključivo zakonom. Na dva mesta ipak postoje odstupanja: prvo, u stavu 1 čl. 80 navodi se da je „vlasnik dužan u granicama zakona i pravnog poretka..." i, drugo, član 81 je naslovljen kao „Ograničenja na osnovu posebnih propisa". Prvo odstupanje može stvoriti dilemu zbog toga što se postavlja pitanje kako odrediti pojam pravnog poretka te šta taj pojam sve obuhvata osim važećih zakona jedne zemlje. Drugo, pak, odstupanje, može stvoriti zabunu u smislu što pojam „propisa" obuhvata i zakone i podzakonske akte, pa se pitamo da li se i podzakonskim aktima može ograničiti nečije pravo svojine. Ipak, sadržina čl. 81 pokazuje da su autori Nacrta ipak imali u vidu zakonske propise.

Međutim, čini se da odredba čl. 83, st. 1 stvara daleko više nedoumica. Najproblematičniji je sam naziv člana koji glasi „Ograničenja na osnovu pravnog posla". Naime, tom odredbom je propisano da „ako zakon ne propiše drukčije, vlasnik može da pravo svojine uslovi, oroči, ograniči ili

[16] Vid., na primer, samo neka. Prema Zakonu o poljoprivrednom zemljištu (*Službeni glasnik RS* 62/2006, 65/2008 – dr. zakon, 41/2009, 112/2015, 80/2017 i 95/2018 – dr. zakon, čl. 59), vlasnik, odnosno korisnik poljoprivrednog zemljišta dužan je: 1) da obradivo poljoprivredno zemljište redovno obrađuje i da primenjuje mere propisane ovim zakonom i drugim propisima; 2) da postupa kao dobar domaćin i po pravilima kodeksa dobre poljoprivredne prakse. Prema Zakonu o šumama (*Službeni glasnik RS* 30/2010, 93/2012, 89/2015 i 95/2018 – dr. zakon, čl. 7), sopstvenik, odnosno korisnik šuma dužan je da sprovodi mere zaštite šuma, da štiti šume i šumska zemljišta od degradacije i erozije, da izvršava planove gazdovanja šumama, kao i da sprovodi ostale mere propisane ovim zakonom i propisima donetim na osnovu ovog zakona. Prema Zakonu o kulturnim dobrima (*Službeni glasnik RS* 71/94, 52/2011 – dr. zakoni, 99/2011 – dr. zakon, 6/2020 – dr. zakon i 35/2021 – dr. zakon, čl. 31), vlasnik kulturnog dobra je dužan da ga čuva i održava i sprovodi utvrđene mere zaštite.

[17] Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, čl. 80–85.

optereti". U vezi sa odredbom čl. 83, st. 1 moramo naglasiti da se, prema našem mišljenju, pravo svojine može ograničiti samo zakonom, kako je to uostalom propisano i Ustavom, a da voljna raspolaganja svojinom ne mogu imati značaj ograničenja već samo opterećenja svojine, odnosno ograničenja svojine u meri u kojoj je propisano isključivo zakonom isključuje voljno raspolaganje. Dalje, sama formulacija stava 1 pomenutog člana je nejasna budući da se upotrebljavaju pojmovi ograničenja i opterećenja, i to sve na osnovu pravnog posla, bez ikakvog ukazivanja na to šta se, prema mišljenju autora, podrazumeva pod jednim, a šta pod drugim pojmom. Čini se da je jedino izvesno da autori ne smatraju da je reč o sinonimima budući da se nabrajaju različite mogućnosti koje su na raspolaganju imaocu prava svojine (vlasniku stvari).

Kada je, pak, reč o tekstu Prednacrta građanskog zakonika, on, kao uostalom i bilo koji pozitivnopravni propis o svojini ili pak samo prednacrt/nacrt takvog propisa, predviđa mogućnost ograničenja i oduzimanja prava svojine budući da je nesporno da nepovredivost svojine nije apsolutna te da, samim tim, ni pravo svojine nije neograničeno.[18] Ipak, u tekstu Prednacrta primećujemo jednu specifičnost. Naime, čl. 1611 Nacrta nosi naziv „Pretpostavka da pravo svojine nije ograničeno". Kada kažemo specifičnost, ne mislimo na sam naslov člana, već na činjenicu da je jedan takav član uopšte sadržan u nekom zakonskom, tačnije tekstu prednacrta zakonika. Naime, tvorci Prednacrta pod pretpostavkom o neograničenosti prava svojine smatraju da bi trebalo poći od pravila da pravo svojine nije ograničeno ni u pogledu sadržine ni u pogledu trajanja. Ipak, dva su načina da se ta pretpostavka obori: prvi, u slučaju da neko poseduje pravo koje ograničava nečiju svojinu – dužan je dokazati da takvo ograničenje postoji[19] i, drugi, u slučaju da je pravo svojine ograničeno u javnom (opštem) interesu – onaj ko to tvrdi dužan je dokazati da takvo ograničenje postoji.[20] Sadržina citirane odredbe otvara brojna pitanja: prvo, zbog čega su tvorci smatrali da je takva odredba neophodna u zakonskom tekstu budući da je danas u svim pravnim porecima nesporno da je pravo svojine ograničeno pravo te da nepovredivost prava svojine nije apsolutna; drugo, nesporno je mešanje pojma ograničenja i opterećenja prava svojine (osim ukoliko se pod pravima trećih ne misli na susedska prava koja predstavljaju ograničenje prava svojine u privatnopravnom interesu, ali ona su opet propisana zakonom, te

[18] Prednacrt građanskog zakonika RS, čl. 1610, st. 2. *https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html*, poslednji pristup 15. oktobra 2022.

[19] Prednacrt građanskog zakonika RS, čl. 1611, st. 1.

[20] Prednacrt građanskog zakonika RS, čl. 1611, st. 2.

ne vidimo potrebu da se dokazuje njihovo postojanje); treće, pravo svojine se ograničava na osnovu zakona, tako da ne vidimo potrebu da se propisuje da ko to tvrdi mora isto i dokazati – zašto bi se dokazivalo nešto što stoji u zakonu – suprotno, ono što nije propisano kao ograničenje u zakonu ne može se ni dokazivati budući da takvo ograničenje nesporno ne postoji.

5. PRAVNE GARANCIJE PRAVA SVOJINE U UPOREDNOM PRAVU

Definicija prava svojine, koja je uticala na građanske zakonike mnogih zemalja, sadržana u čl. 544 francuskog Građanskog zakonika, nikada nije menjana, te i danas čini deo pozitivnog prava Francuske. Prema toj odredbi, svojina je pravo uživanja i raspolaganja stvarima, na najapsolutniji način, pod uslovom da se ne koriste na način koji je zabranjen zakonima i uredbama. Ipak, vremenom se polje ograničenja prava svojine, sadržano u drugom delu definicije, proširivalo, utičući tako neminovno povratno na prvi deo definicije – polje nepovredivosti (neograničenosti) prava svojine, koje se, posledično, sužavalo (Bergel, Bruschi, Cimamonti 2010, 107; Larroumet 2006, 86). Moglo bi se reći da su redaktori francuskog Građanskog zakonika još od njegovog donošenja 1804. godine razmatrali granice apsolutizma prava svojine, pre svega zarad očuvanja javnih interesa (Larroumet 2006, 94–95). Iako same granice apsolutizma nisu nastale nakon, već istovremeno sa Građanskim zakonikom, samo stvarno pravo je vremenom duboko transformisano u odnosu na period s početka 19. veka (Larroumet 2006, 95).

Kako bi ukazao na neograničenost/nepovredivost prava svojine, francuski zakonodavac se opredeljuje za superlativ „najapsolutniji", koji bi, dakle, trebalo da ukaže na to da vlasnik ne podleže nikakvim ograničenjima u vršenju svog prava. Pojam apsolutnosti ukazuje na nešto što nije ničim vezano, sputano (Mathieu 2006, 82). Ipak, kako francuski pisci sami pišu, taj „apsolutizam" svojine je relativan i predstavlja jednu iluziju i preteranost, budući da su ograničenja bila propisana još 1804. godine, a od tada se njihov broj samo uvećavao (Bergel, Bruschi, Cimamonti 2010, 107). Kako se broj ograničenja vremenom povećavao, to se i pojam „apsolutnosti" prava svojine menjao, tako da danas možemo reći da je pravo svojine ono pravo koje svom titularu daje najpotpuniju vlast na stvari, odnosno najširi krug ovlašćenja.

Nemačkim Građanskim zakonikom je propisano da vlasnik može, u meri u kojoj to ne bi bilo u suprotnosti sa zakonom i pravima trećih lica, raditi sa svojom stvari šta hoće po svojoj slobodnoj volji i isključiti bilo kakav uticaj

drugih lica.[21] Ta odredba određuje sadržinu prava svojine kao apsolutnog/nepovredivog prava: u pozitivnom smislu kao mogućnost da se vlasnik može ponašati prema stvari po svojoj slobodnoj volji, a u negativnom smislu da može isključiti uticaje svih trećih lica na stvari. Ipak, ta odredba ukazuje i na relativni karakter apsolutnosti/nepovredivosti prava svojine te činjenicu da se pravo svojine može vršiti na način koji nije suprotan zakonu i pravima trećih. Nemački zakonodavac na istom mestu smešta i ograničenja svojine propisana zakonom i prava trećih, te se na taj način može desiti da se oba pojma greškom podvedu pod isti te smatraju ograničenjima prava svojine. Na taj način rezonuju i komentatori nemačkog Građanskog zakonika te smatraju da svojina može biti ograničena zakonom i pravima trećih (Meller-Hannich 2020, 1757). Ipak, pod pojmom ograničenja prava svojine trebalo bi smatrati samo ona propisana zakonom, dok bi sva ona voljna „ograničenja" trebalo smatrati opterećenjima prava svojine.

Švajcarskim Građanskim zakonikom je propisano da je vlasnik stvari slobodan da njome raspolaže onako kako on smatra da je to pogodno, ali u okviru zakona; vlasnik ima prava i da zahteva povraćaj stvari od bilo koga kod koga se stvar nađe i da je zaštiti od svih nedozvoljenih uticaja.[22]

Italijanskim Građanskim zakonikom je propisano da vlasnik ima pravo da uživa i raspolaže stvarima potpuno i isključivo u okviru granica i uz poštovanje obaveza koje pravni sistem nameće.[23]

Prema mađarskom Građanskom zakoniku, vlasniku na predmetu prava svojine pripada potpuna i isključiva pravna vlast, u granicama utvrđenim propisima. Činjenica da se mađarski zakonodavac opredeljuje za pojam „pravnih propisa" umesto za pojam „zakona", što je daleko češće u tekstovima zakona/zakonika kojima se reguliše ta materija, ukazuje na to da se želelo pribeći fleksibilnijem pristupu, odnosno mogućnosti da svojina bude ograničena i zakonima i podzakonskim aktima (Nikolić 2014, 87).

Francuski i mađarski građanski zakonik se izdvajaju od većine drugih upravo po fleksibilnijem pristupu načina ograničenja prava svojine, budući da omogućavaju ograničavanje svojine i podzakonskim aktima, a ne samo zakonskim. U Francuskoj je to u skladu sa francuskom tradicijom u kojoj je značajna materija često uređena aktima koji nisu zakoni – u slučaju ograničenja prava svojine, u pitanju su uredbe (Hiber, 1998, 31).

---

21 Nemački Građanski zakonik, § 903.

22 Švajcarski Građanski zakonik, čl. 641, st. 1 i 2.

23 Italijanski Građanski zakonik, čl. 832.

6. ZAKLJUČAK

Pitanje pravnih garancija prava svojine izuzetno je složeno. Njegova kompleksnost umnogome prevazilazi obim jednog naučnog članka. Ukoliko bismo nastojali da se tim pitanjem bavimo podrobnije, to bi zahtevalo najpre detaljan istorijski osvrt na razvoj prava svojine, pojam prava svojine, njene osobine i ograničenja. Drugim rečima, pitanjem garancija prava svojine neophodno je baviti se na nivou monografskog dela. Ipak, ideja da uprkos tome odaberemo baš ovo pitanje kao temu naučnog članka nastala je iz želje da se podsetimo života i dela prof. Mihaila Konstantinovića.

Značaj prava svojine posmatran sa aspekta njenog titulara i njegovih individualnih interesa, posebno uvažavajući njegovu pravnu sigurnost, kao i iz ugla ostvarivanja javnih interesa svakog društva, nametnuo je potrebu propisivanja pravnih garancija za zaštitu prava svojine. Garancije prava svojine su dvojake: prvo, pravne garancije nepovredivosti prava svojine i, drugo, pravne garancije pod kojima se pravo svojine može oduzeti i ograničiti. Izraz „nepovredivost" prava svojine oslikava osobinu svojine izvedenu iz pojma neograničenosti svojine. Takođe, na nepovredivost prava svojine misli se i onda kada se govori o pravu na mirno uživanje imovine, što je sintagma svojstvena pre svega međunarodnim aktima. Iz francuskog prava nam dolazi ideja o apsolutnosti prava svojine, što bi takođe mogao biti sinonim neograničenosti, odnosno nepovredivosti prava svojine.

Pojam nepovredivosti/neograničenosti/apsolutnosti značio bi da bi svaki „atak" na svojinu, u smislu oduzimanja ili ograničavanja, vodio neminovnoj povredi tog prava. Ipak, u istoriji nije bilo niti će ikada biti društva u kome bi bilo moguće da je pravo svojine na nepokretnostima neograničeno. Kako ne može biti reči o nepovredivosti prava svojine u nekom apsolutnom smislu, ni sam pojam pravnih garancija prava svojine ne može biti potpuno iscrpljen pojmom nepovredivosti prava svojine. Očigledno je da građanski zakonici, propisujući nepovredivost prava svojine, imaju u vidu jedan pravni odnos koji nastaje između vlasnika i svih trećih lica koja su dužna da se uzdržavaju od povrede svojinskih ovlašćenja, s jedne strane, i sadržinu prava svojine, odnosno ovlašćenja koja vlasnik ima na svojoj stvari, s druge strane, zbog čega se svojina i smatra najpotpunijom vlašću na stvari (posmatrano u odnosu na druga stvarna prava).

Pod pojmom ograničenja prava svojine podrazumevaju se samo zakonom propisane granice u kojima se uopšte može postati titular prava svojine na određenim stvarima i u određenom obimu i u okviru kojih se mogu vršiti svojinska ovlašćenja koja proizlaze iz prava svojine. Za razliku od toga, oduzimanje prava svojine uvek podrazumeva promenu titulara prava svojine – dotadašnji titular prestaje biti vlasnik oduzete stvari i samim tim

on gubi svojinska ovlašćenja držanja, raspolaganja i korišćenja oduzete stvari. Pojedine teškoće eventualno mogu nastati u razgraničenju pojmova ograničenja prava svojine i opterećenja prava svojine. Ograničenje prava svojine i opterećenje prava svojine svoj osnov moraju imati u zakonu. Razlika je u tome što se pravo svojine može ograničiti samo zakonom, tako da se ograničenja prava svojine primenjuju neposredno na osnovu zakona, dakle, zakon je neposredni osnov, dok je u slučaju opterećenja prava svojine zakonski osnov samo mogućnost da dođe do opterećenja prava svojine, a da bi ono nastupilo, uz zakonski osnov, potrebna je i volja titulara prava svojine da svojinu optereti, tako da je zakon samo posredni osnov.

LITERATURA

[1] Bergel, Jean-Louis, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti. 2010. *Traité* de droit civil, *Les Biens*. Sous la direction de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J.

[2] Vedriš, Martin. 1983. *Osnovi imovinskog prava*. Zagreb: Informator..

[3] Gardner, Simon, Emily MacKenzie. 2012. *An Introduction To Land Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing.

[4] Gavella, Nikola. 2007. *Stvarno pravo – svezak prvi*. Zagreb: Narodne novine.

[5] Dolović, Katarina. 3/2012. Susedsko pravo – pojam, karakteristike i odnos prema stvarnim službenostima. *Strani pravni život*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

[6] Kovačević Kuštrimović, Radmila, Miroslav Lazić. 2009. *Stvarno pravo*. Niš: Punta.

[7] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982a. Pitanje svojine – Od svojine individualnog prava ka svojini socijalnoj funkciji. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 72: 282–293.

[8] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982b. Društvena svojina. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 72: 575–581.

[9] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982c. Jugoslovenski građanski zakonik. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 72: 384–396.

[10] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982d. Zabrana zloupotrebe prava i socijalizacija prava. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 72: 261–281.

[11] Larroumet, Christian. 2006. *Droit civil, Les Biens, Droits réels principaux*. Paris: Economica.

[12] Mathieu, Marie-Laure. 2006. *Droit civil, Les Biens*. Paris: Sirey.

[13] Medić, Duško. 10/2020. Ograničenja prava svojine. *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*: 21–34. Banja Luka.

[14] Meller-Hannich, Caroline. 2020. *German Civil Code, Bürgerliches Gesetzbuch, Article-by-Article Commentary*, ed. Gerhard Dannemann, Reiner Schulze. München: C. H. Beck and Nomos.

[15] Nikolić, Dušan, Sloboda Midorović. 1/2018. Savremena evropska pravna teorija o socijalnoj funkciji prava svojine: nemačka doktrina. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*: 65–78.

[16] Nikolić, Dušan. 4/2014. Apsolutnost svojine u francuskom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*: 85–101.

[17] Rašović, Zoran. 2005. *Stvarno pravo*. Beograd: Službeni list SCG – Pravni fakultet u Podgorici.

[18] Stojanović, Dragoljub. 1998. *Stvarno pravo*. Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu.

[19] Stojanović, Dragoljub. 1963. *Pozitivno-pravna ograničenja privatne svojine*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

[20] Stanojević, Obrad. 2003. *Rimsko pravo*. Beograd: Službeni list SCG.

[21] Stojčević, Dragomir. 1981. *Rimsko privatno pravo*. Beograd: Savremena administracija.

[22] Hiber, Dragor. 1998. *Svojina u tranziciji – reprivatizacija i povratak načelu nepovredivosti prava svojine*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[23] Hiber, Dragor. 1996. Pravo na mirno uživanje imovine, oblici njegovog ugrožavanja i mogućnosti ponovnog uspostavljanja u jugoslovenskom pravu. 203–227. *Pravo ljudskih prava*, prir. Konstantin Obradović, Milan Paunović. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Katarina DOLOVIĆ BOJIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

LEGAL GUARANTEES OF OWNERSHIP

Summary

Out of many civil law topics that Mihailo Konstantinović dealt with, the author analyzes the institute of ownership, i.e., the issue of legal guarantees of ownership. Namely, Konstantinović wrote about the notion of the ownership, pointing out that in different times ownership was defined differently and that property owners throughout history did not always have the same scope of authority. In this way, Konstantinović opened the issue of the limitation of ownership and problematized the idea of its inviolability.

This paper, inspired by Konstantinović's lines on the "ownership issue", analyzes the concept of legal guarantees of ownership. The paper also offers criteria for distinguishing the term *ownership limitation* from related terms, considering that precise terminology is the basis of the system that forms the backbone of property law. Thus, the key part of property law could be systematized through three units: ownership, limitations, and deprivation of ownership.

Key words: *Ownership. – Legal guarantees of ownership. – Inviolability of ownership. – Limitation of ownership. – Deprivation of ownership.*

Article history:
Received: 16. 10. 2022.
Accepted: 15. 12. 2022.

3. OBLIGACIJE I UGOVORI

/

3. OBLIGATIONS AND CONTRACTS

UDK 347.439(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK12A

Dr Nina ZUPAN, LL.M. (Leiden)*

KONSTANTINOVIĆEVA KONCEPCIJA UREĐENJA ZASTARELOSTI: DA LI SU IDEJE O UTICAJU VREMENA U PRAVU IZDRŽALE UTICAJ VREMENA NA PRAVO?

Mihailo Konstantinović je idejni tvorac Zakona o zastarelosti potraživanja iz 1953. godine. U ovom članku se istražuje na koji način je nadogradio i premašio austrijski Opšti građanski zakonik, koji je do tada važio na velikom delu jugoslovenskih teritorija, bilo neposredno bilo posredstvom koncepata usvojenih u Građanskom zakoniku za Kraljevinu Srbiju. Njegove temeljne ideje su kasnije, uz manje (delimično neosmišljene) izmene, preuzete u Zakon o obligacionim odnosima, tako da nekoliko decenija nije bilo potrebe za većom reformom oblasti zastarevanja. Savremene tendencije u toj oblasti teže unekoliko drugačijoj koncepciji zastarevanja, kojom se još veća pažnja posvećuje uravnoteženju položaja poverioca i dužnika, kao i objedinjavanju sistema. Međutim, treba uzeti u obzir da su one posledica savremenijeg diskursa o ljudskim pravima u privatnom pravu i problema sa primenom delimično zastarelih i nepreglednih pravila o zastarevanju u evropskim pravnim sistemima, gde – za razliku od zemalja nekadašnje Jugoslavije – pravila ponegde nisu osavremenjena sto i više godina.

Ključne reči: *Zastarevanje. – Mihailo Konstantinović. – Zakon o zastarelosti potraživanja. – Pravo na sudsku zaštitu. – Uporedno pravo.*

* Sudija Okružnog suda u Kranju, Slovenija, *nina.zupan1@gmail.com*.

1. UVOD

Zastarelost nije novitet savremenog prava već klasičan privatnopravni institut.[1] Njegovi koreni, kao i koreni instituta održaja, izvorno potiču još iz antike i rimskog prava. U vreme rimskog formularnog postupka *praescriptio longi temporis* je podrazumevao procesnu odbranu, prigovor koji su posednici u provincijama van Italije mogli da podnesu protiv tužbe vlasnika radi vraćanja stvari ukoliko su držaoci tu stvar imali u dugotrajnoj državini (deset ili dvadeset godina) (Jansen 2012, 156). Pravo opšte vremensko ograničenje ostvarivanja zahteva na trideset godina uvedeno je u vreme cara Teodosija II (Triggiano 2013, 41). *Praescriptio longi temporis* je kasnije, kada je donet Justinijanov *Corpus Iuris Civilis*, vremenom postao opšti temelj za održaj nepokretnosti i imao je dejstvo sticanja prava, a u međuvremenu je, po uzoru na taj institut, uvedena i opšta, na većinu ostalih zahteva primenljiva odbrana zastarevanja.

U srednjem i novom veku, održaj i zastarevanje su se u Evropi razvijali istovremeno. Germanskom pravnom okruženju, koje je imalo odlučujući značaj i za pravni razvoj na području nekadašnje Jugoslavije, u vreme *mos italicus* i kasnijeg *usus modernus pandectarum*, svojstvena je recepcija rimskog prava, uz istovremen uticaj uobičajenog pokrajinskog prava, kao i kanonskog prava i sholastičke filozofije. Na osnovu svih tih uticaja razvile su se teorije o namerama i dejstvima uticaja vremena na prava, dok su pravila o zastarevanju i održaju vremenom kodifikovana u građanskim zakonicima pojedinačnih nemačkih pokrajina.

Najznačajnija od tih kodifikacija za nas je austrijski Opšti građanski zakonik[2] (OGZ) iz 1812. godine, koji je sve do kraja Drugog svetskog rata[3] važio[4] na području današnje Slovenije, Hrvatske i Bosne i Hercegovine; istovremeno je na njemu bio zasnovan i Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju (SGZ) iz 1844. godine (vidi npr. Nikolić 2013, 77–82). Na razvoj jugoslovenskog privatnog (prvenstveno obligacionog) prava uticali su i nemački Građanski zakonik[5] (BGB) iz 1900. godine i švajcarski Obligacioni

---

[1] Naravno, zastarelost je poznata i u drugim pravnim oblastima, recimo u krivičnom i upravom pravu. U ovom radu ćemo se usredsrediti samo na privatno, prevashodno obligaciono pravo.

[2] U izvorniku *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*.

[3] Preciznije, do donošenja Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pred 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, *Službeni list FNRJ* 86/1946.

[4] Ponegde u celini, na drugim mestima samo za određene pravne oblasti; ponegde sa kasnijim novelama, a ponegde bez njih.

[5] *Bürgerliches Gesetzbuch*

zakonik[6] (OP) iz 1911. godine. Sve te tri kodifikacije, koje u nešto izmenjenom obliku u svojim izvornim državama važe i danas, sadrže i opšta pravila o zastarevanju.

Zamena predratnih propisa u Jugoslaviji bio je dugotrajan, višedecenijski proces. Zanimljivo je da je upravo Zakon o zastarelosti potraživanja (ZZP) donet relativno brzo, 1953. godine.[7] U literaturi nije objašnjena odluka jugoslovenskog zakonodavca da oblast zastarevanja potraživanja uredi samostalnim zakonom. Pravac donošenja propisa u to vreme već sam po sebi nije ukazivao na nameru da se celokupan korpus privatnog prava sačuva u jedinstvenoj kodifikaciji sličnoj OGZ jer su doneti zakoni kojima su odvojeno uređivane pojedinačne oblasti naslednog i porodičnog prava. Osnovni koncepti stvarnog prava su promenjeni pod uticajem nacionalizacije, a oblast obligacionog prava još uvek nije bila ponovo uređena.

Idejni tvorac ZZP je bio prof. Mihailo Konstantinović (Nikolić 2010, 198). On nije predvideo da zastarevanje bude uređeno u okviru obligacionog prava, što potvrđuje činjenica da njegova kasnija Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (Konstantinović 1969) nije sadržala posebno poglavlje o zastarevanju već samo određene posebne odredbe koje ne možemo pronaći u ZZP. To se odnosi, na primer, na odredbe o uticaju zastoja i prekida zastarevanja, kao i odricanja od zastarevanja na odnos između solidarnih dužnika, o uticaju radnji jednog solidarnog poverioca kojima se prekida zastarevanje na odnos prema ostalim solidarnim poveriocima, o mogućnostima prebijanja zastarelog potraživanja, o zastarevanju jemstvene obaveze i zastarevanju prava primaoca uputa (asignatara), o zastarevanju potraživanja iz ugovora o osiguranju i sl.

2. KONCEPT SISTEMA ZASTAREVANJA IZ ZAKONA O ZASTARELOSTI POTRAŽIVANJA

Iako je na velikom delu jugoslovenske teritorije postojala dugogodišnja tradicija primene OGZ, Konstantinovićeva koncepcija uređenja zastarevanja u ZZP udaljila se od OGZ u više značajnih svojstava. Najznačajnija konceptualna promena je potpuno odvajanje uređenja zastarevanja od uređenja održaja, koji su u OGZ uređeni u istom poglavlju i za njih su važila određena zajednička pravila.[8] Ta odluka se čini logičnom za jugoslovensko pravo, u

6 *Obligationenrecht*.

7 *Službeni list FNRJ* 40/1953, 57/1954, *Službeni list SFRJ* 29/1978.

8 Zastarevanje i održaj su u istom poglavlju bili uređeni i u SGZ (§§ 922–950a).

kojem se primenjivao drugačiji svojinskopravni i stvarnopravni sistem nego u ostatku Evrope,[9] ali ona u stvarnosti nije bila usklađena sa specifičnostima novog stvarnopravnog uređenja. Naime, zastarevanje je još pre toga potpuno odvojeno od održaja, recimo, u nemačkom BGB i švajcarskom OR. Mada se oba pomenuta instituta odnose na negativne posledice uticaja vremena na prava pravnih subjekata, ona se ipak razlikuju u značajnim svojstvima. Održaj je ograničen na prava stvarnog prava, naročito na pravo svojine, a isticanje vremena ne dovodi samo do gubitka prava jednog lica već je bitno da isto pravo posledično stiče drugo lice. Domet zastarevanja je širi i prostire se na brojna pravna područja i u njima regulisana prava, ali podrazumeva „samo" gubitak zahteva za zaštitu prava – to suprotnoj stranci u supstantivnom smislu ništa ne donosi već je samo štiti od mogućnosti da poverilac svoje osnovno materijalnopravno pravo pokuša da ostvari na sudu. Osnovno pravo poverioca ipak ne prestaje već postoji i dalje, kao tzv. naturalna obligacija te osnova za eventualno dobrovoljno ispunjenje.

Zakon o zastarelosti potraživanja je nadmašio OGZ jer je pratio moderne germanske diskusije i na području utvrđivanja dejstva zastarevanja. Prema odredbama OGZ, zastarevanje podrazumeva gubitak „*prava*" koje se u zakonski određenom vremenu nije izvršavalo.[10] Vindšajdov koncept zahteva („*Anspruch*") u vreme stupanja na snagu OGZ, naime, još nije bio poznat.[11] Zbog toga je odredba OGZ koja je ostala nepromenjena do današnjih dana dugo pravila probleme u savremenoj austrijskoj pravnoj teoriji. Dilema je u teoriji i sudskoj praksi konačno razrešena u korist stava da nije u pitanju gubitak materijalnopravnog prava samog već samo njegovog ostvarivanja tužbom (u materijalnopravnom smislu – tužba je dozvoljena, ali zahtev nije osnovan), dok pravo, barem kod potraživanja, i dalje postoji kao naturalna obaveza (Schwimann, Kodek 2016, 1408; Vollmeier 2009, 145). S druge strane, u članu 1 ZZP već se govori o prestanku „*prava da se zahteva ispunjenje obaveze*",

[9] Sa pomenutim značenjem održaja, naročito u oblasti nekretnina.

[10] §1451 OGZ.

[11] U delu „Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts" iz 1856. godine Vindšajd (*Windscheid*) je najdoslednije sproveo razlikovanje od rimske *actio* i formulisao pojam materijalnopravnog zahteva („*Anspruch*"), koji podrazumeva pravo subjekta da od drugog zahteva određeno činjenje, dopuštanje ili propuštanje. Nije reč o tome da bi rimski *actio* u svom jezgru bio isključivo procesni institut, već o tome da je rimsko pravo postojalo kao sistem tužbi – iz svake tužbe koju je pretor dozvolio proizišlo je pravo tužioca; današnje pravo čini sistem prava i njihovih pravozaštitnih (materijalnopravnih) zahteva, dok je njihovo procesno ostvarivanje sasvim odvojeno pitanje (Baldus 2011, 7). Ukoliko se u današnjem pravu *actio* shvata kao procesno pravo na tužbu koje ne kaže ništa o njenoj materijalnopravnoj osnovanosti, zahtev predstavlja materijalnopravno pravo da se zahteva ostvarenje osnovnog prava (Storme 1995, 5).

koje nastupa kada protekne zakonski određeno vreme u kojem bi poverilac mogao da zahteva ispunjenje. Time je razrešena dotadašnja nesaglasnost u tome da li se zastarevanjem gubi samo materijalnopravno pravo ili pak samo pravozaštitni zahtev – potraživanje posle zastarevanja postoji i dalje, ali više ne može da se ostvaruje tužbom, već postoji samo još kao naturalna obaveza (Stanković 1969, 7–8).

Treće područje u kojem se ZZP pokazao kao moderan zakon jeste trajanje opšteg roka zastarevanja koji je iznosio deset godina.[12] U OGZ opšti rok zastarevanja je iznosio čak trideset godina; i SGZ je poznavao dugačak opšti rok zastarevanja od dvadeset četiri godine. U tom smislu ZZP je premašio i tada važeći nemački BGB, u kojem je opšti rok i dalje bio trideset godina, i približio se, recimo, švajcarskom OR ili italijanskom *Codice Civile*, koji su još tada poznavali, a poznaju i danas, opšti rok zastarevanja od deset godina. Generalno, istorijski razvoj dužine roka zastarevanja u Evropi usmeren je na skraćivanje tih rokova i ukazuje na dve tendencije. Prva, starija, bila je diversifikacija rokova zastarevanja u odnosu na različitu prirodu zahteva: osim opšteg roka, bili su uvedeni i kraći, posebni rokovi zastarevanja. Druga, savremenija tendencija jeste skraćivanje opšteg roka zastarevanja. Naime, rast broja posebnih rokova zastarevanja značio je da se opšti rok zastarevanja primenjivao mnogo ređe, pa je iz tog razloga njegov smisao doveden u pitanje, dok je istovremeno jačalo uverenje da je višedecenijski rok ozbiljno predugačak.

Pošto je desetogodišnji rok zastarevanja za mnoge zahteve još uvek predugačak, ZZP se nije odrekao široke lepeze posebnih rokova zastarevanja – koje je, u poređenju sa OGZ, još dodatno diversifikovao i, osim trogodišnjeg posebnog roka[13] (koji je najčešći poseban rok u OGZ), uveo i kategorije potraživanja za koja su važili jednogodišnji i dvogodišnji posebni rokovi zastarevanja.[14] Međutim, posmatrano uporednopravno, nije se pokazalo da je preterano širenje palete posebnih rokova zastarevanja pristup koji bi mogao da donese dobre rezultate. Na primer, u Nemačkoj je preveliki broj posebnih rokova (zbog čega se često može naići na slikovitu frazu o „baroknoj

[12] Čl. 14 ZZP. Desetogodišnji rok je važio i za judikatna potraživanja i za zastarevanje samog prava iz kojeg proizlaze pojedinačna povremena potraživanja (čl. 23 i 16 ZZP).

[13] Taj rok je u ZZP važio za povremena potraživanja (pa i za kamatu), anuitete, zakupnine i najamnine (čl. 15 i 18 ZZP). Novina koju OGZ nije poznavao jeste trogodišnji rok zastarevanja za međusobna potraživanja privrednih organizacija, zanatlija i ostalih nosilaca delatnosti iz ugovora o isporuci robe i iz ugovora o radu i uslugama zaključenim u okviru njihove delatnosti (čl. 17 ZZP).

[14] Čl. 21 i 22 ZZP.

raskoši forme zastarevanja", vid. Peters, Zimmermann 1981, 187),[15] zajedno sa nedvosmisleno ozbiljno predugačkim opštim rokom zastarevanja, bio jedan od najznačajnijih razloga za reformu uređenja zastarevanja koja je sprovedena 2002. godine. Naime, taj institut nije bio pregledno uređen, što je povećavalo pravnu nesigurnost (Peters, Zimmermann 1981, 178–185; Hattenauer 2019, 590–596). Iako širenje palete posebnih rokova u ZZP samo po sebi nije imalo takvu posledicu, postavlja se pitanje da li je zaista bilo potrebno. Određene grupe potraživanja bile su podvrgnute kraćim rokovima, što ukazuje na pokušaj rudimentarne zaštite slabijih ugovornih stranaka – dvogodišnji rok je važio za potraživanja različitih profesionalnih grupa za plaćanje isporučene robe ili obavljenog posla odnosno usluga, a jednogodišnji rok za tzv. potraživanja iz domaćinstva (za plaćanje električne energije i plina, vode, održavanje čistoće i drugih potraživanja koja se isporučuju domaćinstvima) i za potraživanja za korišćenje telefona, pošte, radija, pretplatu na povremene publikacije. Dužnici koje zastarevanje u tim slučajevima štiti najčešće su potrošači,[16] a poverilac je, s druge strane, najčešće subjekat koji se svojom delatnošću profesionalno bavi na tržištu. I pored toga se čini da je dodata vrednost tako kratkih rokova mala, uz činjenicu da je još ranije ostvaren trogodišnji poseban rok zastarevanja za mnoga pomenuta potraživanja isto tako kratak i za njih pogodan, i da ne obraća pažnju na slabosti koje donosi usitnjavanje pravnog uređenja.[17]

Odredbama ZZP su i na drugim područjima otklonjeni određeni nedostaci ili nejasne formulacije OGZ. Tako su, recimo, prilično precizno određeni početak toka i isticanje roka zastarevanja. Dok je odredbama OGZ trenutak početka toka zastarevanja bio određen samo posredno – što je moglo da se zaključi iz navoda da je za zastarevanje dovoljan vremenski period

[15] Ukupan broj posebnih rokova zastarevanja premašio je sto (Hattenauer 2019, 580–583).

[16] Ali ne uvek – za ugovore koji se odnose na poslove između privrednih subjekata ili zanatlija i sl. bio je propisan trogodišnji rok zastarevanja.

[17] U teoriji se kratkoća posebnih rokova zastarevanja za potraživanja te vrste i nekada i danas temeljila prvenstveno na karakteru potraživanja koja obično proističu iz poslova namenjenih zadovoljavanju svakodnevnih potreba, koja su često su periodična i dospevaju u kratkim vremenskim intervalima – neplaćen dug koji bi se gomilao duže vreme vremenom bi mogao da premaši materijalne sposobnosti dužnika ako bi bio obavezan da ga isplati odjednom, a to je u suprotnosti sa povremenim karakterom tih potraživanja (Stanković 1969, 55 i 87). Međutim, na tome se ne zasniva razlika između jednogodišnjeg, dvogodišnjeg i trogodišnjeg roka zastarevanja. Naime, za druga povremena potraživanja važi trogodišnji rok zastarevanja koji bi mogao da važi, recimo, i za potraživanja iz domaćinstva.

neizvršavanja prava „koje bi moglo da se izvršava“[18] (prema tome, tok zastarevanja pokreće objektivna mogućnost izvršavanja prava), u ZZP je izričito određeno da zastarevanje počinje da teče prvog dana posle dana kada je poverilac imao pravo da zahteva ispunjenje obaveza (odnosno za omisivne obaveze posle dana kada je dužnik postupio protiv svoje obaveze), a ističe isticanjem poslednjeg dana roka.[19] Početak toka zastarevanja je jasnije određen za odštetna potraživanja. Sačuvan je trogodišnji subjektivni rok, koji je poznavao i OGZ, i teče od upoznavanja oštećenog sa štetom i njenim prouzrokovačem. S druge strane, u OGZ nije bio naveden početak toka tridesetogodišnjeg objektivnog roka, što u austrijskoj teoriji još i danas izaziva različite interpretacije.[20] U ZZP je objektivni rok skraćen na deset godina i jasno je određeno da teče od nastanka štete.[21] Međutim, za odštetna potraživanja za štetu prouzrokovanu krivičnim delom uvedeno je potpuno novo pravilo: primenjuje se rok potreban za zastarevanje krivičnog gonjenja, ako je duži od građanskopravnog roka zastarevanja; na tok roka utiče i eventualni zastoj ili prekidanje zastarevanja krivičnog gonjenja.[22] Prema odredbama OGZ, u takvim slučajevima je važio samo tridesetogodišnji objektivni rok koji je tekao od trenutka izvršenja krivičnog dela.[23] Jasnoća je izostala kod zastarevanja ugovornih odštetnih potraživanja: ona, prema ZZP, zastarevaju u roku koji je potreban za zastarevanje ugovornog potraživanja,[24] ali momenat početka zastarevanja nije određen, zbog čega može da bude sporno da li i ovde važe pravila za ugovorna potraživanja.[25]

U OGZ i ZZP su slično uređeni razlozi za zastoj i prekidanje toka roka zastarevanja. Kod zastoja toka roka zastarevanja reč je o klasičnoj paleti razloga kakvi su postojali u gotovo svim evropskim sistemima: intenzivni međuljudski odnosi između stranaka pravnog odnosa (bračna zajednica, odnos roditelja i dece, staraoca i štićenika u vreme trajanja roditeljskog prava, odnosno starateljstva), zbog kojih bi bilo neumesno da se od poverioca

[18] „Der Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgeübt werden können“, §1478 ОГЗ.

[19] Čl. 2 i 3 ZZP.

[20] Prema jednim stavovima rok teče od trenutka štetnog postupanja, a prema drugim od trenutka nastanka štete (vid. Schwimann, Kodek 2016, 1529; Fenyves *et al.* 2012, rob. br. 48 k §1489).

[21] Član 19, st. 1 i 2 ZZP.

[22] Član 20 ZZP.

[23] §1489 OGZ.

[24] Član 19, st. 3 ZZP.

[25] Kao početak toka zastarevanja u tadašnjoj teoriji je utvrđen trenutak kada je dužnik prekršio ugovornu obavezu i kada je oštećeni saznao za štetu (Stanković 1969, 74).

traži sudsko ostvarivanje zahteva, i prepreke koje poveriocu onemogućavaju da ostvari zahtev, naročito viša sila ili opravdano odsustvo poverioca. U nacionalnim zakonima ti razlozi su dodatno precizirani. U ZZP u te razloge je, recimo, uvršten i odnos između lica zaposlenih u tuđem domaćinstvu i poslodavca i člana njegovog domaćinstva, ukoliko su u pitanju potraživanja prema poslodavcu; zastoj toka roka važio je i za potraživanja lica u vojnoj službi za vreme rata ili mobilizacije.[26] U tom zakonu se prvi put pominje pojam „nesavladive prepreke" koje onemogućavaju sudsko ostvarivanje potraživanja. To je pravni standard koji obuhvata više od same okolnosti potpunog prestanka rada pravosuđa predviđene OGZ, kojom se sudovima omogućava da fleksibilno procenjuje položaj poverioca. U ZZP je odlaganje isticanja roka (kada se tok roka ne zaustavlja već se na određeno kraće vreme samo odgodi njegovo isticanje, odnosno nastupanje zastarevanja) prošireno sa potraživanja maloletnih i poslovno nesposobnih lica koja nemaju zastupnika i na slučajeve međusobnih potraživanja zaostavštine trećih lica i potraživanja protiv lica koja se nalaze na služenju vojnog roka ili na vojnim vežbama.[27] I u OGZ i u ZZP postoje dva načina prekidanja zastarevanja: kada dužnik prizna dug (izričito ili posredno, npr. plaćanje duga ili kamate, osiguranje)[28] i kada poverilac pred sudom preduzima radnje radi ostvarivanja potraživanja. O tome ZZP sadrži mnogo preciznija pravila nego OGZ – naime, u ZZP su određene radnje koje dolaze u obzir prilikom određivanja momenta od kojeg rok počinje da teče ponovo i posledice procesnih situacija kada nema meritorne odluke o zahtevu.

U ZZP su slično, a ponegde preciznije uređeni način ostvarivanja i posledice zastarevanja. Sačuvano je pravilo o poštovanju zastarevanja samo na prigovor dužnika,[29] koje se prilično afirmisalo u većini evropskih kodifikacija, pravilo o pravu poverioca na namirenje iz stvari date u zalogu i posle zastarevanja obezbeđenog potraživanja koje je iz ručne zaloge prošireno i na registarsku zalogu[30] i pravilo o izostanku kondikcijskog zahteva u slučaju dobrovoljnog izmirenja zastarelog duga.[31] Dva nova pravila, koja u OGZ nisu bila poznata, odnose se na dejstvo zastarevanja glavnog potraživanja na zastarevanje sporednih potraživanja i na dejstvo zastarevanja potraživanja

[26] Čl. 25 ZZP.

[27] Čl. 29 i 30 ZZP. Nastupanje zastarevanja se odgađa kraće vreme posle ispunjenja određenih uslova, na primer, kada maloletnik postane punoletan ili dobije zastupnika; kada je zaostavština predata nasledniku ili je postavljen njen staratelj; kada se lice vrati sa služenja vojnog roka ili vojnih vežbi.

[28] Član 31 ZZP.

[29] Član 11 ZZP.

[30] Član 9 ZZP.

[31] Član 8 ZZP.

glavnog dužnika na zastarevanje jemstvene obaveze.[32] Međutim, u ZZP je restriktivnije uređena autonomija stranaka u vezi sa zastarevanjem, odnosno pitanje da li stranke pravnog odnosa mogu neka od pravila o zastarevanju da zamene sopstvenim dispozitivnim pravom. U OGZ, kao, na primer, i u nemačkom BGB, bilo je dopušteno[33] sporazumno olakšavanje nastupanja zastarevanja (naročito skraćivanjem rokova zastarevanja), dok je u ZZP (slično kao, recimo, i u švajcarskom OR[34]) predviđena potpuna kogentnost režima zastarevanja.[35] Delimično je ograničena i dužnikova jednostrana autonomija – on ne može unapred da se odrekne zastarevanja (takvo pravilo je sadržano i u OGZ[36]), ali zastarevanja može da se odrekne pismenim priznanjem zastarele obaveze posle nastupanja zastarevanja.[37] Naravno, poverilac jednostrano ne može da utiče na zastarevanje koje je već nastupilo. Međutim, aktivno može da spreči nastupanje zastarevanja tako što će svoj zahtev pravovremeno ostvariti sudskim putem.

Ističemo da je ZZP sadržao odredbu koja nije bila karakteristična za germansko pravno okruženje, te je nisu poznavali, a ni danas je ne poznaju ni OGZ ni BGB ili OR. Naime, izričito je predviđeno da se pravila o zastarevanju ne primenjuju kada je zakonom određen rok za podnošenje tužbe ili izvršenje određene radnje jer bi, u protivnom, pravo bilo izgubljeno.[38] Naime, u pitanju su rokovi koji su u teoriji određeni kao tzv. prekluzivni rokovi.

3. ZASTAREVANJE U ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Odluka jugoslovenskog zakonodavca da posle 25 godina stavi van snage ZZP i da oblasti koje su njime bile uređene prenese u zakonik kojim će obligacioni odnosi biti celovito regulisani, na osnovu koje je 1978. godine

---

32 Član 10 ZZP.

33 U § 1502 OGZ zabranjuje se produžavanje rokova, pa je, na osnovu zaključivanja *a contrario*, takvo njihovo skraćivanje dozvoljeno.

34 Član 129 OR.

35 Član 5 ZZP.

36 § 1502 OGZ. Prema ustaljenom tumačenju u austrijskoj teoriji i praksi, „unapred“ podrazumeva pre nastupanja zastarevanja (vid. npr. OGH 7 Ob 153/15y, presuda od 16. 10. 2015. i dr.; Fenuves *et al.* 2012, rob. br. 7 k §1502). Međutim, sudska praksa pređašnjem odricanju prigovoru zastarevanja ne oduzima svako značenje – ako isto to proizlazi iz okolnosti konkretnog slučaja, ukoliko se dužnik unapred (nevažeće) odrekao zastarevanja, ali je kasnije ipak ostvarivao prigovor zastarevanja, poverilac uspeva pozivanjem na *replicatio doli* jer je, navodno, takvo postupanje dužnika bilo suprotno dobroj veri i poštenju (Schwimann, Kodek 2016, 1589).

37 Član 6 ZZP.

38 Član 12 ZZP.

usvojen Zakon o obligacionim odnosima[39] (ZOO), nije posebno objašnjena. Pri tome se nisu desile veće sadržinske promene uređenja, što ukazuje na to da je ZZP bio zakon koji u praksi nije stvarao poteškoće. Istina je da je već i ZZP, terminološki, uređivao samo zastarevanje „potraživanja", za razliku od OGZ, u kojem je bilo reči i o „pravima", pri čemu treba uzeti u obzir da OGZ nije uređivao samo obligaciona prava već i prava stvarnog, naslednog i porodičnog prava, kao i lična prava.[40] Zastarevanju „potraživanja" odgovara i terminologija ZZP koja se odnosi na nosioce prava i obaveza. Naime, korišćeni su isključivo pojmovi „vjerovnik" i „dužnik", dok je u OGZ korišćena šira lepeza izraza. Čim se govori o zastarevanju potraživanja koja su po svojoj prirodi obligaciona prava, ne čini se više neobičnim da se taj institut uređuje u zakonu koji se tiče obligacionih odnosa. Međutim, i pored toga, u jugoslovenskoj teoriji se još za vreme važenja ZZP vodila rasprava o tome šta je zapravo predmet zastarevanja koji se reguliše pomenutim zakonom. Naime, postojao je konsenzus da zastarevanju u načelu nisu podvrgnuta samo obligaciona prava već da to mogu da budu i druga prava. Tako je bilo moguće naći stavove da se ZZP doduše primenjuje neposredno na zastarevanje potraživanja kao obligaciono pravo, ali su odredbe njegovog opšteg dela primenjive i na zastarevanje drugih zastarljivih privatnopravnih prava, ukoliko pojedinim propisima za njih nisu predviđene posebne odredbe (Stanković 1969, 5–6; Raspor 1982, 77).[41] Budući da takvih odredaba nije bilo, pomenuti stav mora da je prevagnuo i nakon što je zastarevanje uređeno u ZOO. Već tada je u teoriji kritikovano to što je odeljak o zastarevanju smešten u VI poglavlje zakonika, pod naslovom „Prestanak obaveza". Naime, takva sistematika nije usklađena sa prirodom instituta zastarevanja jer je već tada bilo jasno da to ne podrazumeva prestanak same obaveze već samo pravozaštitni zahtev, dakle mogućnost poverioca da zahteva njegovo ispunjenje (Raspor 1982, 9–10). Struktura odeljka o zastarevanju ostala je ista, članovi su dobili svoje naslove, neki od njih sjedinjeni su u jedan član, dok su drugi razdvojeni u više članova, a većinom su ostali sadržinski nepromenjeni.

Među značajnije promene koje su zakonikom ipak donesene spada skraćenje opšteg roka zastarevanja sa deset na pet godina.[42] Takođe, sa deset na pet godina skraćeni su objektivni rok za odštetna potraživanja (dok je subjektivni rok ostao trogodišnji) i rok za zastarevanje samog prava iz

[39] *Službeni list SFRJ 29/78* i dr.

[40] Imajući u vidu da sva prava, od brojnih prava koja su regulisana u OGZ, nisu po svojoj prirodi zastariva, odredbama tog zakona je morala čak izričito da bude isključena zastarivost nekih od njih.

[41] Za razliku od OGZ, u ZZP se pak nije navodilo koja prava nisu zastariva; izuzetak je samo odredba o nezastarivosti zakonskog prava na izdržavanje (čl. 16 ZZP).

[42] Član 371 ZOO.

kojeg potiču povremena potraživanja.[43] Rok za zastarevanje judikatnih potraživanja (potraživanja utvrđenih sudskom odlukom) ostao je isti – deset godina.[44] Nije jasno da li se skraćenje opšteg roka zastarevanja zasnivalo na osnovanim dilemama o primerenosti desetogodišnjeg roka ili je u pitanju samo opšta ideja da dužnika treba još bolje zaštititi; međutim, prvenstveno nije jasno da li se tada razmišljalo i o položaju poverioca. Naime, u sistemu zastarevanja uvek treba nastojati da se nađe ravnoteža između interesa poverioca i dužnika – na vagu su stavljeni pravo poverioca na sudsku zaštitu i dužnikov interes za mogućnost efikasne odbrane od zahteva, koji se istovremeno podudara i sa javnopravnim interesom za što brže uspostavljanje pravne sigurnosti i stabilizovanje pravnih odnosa. Što su rokovi zastarevanja kraći, to više pažnje treba posvetiti položaju poverioca, jer može da dođe do prekomernog zadiranja u njegova prava.

Dvostruko skraćivanje opšteg roka zastarevanja podrazumevalo je da bi istovremeno postojala čak četiri kratka i relativno slična roka zastarevanja – osim petogodišnjeg opšteg roka, još i jednogodišnji, dvogodišnji i trogodišnji posebni rokovi zastarevanja. To ne bi imalo posebnog smisla. Zbog toga je zakonodavac sačuvao samo trogodišnji i jednogodišnji rok iz ZZP, a dvogodišnji je ukinuo. Sva potraživanja koja su ranije zastarevala u roku od dve godine, po ZOO podvrgnuta su opštem roku zastarevanja (rok se za njih u stvari produžio) ili nekom od posebnih rokova. Nova je opširna odredba o rokovima zastarevanja kod osiguravajućih ugovora[45] – ti ugovori se nisu nalazili u ZZP jer je Konstantinović posebnu odredbu o njihovoj zastarelosti predvideo u delu Skice o uređenju ugovora o osiguranju.[46] Sadržaj ZOO i Skice je u tom delu sličan.

Promene u drugim poglavljima odeljka o zastarevanju bile su manje, delimično samo stilske. Poglavlju o zastoju zastarevanja dodata je odredba prema kojoj je zastarevanje u zastoju i između vanbračnih partnera, sve dok postoji vanbračna zajednica.[47] Ta novina je za ono vreme bila napredna – u zakonima germanskih sistema se, kada je reč o uticaju na tok zastarevanja, ni danas ne izjednačavaju bračne i vanbračne zajednice. Posledično, takvo tumačenje, s obzirom na jasne zakonske odredbe, odbacuje i sudska praksa,[48]

---

[43] Član 373. i čl. 376, st. 2 ZOO.

[44] Član 379, st. 1 ZOO.

[45] Član 380 ZOO.

[46] Član 901 Skice.

[47] Član 381 ZOO.

[48] U Nemačkoj je takav stav prihvaćen recimo u odlukama OLG Nürnberg, presuda od 22. 11. 2013 – 14 W 1107/13, OLG Brandenburg, presuda od 8. 5. 2007 – 11 U 142/06, OLG Cologne, presuda od 8. 12. 1998 – 13 U 105/98.

dok deo pravne teorije to kritikuje (za austrijsko pravo vid. npr. Eupeltauer 1991, 28, i Fenuves *et al.* 2012, rob. br. 3, 7 k §1495). Međutim, izbrisana je odredba o odlaganju isticanja roka zastarevanja za međusobna potraživanja zaostavštine i treća lica, najverovatnije zbog sistema prelaska zaostavštine na naslednike već samom smrću ostavioca;[49] tada je preciziran trenutak od kojeg teče rok za podnošenje nove tužbe u slučaju da je prva odbačena zbog nenadležnosti.[50]

4. ZAKON O ZASTARELOSTI POTRAŽIVANJA I ZAKON O OBLIGACIONIM ODNOSIMA U SVETLU SAVREMENIH TRENDOVA UREĐENJA ZASTAREVANJA

4.1. Opšti i posebni rokovi zastarevanja

4.1.1. Savremene smernice

Već je pomenuto da u Evropi proces skraćivanja rokova zastarevanja prvobitno nije bio povezan sa skraćivanjem opšteg roka već sa diversifikacijom rokova i, posledično, ostvarivanjem kraćih posebnih rokova zastarevanja. Te rokove su poznavale i rane velike građanskopravne kodifikacije u 19. veku i na prelazu u 20. vek jer su opšti rokovi zastarevanja bili višedecenijski. Brzim razvojem pravnog prometa i sve širim obimom poslova koji nisu bili obuhvaćeni tekstovima prvobitnih kodifikacija, proces se vremenom izmakao kontroli jer se povećavanjem obima područnog zakonodavstva u 20. veku znatno povećao i broj različitih potraživanja za koja su važili različiti kraći posebni rokovi zastarevanja. Postepen rast broja izuzetaka od opšteg roka zastarevanja imao je dve posledice. Prvo, opšti rok zastarevanja, koji je prema opštem stavu bio predugačak, primenjivao se sve ređe, pa je stoga njegov smisao postao upitan. Drugo, velika diversifikacija i raspršenost uređenja posebnih rokova zastarelosti rokova rušile su koherentnost i transparentnost sistema zastarevanja i time smanjivale pravnu sigurnost. Sve to važi i za germanski pravni prostor.[51] Problemi su bili naročito očigledni u Nemačkoj,

[49] Nisu nabrajani slučajevi drugih radnji kojima se (osim podnošenja tužbe) prekida zastarelost već je primenjena samo još generalna klauzula.

[50] Od pravosnažnosti odluke o odbacivanju; isto važi i za slučaj odluke, kojom sud uputi na nadležan sud.

[51] U Nemačkoj je proliferacija normi kojima su određivani različiti posebni rokovi zastarelosti dovela do stanja koje se, prema proceni pravnih teoretičara, sastojalo od stotinu različitih odredaba (Zimmermann 2002b, 27). Taj problem je uočen i u Austriji (Bydlinski, Vollmaier 2011, 238). Švajcarska inače poznaje veći broj poseb-

gde su osamdesetih godina prošlog veka pokrenute suštinske akademske diskusije i pripreme na izmenu BGB, koje su se odnosile i na regulisanje zastarevanja.[52] Težnja ka što većoj primeni kraćih rokova ukazivala je na celishodnost pristupa kojim se određuje kratak opšti rok zastarevanja, kojim bi trebalo da se pokrije što veći spektar zahteva; a izuzetaka, dakle posebnih (dužih ili kraćih) rokova, trebalo bi da bude što manje. Takav pristup je izabrala Nemačka, koja je posle skoro dvadesetogodišnje diskusije reformisala uređenje te oblasti 2002. godine.[53] Njene reformne ideje naišle su na snažan odjek u međunarodnoj zajednici te su u sličnoj, ponegde i malo izmenjenoj formi, prihvaćene i u brojnim međunarodnim akademskim reformskim modelima, kao što su Načela evropskog ugovornog prava (PECL), Zajednički referentni okvir (DCFR), Zajedničko evropsko trgovinsko pravo (CESL) i Načela međunarodnih privrednih ugovora – PICC.[54]

Međutim, manipulisanje isključivo dužinom roka, bez uvažavanja ostalih elemenata sistema zastarevanja, može da dovede do prekomernog zadiranja u položaj poverioca. Skraćivanje objektivnih rokova povezano je sa smanjivanjem zaštite poverilaca – što je kraći rok, veći deo poverilaca neće imati istinsku mogućnost da ostvare zahtev, odnosno da dobiju efikasnu zaštitu svojih prava. Za uređenje zastarevanja od odlučujućeg značaja nije samo tok određenog vremena već je bitna i činjenica da je u tom vremenu poverilac ostao pasivan po svom izboru. To se dešava kada je svestan svog zahteva i lica dužnika i istovremeno ga objektivno ništa ne ometa u ostvarivanju zahteva. To se može nazvati određivanjem drugačijeg momenta početka toka roka zastarevanja ili zastoja toka roka zastarevanja. Određivanje pogodne dužine roka podrazumeva uravnoteženje I) interesa poverioca koji mora da ima istinsku mogućnost da ostvari svoj zahtev, to jest da se uopšte upozna sa njim, da zatim ima primereno vreme da razmisli o ostvarivanju tog zahteva u sudskom postupku i da kvalitetnom i dokazima podržanom tužbom poveća svoje izglede za uspeh u postupku, i II) interesa dužnika,

nih rokova, ali pošto je opšti rok nešto kraći nego u Nemačkoj i Austriji („samo“ desetogodišnji), problem je bio manji; deo teorije i dalje smatra da je ta oblast uređena nepregledno i neusklađeno (Huguenin, Thouvenin 2011, 310).

52 Prvu opširnu analizu postojećeg stanja i predlog reformi na području zastarelosti pripremili su Cimerman i Peters (vidi Zimmermann, Peters 1981). Do stupanja na snagu BGB 2002. godine, o predlozima je više puta raspravljano u široj akademskoj zajednici i radnim grupama izvršne vlasti, a novi koncept zastarelosti se pri tome delimično promenio.

53 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts od 26. novembra 2001, koji je stupio na snagu 1. januara 2002.

54 Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference, Common European Sales Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

što podrazumeva da što kraće vreme bude izložen zahtevima poverioca, da se ne pogoršava mogućnost njegove odbrane i da na odgovarajući način može da planira buduće raspolaganje svojom imovinom.[55] Glavni problem je u tome što su interesi poverioca i interesi dužnika u vezi sa početkom roka i dužinom roka dijametralno suprotni: za poverioca je povoljniji dug subjektivni rok, a za dužnika kratak objektivni rok. Prema tome, interesi i jednog i drugog mogu da budu odgovarajuće uravnoteženi samo ako važi duži objektivni rok ili pak kratak subjektivni rok. Objektivni početak toka roka teško je spojiv sa veoma kratkim rokovima zastarevanja (Zimmermann 2002a, 80; Storme 1997, 82).

Prema tome, osnovna karakteristika savremenog pristupa uređivanju zastarelosti nije samo skraćivanje opšteg roka zastarevanja već prevashodno njegova promena iz objektivnog u subjektivni rok.[56] Alternativno rešenje je održanje (i skraćenje) objektivnog roka uz istovremeno uvođenje dodatnog razloga za zastoj toka roka – koji ne može da počne da teče dok poverilac nije upoznat sa okolnostima zahteva i samim dužnikom.[57] Dejstvo je potpuno isto kao u slučaju subjektivnog roka. Prednost zastoja toka roka u odnosu na subjektivno uslovljen početak toka roka jeste u tome što teret tvrdnje i dokazivanja u pogledu okolnosti koji se nalaze u sferi poverioca leži na poveriocu, a ne na dužniku. (Zimmermann 2002a, 107; Lando *et al.* 2003, 177–178). Dužnik može da se osloni na objektivni početak roka, dok izuzetak kojim se utemeljuje zastoj zastarevanja dokazuje poverilac. Druga prednost je u tome što se već iz zakonskog uređenja jasno vidi da je uslov za početak toka roka (takođe) dospeće zahteva – ono pokreće tok roka, a neupoznatost sa zahtevom zatim pravi zastoj (Lando *et al.* 2003, 177). Dospeće zahteva je preduslov za tok roka i u sistemu sa subjektivnim početkom roka ali je do tog zaključka treba doći tek logičkim tumačenjem zakona (zastarevanje protiv poverioca ne može da teče dok on ne može da ostvaruje zahtev, što, naravno, nije moguće ako zahtev uopšte još nije nastao ni dospeo). Pravni laik to može da previdi. Uređenje sa zastojem zastarevanja može da ima psihološku

[55] Iako zastarelost prati i javnopravne ciljeve (pravnu sigurnost), u privatnom pravu su prvenstveni individualni interesi stranaka. Međutim, brže uspostavljanje stabilnosti pravnih odnosa, koja je u javnom interesu, i olakšanje dužnikovog položaja, što je postignuto kratkim rokovima zastarelosti, ne mogu da prevagnu nad položajem poverioca. To je još očiglednije kada se uzmu u obzir okolnosti da je u savremenom pravu pravo poverioca na sudsku zaštitu zaštićeno kao ustavno pravo i osnovno pravo čoveka (između ostalog, u članu 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima – EKLjP).

[56] Za ovo rešenje odlučili su se recimo Nemačka i Francuska, a nalazimo ga i u CESL i PICC. U Austriji je takvo reformno rešenje predloženo, ali još nije usvojeno.

[57] Takvo rešenje je predloženo u PECL i DCFR, a od država ga je ostvarila recimo Danska.

prednost i za poverioca. Takođe, pravnom laiku može da bude teško da shvati koja vrsta i količina informacija će se smatrati pravnorelevantnim upoznavanjem koje utiče na tok roka zastarevanja; možda će takođe pogrešno smatrati da će tok roka pokrenuti tek pravno određenje zahteva nakon što se posavetuje sa advokatom. Ukoliko sam bude pogrešno procenio u kom trenutku se upoznao sa zahtevom (pravno relevantno), možda će predugo odgađati njegovo ostvarivanje. Pošto će poverilac-laik instinktivno misliti prvenstveno na početak toka roka i njegovu dužinu, opasnost da će zahtev zbog sopstvene pogreške ostvariti sa zakašnjenjem biće veća u uređenju u kojem je početak toka roka subjektivno uslovljen. No, međutim tamo gde neupoznavanje „samo" pravi zastoj zastarelosti, a inače rok počinje da teče u objektivno odredivom roku, prosečan laik će najverovatnije prvenstveno pokušati da postupa po tom objektivnom roku i prvo će potražiti savet stručnjaka; ukoliko se sa zahtevom bude upoznao kasno, to mu neće ići na štetu jer će tok zastarevanja biti u zastoju.

Kratak subjektivni rok pak ni kao opšti rok zastarelosti ne postoji samostalno već je obično dopunjen još prilično dužim objektivnim rokom koji bi trebalo da obezbedi da dužnik ne bude izložen zahtevu (iako poverilac nije upoznat sa njim) neograničen vremenski period.[58] Tamo gde je zastoj toka zastarelosti subjektivno uslovljen, dopunjuju se dva objektivna roka – kraći, koji može da bude u zastoju, i duži, maksimalan period, koji ne može da bude u zastoju i posle čijeg isteka zahtev u svakom slučaju zastareva. Ne postoji jedinstveno rešenje dužine dopunskog objektivnog roka, ali preovlađuje desetogodišnji rok, dok duži rok obično važi samo za zahteve za naknadu štete, naročito za tzv. ličnu štetu.[59] Ukoliko objektivni rok dopunjuje

[58] Istorijski, kombinacija subjektivnog i dopunskog objektivnog roka prvo se pojavila u vezi sa zahtevima za naknadu štete, a u Evropi preovlađuje i danas. Vremenom je u većem broju uređenja preuzeta i za određene naslednopravne zahteve, često i za zahteve u vezi sa bogaćenjem, a prema savremenim smernicama ostvaruje se i kao opšti rok zastarelosti primenjiv na većinu zahteva.

[59] Takve dužine je objektivni rok koji dopunjava opšti subjektivni rok ili zamenjuje period zastoja zastarelosti, u svim instrumentima modela, u Nemačkoj (gde je desetogodišnji rok jedan od dva dopunska roka koja istovremeno postoje i teče od nastanka štete) i u Danskoj. Desetogodišnji objektivni rok je propisan kao dopunski rok za zahteve za nadoknadu štete i zahteve u vezi sa bogaćenjem u švajcarskom pravu i za određene zahteve za naknadu štete u švedskom pravu, dok u Austriji dopunjuje subjektivni rok u zahtevima iz ugovora o osiguranju. Francuska poznaje dvadesetogodišnji objektivni rok koji dopunjuje kraći opšti subjektivni rok, dok Nizozemska i Belgija dvadesetogodišnji objektivni rok ostvaruju samo kao dopunski rok za odštetne zahteve. Tridesetogodišnji rok poznaju Austrija (kao objektivni rok koji dopunjuje subjektivni u odštetnim zahtevima i u nekim zahtevima iz oblasti naslednog prava), Nemačka (gde je tridesetogodišnji rok jedan od dva dopunska

opšti subjektivni rok, početak njegovog toka obično se vezuje za dospeće zahteva jer je to najraniji momenat u kojem poverilac može da ostvari zahtev. Posebnosti pak važe za objektivni rok koji dopunjuje subjektivni u odštetnim zahtevima, za koje se početak tečenja roka uređuje tako što se vezuje ili za momenat štetnog događaja ili za momenat nastanka štete.[60]

4.1.2. ZZP i ZOO

S obzirom na to da su se savremene ideje o kratkom opštem roku zastarelosti uslovljenom subjektivnom veznom okolnošću za početak njegovog tečenja pojavile tek pred kraj 20. stoleća i da su prvenstveno bile uslovljene iskustvima država u kojima su do tada preovladavali veoma dugačak opšti rok zastarelosti i preobilje posebnih rokova zastarelosti, Konstantinovićevoj koncepciji uređenja zastarelosti iz sredine 20. veka zaista ne može mnogo da se prigovori. Naime, polazeći od uređenja u OGZ, Konstantinović je, kao što je već objašnjeno, otklonio brojne nedostatke austrijskog zakonika, a naročito odlučno predugačak opšti rok zastarelosti. Pri tome ne treba previdjeti da je određivanjem desetogodišnjeg objektivnog roka zapravo poštovano opšte pravilo da su, sa aspekta zaštite poverioca, nespojivi kratak rok i objektivna vezna okolnost za njegov početak. Desetogodišnji rok je dovoljno dugačak da se njime položaj poverioca uglavnom ne ugrožava. I ne na kraju, to se vidi iz modernih smernica uređenja zastarelosti gde je kratak subjektivni rok dopunjen dužim, upravo desetogodišnjim maksimalnim objektivnim rokom. U tom pogledu ZZP je svojevremeno spadao u najsavremenije zakone.

Skup posebnih rokova zastarelosti tada, prema predviđanjima, još nije bio toliko nesavladiv da bi mogao da pobuđuje ozbiljne sumnje u pravnu sigurnost korisnika sistema. Doduše, istina je da je određivanje nove kategorije potraživanja za koja je važio dvogodišnji rok bilo najverovatnije nepotrebno – greška je brzo otklonjena stupanjem na snagu ZOO. Učesnici u pripremi ZOO su pak – uvažavajući činjenicu da je u ZOO opšti rok zastarelosti

---

roka koja istovremeno postoje i teče od štetnog događaja dalje) i Danska (gde važi u slučaju lične ili ekološke štete umesto desetogodišnjeg dopunskog roka). Inače, u nekim drugim uređenjima tridesetogodišnji rok je afirmisan kao dopunski rok za odštetna potraživanja zbog posebnih vidova štete (naročito ekološke štete, štete zbog jonizujućih zračenja i sl. – vidi npr. švajcarsko, nizozemsko, španskо uređenje i dr.).

[60] U literaturi je pogodnost veznog trenutka u odštetnim zahtevima već duže vreme predmet diskusije bez jasnih odgovora. Diskusija prevazilazi domet ovog rada, ali treba pomenuti da sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava u poslednje vreme ukazuje na to da barem u slučajevima lične štete bilo kakvo ograničavanje objektivnim rokovima može da bude problematično.

čak skraćen napola – ipak posvetili nedovoljno vremena razmišljanju o potrebi daljeg postojanja svih ostalih kratkih posebnih rokova zastarelosti. To se naročito odnosi na potraživanja za koja je važio jednogodišnji rok zastarelosti. U germanskom pravnom okruženju nijedan od pravnih sistema (nemački, austrijski, švajcarski) ne poznaje tako kratak rok za uporedive vrste potraživanja – recimo, trogodišnji ili petogodišnji rok, iako se dužina roka utvrđuje na osnovu potpuno istih razloga kao kod nas.[61] Ukidanje jednogodišnjeg roka možda bi bilo problematično kada bi ga zamenio opšti petogodišnji rok. Rezervni trogodišnji rok koji je, recimo, važio i za ostala povremena potraživanja ne bi suštinski, odnosno nesrazmerno otežavao položaj dužnika u odbrani u postupku.

Osetno kraći petogodišnji opšti rok zastarelosti iz ZOO po dužini i području praktične primene sam po sebi, i pored svoje objektivne prirode, nije bio mnogo problematičan. Pošto se primenjivao pretežno na zahteve ugovornog karaktera, moglo se očekivati da će se u pet godina od dospeća zahteva poverilac sa tim zahtevom i sa dužnikom sigurno upoznati. Neupoznavanje sa takvim zahtevima je zapravo redak izuzetak – u ugovornom odnosu poverilac je po pravilu već od početka upoznat sa sadržajem odnosa i zahtevima koji iz njega proizlaze, kao i, naravno, sa saugovaračem. Drugačija je situacija sa neugovornim zahtevima, naročito za naknadu štete, a pretežno i sa zahtevima u vezi sa bogaćenjem, pa i sa ugovornim zahtevima za naknadu štete. U zahtevima te vrste znatno su učestalije situacije da poverilac ne zna za okolnosti na kojima se zasniva zahtev (nastanak štete, štetno postupanje; prelazak imovine, nepostojanje pravnog osnova) i/ili za prouzrokovača štete, odnosno za bogaćenje. Najpogodniji način za rešavanje tog problema jeste vezivanje početka tečenja zastarelosti za subjektivnu okolnost, to jest za upoznavanje poverioca sa zahtevom i dužnikom. Za deliktne odštetne zahteve trogodišnji subjektivni rok u kombinaciji sa dužim dopunskim objektivnim maksimalnim rokom važio je i u OGZ i u ZZP, a zatim i u ZOO. To rešenje je, uporednopravno, i danas gotovo univerzalno usvojeno, a u nekim pravnim sistemima se u određenim slučajevima ostvaruje čak isključivo subjektivni rok. U poređenju sa ZZP, u kojem je važio desetogodišnji objektivni dopunski rok, zakonodavac je skraćivanjem tog roka na pet godina (najverovatnije po inerciji – jer je isto toliko skratio i opšti rok zastarelosti) oštećenog stavio u bitno nepovoljan položaj. Zbog kratkoće petogodišnjeg roka u slučaju neugovornih odnosa može da se

[61] Kao što su opasnost preteranog opterećivanja dužnika zbog gomilanja povremenih i drugih učestalih potraživanja i za dužnika specifični izazovi dokazivanja da su ispunjeni svakodnevni poslovi manjeg značaja (Schwimann, Kodek 2016, 1467, i Fenuves *et al.* 2012, rob. br. 3 k §1486 za ABGB; Honsel *et al.* 2007, 743, za OP; Mansel 2001, 374, za BGB).

dogodi da zahtev poverioca zastari zbog toga što je istekao objektivni rok još pre nego što je subjektivni rok uopšte počeo da teče, dakle još pre nego što se oštećeni upoznao sa zahtevom i prouzrokovačem štete. Doduše, oštrinu kratkog roka unekoliko ublažava okolnost da teče od trenutka nastanka štete, a ne već od štetnog događaja (kao što važi u određenim stranim pravnim sistemima), ali time nisu otklonjeni svi nedostaci. Možda se na taj način rešava sa aspekta zastarelosti gorući problem latentne štete (karakterističan slučaj su bolesti sa dugim latentnim periodom, npr. azbestne bolesti), koja se manifestuje tek nakon dugog niza godina ili decenija od štetnog postupanja – naime, može se smatrati da je bolest, dakle šteta, „nastala" tek kada je postala spolja prepoznatljiva. S druge strane, pak, ne rešavaju se problemi kada duže vremena nije registrovano da je oštećenom pričinjena druga vrsta štete (na primer, zbog toga što je prouzrokovana na stvari koja se retko upotrebljava ili koju poverilac ne kontroliše stalno jer ju je prouzrokovač duže vreme uspešno prikrivao ili pošto duže vreme nije poznata pravno relevantna uzročna veza) ili pak kada mu nije poznat prouzrokovač štete. Petogodišnji objektivni dopunski rok je tada bio uporednopravni raritet.[62] U vreme donošenja ZOO, u važećem starom nemačkom BGB (pre reforme) i austrijskom OGZ je, recimo, bio određen čak tridesetogodišnji dopunski rok, a u švajcarskom OR desetogodišnji (istina, sva tri su se odnosila na štetno postupanje).[63] Danas dopunski objektivni rokovi uporednopravno takođe ostaju dugački, a u oblasti odštete za tzv. ličnu štetu (zbog zadiranja u život, telo, ličnost čoveka i dostojanstvo, kao i polni integritet) u određenim pravnim sistemima se čak i ukidaju.[64]

---

[62] Izuzetak u tom smislu je Italija, gde i danas znaju samo za petogodišnji objektivni rok koji teče od štetnog postupanja i gde subjektivni rok za zastarevanje odštetnih zahteva uopšte ne poznaju (čl. 2947 *Codice Civile*).

[63] § 852 BGB (predreformska varijanta); § 1489 OGZ; čl. 60 OR (predreformska varijanta). Doduše, u OGZ se ne određuje izričito trenutak početka toka roka, pri čemu se austrijska sudska praksa zasniva na stavu da taj rok teče od štetnog događaja, a barem novija teorija na stavu da teče od nastanka štete (vid. napomenu 20).

[64] U Nemačkoj posle reforme opšti rok zastarelosti važi i za odštetne zahteve za običnu štetu, što podrazumeva kombinaciju trogodišnjeg subjektivnog i desetogodišnjeg objektivnog roka koji teče od nastanka štete, kao i još jednog tridesetogodišnjeg objektivnog roka koji teče od štetnog postupanja (relevantan je onaj objektivni rok koji ističe prvi). Za ličnu štetu važi, osim subjektivnog roka, samo tridesetogodišnji objektivni rok koji teče od štetnog postupanja; za namerno prouzrokovanu ličnu štetu subjektivni rok pak ne važi već samo tridesetogodišnji objektivni rok povezan sa nastankom štete. Vid. §§ 197 i 199 BGB. U Švajcarskoj su reformom iz 2020. godine produžili subjektivni rok na tri godine, a objektivni dopunski rok za odštetne zahteve za ličnu štetu, koji teče od štetnog postupanja, na dvadeset godina (čl. 60 OR). U Nizozemskoj važi kombinacija petogodišnjeg subjektivnog i dvadesetogodišnjeg objektivnog roka; izuzetak čine ekološka šteta i šteta zbog

Pomenuto je već da je nedostatak ZZP bila nejasnoća kada počinje da teče rok za ugovorne odštetne zahteve – a u ZOO nije iskorišćena prilika da se nedostatak otkloni. Prilikom donošenja ZZP, kao i ZOO, zakonodavac je propustio još jednu priliku da možda, po ugledu na švajcarsko pravo, kombinaciju subjektivnog i objektivnog roka zastarelosti, osim za deliktne odštetne zahteve, uvede i za zahteve po osnovu bogaćenja. Za njih je tako važio opšti objektivni rok zastarelosti, što je njegovim skraćivanjem na pet godina moglo postati problematično. Naime, u spektar zahteva te vrste spada i deo onih kod kojih – slično kao kod odštetnih zahteva – može doći do situacije da poverilac duže vreme ne bude upoznat sa okolnostima zahteva. U vezi sa zahtevima neosnovanog bogaćenja valja dodati i da samo podređivanje tih zahteva režimu kombinovanog subjektivno-objektivnog roka neće otkloniti sve probleme u vezi sa njima. Naročito uređenje zahteva koji su srodni zahtevima za ispunjenje, prema kojem za zahteve za ispunjenje važi jedan rok, a za zahteve u vezi sa neosnovanim bogaćenjem sasvim drugi rok zastarelosti, izaziva konfuziju kod obe stranke pravnog odnosa uređenja zastarelosti.[65] Karakterističan slučaj su zahtevi za povraćaj koji potiču iz nevažećih ili ništavih ugovora za koje bi inače za zahteve za ispunjenje važili drugačiji rokovi[66] ili pak zahtevi koji bi, ukoliko bi postojao važeći pravni osnov bili zahtevi za ispunjenje pa bi za njih važio drugačiji rok.[67] Te

opasnih supstanci za koje, osim petogodišnjeg subjektivnog, važi i tridesetogodišnji objektivni rok. Prema novom rešenju, za ličnu štetu (umesto ranije važeće kombinacije petogodišnjeg subjektivnog i tridesetogodišnjeg objektivnog roka vezanog za štetno postupanje) važi samo petogodišnji subjektivni rok (vid. čl. 3:310 *Burgerlijk Wetboek*). U Danskoj se ta oblast uređuje slično kao u Nemačkoj, s tim što samo za područje odšteta zbog profesionalnih bolesti po novom važi još samo subjektivni rok (§3 Forældelsesloven). U Francuskoj važe desetogodišnji i dvadesetogodišnji objektivni rok (ne dopunjava ga subjektivni rok) za odštetne zahteve zbog lične štete (telesnih povreda), odnosno štete prouzrokovane mučenjem ili seksualnom zloupotrebom maloletne dece, koji teku od stabilizacije štete (čl. 2226 *Code Civil*), a desetogodišnji subjektivni rok za slučajeve ekološke štete (čl. 2226–1 *Code Civil*). U Belgiji za odštetne zahteve važi kombinacija petogodišnjeg subjektivnog i dvadesetogodišnjeg objektivnog roka (čl. 2277 *et seq*., *Burgerlijk Wetboek*).

[65] Taj problem je pre reforme bio poznat i u Nemačkoj (vid. Peters, Zimmermann 1981, 292).

[66] Na primer, kada bi za ugovorne zahteve važio trogodišnji rok, a za kondikcijske zahteve petogodišnji rok.

[67] Na primer, kada treba da se plati naknada za korišćenje koja je po prirodi srodna najamnini, ali za prvu važi petogodišnji rok, a za potonju (kao povremeno potraživanje) trogodišnji rok.

poteškoće[68] se mogu otkloniti rešenjem za koje se zalažu tvorci savremenih reformskih akademskih modela: jedinstven opšti rok zastarelosti koji je subjektivnog karaktera i važi za većinu zahteva, uključujući kondikcijske.

Još nekoliko drugih, novih odredaba ZOO nije bilo najbolje dorađeno, a detaljnije razmatranje tog pitanja prevazilazi obim ovog rada. Ukratko, treba pomenuti uređenje zastarelosti za zahteve iz ugovora o osiguranju koji su delimično podvrgnuti subjektivnom roku, međutim, režim je bio nepotrebno komplikovan, ali bi ga bilo moguće pojednostaviti;[69] iznenađujuće je i uređenje zastarelosti zahteva zajmoprimca za predaju stvari koja je predmet zajma[70] i regresnog zahteva poslodavca prema zaposlenom odnosno pravnog lica prema članovima organa pravnog lica za nadoknadu štete trećem licu,[71] za koji su rokovi objektivni i izuzetno kratki.

4.2. Ostali elementi sistema zastarelosti

Katalog razloga za zastoj i prekidanje tečenja roka zastarelosti u ZZP i ZOO bio je klasičan i nije odstupao od uporedivih pravnih sistema, a u određenim pogledima bio je i napredniji.[72] Isti razlozi su uglavnom ostali i u savremenom pravu, koje im dodaje prvenstveno jedan razlog za zastoj ili

[68] Pa i mnoge druge, na primer, poteškoće u izboru pravilnog zahteva i njemu odgovarajućeg roka zastarelosti kada je u pitanju konkurencija zahteva u vezi sa bogaćenjem i odštetnih zahteva za koje su u ZZP i ZOO važili različiti rokovi zastarelosti.

[69] Na primer, čl. 380, st. 1 ZOO (koji, međutim, nije originalna ideja autora ZOO već potiče još iz Konstantinovićeve Skice). Istini za volju, ne postoji posebno osnovan razlog za pokretanje toka zastarevanja potraživanja osiguravača; naime, postoje dva različita režima zavisno od okolnosti da li je osiguravač za nastupanje osiguravajućeg slučaja saznao još u godini njegovog nastupanja ili tek kasnije.

[70] Čl. 559 ZOO.

[71] Čl. 170 i 172 ZOO.

[72] Šire određenje nesavladivih prepreka umesto više sile; proširenje efekata zastoja zastarevanja i na potraživanja između vanbračnih partnera. Treba napomenuti da se u akademskim modelima u odnosima među supružnicima ne predviđa više razloga za zastoj zastarevanja; i manjem delu pravne literature postoje mišljenja da u tom odnosu zastoj nije odgovarajući (vid. npr. Zimmermann 2002a, 140). Taj stav je diskutabilan i nacionalne regulative ga nisu usvojile u reformama već su zadržale razlog za zastoj zastarevanja. Druga novina akademskih modela (usvojila ju je i nemačka regulativa) jeste to što se radnje poverioca za ostvarivanje zahteva (npr. tužba i sl.) svrstavaju u razloge za zastoj toka roka umesto u razloge za njegovo prekidanje. Krajnji efekat je sličan jer kraj postupka obično rezultira bilo uspostavljanjem judikatnog potraživanja bilo odbijanjem zahteva sa dejstvom *res judicata*.

za odlaganje isticanja roka: vreme pregovora između stranaka o spornom zahtevu.[73] Postoje ubedljivi argumenti za njegovo uvođenje. Zalaganja za mirno i sporazumno rešenje spora treba podržati jer je za stranke tog odnosa po pravilu finansijski, psihološki i logistički povoljnije – rizik i neizvesnost u pogledu rešenja spora su manji, ostvarena je ušteda na troškovima formalnih mehanizama za rešavanje sporova, stranke same sebi diktiraju tok pregovora, a sporazumno rešenje spora je za obe stranke prihvatljivije jer je u pitanju po pravilu uzajamno popuštanje i nijedna stranka ne „pobeđuje" niti „gubi". Pregovori mogu da traju dugo, zbog toga poverilac rizikuje da će njegov zahtev u međuvremenu zastareti; dužnik može prividnom spremnošću za pregovaranje da obmane poverioca i ubedi ga da ne ostvaruje zahtev.[74] Teranje poverioca na sudsko ostvarivanje zahteva da bi izbegao zastarevanje izuzetno negativno utiče na pregovore.

U savremeno doba, odredbe o zastoju zastarevanja potraživanja lica zaposlenih u domaćinstvu poslodavca i potraživanja poverilaca koji se nalaze u vojnoj službi uporednopravno su retke, arhaične pojave, a celishodnost njihove dalje primene upitna. Unikum sa snažnom diskutabilnom dodatom vrednošću u današnje vreme je i odlaganje isticanja roka zastarevanja u slučaju služenja vojnog roka. U vreme stupanja na snagu OGZ (iz kojeg potiče odredba o uticaju vojne službe), boravak poverioca u inostranstvu zbog vojne ili državne civilne službe predstavljao je ozbiljnu prepreku za ostvarivanje zahteva jer je tada komunikacija, s obzirom na tehnološku nerazvijenost, bila otežana. U savremeno doba uobičajene misije u inostranstvu više ne znače potpunu odsečenost od domovine; osim toga, sudsko ostvarivanje zahteva pretežno se odvija uz pomoć ovlašćenih lica, odnosno opunomoćenika. Slično važi i za vreme služenja vojnog roka. U okolnostima konkretnih slučajeva, bilo bi podesnije procenjivati stvarnu narušenost mogućnosti pristupa sudu i položaje razmatrati u kontekstu nepremostivih prepreka za ostvarivanje zahteva.

U pogledu efekata i posledica zastarelosti uređenja, ZZP i ZOO u vreme njihovog stupanja na snagu nisu suštinski odstupali od uporednopravnih uređenja, a značajnije konceptualne promene za sada ne nalazimo ni u

Zbog toga je samo retko moguće da se isto potraživanje ponovno ostvaruje kako bi mogla da se prikaže razlika između toga da li je rok ponovno tekao od početka ili će dalje teći samo ostatak roka koji još nije protekao.

[73] Taj razlog nalazimo u nemačkom i švajcarskom pravnom sistemu, u praktično svim akademskim reformskim modelima, a priznaje ga i austrijska sudska praksa.

[74] Dužnikove prigovore zastarelosti u takvim slučajevima uporednopravna uređenja su još pre uvođenja novog razloga za zastoj tečenja roka razmatrala u okviru načela dobre vere i prava (vid. Zimmermann 2002a, 143).

savremenom pravu. Nešto je drugačiji samo ugao posmatranja efekata: PECL, DCFR, CESL i nemačko uređenje efekat zastarelosti određuju sa stanovišta dužnika.[75] Isticanjem roka zastarelosti nastupa zastarelost koja stvara pravo na odbijanje ispunjenja obaveze, drugim rečima: prigovor protiv zahteva poverioca (Palandt, 2017, 249). U ZZP i ZOO je, s druge strane, bilo određeno da zastarelost nastupa isticanjem vremena, a time prestaje i pravo na zahtev za ispunjenje obaveze (aspekt poverioca), a zatim se sasvim odvojeno dodaje da sud ne sme da se obazire na zastarelost ukoliko se dužnik na nju ne poziva.[76] Ugao posmatranja koji se usredsređuje na prava dužnika omogućuje jasnije pravno-teoretsko izvođenje položaja ukoliko dužnik ne uloži prigovor: tek upotrebom prigovora „gasi" se materijalnopravni zahtev i obaveza menja u naturalnu obavezu, a neupotreba ostavlja zahtev netaknutim i takođe utuživim.[77] Tekstualizacija kakva je ponuđena u ZZP– i ZOO, naravno, ni u čemu nije bila sudbonosna, kao ni ostale nekonzistentnosti, koje su najverovatnije bile posledica neprecizne redakcije – sa nomotehničkog aspekta bi bilo adekvatnije korišćenje jedinstvenije terminologije. Naime, zastarevaju zahtevi, a izuzetno pravo iz kojeg potiču zahtevi, a ne potraživanja, obaveze, dugovi i slično, što sve su termini koji se sporadično mogu pronaći u oba zakona.

4.3. Autonomija stranaka u vezi sa zastarevanjem

Odredbama ZZP i ZOO izričito je isključena mogućnost da stranke pravnim poslom produže ili skrate zakonski propisani rok zastarevanja ili da odrede da zastarevanje određeno vreme neće teći.[78] U ZZP je ta odluka tada najverovatnije delovala smisleno – u poređenju sa nemačkim ili austrijskim sistemom, u kojima je uz tridesetogodišnji opšti rok zastarevanja dopušteno barem dogovorno skraćivanje rokova, novi desetogodišnji opšti rok iz ZZP činio se dovoljnim kompromisom, u koji stranke pravnog odnosa ne bi trebalo da zadiru kako menjanjem pojedinačnih elemenata ne bi poništile ciljeve i svrhe uređenja zastarevanja. Takođe, recimo Švajcarska

[75] PECL, čl. 14:501/1, DCFR, čl. III-7:501/1, CESL, čl. 185/1, BGB, § 214, st. 1.

[76] Na aspekt poverioca usredsređuju se, recimo, i PICC (čl. 10.1/1) i LC (čl. 1/1).

[77] Jednaki su i teorijski stavovi u Švajcarskoj, čiji OR inače ne sadrži nikakvu izričitu odredbu o dejstvu zastarevanja (Honsell *et al.* 2007, 792). U određivanju dejstva zastarevanja austrijsko rešenje je arhaično; predložena je reforma u skladu sa nemačkim uređenjem (vid. Bundesministerium Justiz, Textvorschlag Verjährung, https://www.bmj.gv.at/themen/Zivilrecht/Reform-des-Verj%C3%A4hrungsrechts.html, 5).

[78] Član 5 ZZP, član 364. ZOO.

usvaja desetogodišnji opšti rok, ali autonomiju stranaka zabranjuje.[79] Prvim predlogom ZOO (što je moguće pronaći u literaturi) – uvažavajući osetno skraćenje zakonski utvrđenog opšteg roka zastarevanja –bila je predviđena mogućnost produžavanja rokova, ali je jugoslovenska teorija autonomiju stranaka na području zastarevanja pretežno odbacivala ističući javne interese.[80] Predlog zbog toga nije bio usvojen.

No, međutim, veća ugovorna autonomija stranaka jedna je od smernica savremenog uređenja zastarevanja, i to (bez obzira na težnju za uvođenjem kratkih subjektivnih rokova) u oba pravca: i u pogledu mogućnosti olakšavanja i u pogledu oteževanja nastupanja zastarevanja.[81] Bojazan da bi stranke nepromišljenim intervenisanjem prekomerno iskrivile ciljeve zastarevanja može se sprečiti prevashodno određivanjem minimalnog i maksimalnog perioda koji može da protekne do nastupanja zastarevanja, čega se uređenja koja omogućavaju autonomiju i poslužuju. Osim toga, mora da postoji mogućnost sudske kontrole poštenosti takvog dogovora, odnosno njegove usaglašenosti sa propisanim ograničenjima – najpogodnije je, u slučaju da je neusaglašen dogovor ništav, da se posledično primeni zakonski režim. U svakom slučaju, ugovorna autonomija pretpostavlja određeni stepen zrelosti i racionalnosti stranaka. S jedne strane, izričit ugovorni dogovor o režimu zastarevanja za stranke predstavlja poznato pravo. Stranke na to pitanje već od samog početka obraćaju posebnu pažnju i posledično su i unapred upoznate sa tim koliko vremena će imati na raspolaganju za ostvarivanje zahteva, odnosno za odbranu od njega, pa u tu svrhu mogu da ulože odgovarajuću energiju i sredstva. Na sistemskom nivou to podrazumeva i pojednostavljivanje uređenja zastarevanja jer stranke mogu određivanjem sopstvenog režima zastarevanja da izbegnu potencijalne neizvesnosti u vezi sa time koji će zakonski rok zastarevanja važiti za njihov

[79] Još u reformi švajcarskog uređenja zastarevanja iz 2020. godine strah od poništavanja ciljeva i namena zastarevanja kumovala je odbijanju mogućnosti uvođenja autonomije stranaka (vid. Obligationenrecht: Revision des Verjährungsrechts, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Bundesamt für Justiz, August 2012, 13–14). Međutim, ni švajcarsko uređenje nije sasvim kruto. Odredba člana 120 OR u praksi se tumači fleksibilno – njen domet se svodi samo na rokove iz poglavlja OR o zastarevanju (prema tome, važi za opšti rok zastarelosti, za petogodišnji poseban rok za potraživanja svakodnevnog života i sl.), ali ne i na rokove iz drugih delova OR i iz drugih zakona. Za njih je dozvoljeno produžavanje do deset godina i skraćivanje roka koje je pošteno prema poveriocu.

[80] Tako objašnjava Cigoj (1984, 1153), koji je inače lično smatrao da je petogodišnji opšti rok za neprofesionalne subjekte na tržištu izuzetno kratak i zalagao se za mogućnost dogovornog produžavanja. Pod uticajem OGZ, određeni autori su bili skloni mogućnosti eventualnog dogovornog skraćivanja rokova.

[81] Dopuštaju je, recimo, akademski reformni modeli i nemačko uređenje.

odnos. S druge strane, ugovorna autonomija podrazumeva i određeni rizik da će krajnji rezultat biti van zakonski dozvoljenih okvira menjanja uređenja zastarelosti. Stranke će promeniti više elemenata, veći je rizik jer njihovo sadejstvovanje može da bude nepredvidljivo, a često će biti vidljivo tek *post festum*. Razumne stranke će menjati što manje da bi rezultati bili predvidljivi; naime, pretpostavka za veći obim promena biće dobro razumevanje sistema zastarevanja jer, u suprotnom, to može biti mač sa dve oštrice.

S obzirom na to, prava ugovorna autonomija pogodna je samo za odnose ravnopravnih subjekata. Veće ograničenje autonomije pogodno je, na primer, za potrošačke ugovore jer bi potrošači, u suprotnom, mogli često da budu podvrgnuti menjanju režima zastarevanja na njihovu štetu. Takođe, ne može da se tvrdi da prosečan potrošač kome su uslovi nametnuti obraća neku posebnu pažnju na njihov sadržaj. Mogu da se potpuno isključe promene na štetu potrošača ili pak da se predvidi opšta mogućnost sudske kontrole poštenosti uslova u kojima nije moguće nerazumno odustati od načela koja je zakonodavac imao u vidu kada je uređivao zastarevanje (vid. npr. Palandt 2017, 232).

4.4. Prekluzivni rokovi

Obim ovog rada premašuje detaljniju diskusiju o materijalnopravnom institutu prekluzije u privatnom pravu. Ukratko, treba napomenuti da je u ZZP bila uneta odredba, koja je kasnije preuzeta u ZOO, kojom je bila isključena primena odredaba o zastarevanju na prekluzivne rokove, dakle rokove po čijem isticanju se potpuno gasi samo pravo. Iako je to možda dobronamerna odredba namenjena lakšem razdvajanju svojstava rokova zastarelosti i prekluzivnih rokova, izuzetno je ustavnopravno problematična sa savremenog stanovišta. Naime, njome se, između ostalog, isključuje i svaka primena pravila o zastoju tečenja rokova;[82] među razlozima koji diktiraju zastoj zastarevanja nalaze se i oni koji korisnika prava potpuno sprečavaju da ostvari sporni zahtev ili pravo, kao što je postojanje nesavladivih prepreka ili procesna nesposobnost korisnika prava. Situacija u kojoj poverilac, objektivno posmatrano, u kratkom prekluzivnom roku ne bi mogao da ostvaruje svoje pravo, pa bi pravo posle isteka roka ipak bilo nepovratno izgubljeno, sigurno bi predstavljao zadiranje u ustavno i konvencijski zaštićeno pravo

[82] U austrijskim i nemačkim propisima, gde prekluzija nije sistematski regulisana, dozvoljena je razumna upotreba određenih elemenata zastare, posebno pravila o zastoju zastarevanja. Negde to izričito dozvoljava zakon, drugde tako odlučuje jurisprudencija.

poverioca na sudsku zaštitu. To zadiranje bi moglo da ima opravdanje samo u izuzetnim slučajevima u kojima je konačno razrešenje odnosa od toliko velikog značaja da bi odlaganje nastupanja prekluzije zbog zastoja toka roka bilo u suprotnosti sa javnopravnim interesima ili ostvarivanje prava posle određenog vremena više ne bi postiglo pravu namenu. Međutim, pregledom palete prekluzivnih rokova u nacionalnim uređenjima može brzo da se uoči da postoji veći broj rokova koji ne podrazumevaju takve izuzetne slučajeve.

5. ZAKLJUČAK

Konstantinovićev sistem zastarevanja koji je zaživeo u ZZP u to vreme je značio dobru ravnotežu između kontinuiteta dobro poznatog OGZ i otklanjanja njegovih najočiglednijih nedostataka. Upravo ovo potonje je omogućilo da se ZZP u svom jezgrovitom obliku – sa određenim manjim promenama koje su doneli ZOO, a posle raspada Jugoslavije i nacionalna zakonodavstva – u suštini primenjuje i danas. Takođe, treba uzeti u obzir da su savremene smernice zastarevanja koje teže nešto drugačijoj koncepciji zastarevanja (koncept kratkog opšteg subjektivnog roka ili drugačijeg uticaja upoznatosti poverioca sa zahtevom na tok roka i dužeg dopunskog objektivnog roka, smanjenje broja posebnih rokova, veća ugovorna sloboda stranaka u vezi sa režimom zastarevanja) posledica praktičnih problema koji se javljaju zbog sve veće nepreglednosti evropskih sistema zastarevanja, koja u vreme nastajanja ZZP možda još nije bila toliko izražena koliko nekoliko decenija kasnije. Takođe, posledica su i savremenijeg i sve šireg diskursa o ljudskim pravima i slobodama, koji do određene mere treba poštovati i prilikom ozakonjavanja pravila u horizontalnim odnosima između pojedinaca u privatnom pravu. Odatle i usredsređivanje ne samo na položaj dužnika već i na položaj poverioca – naime, zastarevanje ugrožava njegovo konvencijsko i ustavno pravo na sudsku zaštitu. Iako u svetlu savremenog prava i Konstantinovićeve ideje imaju nedostatke koji su prikazani u ovom radu, ipak se čini da bi bez tih ideja sistemima zastarevanja u državama nekadašnje Jugoslavije danas reforme bile mnogo više potrebne nego što to sada možemo da tvrdimo.

LITERATURA

[1] Baldus, Christian. 2011. Anspruch und Verjährung – Geschichte und System. 5–28. *Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform*, Hrsg. Oliver Remien. Tübingen: Mohr Siebeck.

[2] Bydlinski, Peter, Peter Vollmaier. 2011. Österreichisches Verjährungsrecht. Grundregeln – Grundstrukturen – Grundwertungen – Reformideen. 215–242. *Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform*, Hrsg. Oliver Remien. Tübingen: Mohr Siebeck.

[3] Cigoj, Stojan. 1984. *Komentar obligacijskih razmerij*, II. knjiga. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list RS.

[4] Eypeltauer, Ernst. 1991. Verjährungshemmung und Familie (Ein Beitrag zur Auslegung von § 1495 Satz 1 ABGB). Österreichische Richterzeitung: 26.

[5] Fenyves, Attila, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonkilch (Hrsg.). 2012. *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, §§ 1451–1502 ABGB, Ersitzung, Verjährung*. Lexis-Nexis (dostupno na portalu Lexis-Nexis).

[6] Hattenauer, Christian. 2019. Prescription and Limitation in Germany and Austria. 507–632. *Limitation and Prescription, A Comparative Legal History*, eds. Harry Dondorp, David Ibbetson, Eltjo Schrage. Berlin: Duncker & Humboldt.

[7] Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.). 2007. *Obligationenrecht I – Basler Kommentar*, 4. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

[8] Huguenin, Claire, Florent Thouvenin. 2011. Verjährung und Reform in der Schweiz. 303–324. *Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform*, Hrsg. Oliver Remien. Tübingen: Mohr Siebeck.

[9] Jansen, J. E., Thieves and Squatters. 1/2012. Acquisitive and Extincitive Prescription in European Property Law. *European Property Law Journal* 1: 154–166.

[10] Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.

[11] Lando, Ole, Eric Clive, Andre Prüm, Reinhard Zimmermann (eds.). 2003. *Principles of European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International.

[12] Mansel, Heinz-Peter. 2001. Die Reform des Verjährungsrechts. 333–425. *Zivilrechtwissenschaft und Schuldrechtsreform*, Hrsg. Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann. Tübingen: Mohr Siebeck.

[13] Nikolić, Dušan. 2013. Austrian Civil Code and Serbian Civil Law. 73–93. *Izročilo Občnega državljanskega zakonika*, ur. Ada Polajnar Pavčnik. Ljubljana: GV Založba.

[14] Nikolić, Dušan. 3/2010. Uticaj istaknutih pravnika na oblikovanje prava u Evropi i Srbiji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 44: 183–201.

[15] Palandt, Otto (Hrsg.). 2017. *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76. Auflage. München: C. H. Beck.

[16] Peters, Frank; Zimmermann, Reinhard. 1981. Verjährungsfristen. 77–373. Bundesminister der Justiz. *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band 1. Köln: Bundesanzeiger.

[17] Raspor, Andrija. 1982. *Zastara*. Zagreb: Informator.

[18] Schwimann, Michael, Georg Kodek (Hrsg.). 2011. *ABGB Praxiskommentar*, 4. Auflage, Band 6. Lexis Nexis Verlag.

[19] Stanković, Franjo. 1969. *Zastara potraživanja*. Zagreb: Novinsko-izdavački, štamparski i birotehnički zavod.

[20] Storme, Matthias. 1/1997. Constitutional Review of Disproportionally Different Periods of Limitation of Actions (Prescription). *European Review of Private Law* 5: 79–100.

[21] Storme, Matthias. 1995. Extinctive Prescription in Belgian Private Law – Old Questions and Recent Developments. 41–73. *Extinctive prescription, On the limitation of actions*, Reports to the 14th international Congress of the international Academy of comparative law. Deventer: Kluwer, ed. E. Hondius, *https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/extinctiveprescription.pdf*, poslednji pristup 10. jula 2022.

[22] Triggiano, Annalisa. 1/2013. Short remarks on extinctive prescription in legal history. *US-China Law Review* 10: 35–45.

[23] Vollmeier, Peter. 2009. *Verjährung und Verfall*. Wien: MANZ'sche Verlags– und Universitätsbuchhandlung.

[24] Zimmermann, Reinhard. 2002a. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press.

[25] Zimmermann, Reinhard. 2002b. Das neue deutsche Verjährungsrect – ein Vorbild für Europa? 7 i nasl. Ingo Koller, Herbert Roth, Reinhard Zimmermann. *Schuldrechtmodernisierunggesetz*. München: C. H. Beck.

Nina ZUPAN, LL.M. (Leiden), PhD

Judge at the District Court in Kranj, Slovenia

KONSTANTINOVIĆ'S CONCEPT OF LIMITATION OF CLAIMS: HAVE THE IDEAS ABOUT THE TIME'S INFLUENCE ON LAW WITHSTOOD THE INFLUENCE OF TIME?

Summary

Mihailo Konstantinović was the author of the 1953 Act on Limitation of Claims. The article explores how he improved and surpassed the rules on limitation set forth in the Austrian Civil Code which had previously been directly or indirectly applicable in a large part of the former Yugoslavia. His cornerstone ideas were later also copied with minor changes (partly not well thought through) into the Law on Obligations, ensuring there was no need for a comprehensive reform for decades. Admittedly, modern guidelines on limitation propose somewhat different concepts, focusing increasingly on the balance between the creditor and the debtor and on the simplification of the system. However, these guidelines are based on the modern discourse on human rights in private law and on the negative experience of some European jurisdictions with outdated and untransparent rules on limitation which – as opposed to the former Yugoslavia – remained unchanged for a century or more.

Key words: *Extinctive prescription. – Limitation of acts. – Mihailo Konstantinović. – Act on Limitation of Claims. – Right to fair trial. – Comparative law.*

Article history:
Received: 31. 7. 2022.
Accepted: 30. 10. 2022.

UDK 347.451(497.11) ; 347.124(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK13A

Dr Nenad TEŠIĆ*

O PROTIVPRAVNOSTI CESIJE U BLOKADI: PRILOG TEORIJI O POSTOJANJU ZABRANJENIH UGOVORA KOJE NE PRATI SANKCIJA NIŠTAVOSTI

Cesija je jedan od uobičajnih poslova u savremenom privrednopravnom prometu. Slično se može reći za ustupanje umesto ispunjenja – posebnu vrstu cesije kada dužnik na ime dugovane činidbe ustupi poveriocu svoje potraživanje. Iz ugla platnog prometa, posredno ispunjenje novčane obaveze putem cesije je načelo dozvoljeno, sa istom pravnom snagom kao i plaćanje putem računa (neposredno ispunjenje novčane obaveze). Prema zakonu, pravna lica i preduzetnici mogu međusobne novčane obaveze izmirivati i ugovaranjem promene poverilaca, s tim što takva transakcija nije dopuštena ukoliko su njihovi računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate. Prihvaćeni normativni pristup, bez izrečnog propisivanja građanskopravne sankcije za pravni posao suprotan zabrani, otvara prostor za različita tumačenja, što u srpskom pravu često ne znači ništa drugo do „ustoličenje pravne nesigurnosti".

Ključne reči: *Cesija. – Blokada računa. – Zabranjeni ugovori. – Prekršaj. – Ništavost.*

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*.

1. UVOD

Ako se u srpskom pravu nešto može nazvati sizifovskim poslom, onda je to usaglašavanje sudske prakse u pogledu ugovora o cesiji. Samo što je utihnula rasprava o tome da li se čl. 48 Zakona o izvršenju i obezbeđenju (2015)[1] suštinski razlikuje od nekadašnjeg čl. 23 ZIO (2011)[2], kojim povodom je Privredni apelacioni sud (PAS) uspeo u „epskom poduhvatu" da napravi razliku u pravnim posledicama između prelaza i prenosa potraživanja[3], nakon čega su bili neophodni pravni stav Vrhovnog kasacionog suda (VKS)[4], autentično tumačenje zakonodavca[5] i odluka Ustavnog suda RS (o dopuštenosti ustupanja potraživanja utvrđenog izvršnom ispravom)[6], iznova je otvoreno pitanje koje nam se činilo davno rešenim[7], a tiče se dopuštenosti cesije preduzete od cedenta čiji je račun u blokadi.

---

[1] Zakon o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Sl. glasnik RS* 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje, 113/2017 – autentično tumačenje i 54/2019.

[2] *Sl. glasnik RS* 31/2011, 99/2011 – dr. zakon, 109/2013 – odluka US, 55/2014 i 139/20.

[3] Takvo restriktivno tumačenje odnosne norme izvrgli smo blagovremeno oštroj kritici. Tešić 2017, 75–108.

[4] „Pravila o promeni izvršnog poverioca i izvršnog dužnika u toku izvršnog postupka suštinski su nepromenjena, bez obzira na činjenicu što je sada naslov čl. 48. 'Prelaz potraživanja' umesto ranijeg 'Prenos i prelaz' i što su izvršnim ispravama dodate i verodostojne isprave. Očigledno je da je novi zakon oba pojma ujedinio u jedan (prelaz potraživanja)." Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja VKS održanoj 19. septembra 2017.

[5] Autentično tumačenje odredbe čl. 48 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik* RS 106/15 i 106/16 – autentično tumačenje objavljeno je u *Sl. glasniku RS* 61, u Beogradu, 14. decembra 2017. godine Narodna skupština Republike Srbije, predsednik Maja Gojković, s.r. Opširnije videti u Tešić 2018, 364.

[6] „Imajući u vidu navedeno, kao i to da se tumačenje sadržine odredbe čl. 48. st. 1. ZIO izraženo u osporenom aktu razlikuje od autentičnog tumačenja donosioca sporne norme, Ustavni sud ocenjuje da se, u konkretnom slučaju, kao proizvoljan iskazuje zaključak Privrednog apelacionog suda u osporenom rešenju da podnosilac ustavne žalbe ne može biti izvršni poverilac u tom postupku, jer do promene izvršnog poverioca označenog u izvršnoj ispravi i onog označenog u predlogu nije došlo prelazom, već prenosom potraživanja zaključenim u skladu sa odredbom čl. 436. st. 1. ZOO. Na osnovu izloženog i odredaba člana 89. st. 1. i 2. Zakona o Ustavnom sudu [...], Ustavni sud je u tački 1. izreke usvojio ustavnu žalbu, te utvrdio da je [...] povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na pravično suđenje, zajemčeno odredbom čl. 32. st. 1. Ustava, dok je u tački 2. izreke poništio osporeno rešenje i odredio da isti sud ponovo odluči o žalbi izvršnog dužnika." Ustavni sud, Už-10097/2016, 25. 4. 2019.

Dilemu koja je ovom prilikom dospela u središte naše pažnje, PAS je jezgrovito forumulisao na sledeći način:

„Da li su ništavi pravni poslovi zaključeni, odn. izvršeni protivno odredbi čl. 46. st. 3. Zakona o platnom prometu i kasnije odredbi čl. 5. st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju privrednu delatnost?“[8]

Pravna nedoumica o kojoj je reč pokreće čitavu „lavinu“ prethodnih (pot) pitanja. Na ovom mestu navešćemo samo neke..

Da li je zabranjena svaka cesija, bez obzira na to da li su cedent i cesionar prethodno bili u nekom dužničko-poverilačkom odnosu, ili samo ona cesija kojom cedent uprkos blokadi računa izmiruje postojeću novčanu obavezu? Da li se propisana zabrana odnosi na obligacionopravno dejstvo cesije ili na platnoprometnu radnju kojom se na računu učesnika evidentira prethodno izvršeno plaćanje? Da li se zabranom cesije u blokadi štiti javni interes ili privatni interesi ustupiočevih poverilaca? Da li je cesija uprkos zabrani samo prekršaj ili je pogađa sankcija dvostruke prirode: civilna i kaznena?

Prema Zakonu:

„Pravna lica i preduzetnici mogu međusobne novčane obaveze izmirivati i ugovaranjem promene poverilaca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu... i na drugi način u skladu sa zakonom.[9]

Pravna lica i preduzetnici ne mogu izmirivati međusobne novčane obaveze na način iz stava 1. ovog člana, ukoliko su njihovi računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate, osim ako drukčije nije utvrđeno zakonom kojim se uređuje poreski postupak.“[10]

Kako odgovor na postavljeno pitanje o pravnim posledicama cesije u blokadi nije očigledan, do njega je moguće doći pažljivom primenom pravila tumačenja pravnih normi u skladu sa prihvaćenim kanonima.

---

[7] Pravnim posledicama cesije preduzete uprkos blokadi računa bavili smo se u monografiji: Prodaja i prenos potraživanja (Tešić 2007, 160).

[8] Pitanje 24, Pitanja i odgovori – Materijalno pravo, Dvadeset osmo savetovanje sudija Privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal, 75.

[9] Zakon o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, *Sl. glasnik RS* 68/2015 čl. 5, st. 1 (u daljem tekstu: Zakon o obavljanju plaćanja).

[10] Zakon o obavljanju plaćanja, čl. 5, st. 2.

2. JEZIČKO (GRAMATIČKO) TUMAČENJE

Gramatičko tumačenje konkretne norme je, čini se, „od dvostrukog značaja, jer služi kao početna i završna – ograničavajuća – tačka tumačenja“.[11]

2.1. Krug subjekata koje pogađa zabrana

Ako uporedimo normu kojom je definisan predmet Zakona o obavljanju plaćanja, da se tim „zakonom uređuju prava i obaveze pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, u vezi sa otvaranjem tekućeg i drugog platnog računa, kao i obavljanjem platnih transakcija preko tog računa“ i normu o zabrani cesije tokom blokade računa, očigledno je da se norma koju ovde tumačimo odnosi na nešto uži krug subjekata. Zabrana cesije tokom blokade računa pogađa samo pravna lica i preduzetnike. Iako im je data mogućnost da otvore račun radi preduzimanja platnih transakcija, fizička lica koja ne obavljaju delatnost nisu adresati predmetne norme. Razlog za takvo opredeljenje može se tražiti u stavu zakonodavca da račun fizičkog lica koje ne obavlja delatnost i ne može biti blokiran.[12] Kako u praksi na osnovu rešenja o izvršenju ipak dolazi do blokade računa fizičkih lica, ostaje nam samo da zaključimo da su fizička lica zakonom izuzeta od propisane zabrane cesije u blokadi.

2.2. Krug obaveza na čije se izmirenje zabrana odnosi

2.2.1. Međusobne novčane obaveze

Zabrani podležu samo one cesije kojima se posredno izmiruju međusobne obaveze.[13] Ako nema međusobnih dužničko-poverilačkih odnosa, ugovor o cesiji nije ni zaključen radi izmirenja obaveze.[14]

---

[11] Takva uloga gramatičkog tumačenja pravne norme smatra se uobičajnom. W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Mitteleuropäi scher Rechtskreis, Band III, 1976, 670, navedeno prema: Samardžić 2012, 84.

[12] ZIO čl. 310.

[13] Prema mišljenju nekih autora, plaćanje ne postoji ako ne postoji novčana obaveza koja je punovažno nastala (Radović 2016, 26).

[14] „Na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja prvostepeni sud zaključuje da ugovor o cesiji čija se ništavost traži nije zaključen u cilju izmirivanja međusobnih obaveza ustupioca privrednog društva ‘Agrar Plus’... i sticaoca privrednog društva ‘Exporto’...,

Obaveza koju cedent posredno izmiruje putem cesije mora biti novčana.[15] Dakle, takva da je dužnik, po pravilu, dužan da isplati onaj broj novčanih jedinica na koji obaveza glasi.

Suprotno tome, ako trgovac naftom i naftnim derivatima svoje potraživanje na isporuku određene količine dizel goriva od dobavljača (nenovčano potraživanje) ustupi drugom trgovcu, kome odranije duguje istu ili veću količinu goriva, izmirujući nenovčani dug, jasno je da takav posao ne podleže zabrani cesije propisanoj Zakonom o obavljanju plaćanja.

2.3. Posredno izmirenje obaveze se vrši kao platna transakcija

Prema Zakonu, plaćanje međusobnih obaveza i potraživanja ugovaranjem promene poverilaca vrši se kao platna transakcija između učesnika.[16] Na takvu prirodu cesije koju pogađa propisana zabrana ispravno ukazuje PAS u jednoj odluci:

„Nije prihvatljiv materijalno-pravni zaključak prvostepenog suda da zbog činjenice da je u vreme zaključenja spornog ugovora račun tužioca bio u blokadi, tužilac nije mogao svoje novčane obaveze izmirivati na drugi način, odnosno prenosom prava svojine na nepokretnostima koje su u njegovom vlasništvu.“ (...) „Ovakvo postupanje ugovornih strana ne može se smatrati kršenjem pravila sadržanih u prinudnom propisu, jer se pomenuti Zakon o platnom prometu na ovakav vid ponašanja i ne odnosi, obzirom da se isti primenjuje isključivo na platne transakcije.“[17]

Dajući odgovor na slično pitanje o kompenzaciji na osnovu Zakona o platnom prometu, PAS iznosi stanovište primenjivo i na zabranu cesije tokom blokade.

---

da navedena privredna društva nemaju međusobnih dužničko-poverilačkih odnosa, te da se stoga ne može primeniti odredba čl. 5. st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja...“ Presuda Privrednog suda u Novom Sadu P 561/2019, 1. 10. 2019. Navedeno prema: VKS, Prev. 193/2021, 14. 7. 2021.

[15] Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Sl. list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ* 31/93, *Sl. list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS* 18/2020, čl. 394.

[16] Zakon o obavljanju plaćanja, čl. 5, st. 4.

[17] PAS, Pž. 2204/2015, 25. 11. 2015. Sudska praksa privrednih sudova, *Bilten* 1/2016, *Paragraf Lex*.

„Razmatrani član zakona reguliše specifične slučajeve bezgotovinskog plaćanja[18] u prometu... Postoje sledeće suštinske razlike između transakcija plaćanja (plaćanje po nalogu dužnika i naplata po nalogu poverioca), s jedne strane, i razmatranih oblika plaćanja (prenos hartija od vrednosti, asignacija, cesija, preuzimanje duga, kompenzacija i drugi načini ispunjenja novčanih obaveza prema Zakonu o obligacionim odnosima i drugim zakonima), s druge strane. Drugim rečima, plaćanja navedena u razmatranoj zakonskoj odredbi predstavljaju načine plaćanja u prometu, ali se oni razlikuju od transakcija plaćanja, te se postavlja pitanje razlikovanja označenih pojmova.

Postoje sledeće suštinske razlike između transakcije plaćanja i plaćanja u smislu člana 46. Zakona o platnom prometu.

Prva, kod transakcija plaćanja zaista postoji prenos dinarskih novčanih sredstava sa računa dužnika, bilo da se određena suma novca u gotovini isplaćuje poveriocu, ili se vrši prenos određene sume novca sa računa dužnika na račun poverioca (član 2. tačka 25. zakona). Iz tog razloga se kod transakcije plaćanja uvek smanjuje saldo na računu dužniku. Suprotno tome, kod kompenzacije, kao oblika ispunjenja novčane obaveze, ne postoji prenos novčanih sredstava sa računa dužnika, već se samo preko računa učesnika evidentiraju obaveze izmirene na jedan od označenih načina.

Dakle, suština razmatranih oblika plaćanja nije u prenosu novčanih sredstava sa računa dužnika, već u evidentiranju izvršenih plaćanja. Pošto se obračun sprovodi u korist i na teret računa određenog imaoca, to se sprovođenjem navedenih oblika plaćanja ne menja saldo na računu njegovog imaoca, odnosno učesnika, kao što je to slučaj, na primer, prilikom sprovođenja kompenzacije.

Naime, nije sporno to da se prema ZOO novčana obaveza može ispuniti kompenzacijom (čl. 336. – 377. ZOO). Ako se ispunjenje novčane obaveze vrši na opisani način, to se sprovođenjem opisanog osnova gasi potraživanje poverioca, te je dodatni obračun na računu poverioca i dužnika irelevantan sa gledišta obligacionog prava. Navedeno potvrđuje i stav 4. razmatranog člana zakona, jer predviđa da se obaveze izmirene na način iz stava 1., 2. i 3. ovog člana evidentiraju preko računa kod banke, najmanje jedan put mesečno, po pravilu, krajem meseca. Samim tim što zakonodavac govori o tome da se preko računa evidentiraju izmirene obaveze po označenom osnovu, govori da, suštinski i vremenski, radnje izmirenja obaveze putem kompenzacije imaju prioritet, a da evidentiranje na računu ima čisto formalni

[18] Čini se da ovde formalno nije reč o „pravom“ bezgotovinskom plaćanju koje je antipod gotovinskom plaćanju. O razlici između gotovinskog i bezgotovinskog (žiralnog) platnog prometa videti u Radović 2016, 43.

ili obračunski karakter. Pored toga, u stavu 5. razmatranog člana zakona se ne navodi da ovaj oblik plaćanja predstavlja transakciju plaćanja, već da se samo vrše – sprovode, kao i transakcija plaćanja.

Treća suštinska razlika proizilazi iz prethodno navedene dve razlike. Naime, kompenzacija predstavlja plaćanje prema ZOO, dok evidentiranje ovih plaćanja, tj. njihov obračun na računu učesnika predstavlja plaćanje shodno Zakonu o platnom prometu. Drugim rečima, kompenzacija je zakonom propisani oblik bezgotovinskog plaćanja (stav 2. razmatranog člana), dok evidentiranje ili obračun ovih osnova na računu učesnika predstavlja plaćanje u smislu pravila platnog prometa (stav 4.). Dakle, plaćanje u smislu razmatranog člana zakona po svojoj pravnoj prirodi i pravnom dejstvu ne predstavlja akt plaćanja u prometu, već čisto platnu-prometnu radnju kojom se na računu učesnika evidentiraju prethodno izvršena plaćanja."[19]

2.4. Blokada računa kao okidač za aktiviranje zabrane

Propisana zabrana se odnosi na posredno izmirenje obaveze putem cesije, ako su „njihovi računi u trenutku plaćanja blokirani". Pritom to ne može biti bilo koja blokada računa, već samo ona čiji je cilj prinudna naplata.[20] Sam Zakon o obavljanju plaćanja se ne bavi načinom uspostavlja blokade radi prinudne naplate, ali odnosno pravilo lako pronalazimo u aktuelnom Zakonu o platnom prometu. Prema tom izvoru, prinudna naplata sa računa klijenta vrši se sa svih računa klijenta kod banaka na kojima on ima sredstva, i to na osnovu: „1) izvršnih rešenja poreskih, carinskih i drugih nadležnih organa – prema vremenu prijema; 2) izvršnih sudskih rešenja, drugih izvršnih naslova, zakonskih ovlašćenja – prema vremenu prijema; 3) naloga

[19] Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj 3, 4. i 26. novembra 2015. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj 30. novembra 2015. godine. Sudska praksa privrednih sudova, *Bilten* 4/2015, *Paragraf Lex*.

[20] Poreska uprava može odgovarajućim rešenjem oduzeti dodeljeni PIB poreskom obvezniku do otklanjanja uočenih smetnji, na primer iz razloga što ovaj ne prima upućena pismena na registrovanoj adresi sedišta, što će imati za posledicu blokadu računa obveznika, ali bez nastupanja zabrane posrednog izmirenja novčanih obaveza iz Zakona o obavljanju plaćanja. Vid. Zakon o poreskom postupku i poreskoj admnistraciji, čl. 26, st. 13 i 14.

poverilaca na osnovu dospelih hartija od vrednosti, (evidentiranih) menica ili ovlašćenja koje je dužnik dao svojoj banci i svom poveriocu – prema vremenu prijema".[21]

Postavlja se pitanje da li je za aktiviranje zabrane u pogledu cesije neophodno da budu blokirani računi obe ugovorne strane ili je dovoljno da je u blokadi samo cedentov račun. S obzirom na to da zakonodavac upotrebljava množinu „njihovi računi" i da je reč o izuzetku od opšteg pravila, to jest da je posredno izmirivanje novčane obaveze putem cesije načelno dopušteno, moglo bi se pomisliti da je cesija zabranjena samo ako su blokirani računi i jedne i druge ugovorne strane, preciznije i strane koja posredno izmiruje novčanu obavezu i strane kojoj se obaveza izmiruje. Ipak, takvo razumevanje odnosne norme čini se suviše restriktivnim. Nespretno upotrebljena množina može se razumeti kao posledica težnje redaktora zakonskog teksta da se dispozicijom jedne norme obuhvate i pravna lica i preduzetnici, kao i da se zabrana, osim cesije, protegne i na druge vrste posrednog izmirenja novčane obaveze, kao što su: kompenzacija,[22] asignacija, preuzimanje duga[23] i dr. Smatramo da se predmetna zabrana aktivira ako je u blokadi račun one strane koja cesijom posredno izmiruje novčanu obavezu, što se može zaključiti i iz okolnosti da je prekršajna sankcija pripisana samo za subjekta

[21] Zakon o platnom prometu *Sl. list SRJ* 3/2002 i 5/2003 i *Sl. glasnik RS* 43/2004, 62/2006, 111/2009 – dr. zakon, 31/2011 i 139/2014 – dr. zakon, čl. 47, st. 1.

[22] Pristup da se zabrana posrednog izmirenja novčane obaveze aktivira samo ako su računi oba ugovornika u blokadi, i to i one ugovorne strane koja obavezu izmiruje i one kojoj se obaveza izmiruje, ima više smisla kod kompenzacije. Na sličnom stanovištu stoji i PAS: „Nakon stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o platnom prometu *Službeni glasnik RS*, 31/2011, radi sprovođenja kompenzacije neophodno je i da računi kompenzanta i kompenzata ne budu blokirani radi izvršenja prinudne naplate." Videti odgovore na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj 3, 4. i 26. novembra 2015. i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj 30. novembra 2015. godine. Sudska praksa privrednih sudova, *Bilten* 4/2015, *Paragraf Lex*. Sličnim povodom, Vrhovni kasacioni sud (VKS) zauzima suprotno stanoviše da je i u slučaju kompenzacije za primenu propisane zabrane dovoljno da je blokadi račun strane koja je dala izjavu o kompenzaciji. „Račun tužioca bio je u neprekidnoj blokadi u periodu od 03.05.2011. godine do 15.10.2012. godine, odnosno i dana 30.07.2011. godine kada je tuženi dao izjavu o kompenzaciji, pa primenom čl. 46. st. 3. tada važećeg Zakona o platnom prometu proizilazi da je jednostrana izjava o kompenzaciji tuženog... u suprotnosti sa prinudnim propisima, odnosno da je ništava i da ne proizvodi pravno dejstvo primenom člana 103. ZOO." VKS, Prev. 571/2019, 12. 11. 2020.

[23] Opširnije o institutima preuzimanja duga, pristupanja dugu i preuzimanju ispunjenja videti u Karanikić Mirić 2010, 229–257.

koji, sprečavajući priliv novčanih sredstava na svoj račun, putem cesije, otežava prinudno namirenje prethodno evidetiranih novčanih obaveza kod banke.

2.5. Isključenje dejstava zabrane

Čak i ako su ispunjene sve pomenute pretpostavke za aktiviranje zabrane posrednog izmirenja novčane obaveze putem cesije, propisana zabrana je bez dejstva ako je drukčije utvrđeno zakonom kojim se uređuje poreski postupak**.** Zakonodavac i na tom mestu privileguje fiskus u odnosu na ostale poverioce, na način da poreski obveznik bez obzira na blokadu računa može putem cesije posredno izmiriti novčanu obavezu po osnovu javnih prihoda.[24]

2.6. Zaprećena sankcija

Zakonodavac za postupanje suprotno zabrani cesije u periodu blokade računa radi prinudne naplate izrečno propisuje prekršajnu sankciju, i to za pravno lice koje posredno izmiruje novčanu obavezu u blokadi[25] i za odgovorno lice u pravom licu.[26]

---

[24] „Poreski obveznici – pravna lica, preduzetnici ili fizička lica, kao i fond koji obavljaju delatnost, čiji su računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate kod organizacije nadležne za prinudnu naplatu, mogu međusobne novčane obaveze izmirivati i ugovaranjem promene poverioca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu (asignacija, cesija i dr.), isključivo radi ispunjenja obaveza po osnovu javnih prihoda na koje se primenjuje ovaj zakon." Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Sl. glasnik RS* 80/2002, 84/2002 – ispr., 23/2003 – is pr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019 i 144/2020, čl. 19, st. 3. Radi obezbeđenja ravnopravnosti poverilaca u odnosu na prirodu potraživanja prema blokiranom privrednom subjektu, ukinuti su ostali izuzeci, odnosno mogućnost da na bilo koji od tih načina plaćanja dužnici čiji su računi blokirani zbog neizmirenih obaveza vrše isplate sa svojih, blokiranih računa (isplata zarada, naknada troškova dolaska i odlaska na posao, otpremnina, solidarna pomoć u slučaju smrti člana porodice i sl.). Negovan 2011, 168.

[25] Zakona o obavljanju plaćanja, čl. 7, st. 1.

[26] Zakona o obavljanju plaćanja, čl. 7, st. 2. Prekršajnoj odgovornosti usled ustupanja tražbine uprkos blokadi podleže i preduzetnik. Zakon o obavljanju plaćanja, čl. 7, st. 3.

Iz gore navedenog proizilazi da gramatičko tumačenje odnosne norme nudi odgovor na pitanje kada je cesija tražbine u blokadi protivpravna. Međutim, ostaje nejasno da li, osim sankcije za prekršaj usmerene na subjekta koji se ogluši o propisanu zabranu, još neka privatnopravna posledica pogađa sam ugovor o ustupanju tražbine uprkos blokadi.

3. ISTORIJSKO TUMAČENJE

3.1. Nacrt zakona

Ako se zagledamo u istorijske okolnosti koje su prethodile normiranju zabrane posrednog izmirenje novčane obaveze putem cesije u blokadi, jasno je da je takva norma posledica pojave značajnog broja blokiranih subjekata u pravnom prometu.[27]

U Nacrtu zakona o obavljanju plaćanja bila je izričito predviđena ništavost cesije u sledećoj formulaciji:

„Poslovi iz stava 1. ovog člana (čl. 5 Nacrta zakona) ne proizvode pravno dejstvo u periodu izvršenja prinudne naplate sa računa poverioca i/ili dužnika u određenom obligacionom odnosu, osim ako drukčije nije utvrđeno zakonom kojim se uređuje poreski postupak."

Takvu stilizaciju odnosne norme prati i odgovarajuće obrazloženje da se „odredba iz Zakona o platnom prometu o zabrani izmirenja međusobnih novčanih obaveza ugovaranjem promene promene poverilaca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu, prebijanjem (kompenzacijom) i na drugi način u slučaju kada su računi pravnog lica ili preduzetnika blokirani radi izvršenja prinudne naplate, uz zaprećenu prekršajnu kaznu, pokazala diskutabilnom sa stanovišta nadzora i primene u praksi... Novim načinom uređivanja ovog pitanja stvaraju se uslovi za bolju zaštitu poverilaca u postupku prinudne naplate i otklanjaju određene dileme koje su se javljale

[27] Prema objavljenim podacima, u Srbiji je 2010. godine poslovalo oko 10.000 privrednih subjekata čiji su računi bili u blokadi duže od tri godine. Automatski u stečaj, *Politika* 31. mart 2010. *https://www.politika.rs/scc/clanak/129650/Automatski-u-stecaj*. Takvo privredno okruženje navelo je zakonodavca da u Zakon o stečaju unese pravila o automatskom stečaju, ipak Ustavni sud je u odgovarajućem postupku utvrdio da su odnosne norme – čl. 150 do 154 Zakona o stečaju, protivne Ustavu Republike Srbije. Ustavni sud br. IUz-850/2010, 12. 7. 2012.

tokom primene Zakona o platnom prometu, uz istovremeno uvažavanje sudske prakse i pravila o ništavosti pravnih poslova iz propisa kojima se uređuju obligacioni odnosi."[28]

Osim toga, pada u oči da Nacrtom zakona nije propisana prekršajna sankcija za posredno izmirenje novčane obaveze putem cesije uprkos blokadi računa radi prinudne naplate. Jasno je, dakle, opredeljenje u Nacrtu zakona da cesija uprkos blokadi računa ne proizvodi pravno dejstvo, ni građanskopravno, ni ono u sferi prekršajnog prava.

3.2. Predlog zakona

U Predlogu zakona o obavljanju plaćanja, ponavlja se nekadašnja norma o protivpravnosti posrednog izmirenja novčane obaveze putem cesije tokom blokade računa. U poglavlju obrazloženja Predloga zakona koje nosi naslov „Objašnjenje osnovnih pravnih instituta i pojedinačnih rešenja", predlagač ne kaže ništa o građanskopravnoj sankciji koja eventualno pogađa takav posao cesije.[29]

Izgleda da argument pripremnih radova nije naročito koristan za pronalaženje sadržine predmetne norme. Ipak, ne možemo se oteti utisku da je predlagač zakona odustao od prvobitne zamisli iz Nacrta da za poslove posrednog izmirenja obaveze zaključene tokom blokade računa izrečno propiše sankciju ništavosti. Na scenu je tako vraćeno prethodno normativno opredeljenje iz Zakona o platnom prometu, prema kome je postupanje suprotno zakonskoj zabrani izrečno sankcionisano novčana kaznom.

Očigledno je da pomoć u pronalaženju pravog smisla odnosne norme moramo potražiti u drugim pravilima tumačenja.

---

[28] Obrazloženje Nacrta zakona o obavljanju plaćanja pravnog lica, preduzetnika i fizičkog lica koje ne obavlja delatnost. *http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/obr/obrazlozenje,%2029.06.2015.pdf*, 3.

[29] Predlog zakona o obavljanju plaćanja pravnog lica, preduzetnika i fizičkog lica koje ne obavlja delatnost, čl. 5. *http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/obr/obrazlozenje,%2029.06.2015.pdf*.

4. AUTORITET SUDSKIH ODLUKA

4.1. Tumačenje od strane Privrednog apelacionog suda

U odgovoru na pitanje sa početka naše studije, PAS se izjašnjava na sledeći način. „Članom 46. st. 2. i 3. Zakona o platnom prometu (*Službeni glasnik RS* 3/2002) (koji je u pogledu cesije identičan sa čl. 5, st. 2 i 3 Zakona o obavljanju plaćanja, prim. aut.) predviđeno je da pravna lica i fizička lica koja obavljaju delatnost mogu međusobne novčane obaveze izmirivati i ugovaranjem promene poverilaca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu (asignacija, cesija i dr.), prebijanjem (kompenzacija) i na drugi način, u skladu sa zakonom. Izuzetno od stava 2. ovog člana pravna lica i fizička lica koja obavljaju delatnost ne mogu izmirivati obaveze po osnovu asignacije i cesije ako kao asignanti (uputioci potraživanja), odnosno cedenti (ustupioci potraživanja) imaju neizmirene obaveze evidentirane kod banke u momentu plaćanja... Iz navedenog sledi da su ugovori zaključeni suprotno propisanoj zabrani, ugovori protivni prinudnom propisu. Ugovor koji je protivan prinudnom propisu je ništav shodno čl. 103. st. 1. ZOO, osim ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju, ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.

Tačno je da je članom 50. Zakonom o platnom prometu postupanje suprotno zabrani iz člana 46. tog zakona predviđeno kao izvršenje privrednog prestupa, za koji se izriče novčana kazna, kao i da je članom 7. Zakona o obavljanju plaćanja..., postupanje suprotno ustanovljenoj zabrani iz člana 5. tog zakona, propisano kao izvršenje prekršaja za koji je takođe predviđena novčana kazna, međutim, činjenica da je postupanjem suprotno ustanovljenoj zabrani učinjen privredni prestup ili prekršaj, koja odgovornost se utvrđuje u posebnom postupku, ne utiče na činjenicu da su takvi ugovori ništavi, kao protivni prinudnom propisu.

Građanskopravna posledica ništavosti ugovora je propisana članom 104. Zakona o obligacionim odnosima i podrazumeva obavezu da svaka strana vrati drugoj ono što je primila. Posledica utvrđenja prekršajne ili odgovornosti po osnovu privrednog prestupa, je plaćanje novčane kazne u budžet RS i ne utiče na pravnu valjanost ugovora. Izricanje novčane kazne za privredni prestup ili prekršaj, kao sankcije u tom postupku, nije, i ne može biti cilj na koji upućuje čl. 103. st. 1. ZOO, dok Zakon o platnom prometu i Zakon o obavljanju plaćanja..., ne predviđa drugu građanskopravnu sankciju niti propisuje što drugo."

U svetlu rečenog, PAS predlaže pravno shvatanje po kome su ugovori zaključeni suprotno zabrani iz čl. 46. st. 3. Zakona o platnom prometu, kao i čl. 5. st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja..., ništavi.[30]

Takvo pravno shvatanje PAS dosledno primenjuje i u jednom konkretnom slučaju (povodom posrednog izmirenja obaveze putem kompenzacije). „Prema nalaženju Privrednog apelacionog suda, ustanovljena zabrana iz odredbe čl. 46. st. 3. Zakona o platnom prometu *ima za cilj zaštitu opšteg pravnog interesa svih učesnika platnog prometa* i njome se sprečava favorizovanje pojedinih poverilaca u odnosu na poverioce čije se potraživanje prioritetno namiruje u postupku prinudne naplate sa računa njihovog dužnika. Stoga prvostepeni sud nije dao razloge o bitnoj činjenici da li kršenje takve norme ima za posledicu ništavost pravnog posla kojim se ona narušava saglasno čl. 103. st. 1. ZOO. Zakonom propisana zabrana kršenja imperativnih zakonskih normi može se isključiti samo izuzetno u zakonom dopuštenim slučajevima, pa se izuzetak kod primene ništavosti pravnog posla zaključenog protivno imperativnim propisima mora restriktivno tumačiti, a zakonom propisana krivična ili prekršajna sankcija povrede imperativnih normi ima za cilj njihovu doslednu primenu, a ne izuzimanje prekršioca od propisane sankcije ništavosti takvog pravnog posla ustanovljenog odredbom čl. 103. st. 1. ZOO. Stoga se prekršilac te zabrane ne oslobađa građansko pravne odgovornosti, odnosno sankcije ništavosti pravnog posla zaključenog protivno imperativnoj pravnoj normi. U konkretnom slučaju, zakonom nije propisana ni dopuštena primena druge građansko pravne sankcije za učinjenu povredu imperativne zabrane ustanovljene odredbom čl. 46. st. 3. Zakona o platnom prometu, jer mogućnost takvog izuzimanja nije propisana zakonom kojim se uređuje poreski postupak. Takva mogućnost nije dopuštena ni sa stanovišta povrede cilja zbog koga je ustanovljena zabrana propisana odredbom čl. 46. st. 3. Zakona o platnom prometu."[31]

Prihvaćenim pristupom PAS značajno odstupa od svog ranijeg stanovišta da je „izmirenje obaveze suprotno čl. 46. st. 3. Zakona o platnom prometu sankcionisano prekršajnom odgovornošću i kao takvo nije suprotno članu 103. ZOO... Navedene zakonske odredbe ne predviđaju ništavost takvih poslova kao sankciju... članom 50. st. 1. tač. 5. Zakona o platnom prometu predviđena je prekršajna odgovornost u vidu novčane kazne za postupanje protivno zabrani izmirenja obaveza..., iz čega jasno sledi da cilj povređenog

[30] Odgovor na pitanje 24, Pitanja i odgovori – Materijalno pravo, Dvadeset osmo savetovanje sudija Privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal, 76–77.

[31] PAS, Pž. 190/2019, 19. 2. 2020. *Paragraf Lex.*

pravila upućuje na drugu sankciju, odnosno novčanu kaznu, te da njihovo preduzimanje suprotno odredbi čl. 46. st. 3 Zakona o platnom prometu nema za posledicu ništavost pravnih osnova po kojima su i preduzeti."[32]

4.2. Tumačenje od strane Vrhovnog kasacionog suda

4.2.1. Odluke kojim je VKS utvrdio ništavost posla cesije u blokadi

U jednom slučaju koji je po reviziji dospeo pred VKS, revizijski sud „prihvata date razloge drugostepenog suda u pogledu ocene punovažnosti pobijanog pravnog posla – ugovora o ustupanju potraživanja koji su zaključili prvotuženi i drugotuženi. U konkretnom slučaju radi se o ništavom pravnom poslu imajući u vidu da je preduzet suprotno odredbi čl. 5. st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja... Pravilno drugostepeni sud zaključuje da je *cilj navedene zakonske odredbe* da se *spreči izigravanje prava prioritetnog namirenja poverilaca* – trećih lica koja su po redosledu prinudne naplate prioritetnog karaktera.

Bez uticaja su revizijski navodi kojima se ukazuje da drugotuženi pre zaključenja ugovora o ustupanju potraživanja nije bio u obligacionom odnosu sa prvotuženim, te da ugovorom o cesiji nisu namirivane obaveze, već da se radilo o prodaji potraživanja. Ovo iz razloga što je prema utvrđenom činjeničnom stanju drugotuženi u momentu zaključenja ugovora o cesiji bio u blokadi i to za iznos od preko 66.000.000,00 dinara. Ustupanjem potraživanja za koji nije utvrđeno da je primljena bilo kakva protivvrednost, drugotuženi praktično umanjuje svoju aktivu i onemogućava ili otežava namirenje poverilaca koji su u postupku prinudne naplate, čime se praktično povređuju odredbe člana 5. Zakona o obavljanju plaćanja... Iz navedenih razloga se ovakav pravni posao mora podvesti pod odredbu čl. 5. st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja..., jer je protivan cilju navedene zakonske odredbe.

Generalna sankcija za kršenje imperativnih zakonskih odredbi propisana odredbom člana 103. ZOO, jeste ništavost, i ona se samo u restriktivno određenim slučajevima može izbeći (ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo). Iz navedenih razloga, činjenica da je Zakonom o obavljanju plaćanja..., propisana prekršajna odgovornost pravnih lica koja su postupila suprotno navedenoj zakonskoj odredbi, ne isključuje građanskopravnu sankciju koja je ustanovljena Zakonom o obligacionim odnosima, a to je ništavost ugovora.

[32] PAS, Pž. 4470/2016, 11. 5. 2017. *Paragraf Lex.*

Revizijski sud je imao u vidu navode prvotuženog da je PAS u ranijim odlukama stajao na stanovištu da ovakvi pravni poslovi nisu ništavi upravo zbog činjenice da je propisana druga sankcija, ali VKS ističe da je pravno stanovište o sankciji navedenih pravnih poslova izraženo u pobijanoj drugostepenoj odluci u saglasnosti sa aktuelnom sudskom praksom VKS."[33]

Iako odluke u kojima VKS zauzima stav po kome posao cesije u blokadi pogađa sankcija ništavosti preovlađuju, takvo postupanje suda nije bez izuzetka.

4.2.2. Odluke kojim je VKS odbio zahtev za utvrđenje ništavosti posla cesije u blokadi

U jednom slučaju koji se našao pred VKS, sud rezonuje na sledeći način: „Prema utvrđenom činjeničnom stanju, tužilac je pravnosnažnom presudom Trgovinskog suda u Beogradu P broj 3863/04 od 16.03.2006. godine obavezan da ovde trećetuženom, isporuči 2.000 tona valjane žice... određenih dimenzija, a utvrđeno je i da tužilac obavezu iz navedene presude nije izvršio. Potraživanje po navedenoj presudi, trećetuženi kao ustupilac je preneo na prvotuženog i drugotuženog ugovorom o prenosu i prelazu potraživanja... Ugovorom je predviđeno da je prenos izvršen po osnovu postojećih dugovanja koje trećetuženi kao prenosilac ima prema prvo i drugotuženom kao prijemnicima, te je konstatovano da se prenosilac prenosom oslobađa duga prema prijemnicima koji je ustanovljen izvršnim sudskim odlukama...

Neosnovani su i navodi revizije da ni prvostepeni ni drugostepeni sud nisu pravilno primenili odredbe čl. 46. Zakona o platnom prometu koji je bio na snazi u vreme zaključenja predmetnog ugovora... Neosnovani su navodi sa razloga što ako pravno lice čiji je račun u blokadi, plati obavezu na jedan od načina predviđenih u st. 2. čl. 46. Zakona o platnom prometu..., to nema za

[33] VKS, Prev. 193/2021, 14. 7. 2021. Slično stanovište VKS zauzima i u vezi sa posrednim izmirenjem obaveze putem kompenzacije. „Da bi ugovorena kompenzacija imala pravno dejstvo potrebno je da bude u saglasnosti sa pozitivnim propisima kojima je regulisan način izmirenja novčanih obaveza... Prema VKS, cilj navedene odredbe je zaštita opšteg pravnog interesa svih učesnika platnog prometa i takvom normom se sprečava favorizovanje pojedinih poverilaca u odnosu na poverioce čija se potraživanja prioritetno namiruju u postupku prinudne naplate sa računa njihovog dužnika odnosno zaštita i sprečavanje oštećenja poverilaca u postupku prinudne naplate. Shodno tome, svaki oblik plaćanja ugovoren suprotno citiranoj odredbi Zakona o platnom prometu je nedozvoljen, a svaki ugovor kojim je predviđena kompenzacija kao način plaćanja, a koji je zaključen u trenutku blokade računa dužnika je ništav, u smislu odredbe čl. 103. ZOO, s obzirom da se radi o ugovoru koji je protivan prinudnim propisima..." VKS, Prev. 390/2021, 16. 12. 2021.

posledicu ništavost ugovora po osnovu koga je došlo do izmirenja obaveze a ako je novčana obaveza izmirena suprotno čl. 46, st. 3 ovog zakona, ta radnja predstavlja prekršaj za koji je istim zakonom propisana novčana kazna kao sankcija."[34]

U ne tako davnoj prošlosti, vrhovni sudovi u regionu jugoistočne Evrope, u više navrata su tumačili slične zabrane za čiju povredu je zakonom propisana druga sankcija na način da je preduzeti pravni posao kažnjiv, ali bez uticaja zabrane na njegovo pravno dejstvo.[35, 36, 37, 38]

U jednom slučaju koji je dospeo pred VKS, sud dopunjava pravnu normu na način da ne smatra ništavim svaki posao cesije u blokadi već samo onu cesiju kojom su oštećena treća lica sa prioritetom u naplati.

„Zakon o platnom prometu koji je važio u vreme zaključenja ugovora propisivao je da ustupioci ne mogu izmirivati obaveze putem cesije ako imaju neizmirene obaveze evidentirane kod banke u momentu plaćanja. Međutim, sama činjenica da je ugovor o cesiji zaključen u vreme kad je račun jednog od potpisnika ugovora, konkretno prvotuženog kao dužnika bio u blokadi ne utiče na pravno dejstvo istog, ako takvim načinom izmirenja obaveza nisu oštećena treća lica kao poverioci koji imaju prioritet u naplati sa računa prvotuženog kao dužnika u postupku prinudne naplate. U konkretnom slučaju proizlazi da je u vreme zaključenja ugovora jedina evidentirana obaveza kod banke bila obaveza prvotuženog prema tužiocu. Zato zaključenjem spornog ugovora nije povređena imperativna odredba čl. 46. Zakona o platnom prometu. Tužilac kao poverilac nije mogao samog sebe da izigra zaključenjem spornog ugovora. Na tuženima je shodno

---

[34] VKS, Prev. 19/2017, 13. 4. 2017.

[35] „Pravno valjan je ugovor o prodaji vozila uvezenog iz inozemstva unatoč zabrani da se takvo vozilo ne smije prodavati prije isteka roka koji je određen u zakonu, s tim da strana koja je povredila zabranu snosi odgovarajuće posljedice." VSM REv 874/82, 19. 5. 1983. Videti Hajdarević, Tajić, Simović 2011, 136.

[36] „Otuđenje pre određenog roka motornog vozila uvezenog uz oslobađanje od poreza na promet za određene kategorije invalida, ne dovodi do ništavosti ugovora o prodaji, već samo do zakonom predviđene obaveze plaćanja poreza." VSH, Rev. 2713/88, 18. 5. 1989, PSP 45/1990, 63. Videti Hajdarević, Tajić, Simović 2011, 137–138.

[37] „Okolnost da je zaključivanjem ugovora počinjen privredni prestup (ugovoranjem veće cene od stvarne cene) ne čini sama po sebi ugovor ništavim." VSRH, II Rev. 7/90, 5. 12. 1991, IO 4/1994, odl. 24. Videti Hajdarević, Tajić, Simović 2011, 138.

[38] „Ako se cilj zabrane tiče samo jedne od strane, a ne samog posla, ne utiče na pravnu valjanost pravnog posla. Takav ugovor može opstati ako drugačije nije određen." VSRS, REV. 117/94, 14. 12. 1994. *Bilten VSRS* I/1999, odl. 73. Videti Hajdarević, Tajić, Simović 2011, 138.

čl. 231. ZPP bio teret dokazivanja, da su zaključenjem ugovora o cesiji bili oštećeni poverioci koji su imali prioritet u naplati potraživanja, u postupku prinudne naplate, što je u konkretnom slučaju izostalo. Takođe, iz utvrđenog činjeničnog stanja ne proizilazi da je navedeni ugovor bio predmet pobijanja od strane stečajnog dužnika i stečajnih poverioca, kao dokaz da su istim oštećeni drugi poverioci. Zato su neosnovani navodi drugotuženog kao revidenta da ugovor o ustupanju potraživanja od 07.07.2006. godine ne proizvodi pravno dejstvo."[39]

Protivrečna tumačenja i kolebanje sudske prakse generišu neizvesnost u pogledu ovog važnog pitanja za pravni promet, naročito u onim slučajevima kada se pojavi potreba da se preduzmu službene radnje pred nadležnim javnim beležnikom koji će, ako je račun cedenta u blokadi, pod uticajem neujednačene sudske prakse, po pravilu, odbiti da overi ugovor o cesiji.[40]

5. AUTORITET PRAVNE NAUKE – *OPINIO IURIS*

Poznato je da se u pronalaženju inspiracije slikari i drugi umetnički stvaraoci često okreću „starim majstorima". Prolazeći kroz sličan motivacioni proces, pomislili smo da je u konkretnom slučaju putokaz za otkrivanje pravog smisla predmetne norme moguće pronaći među „klasicima" srpskog privatnog prava.

5.1. Mišljenje profesora Konstantinovića

I u vreme prof. Konstatinovića subjektima koji obavljaju trgovinsku delatnost zakonom je bilo „zabranjeno obavljanje određenih poslova" (Konstantinović 1982a, 549).

U svojoj studiji „Zabranjeni ugovori u trgovini", prof. Konstantinović (1982a, 554) analizirao je veći broj slučajeva koji su se našli pred Glavnom državnom arbitražom uočavajući pritom tri grupe zabranjenih ugovora od kojih su „najmnogobrojniji i praktično najvažniji" u praksi „ugovori zaključeni protivno zabrani koji su, po pravilu, punovažni". Tu spadaju ugovori zaključeni protivno pravilu da se trgovinska preduzeća i radnje mogu baviti samo onom trgovinskom delatnošću koja je predmet njihovog

[39] VKS, Prev. 115/2019, 9. 7. 2020.

[40] Zakon o javnom beležništvu, *Sl. glasnik RS* 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015, čl. 53, st. 2, tač. 2.

poslovanja.[41] Osim te zabrane, odgovarajućom uredbom bila su regulisana i brojna druga ograničenja, tako da „ugovori zaključeni protivno takvim propisima povlače za sobom razne upravne mere i kaznene sankcije protiv privredne organizacije, kao i oduzimanje ostvarene koristi, ali oni po pravilu nisu ništavi" (Konstantinović, 1982a, 555). Prema prof. Konstantinoviću (1982a, 555) za to ima više razloga. Pre svega, ovi ugovori nisu zabranjeni uopšte, samo su zabranjeni određenim učesnicima u prometu u tačno određenim situacijama. Oni ne vređaju javni poredak, „naprotiv njihovo zaključivanje predstavlja redovnu pojavu".

5.2. Mišljenje profesora Krulja

Prof. Krulj (u Blagojević, Krulj 1983, 340) zauzima identičan stav da je zabranama propisanim radi regulisanja prometa „zakonodavac očigledno išao za tim da predupredi faktičko preduzimanje određenih radnji i poslovanje određenih lica na nedozvoljen način, a ne da oglasi ništavim pravne poslove koji su o svojoj sadržini ('sami po sebi') dozvoljeni...

Protivzakonita je samo određena faktička radnja koja je okvalifikovana kao prekršaj, čije je izvršenje zaprećeno kaznom. „Svrha zabrane se postiže izricanjem kazne, a ne ništavošću ugovora" (Krulj u Blagojević, Krulj 1983, 343).

5.3. Mišljenje profesora Miloševića

Posve suprotno stanoviše zauzima prof. Milošević. Prema njegovom učenju, „svakako da su ovakvi ugovori ništavi. Ne može se smatrati da su oni punovažni sa stanovišta imovinskog prava, kada povlače i određene krivične sankcije (novčanu kaznu za privredne prestupe i prekršaje). Ovi ugovori u dakle apsolutno ništavi" (Milošević 1967, 27).

6. SISTEMSKO TUMAČENJE

Na smisao određene norme često ukazuje mesto koje tumačeno pravilo zauzima u pravnom poretku. Norma o zabrani cesije tokom blokade ne nalazi se u sistemskom već u posebnom zakonu od svega nekoliko članova

[41] Uredba o trgovinskoj delatnosti i trgovinskim preduzećima i radnjama 23. decembar 1953. sa izmenama i dopunama od 2. jula 1955, *Sl. list* od 17. avgusta 1955, čl. 12.

kojima se reguliše „obavljanje plaćanja“.[42] Takav pristup posredno ukazuje na prirodu društvene vrednosti koja se štiti odnosnom normom, a neposredno da zakonodavac takvom normom ne reguliše dejstva ugovora o cesiji već isključivo cesiju kao platno-transakcionu radnju posrednog izmirenja novčane obaveze.

Osim toga, normu o protivpravnosti cesije u blokadi treba dovesti u vezu sa drugim normama u sistemu prava, ispitujući pre svega da li je to pravilo u skladu sa ostalim normama ili im protivreči.

6.1. Odnos pravila i izuzetka

Jedno od pravila koje možemo iskoristiti za tumačenje predmetne norme je i ono da se izuzeci usko tumače (*exceptiones non sunt extendendae*). Norma o zabrani cesije u blokadi odstupa od nekoliko važnih privatnopravnih principa.

6.1.1. Privatna autonomija je pravilo

Propisivanje protivpravnosti određenog pravnog posla je izuzetak od opšteg pravila da su ugovornici slobodni da uređuju svoje odnose u skladu sa načelom autonomije volje. Samo „neki pravni poslovi su zbog svoje sadržine zakonom zabranjeni. Ta zabrana potiče od zakona i mora biti izrečno predviđena“ (Marković 1927, 243).

6.1.2. Zabrane raspolaganja se, po pravilu, izrečno propisuju

Zakonom o izvršenju i obezbeđenju propisana je zabrana raspolaganja predmetom izvršenja ili obezbeđenja. „Nemaju pravno dejstvo akti pravnog ili faktičkog raspolaganja predmetom izvršenja ili obezbeđenja od dana donošenja rešenja o izvršenju na osnovu izvršne ili verodostojne isprave ili rešenja o obezbeđenju.“[43]

---

[42] Zakonodavac posebnim zakonom teži da disciplinuje promet i predupredi negativne pojave u obavljanju plaćanja, ali bez pominjanja posla cesije i njegove sadržine koja je regulisana u ZOO kao sistemskom zakonu. Uporediti Krulj u Blagojević, Krulj 1983, 339.

[43] ZIO, čl. 19. „Zaključenje sudskog poravnanja kojim izvršni dužnik, nakon prijema rešenja o izvršenju na nepokretnosti, priznaje trećem licu sticanje prava svojine na toj nepokretnosti na osnovu neoverenog ugovora zaključenog pre prijema

Zakon o hipoteci sadrži sličnu formulaciju, prema kojoj zabeležba hipotekarne prodaje u korist hipotekarnog poverioca podrazumeva zabranu otuđenja i bilo koje vrste pravnog raspolaganja hipotekovanom nepokretnosti od strane vlasnika.[44] Akt o otuđenju, odnosno drugom pravnom raspolaganju hipotekovanom nepokretnosti suprotno zabrani otuđenja (iz st. 5, t. 2 člana 31 ZOH), ništav je. [45]

6.1.3. Ustupivost tražbina je pravilo

S jedne strane, cesija je izmena aktivnog subjekta u obligaciji, a s druge strane, ona je prenos tražbine kao imovinskog dobra.[46] U ZOO je jasno propisano koja potraživanja se mogu preneti ugovorom. „Poverilac može ugovorom zaključenim sa trećim preneti na ovoga svoje potraživanje, izuzev onog čiji je prenos zabranjen zakonom ili koje je vezano za ličnost poverioca, ili koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugoga.“[47] Drugim rečima, zabrana prenosa potraživanja je izuzetak.[48] Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo kao jedan od uslova za ustupanje navodi i ustupivost potraživanja (*assignability of the right*).[49] Pritom su sva prava na činidbu ustupiva, osim ako je drugačije predviđeno zakonom.[50]

---

rešenja o izvršenju, predstavlja nedozvoljeno raspolaganje nepokretnošću koja je predmet izvršenja, te je stoga to ništav pravni posao koji ne proizvodi pravno dejstvo.“ Apelacioni sud u Beogradu, Gž. 4691/2014, 26. 11. 2014.

[44] Zakon o hipoteci, *Sl. glasnik RS* 115/2005, 60/2015, 63/2015 – odluka US i 83/2015, čl. 31, st. 5, t. 2.

[45] U sferi registrovane zaloge važi pravilo da od dana objavljivanja obaveštenja o nameri poverioca da će svoje dospelo potraživanje namiriti iz vrednosti predmeta založnog prava u registru zaloga, zalogodavac ne može pravno raspolagati predmetom založnog prava bez dozvole založnog poverioca. Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima i pravima upisanim u registar, *Sl. glasnik RS* 57/2003, 61/2005, 64/2006 – ispr., 99/2011 – dr. zakoni i 31/2019, čl. 42, st. 1 i čl. 36, st. 1.

[46] „Cesijom prelazi ustupljena tražbina iz imovine cedenta u imovinu cesionara.“ Perić 1928, 30.

[47] ZOO, čl. 436, st. 1.

[48] „Do izmene subjekta ne može doći u onim slučajevima kada je zakonom zabranjeno prenošenje tražbine.“ Loza 2000, 53.

[49] Pravo mora biti ustupivo u trenutku kada se ustupanje odigrava. DCFR III. – 5:104: (1) (b).

[50] DCFR, III. – 5:105: (1).

6.1.4. Zabrane ustupanja tražbine se, po pravilu, izrečno propisuju

Obično se kao tražbine koje se ne mogu ustupiti navode: pravo na naknadu štete u vidu novčane rente usled smrti bliskog lica ili usled povrede tela ili oštećenja zdravlja[51] i potraživanje naknade nematerijalne štete koje može biti predmet ustupanja isključivo ako je priznato pravnosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom.[52]

Prema Zakonu o obavljanju plaćanja, mogućnost posrednog izmirenja novčane obaveze putem cesije je pravilo, dok je njena prohibicija izuzetak. Za iskazivanje zabrane cesije u blokadi zakonodavac koristi dispoziciju „ne može" koja se javlja i u ZOO[53], s tim što se slične zabrane u pravu iskazuju i na druge načine.[54]

6.1.5. Imovina kao celina ne može biti predmet zaplene

Prinudnu naplatu vrši Narodna banka Srbije (NBS).[55] Osnovi i nalozi za prinudnu naplatu evidentiraju se i izvršavaju prema vremenu prijema u NBS.[56] Evidencija koju vodi NBS omogućava da se utvrdi redosled naplate određenog naloga blokade, ali to znači samo da poverilac čiji je nalog evidentiran prvi u vremenu ostvaruje prednost u prinudnoj naplati sa računa dužnika u odnosu na poverioce čiji su nalozi evidentirani kao kasniji u vremenu. Ne postoji opšti prioritet već samo prvenstvo u namirenju u odnosu na deo dužnikove imovine koji je unapred određen ili odrediv. Evidentiranje naloga za prinudnu naplatu kod NBS ne donosi poveriocu prioritet u naplati u odnosu na celokupnu imovinu dužnika. Čak i ako

---

[51] ZOO, čl. 197, st. 1.

[52] ZOO, čl. 204.

[53] Pravnim poslom se ne može odrediti da zastarelost neće teći neko vreme (ZOO, čl. 364) i ugovorna kazna ne može biti ugovorena za novčane obaveze (ZOO, čl. 270). Opširnije o ugovornoj kazni u srpskom pravu Konstantinović 1982b, 520–526; Hiber, Pavić 2013, 63–81.

[54] Cimerman (Zimmermann 1996, 679) navodi da je u izvorima rimskog prava opstalo oko trideset termina koji upućuju na ništavost, na primer: *nullum non ess*, *invalidum*, *nihil agere*, *imperfectum* i sl., prodaja *res religiosa* je tako *nullum esse emptionem*... U nekim normama ZOO izričito se ukazuje na sankciju „ništav" (ZOO, čl. 50, 52, 141, 143), ali se sa istim značenjem koristi i formulacija „ugovor nema pravno dejstvo" (ZOO, čl. 53, 54, 66, 462). Pojavljuje se i zabrana putem „mora" (na primer, da ugovor mora biti zaključen u pisanoj formi) (ZOO, čl. 455). Krulj u Blagojević, Krulj 1983, 337.

[55] Zakon o platnom prometu, čl. 48, st. 1.

[56] Zakon o platnom prometu, čl. 48, st. 8.

prihvatimo da je prispećem naloga za prinudnu naplatu u nadležnu službu poverilac stekao založno pravo na blokiranom računu,[57] takav poverilac, u skladu sa načelom specijalnosti, ne stiče založno pravo u odnosu na ostatak dužnikove imovine,[58] pa tako ni u odnosu na potraživanja koja dužnik ima prema trećim licima. Tako, na primer, poverilac koji je upisao zalogu na određenom dužnikovom potraživanju prema trećem licu ostvaruje prioritet u naplati iz tog potraživanja u odnosu na poverioca u čiju korist je evidentirana blokada na dužnikovom računu, bez obzira na to da li je potraživanje založnog poverioca uopšte evidentirano kod organizacije za prinudnu naplatu.

Kada smo zaključili da je zabrana cesije u blokadi izuzetak koji se usko tumači, tu normu je sistemskim tumačenjem neophodno povezati i dopuniti elementima drugih normi, pre svega pravilom kojim se propisuje opšta granica slobode ugovaranja.[59] Prema čl. 103, st. 1 ZOO, ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima je ništav,[60] ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.[61]

---

[57] To je nesumnjivo slučaj ako je blokada računa realizovana na osnovu rešenja o izvršenju. U rešenju o izvršenju organizaciji za prinudnu naplatu se nalaže da naloži bankama da blokiraju račune izvršnog dužnika i da prenesu novčana sredstva na račun izvršnog poverioca u visini njegovog potraživanja. Rešenje o izvršenju ima dejstvo kao rešenje o izvršenju kojim je određena plenidba novčanog potraživanja i prenos novčanog potraživanja radi naplaćivanja. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS* 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje, 113/2017 – autentično tumačenje i 54/2019, čl. 301, st. 1 i 2. Neki pisci u ovom pogledu ne prave razliku između različitih osnova blokade računa, tako da poverilac na osnovu prethodne saglasnosti dužnika stiče založno pravo na računu i u onim slučajevima kada osnov blokade nije rešenje o izvršenju koje donosi sud ili javni izvršitelj (već, na primer, nalog poverioca na osnovu dospele i registrovane menice). Radović 2016, 391.

[58] Opširnije o načelu specijalnosti po kome založnog prava ne može postojati na svim stvarima zalogodavca videti u Orlić u Stanković, Orlić 1999, 243–244; Lazić 2009, 61–63; Živković u Hiber, Živković 2015, 117–119.

[59] Opširnije o opštim ograničenjima principa slobode ugovaranja u uporednom pravu Perović 1975, 21–47.

[60] Glava V Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima (1969) nosi naslov „Zabranjeni i ništavi ugovori“, iz čega jasno proizilazi da, prema učenju njenog autora prof. Konstantinovića, nisu svi zabranjeni ugovori ujedno i ništavi, to jest da je pojam zabranjeni ugovori širi od pojma ništavi ugovori. Zabranjeni su ugovori koji su protivni zakonu, javnom poretku i moralu. Skica, čl. 79, st. 1. Zabranjeni ugovori su ništavi ako cilj norme ne upućuje na koju drugu sankciju ili ako zakon ne određuje nešto drugo za povredu propisane zabrane. Skica, čl. 79, st. 2. Da nije došlo do određenih redaktorskih izmena, tako da u ZOO odnosna glava nosi naslov „ništavost“, bilo bi nedvosmisleno da je zabranjenost različit i širi pojam od ništavosti.

7. CILJNO TUMAČENJE

U članu 103 ZOO zakonodavac neposredno ukazuje na potrebu ciljnog tumačenja koje teži da otkrije *ratio legis odnosne* norme, a posredstvom cilja i njenu sadržinu. Ako kažemo da su norme sredstva za ostvarivanje društvenih vrednosti i interesa i prihvatimo koncepciju o stepenovanoj ništavosti,[62] onda se propisivanjem apsolutne ništavosti (*Nichtigkeit*, *nullity*) čuva javni interes, dok se sankcijom relativne ništavosti (*Anfechtbarkeit*, *voidability*) štiti privatni interes.[63]

7.1. Kakva je priroda interesa zaštićenog zabranom cesije u blokadi?

Razgraničenje ugovora protivnih javnom poretku i protivzakonitih ugovora u pravnoj teoriji nije dosledno sprovedeno, ali je sasvim jasno da je zakonodavac uputio na različite pravne posledice preduzimanja te dve vrste protivpravnih ugovora (Salma 2007, 401).

To da li će povreda propisane zabrane cesije imati za posledicu i ništavost pravog posla, zavisi od društvenog vrednovanja povređenog interesa. U ugovorima protivnim javnom poretku reč je o povredi najviših interesa društva, odnosno opštih interesa (Salma 2007, 400).

Stav o ništavosti posla cesije zaključenog uprkos blokadi računa mogao bi se braniti idejom o opštem interesu koji se ogleda u idealu da bi svaki privredni subjekat svoje poslovanje trebalo da obavlja putem računa. Shodno takvom pristupu, izmirenje novčane obaveze na drugi način načelno je dopušteno, ali samo ako postoji mogućnost plaćanja putem računa. Ako

---

[61] Pravilo je da je ugovor koji je zabranjen zakonom ništav, „ako šta drugi nije predviđeno zakonom o posledicama povrede zakonske zabrane". Konstantinović 1952, 55.

[62] U teoriji stepenovane ništavosti pravi se razlika između javnog interesa i interesa pojedinca. Polajnar Pavčnik u Juhart, Možina *et al*. (2016, 178).

[63] U kontekstu gradacije nevaljanosti poslova, kao posebna kategorija mogu se izdvojiti i nepostojeći ugovori koji „nemaju nameravano pravno dejstvo, niti ga ikada mogu proizvesti" (Vodinelić 2012, 457). „Kod nepostojećih poslova neki bitan elemenat nedostaje, kod ništavih on nije dozvoljen" (Antić 2012, 420). Kao primer prepoznavanja nepostojećih ugovora u ZOO navodi se nesporazum iz čl. 63 zbog toga što se u konkretnoj odredbi koristi termin „ugovor ne nastaje" (Dolović 2011, 271). Jedan broj autora negira da se u ZOO pravi razlika između nepostojećih i ništavih poslova i samu potrebu za tom podelom. Radovanović, Miščević 2020, 285.

je nekom učesniku u prometu plaćanje putem računa onemogućeno, nije društveno prihvatljivo da blokirani subjekat nastavi da posluje izmirujući obaveze mimo računa.

Lica koja stupaju u poslovni odnos sa cedentom – cesionar i cesus lako mogu da se informišu da li je cedent u blokadi. Iako za evidenciju blokiranih računa koju vodi NBS nije formalno proklamovano načelo javnosti, ono suštinski postoji. Onaj ko tvrdi da mu stanje blokade nije bilo poznato, u praksi bi teško mogao dokazati svoju savesnost. Shodno takvom rezonovanju, subjekat čiji je račun u blokadi ugrožava pravni promet i treba ga što pre izopštiti.

Ipak, čini se da pre konačnog opredeljenja da li se odnosnom normom štiti javni ili privatni interes, zabranu posrednog izmirenja obaveze tokom blokade treba uporediti sa nekim tradicionalnim zabranama i sankcijama koje ih prate u privatnom pravu.

7.1.1. Argumentum a simile

7.1.1.1. Koje sankcije zakonodavac propisuje za povredu sličnih zabrana?

Neke poslove koji su zakonom zabranjeni pogađa samo građanskopravna sankcija (*lex perfecta*), druge građanskopravna sankcija udružena sa kaznenom sankcijom (*lex plus quam perfecta*), dok je za treću grupu zabranjenih poslova propisana samo kaznena sankcija (*lex minus quam perfecta*).[64]

a) Ništavost posla bez kaznene sankcije

Klasični primeri normi iz kategorije *lex perfecta* jesu zabrane „ugovora da poveriocu pripadne zaloga ako mu se zajam na vreme ne vrati i ugovora da poverilac zalogu po svojoj volji može zadržati za sebe ili je prodati po unapred utvrđenoj ceni“.[65] Tradicionalno je zabranjen i ugovor o otuđenju

[64] Norma kojom se reguliše neka zabrana može biti 1) savršena (*perfecta*), propisuje ništavost posla; 2) više nego savršena (*plus quam perfecta*), koja propisuje istovremeno ništavost kao građansku sankciju i kaznenu sankciju i 3) manje nego savršena (*minus quam perfecta*) kojom je za povredu zabrane predviđena samo kaznena sankcija, pri čemu ugovor ostaje punovažan. Ako normi nedostaje pravna sankcija, kažemo da je 4) nesavršena (*imperfecta*). Krulj u Blagojević, Krulj 1983, 337.

[65] Opširnije o zabrani sporednih ugovora kod zaloga koji bi išli na štetu zalagača Marković 1997, 207. Uporediti sa aktuelnim ZOH, čl. 13.

nasledstva kome se neko nada (Milošević 1970, 76). Protivzakoniti su na primer, pravni posao kojim se neko lice odriče izdržavanja,[66] ugovor o „kupovini neveste“[67] i ugovor između advokata i klijenta o prekupu parnice (Marković 1927, 244). Većina opisanih zabrana normirana je imajući u vidu nejednaku pogodbenu moć ugovornika.[68] Privatni interes slabije ugovorne strane u ovim slučajevima, zakonodavac prepoznaje kao temeljnu vrednost ugrađenu u same temelje društvene zajednice.[69]

b) Ništavost posla dopunjena kaznenom sankcijom

U grupi normi *plus quam perfecta* obično se navodi zabrana zaključenja zelenaškog ugovora kojom zakonodavac određeno nemoralno postupanje izrečno oglašava ništavim.[70] Takvo postupanje ima svoj pandan u krivičnom pravu u vidu krivičnog dela zelenaštva.[71]

U istu kategoriju može se svrstati i zabrana cesije iz Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga. Prema ovoj normi, „banka potraživanje iz jednog ugovora prema fizičkom licu može ustupiti samo jednoj banci“.[72]

---

66 Uporediti Kovačević Kuštrimović 1991, 235.

67 „Ovaj ugovor je apsolutno ništav pravni posao, čak i kada je zaključen u skladu sa običajima populacije kojoj pripadaju parnične stranke.“ Apelacioni sud u Kragujevcu, Gž. 2125/2013, 9. 9. 2013.

68 Tako za zabranu *lex commisoria* videti Možina u Juhart, Možina *et al*. (2016, 52).

69 „Nemogućnost zaključenja takvih ugovora uređuju imperativne zakonske norme, radi pravičnosti ili zaštite socijalno slabijih subjekata.“ Radišić 2017, 71. „Ako privatni interes izvire iz fundamentalnih vrednosti, kao što je zaštita telesnog integriteta, ništavost poprima apsolutnu prirodu.“ Simler, Sanctions (articles 1129 to 1133), u Catala 2007, 43.

70 ZOO, čl. 141, st. 1. Zabrana zelenaških ugovora je „efikasno sredstvo za borbu protiv nepravičnih ugovora“. Konstantinović 1982c, 535.

71 „Sa propisanom kaznom zatvora do tri godine i novčanom kaznom.“ KZ, čl. 117, st. 1. To što je tuženi oslobođen krivične odgovornosti za krivično delo prinude pri zaključenju sporazuma o dugu nije od uticaja na utvrđenje ništavosti ovog sporazuma, kao zelenaškog. Apelacioni sud u Nišu, Gž. 2195/2016, 16. 11. 2016. O teškim posledicama zelenašenja po dužnike videti Tešić 2022, 45.

72 Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Sl. glasnik RS* 36/2011 i 139/2014, čl. 39, st. 2.

Suprotno postupanje je prekršaj za koji je zaprećena novčana kazna,[73] s tim što takav posao cesije prati i građanskopravna sankcija u obliku apsolutne ništavosti.[74]

Postavlja se pitanje da li na naročit društveni značaj interesa zaštićenog zabranom ukazuje okolnost da posao suprotan zabrani jednovremeno predstavlja i radnju krivičnog dela. Ili nešto konkretnije, da li okolnost što je za preduzimanje cesije uprkos zabrani zakonodavac propisao samo prekršajnu sankciju – a nije krivičnu odgovornost, može da bude pokazatelj da vrednost zaštićena zabranom cesije iz Zakona o obavljanju plaćanja nije od dovoljnog značaja za društvo, pa shodno tome nije opravdano da posao cesije, uprkos blokadi računa, prati sankcija ništavosti?[75]

Iako propisivanje krivičnopravne sankcije za neku radnju ukazuje na visok stepen njene opasnosti po društvo, odgovor na postavljeno pitanje je negativan. Ako uzmemo za primer prevaru, koja je krivičnim zakonom normirana kao krivično delo,[76] u građanskom pravu dovođenje u zabludu ili održavanje u zabludi nije razlog apsolutne ništavosti pravnog posla. Posao zaključen pod prevarom je relativno ništav.[77]

c) Kaznena ili druga sankcija za prekršioca zabrane bez građanskopravnih posledica u pogledu pravnog posla

U sudskoj praksi se kao tipičan primer zabrane ugovaranja koja nema za posledicu ništavost pravnog posla, već samo kaznenu sankciju – *lex minus quam perfecta*, javlja zabrana prodaje tuđe stvari.[78] Ako neko kupi tuđi

---

[73] Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, čl. 50, st. 1, t. 40.

[74] Razlog ništavosti takve cesije ogleda se u zaštiti potrošača kao slabije strane. Suprotno videti u Tešić 2007, 160.

[75] O tome Konstatinović (1982c, 535) piše: „Samim tim što njihovo zaključenje predstavlja krivično delo takvi ugovori lišeni su građanskopravnih dejstava; oni su apsolutno ništavi jer su protivni javnom poretku, što znači između ostalog, da se iskorišćavano lice ne može ni unapred ni docnije odreći mogućnosti da zahteva poništenje ugovora i da pravo na poništenje ugovora ne može da zastari.“ Slično je i sa trgovinom organa i drugim pravnim poslovima koji bi se mogli podvesti pod krivično delo trgovine ljudima. KZ, čl. 388.

[76] KZ, čl. 208, st. 1.

[77] ZOO, čl. 65.

[78] Prema stanovišu VKS iznetom u jednoj odluci, „to što bi predmet kupoprodaje eventualno bila tuđa stvar, nije razlog za ništavost ugovora, pošto prodaja tuđe stvari obavezuje ugovarače... ali kupac koji nije znao ili nije mogao znati da je stvar tuđa, može, ako se usled toga ne može ostvariti cilj ugovora, raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete“. VKS, Rev. 4019/2022, 12. 5. 2022.

televizor, posao prodaje nije apsolutno ništav, štaviše, kupac može postati vlasnik pokretne stvari po pravilima sticanja od nevlasnika. Samo ukoliko se ispostavi da je TV ukraden, prema normama krivičnog prava, kupac je počinio krivično delo prikrivanja za koje će mu, po pravilu, biti izrečena novčana kazna.[79]

U grupu normi koje za povredu zabrane ne propisuju ništavost već drugu sankciju može se svrstati i zabrana davanja predmeta lizinga trećem licu. Zakonom je propisano da se predmet lizinga trećem licu može dati na korišćenje samo uz pisanu saglasnost davaoca lizinga.[80] „U slučaju da takve saglasnosti nema, ugovor sa trećim licem nije protivan prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima i kao takav ništav, jer zakon u ovom slučaju upućuje na drugu sankciju. Davaocu lizinga je Zakonom dato ovlašćenje da u slučaju raspolaganja predmetom lizinga bez njegove pisane saglasnosti takav ugovor raskine i zahteva naknadu štete“.[81]

Poređenje zabrane cesije u blokadi sa drugim zabranjujućim normama za čiju povredu je propisana prekršajna sankcija upućuje na zaključak da ako preduzeti posao nije po svojoj sadržini nedopušten, kažnjivost određene radnje u finansijskom poslovanju ne povlači nužno apsolutnu ništavost samog posla. Na sličan način, kažnjivost posrednog izmirenja novčane obaveze putem cesije u periodu blokade računa ne znači jednovremeno i ništavost posla zaključenog uprkos zabrani.

7.1.1.2. Da li zakonodavac drugim normama već štiti slične društvene vrednosti?

Prema ciljevima odnosne norme iskazanim u analiziranim odlukama VKS, „sprečavanje umanjenja aktive“, „sprečavanje favorizovanja poverilaca“ i slično, pravilo o zabrani cesije u blokadi moguće je uporediti sa onim normama u pravnom sistemu koje štite poverioce od izigravanja.

---

[79] KZ, čl. 221, st. 1. Sličan primer videti kod Možina u Juhart, Možina *et al.* (2016, 51-52).

[80] Zakon o finansijskom lizingu, *Sl. glasnik RS* 55/2003, 61/2005, 31/2011 i 99/2011 – dr. zakoni, čl. 35, st. 1.

[81] PAS, Pž. 7075/2014 (1), 18. 3. 2015.

„Svaki poverilac čije je potraživanje dospelo za isplatu, i bez obzira kad je nastalo, može pobijati pravnu radnju svog dužnika koja je preduzeta na štetu poverilaca.[82] Smatra se da je pravna radnja preduzeta na štetu poverilaca ako usled njenog izvršenja dužnik nema dovoljno sredstava za ispunjenje poveriočevog potraživanja."[83]

Ciljevi koji se ostvaruju pravilima o paulijanskoj tužbi svojstveni su i institutu pobijanja pravnih radnji u stečaju[84] – „pravne poslove i druge pravne radnje zaključene odnosno preduzete pre otvaranja stečajnog postupka, kojima se narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci, kao i pravne poslove i druge pravne radnje kojima se pojedini poverioci stavljaju u povoljniji položaj (pogodovanje poverilaca), mogu pobijati stečajni upravnik, u ime stečajnog dužnika i poverioci".[85]

Razlika između posla cesije u blokadi i poslova koji se pobijaju putem *actio Pauliana* ili u stečaju ogleda se u tome što su poslovi iz druge grupe načelno dopušteni, s tim što poverioci traže da se oglase bez dejstva u odnosu na njih, kako bi zaštitili svoj interes namirenja.[86]

Interes namirenja onog poverioca u čije ime je sprovedena blokada računa suprotan je interesu cedenta da izmiri neku drugu novčanu obavezu (koja je dospela i prati je, na primer, visoka kamata), kao i interesu cesionara da mu dugovana tražbina bude izmirena (interes namirenja drugog poverioca). Kako su interesi učesnika u analiziranom građanskopravnom odnosu privatni, postavlja se pitanje čiji je interes pretežniji. Sud o takvoj okolnosti ne vodi računa po službenoj dužnosti, već je na poveriocu koji je upisao blokadu računa da dokaže kako je njegov interes prioritetnog namirenja (društveno) pretežniji, odnosno da su cesijom uprkos blokadi privilegovani drugi poverioci.[87]

---

[82] ZOO, čl. 280, st. 1.

[83] ZOO, čl. 280, st. 2.

[84] Opširnije videti u Salma 2009, 99–118; Radović 2013, 73–95; Hiber 2015, 58–74.

[85] Zakon o stečaju, *Sl. glasnik* RS 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018, čl. 119, st. 1.

[86] „Kod pobijanja pravnih radnji objekat pobijanja ne samo da ne mora biti pravni posao, nego i u slučaju kada se pobija pravni posao, taj je pravni posao valjan, te se pobijanje provodi radi nemogućnosti namirenja poveriočeve tražbine." Nikšić 2015, 380.

[87] Ovo iako se u konkretnom slučaju može raditi o krivičnom delu oštećenja poverilaca. „Ovim krivičnim delom štite se poverioci subjekta privrednog poslovanja koji je postao nesposoban za plaćanje." Delić 2022, 233. Prema Zakonu, „ko u subjektu privrednog poslovanja, znajući da je taj subjekt postao nesposoban za plaćanje,

Apsolutna ništavost posla se ne javlja kao sankcija u onim normama kojima se štite interesi namirenja poverilaca već tamo gde se zabranom ugovaranja štiti javni poredak ili slabija strana.

Ako kažemo da je interes namirenja koji se štiti normom o zabrani posrednog izmirenja obaveze putem cesije bitno sličan interesu koji se štiti normama o zabrani pogodovanja poverilaca van stečaja i u stečaju, onda se *per analogiam* može zaključiti da ni kod zabrane cesije u blokadi nije reč o javnom interesu o kome bi trebalo voditi računa *ex officio* već o privatnom interesu čija se zaštita ostvaruje na zahtev lica čiji je interes pogođen.[88]

8. UMESTO ZAKLJUČKA – ČITAJMO KONSTANTINOVIĆA

Ako se još jednom osvrnemo na ključno pitanje postavljeno u ovoj raspravi – da li je norma o zabrani posrednog izmirenja novčanih obaveza putem cesije u vreme blokade računa radi prinudne naplate više nego savršena: *lex plus quam perfecta*, tako da cesiju zaključenu uprkos zabrani prati sankcija dvostruke prirode: apsolutna ništavost posla i novčana kazna za prekršioca, ili je manje nego savršena: *lex minus quam perfecta*, tako da je prekršilac zabrane izložen prekršajnoj sankciji bez posledica po valjanost preduzetog pravnog posla, čini se da je do pravog značenja odnosne norme moguće doći na osnovu nekoliko sledećih teza.

8.1. Rezultat valjanog tumačenja ne može biti pravna nesigurnost

Upada u oči da doktrina prema kojoj je posao cesije zaključen uprkos blokadi računa apsolutno ništav ne daje odgovore na brojne dileme koje su od suštinskog značaja za pravnu sigurnost.

Posao cesije je u praksi ponekad teško razlučiti od sličnih poslova koji se tiču potraživanja. Ako je ugovor o cesiji potraživanja tokom blokade apsolutno ništav, kakva je sudbina ugovora o zalaganju potraživanja[89] ili ugovora o ustupanju potraživanja radi obezbeđenja?[90]

---

isplatom duga ili na drugi način stavi poverioca u povoljniji položaj i time znatno ošteti drugog poverioca, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine". KZ, čl. 233, st. 1.

[88] „Povreda interesa trećeg lica ne može se porediti sa povredom javnih dobara." Salma 2007, 401.

[89] ZOO, čl. 789.

[90] ZOO, čl. 445.

Prema preovlađujućem stanovištu VKS, posao cesije uprkos blokadi računa bio bi ništav i ako je dužnik cedirao svoje potraživanje poveriocu koji mu je blokirao račun kako bi ovaj povukao blokadu, kao i ako je dužnik cesijom izmirio obavezu prema hipotekarnom poveriocu kako bi otklonio aktuelnu opasnost od prinudnog unovčenja nepokretnosti.

Sud se ne pita ko su lica koja bi mogla zahtevati da se utvrdi ništavost posla cesije koji je preduzet uprkos propisanoj zabrani: cedent, cesionar, cesus? Poverilac u čijem je interesu izvršena blokada računa? Svi poverioci kojima cedent duguje u trenutku zaključenja ugovora o cesiji bez obzira na to da li su njihova potraživanja uopšte dospela i da li su evidentirana u službi za prinudnu naplatu? Poverioci čija potraživanja nisu ni postojala u trenutku blokade i zaključenja ugovora o cesiji već su rezultat dužnikovog poslovanja po izlasku iz blokade?

Uloga tumačenja pravnih normi ogleda se razrešenju spornog pravnog pitanja. U konkretnom slučaju, nedoumice su se samo umnožile, pre svega zbog pretežnog opredeljenja VKS za sankciju ništavosti na koju se može pozivati svako zainteresovano lice[91] i to tako da se pravo na isticanje ništavosti protekom vremena ne gasi.

8.2. Neke norme su kogentnije od drugih

Norma o zabrani posrednog izmirenja novčane obaveze putem cesije u blokadi je po svojoj prirodi imperativna (kogentna). Imperativnost svakog propisa je moguće stepenovati zavisno od značaja društvene vrednosti koja se štiti.[92] Što je interes čiju je zaštitu zakonodavac imao u vidu prilikom propisivanja zabrane važniji za društvo, izigravanje zabranjujuće norme povlači oštriju sankciju.[93]

---

[91] ZOO, čl. 109, st. 1. Prema mišljenju prof. Vodinelića (2012, 459), pošto je pogođen javni interes, svako može, i to vremenski neograničeno, da traži utvrđivanje nepunovažnosti. Drugi autori smatraju da se na ništavost ne može pozivati svako zainteresovano lice, već samo onaj ko ima neposredan pravni interes. Đurović 1996, 443.

[92] Prema ovom stanovištu, prinudne propise je poželjno razlikovati prema njihovom rangu. Pravila koja pripadaju kategoriji fundamentalnih principa imaju superprinudni karakter (*super-mandatory*), tako da njihova povreda povlači najtežu sankciju. Fauvarque-Cosson, Mazeaud 2008, 120.

[93] „Nije svejedno kakva je objektivna priroda kogentne norme koju su povredili ugovornici. Među kogentnim normama može se pokazati veoma velika razlika: sa stanovišta društva svaka kogentna norma ne štiti pravne interese jednake vrednosti; drugim rečima interese od istog značaja.“ Salma 2007, 401.

Interes zajednice da se određeni poverioci ne privileguju u odnosu na ostale postoji, ali, prema našem uverenju, nije reč o javnom interesu koji opravdava odstupanje od važnih principa privatnog prava: kao što su načelo autonomije volje i načelo prometljivosti subjektivnih građanskih prava.

Zabrana cesije tokom blokade računa ne pripada grupi tradicionalnih zabrana u pravu.[94] Zakonodavac poseže za takvom merom kako bi disciplinovao promet, ali bez oslanjanja na fundamentalne principe[95] i na čvrstu vezu sa etičkim vrednostima koje omogućavaju pravilno funkcionisanje društva.[96]

Normom o zabrani cesije u blokadi ne štiti se opšti interes ni interes koji bi se mogao smatrati primarnim za društvo u celini. Ako uporedimo interes zajednice za uklanjanje privrednih društava i preduzetnika u blokadi iz prometa, s jedne strane, i interes za njihovo preživljavanje, s druge strane, izgleda da je pretežniji društveni interes da blokirani privredni subjekat, pre svega zbog zaposlenih i njihovih porodica, ako je to moguće opstane. Doktrina o novčanom kažnjavanju prekršioca zabrane, bez zadiranja u valjanost pravnog posla, možda ide na ruku onima koji bi da izigraju propisanu zabranu, ali se čini da pravni poredak ne ostavlja na cedilu ni poverioce koji se smatraju oštećenim. Oni na primeren način mogu braniti svoj interes namirenja odgovarajućim pravnim sredstvima za pobijanje dužnikovih radnji van stečaja i u stečaju. Preventivna i represivna svrha zabrane posrednog izmirenja novčane obaveze putem cesije u blokadi u celini se ostvaruje novčanim kažnjavanjem njenog prekršioca.

---

[94] Sve su prilike da prava u regionu jugoistočne Evrope ne poznaju sličnu zabranu (u Republici Srpskoj Zakon o unutrašnjem platnom prometu, *Sl. glasnik RS* 52/2012, 92/2012 – ispr., 58/2019 i 38/2022; u Hrvatskoj Zakon o platnom prometu, *Narodne novine* 66/18 na snazi od 28. jula 2018; u Crnoj Gori Zakon o platnom prometu CG, *Službeni list Crne Gore* 062/13 od 31. decembra 2013, 006/14 od 4. februara 2014). U engleskom pravu se smatra ništavim ugovor insolventnog dužnika da isplati jednog od poverilaca varajući ostale poverioce (*a contract by an insolvent debtor to pay one of his creditors in froud to the others*). Treitel 2007, 476.

[95] Prema toj doktrini, u fundamentalne principe treba uvrstiti pravila kojima se štite evropske slobode, kao i ona iz Evropske konvencije o ljudskim pravima. Fauvarque-Cosson, Mazeaud 2008, 120.

[96] Tako su, na primer, u engleskom pravu apsolutno ništavi ugovor da se počini zločin (*contract to commit a crime*) (Treitel 2007, 476) i ugovor da sa zaključi brak sa licem koje je već u braku (Treitel 2007, 487).

8.3. Kombinovano sistemsko-teleološko tumačenje

Čini se da je razrešenju dileme da li zakonodavac poslovima zaključenim suprotno zakonskoj zabrani cesije u blokadi odriče svaku pravnu važnost ili izigravanje odnosnog pravila samo predstavlja kažnjivu radnju najcelishodnije pristupiti kombinovanom primenom ciljnog i sistemskog tumačenja.

8.3.1. In favorem contractus

U privatnom pravu ne važi pravilo *nulla poena sine lege*. Osim zakonom propisane nevaljanosti, postoji i tzv. virtualna ništavost. Drugim rečima, to što određena prohibicija nije izrečno sankcionisana ništavošću još uvek ne znači da poslovi preduzeti suprotno takvoj zabrani nisu i ne mogu biti ništavi.

Ipak, apsolutna ništavost je *ultima ratio*, za kojim bi sud trebalo da poseže samo u onim slučajevima kada na drugi način nije moguće ostvariti cilj povređene norme.[97]

Normotvorac upotrebom fraze „ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju..." (ZOO, čl. 103, st. 1) izrečno propisuje da se norma o zabrani ugovaranja suprotno prinudnim propisima mora tumačiti teleološki.[98] Drukčije kazano, poslovi protivni prinudnim propisima su ništavi, „ali postoje poslovi za koje nije bilo u intenciji zakonodavca da ih smatra ništavim, već valja uzeti da se zakonodavac zadovoljio kaznenom sankcijom" (Sasson 1957, 368).

Zakonodavac za povredu zabrane posrednog izmirenja novčane obaveze putem cesije tokom blokade računa radi prinudne naplate jeste propisao drugu sankciju, ali VKS smatra da prekršajna sankcija propisana Zakonom o obavljanju plaćanja nije dovoljna.

Obrazloženje za takvo postupanje *praeter legem* sud nalazi u različitoj prirodi sankcije koja se odnosi na valjanost posla i sankcije koja pogađa prekršioca zabrane. Opisane sankcije jesu različite prirode, ali, prema našem ubeđenju, to ne može biti jedini razlog da se određena zabrana proglasi normom *plus quam perfecta*. Pravni poredak poznaje i norme *minus quam*

---

[97] Načelo očuvanja ugovora nalaže da se, kad god je to moguće, sačuva volja ugovornih strana. Držimo da na istom principu počiva i pravilo o delimičnoj ništavosti (ZOO, čl. 105) i pravilo o konverziji ništavih ugovora (ZOO, čl. 106).

[98] Polajnar Pavčnik u Juhart, Možina *et al*. (2016, 179).

perfecta, kod kojih je posledica povrede zabrane određene radnje u pravnom prometu kažnjavanje prekršioca, koja ne utiče na valjanost preduzetog pravnog posla.

8.3.2. Izbegavajući protivrečna vrednovanja

Čini se da je u konkretnom slučaju, osim ciljnog, naročito značajno sistemsko tumačenje da pravni sistem u vrednosnom smislu predstavlja celinu,[99] što znači da bi sadržaj normi istog ranga trebalo da bude usklađen.

Kao što smo već napomenuli, norma o zabrani cesije u blokadi odnosi se samo na cedente iz kruga pravnih lica i preduzetnika. U pravnom poretku koji teži jedinstvu lišenom antinomija jedan isti posao ne bi trebalo da bude apsolutno ništav ako je cedent preduzetnik, a punovažan ako je cedent fizičko lice koje ne obavlja delatnost.[100] Teško je pronaći smislen odgovor na pitanje kako je to protivno opštem interesu kada novčanu obavezu putem cesije posredno izmiri preduzetnik, a nije protivno opštem interesu kada to učini fizičko lice (koje se, na primer, zadužilo kod drugih fizičkih lica radi vođenja parnice, ali kada dobije pravnosnažnu presudu zaključi da je za njega isplativije da već utvrđeno potraživanje ustupi supruzi ili roditeljima).

Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji propisano je da poreski obveznici – čiji su računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate mogu posredno izmirivati novčane obaveze isključivo radi ispunjenja obaveza po osnovu javnih prihoda. Iz ugla *argumentum ad cohaerentia* nije prihvatljivo tumačiti određenu pravnu normu tako da vodi zaključku da je sadržinski identičan pravni posao istog cedenta apsolutno ništav ako je cesionar privredni subjekat, a punovažan ako je cesionar država kao poreski poverilac.

Ako je cilj odnosne norme da se sačuva dužnikova aktiva, zašto bi zakonodavac ograničio raspolaganje potraživanjima, ne dirajući u raspolaganje ostalim dobrima u imovini dužnika. Kao što dužniku čiji je račun u blokadi nije zabranjeno da otuđi neku nepokretnu ili pokretnu stvar iz svoje

---

[99] „Pojedinačne norme ne stoje jedna pored druge nepovezano u jednom amorfnom haosu, štaviše pravni poredak se ima shvatiti kao idealno jedinstvo, kao jedan sistem što je više moguće koherentnih vrednosnih odluka, kao struktura, čiji pojedinačni delovi ne smeju izolovano da se tumače bez uzimanja u obzir njihovog normativnog konteksta." Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, München – Wien – Bern, 2016, 92–93. Navedeno prema: Knežević 2019, 222.

[100] U pitanju je posao koji može biti punovažno preduzet od određenih subjekata. O razlici između apsolutne zabrane i relativne zabrane ugovaranja za određene subjekte videti u Perović 1975, 185.

imovine, nije mu zabranjeno ni da otuđi neko potraživanje. Evidentiranjem neizmirenih obaveza na računu dužnika, dužnikova potraživanja ne postaju dobra van prometa *res extra commertium.*

Ako prihvatimo da se cilj sistematskog tumačenja ogleda u izbegavanju protivrečnih vrednovanja (*widerspruechliche Wertungen*) (Samardžić 2012, 86), onda se ne može smatrati primerenim tumačenje odnosne norme da posao cesije u blokadi pogađa sankcija ništavosti. Propisana zabrana se ne odnosi na obligacionopravna dejstva cesije već na faktičku radnju evidentiranja posrednog izmirenja obaveze (obračunska dejstva). Povreda norme o zabrani cesije tokom blokade računa ne vređa osnovne principe privrednog sistema nego opisanu meru za regulaciju tržišta (Sasson 1957, 371).

8.3.3. Ne gubeći iz vida opšta pravila o ništavosti

Ako posao cesije uprkos zabrani posrednog izmirenja novčanih obaveza tokom blokade računa nije svagda ništav, to još uvek ne znači da takav posao, u konkretnom slučaju, ne može biti apsolutno ništav prema opštim pravilima o ništavosti.

Sud će po službenoj dužnosti analizirati konkretne situacije u sporu, utvrđujući ništavost ugovora sračunatog na izigravanje poverilaca, ako je ovaj protivan načelu savesnosti i poštenja,[101] ako je protivan dobrim običajima, ako je reč o nemoralnom[102] ili fiktivnom poslu i sl.

Izigravanje zabrane cesije za vreme blokade računa predstavlja kažnjivu radnju koja povlači prekršaju odgovornost – eventualno i krivičnu, ako su ostvareni elementi bića krivičnog dela oštećenje poverilaca. Iz ugla građanskog prava, propisana zabrana je samo jedna indicija koja može da posluži sudiji da donese odluku o utvrđenju ništavosti posla ili da usvoji zahtev za pobijanje dužnikovih pravnih radnji van stečaja ili u stečaju.[103]

---

[101] Zimmermann, Whittaker, in Zimmermann, Whittaker, 2000, 7–63.

[102] „Sudiji je dato veliko pravo da on ocenjuje da li je u konkretnom slučaju jedan ugovor nemoralan“ (Marković 1997, 208). Sve zakonske propise određene sredine prožima moral te sredine, veza između prava i morala je uska. A. Gams, sa Ljiljanom Đurović 1994, 210.

[103] Opširnije o pobijanju pravnih radnji dužnika kao jednom od dopunskih prava poverioca kojima ovaj štiti svoje izglede za namirenje vid.: Radović, Tešić 2015, 158–160.

8.3.4. Formule profesora Konstantinovića nude rešenja i za savremene pravne dileme

U analiziranim odlukama VKS ne pominje normu iz čl. 103, st. 2 ZOO: „Ako je zaključenje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor će ostati na snazi ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povredila zakonsku zabranu snosiće odgovarajuće posledice.“[104] To iako je u našoj pravnoj teoriji jasno iskazano stanovište da „kao indicija da povreda zabrane ne treba da ima za posledicu ništavost može da posluži okolnost da se zabrana odnosi samo na jednu ugovornu stranu, da se samo jednoj ugovornoj strani preti kaznom u slučaju povrede prohibitivne norme“ (Krulj 1956, 353).

Prema učenju prof. Konstantinovića (1982a, 555), „kada je zaključenje nekog inače dozvoljenog ugovora zabranjeno samo jednom ugovorniku, onda je taj ugovor punovažan. Zabrana u tom slučaju može povući eventualno disciplinske, ili kaznene, ili koje druge sankcije; ona ne povlači ništavost ugovora... Suprotno pravilo pogađalo bi bez ikakvog pravnog razloga drugog ugovornika“.

Opreza radi, prof. Konstantinović podseća da „treba paziti da li se zabrana upućena jednoj strani ne odnosi na predmet ili osnov ugovora. Tada će ugovor biti ništav po opštim pravilima o ništavosti ugovora zbog nedozvoljenog osnova ili predmeta, bez obzira što je propis sastavljen tako da se pojavljuje kao zabrana upućena jednom licu“.[105]

Nije svaki nedopušten posao ujedno i apsolutno ništav. Ako je ustupanje tražbine zabranjeno samo cedentu, nema razloga da trpi cesionar. Norma o zabrani cesije u blokadi nije pusto ostrvo, već deo pravnog sistema od koga se očekuje da funkcioniše kao logična i neprotivrečna celina.

Prethodno kazivanje iznova potvrđuje tezu da „kod Konstantinovića već sve piše“ i da je većinu aktuelnih nedoumica u oblasti obligacionog prava moguće razrešiti marljivim čitanjem zapisa jednog od rodonačelnika beogradske pravne škole.

---

[104] Prema nekim pravnim piscima, ovo pravilo je zasnovano na načelu pravičnosti. „U takvim slučajevima sankcija ništavosti koja je građanskoprava zamenjena je kaznenom sankcijom koja je iz domena krivičnog ili upravnog prava“ (Nikolić 2016, 357).

[105] „Isto tako ugovor će biti ništav ako je zabrana jednom ugovorniku propisana u interesu drugog ugovornika... Tako je na primer u slučaju zabrane advokatu da kupi sporno pravo čija mu je odbrana poverena.“ Konstantinović 1982a, 555.

Smatramo da razumevanje norme o zabrani cesije u blokadi sadržano u odlukama VKS novijeg datuma ne iskazuje njen *ratio legis* na objektivan i uverljiv način. Ponuđeni ishod tumačenja nije usklađen sa ostalim normama u našem pozitivnom pravu i u značajnoj meri ugrožava preko potrebnu pravnu sigurnost.

Čini se da je gotovo nemoguće usaglasiti aktuelnu sudsku praksu sa doktrinarnim stavovima naših najznačajnijih pravnih pisaca iz oblasti privatnog prava donošenjem načelnog pravnog stava VKS o tom pitanju. Otuda je, prema našem uverenju, ma koliko to bilo teorijski nepopularno, do pravog smisla odnosne norme u ovom trenutku primerenije doći njenim autentičnim tumačenjem.

LITERATURA

[1] Antić, Oliver. 2012. *Obligaciono pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[2] Blagojević Borislav. Vrleta Krulj. 1983. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. I knjiga. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[3] Delić, Nataša. 2022. *Krivično pravo, posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[4] Dolović, Katarina. 2/2011. Nepostojeći ugovor. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* LIX: 263–278.

[5] Đurović, Ljiljana. 10/1996. Nepostojeći i ništavi ugovori. *Pravni život*: 433–450.

[6] Fauvarque-Cosson, Bénédicte, Denis Mazeaud (eds.). 2008. *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Munich: Sellier.

[7] Hajdarević Hajrudin, Haso Tajić, Vladimir Simović. 2011. *Zakon o obligacionim odnosima (tri decenije sudske prakse – više od 10.000 sentenci i sudskih odluka)*. Knjiga I. Sarajevo: Privredna štampa.

[8] Hiber, Dragor, Vladimir Pavić. 3/2013. Contractual penalty clauses in recent Serbian arbitration practice. *Annals FLB – Belgrade Law Review* 61: 63–81.

[9] Hiber, Dragor. 1/2015. Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 63: 58–74.

[10] Hiber, Dragor, Miloš Živković. 2015. *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Knjiga prva. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[11] Gams, Andrija sa Ljiljanom Đurović. 1994. *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Savremena administracija.

[12] Juhart, Miha, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic. 2016. *Uvod u civilno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

[13] Lazić, Miroslav. 2009. *Pravo realnog obezbeđenja*. Niš: Punta.

[14] Karanikić Mirić, Marija. 1/2010. Promena dužnika. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 58: 229–257.

[15] Knežević, Marko. 2019. Uticaj prestanka svojstva preduzetnika na stvarnu nadležnost u parničnom postupku: ka novom shvatanju pojma „spor između preduzetnika i privrednog subjekta – povodom stava GO VKS od 23. 3. 2012 (*Bilten VKS* 1/2012, 119)". *Harmonius – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*: 211–232.

[16] Kovačević Kuštrimović, Radmila. 1991. *Građansko pravo (opšti deo)*. Niš: Narodne novine.

[17] Konstantinović, Mihailo. 1952. *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Prema beleškama sa predavanja profesora M. Konstantinovića, sredio V. Kapor.

[18] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982a. Zabranjeni ugovori u trgovini, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 549–558.

[19] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982b. Priroda ugovorne kazne – smanjenje od suda. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 520–526.

[20] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982c. Oštećenje preko polovine i zelešaki ugovori. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 529–539.

[21] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Skica za zakonik obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.

[22] Krulj, Vrleta. 3/1956. Zabranjeni pravni poslovi u našem pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke*: 346–354.

[23] Loza, Bogdan. 2000. *Obligaciono pravo, opšti deo*. Beograd: Službeni glasnik.

[24] Marković, Lazar. 1927. *Građansko pravo, Prva knjiga, Opšti deo i Stvarno pravo*. Beograd: Narodna samouprava.

[25] Marković, Lazar. 1997. *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.

[26] Milošević, Ljubiša. 3/1967. Zabranjeni ugovori u prometu robe. *Glasnik AKV*: 25–27.

[27] Negovan, Svetlana. 7–8/2011. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o platnom prometu. *Bankarstvo*: 164–171.

[28] Nikšić, Saša. 3–4/2015. Pravna sredstva za pobijanje nevaljanih pravnih poslova: ostvarivanje preobražajnog prava ili konstitutivna tužba? *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65: 361–386.

[29] Nikolić, Dušan. 2016. *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

[30] Perić Živojin. 1928. *Specijalni deo građanskog prava, Obligaciono (tražbeno) pravo, A. Opšti deo obligacionog (tražbenog) prava*. Beograd.

[31] Perović, Slobodan. 1975. *Zabranjeni ugovori u imovinskom pravu*. Beograd: Službeni list SFRJ.

[32] Radovanović, Sanja, Nikolina Miščević. 1/2020. O podeli na nepostojeće i ništave ugovore u domaćem pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*: 267–287.

[33] Radović, Vuk. 1/2013. Pobijanje pravnih radnji bez naknade ili uz neznatnu naknadu u stečajnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* LXI: 73–95.

[34] Radović, Vuk, Nenad Tešić. 3/2015. On Creditor's Supplemental Rights. *Annals FLB – Belgrade Law Review* LXIII: 141–169.

[35] Radović, Mirjana. 2016. *Pravni promet, pravo bankarskih platnih usluga*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[36] Radišić, Jakov. 2017. *Obligaciono pravo*, opšti deo. Niš: Pravni fakultet u Nišu.

[37] Salma, Jožef. 2007. *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.

[38] Salma, Marija. 3/2009. Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLIII: 99–118.

[39] Samardžić, Darko. 9/2012. Tumačenje u skladu sa evropskim pravom i direktivama. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*: 73–99.

[40] Sasson, Mario. 9–10/1957. Da li su ništavi pravni poslovi kojima je počinjen privredni prestup, *Naša zakonitost*: 367–371.

[41] Simler, Philippe. Sanctions (articles 1129 to 1133). In Catala, Pierre. 2007. *Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription*. English translation by John Cartwright and Simon Whittaker. *http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf*, poslednji pristup 31. jula 2022.

[42] Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 1999. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.

[43] Tešić, Nenad. 2007. *Prodaja i prenos potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[44] Tešić, Nenad. 7–9/2017. Kako rasplakati Eshila? – O pravnotragičnoj restriktivnosti u tumačenju pojma „prelaz potraživanja". *Pravo i privreda*: 75–108.

[45] Tešić, Nenad. 2018. Promena subjekata uz očuvanje identiteta obligacije: slučaj Srbija – Evropska matrica i nasleđe profesora Konstantinovića. 347–386. *Razvojne tendence v obligacijskem pravu: ob 40-letnici zakona o obligacijskih razmerjih*. Ljubljana: Pravna Fakulteta Univerze v Ljubljani, 15–16. november.

[46] Tešić, Nenad. 2022. *Pravo zaštite hipotekarnih potrošača – Pravna trilogija*. Knjiga prva: Pojam hipotekarnog potrošača. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[47] Peel Edwin, G. H. Treitel. 2007. *The Law of contract.* London: Sweet & Maxwell.

[48] Vodinelić, Vladimir. 2012. *Građansko pravo: Uvod u Građansko pravo i opšti deo Građanskog prava*. Beograd: Službeni glasnik.

[49] Zimmermann, Reinhard. 1996. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: O.U.P.

[50] Zimmermann, Reinhard, Simon Whittaker. 2000. Good faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape. *Good faith in European Contract Law*, eds. Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker. Cambridge: C.U.P.

OSTALI INTERNET IZVORI

[1] *Politika*. 2010. Automatski u stečaj, 31. mart 2010. *https://www.politika.rs/scc/clanak/129650/Automatski-u-stecaj*, poslednji pristup 31. jula 2022.

[2] Obrazloženje Nacrta zakona o obavljanju plaćanja pravnog lica, preduzetnika i fizičkog lica koje ne obavlja delatnost. *http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/obr/obrazlozenje,%2029.06.2015.pdf*, poslednji pristup 31. jula 2022.

[3] Predlog zakona o obavljanju plaćanja pravnog lica, preduzetnika i fizičkog lica koje ne obavlja delatnost. *http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/nac/Nacrt%20zakona,%2029.06.2015.pdf*, poslednji pristup 31. jula 2022.

SUDSKA PRAKSA

[1] Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj 3, 4. i 26. novembra 2015. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj 30. novembra 2015. godine. Sudska praksa privrednih sudova, *Bilten* 4/2015. *Paragraf Lex*.

[2] Privredni apelacioni sud, Pž. 7075/2014(1), 18. 3. 2015. *Paragraf Lex.*

[3] Privredni apelacioni sud, Pž. 2204/2015, 25. 11. 2015. Sudska praksa privrednih sudova, *Bilten* 1/2016. *Paragraf Lex*.

[4] Privredni apelacioni sud, Pž. 4470/2016, 11. 5. 2017. *Paragraf Lex*

[5] Privredni apelacioni sud, Pž. 190/19, 19. 2. 2020. *Paragraf Lex.*

[6] Apelacioni sud u Beogradu, Gž. 4691/2014, 26. 11. 2014. *Paragraf Lex.*

[7] Apelacioni sud u Kragujevcu, Gž. 2125/2013, 9. 9. 2013. *Paragraf Lex.*

[8] Apelacioni sud u Nišu, Gž. 2195/2016, 16. 11. 2016. *Paragraf Lex.*

[9] Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 19. septembra 2017.

[10] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 45/2016, 3. 11. 2016.

[11] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 19/2017, 13. 4. 2017.

[12] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 326/2017, 12. 4. 2018.

[13] Vrhovni kasacioni sud, Rev. 4026/2018, 6. 11. 2019.

[14] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 115/2019, 9. 7. 2020.

[15] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 571/2019, 12. 11. 2020.

[16] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 535/2020, 18. 2. 2021

[17] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 193/2021, 14. 7. 2021.

[18] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 390/2021, 16. 12. 2021.

[19] Vrhovni kasacioni sud, Prev. 406/2021, 21. 10. 2021.

[20] Vrhovni kasacioni sud, Rev. 602/2021, 25. 2. 2021.

[21] Vrhovni kasacioni sud, Rev. 4019/2022, 12. 5. 2022

[22] Ustavni sud, IUz-850/2010, 12. 7. 2012.

[23] Ustavni sud, Už-10097/2016, 25. 4. 2019.

Nenad TEŠIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

ON PROHIBITION OF ASSIGNMENT WHEN THE ASSIGNOR'S ACCOUNT IS BLOCKED: A CONTRIBUTION TO THE THEORY ON THE EXISTENCE OF FORBIDDEN CONTRACTS THAT ARE NOT SANCTIONED WITH ABSOLUTE NULLITY

Summary

The author tries to resolve a legal issue raised in Serbian court practice: does the norm that prohibits the settlement of a monetary obligation via assignment of claims, in situations where the assignor's account is blocked for the purpose of forced collection, represent by nature a norm: *lex plus quam perfecta*, or a norm: *lex minus quam perfecta* (Article 5 of the Law on Payments by Companies, Entrepreneurs and Natural Persons).

According to the Serbian Supreme Court of Cassation, the misdemeanour liability for infringement of the prohibition of assignment cannot exclude the absolute nullity of legal transaction as a civil sanction, as specified in Article 103 of the Law on Obligations.

On the contrary, the author argues that the repressive and preventive purpose of interpreted legal rule is achieved by the enhanced penalty, while the legal transaction undertaken contrary to the prohibition remains valid and in force.

Key words: *Assignment of claims. – Frozen bank account. – Prohibited contracts. – Misdemeanor. – Absolute nullity.*

Article history:
Received: 3. 10. 2022.
Accepted: 15. 12. 2022.

UDK 347.435 ; 347.43 Konstantinović M.

CERIF: H 300, S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK14A

Dr Marija KARANIKIĆ MIRIĆ*

OSLOBAĐAJUĆE „PRISTUPANJE“ DUGU: ZABORAVLJENI INSTITUT IZ SKICE ZA ZAKONIK O OBLIGACIJAMA I UGOVORIMA

Sve naše zakonske odredbe u materiji promene dužnika prenete su iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Međutim, tom prilikom je izostavljeno pravilo da poverilac i treće lice mogu izričito da ugovore oslobađajući efekat ugovora o pristupanju dugu. U Skici nije rešeno pitanje može li dužnik tome da se usprotivi. Ne znamo zašto ta odredba Skice nije preuzeta u Zakon o obligacionim odnosima. Ne znamo mnogo ni o tome kako su se razvijali stavovi Mihaila Konstantinovića o promeni dužnika. O tom razvoju postoje samo dva traga: autorizovane Beleške s predavanja koja je Konstantinović držao studentima Pravnog fakulteta u Beogradu i tekst Skice. Zbog toga ovaj rad ima dva cilja. Prvo, da se razmotre promene u shvatanjima Mihaila Konstantinovića od njegovih prvih zabeleženih reči o ustanovi promene dužnika do Skice. I drugo, da se preispitaju smisao i domašaj zapostavljenog pravila o oslobađajućem pristupanju dugu.

Ključne reči: *Mihailo Konstantinović. – Preuzimanje duga. – Pristupanje dugu.*

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *marija@ius.bg.ac.rs*.

1. UVOD

Promena dužnika je personalna promena na pasivnoj strani u obligaciji koja zadržava svoj identitet. U užem smislu, to je zamena prvobitnog dužnika nekim drugim licem. U širem smislu obuhvata i povećanje broja subjekata na dužničkoj strani u obligaciji. Obaveza se ne gasi kad se promeni ličnost koja duguje. Zato se kaže da promena dužnika nema novatorne efekte.[1]

Ustanova promene dužnika pojavljuje se u svom čistom obliku tek u građanskim kodifikacijama s kraja 19. i početka 20. veka (Šmalcelj 1968a, 189).[2] Razlozi za to su pre svega istorijske i pravnoteorijske prirode. Potreba za tim institutom postoji u svim društvima u kojima je pravni promet relativno slobodan. Tamo gde se pravna teorija protivila ideji da dug može da se odvoji od dužnikove ličnosti, u praksi su redovno nastajali supstituti, to jest zamenske ustanove kojima mogu da se ostvare približni rezultati.

Jugoslovenska zakonska pravila o promeni dužnika[3] pisana su na temelju Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima.[4] Opšte je poznato da Skica nikada nije bila ni službeni prednacrt budućeg propisa ni formalni izvor prava. U periodu od 1960. do 1969. godine posve sam ju je pisao, a onda i stavio pred javnost profesor beogradskog Pravnog fakulteta Mihailo Konstantinović.[5]

Od časa kada je objavljena, Skica je počela snažno da utiče na praksu domaćih sudova. U uslovima pravne praznine koja je u našem obligacionom pravu postojala od 1946. godine,[6] Skica je odmah postala izvorište „opštih

---

1 O promeni dužnika u užem (pravom) i širem smislu već sam detaljno pisala: Karanikić Mirić (2020b); Karanikić Mirić (2020a, 198–232); Karanikić Mirić (2019, 145–170); Karanikić Mirić (2018, 215–232). U ovom tekstu se značajno oslanjam i na nalaze tih svojih ranijih istraživanja.

2 Videti §§ 414–418 nemačkog Građanskog zakonika (NGZ) i § 419 koji je u međuvremenu ukinut; §§ 1404–1409 noveliranog austrijskog Građanskog zakonika (AGZ); članove 175–181 švajcarskog Zakonika o obligacijama (ŠZO).

3 Članovi 446–452 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ* 29/78.

4 Članovi 371–377 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima.

5 Pogledati Prethodne napomene samog Konstantinovića (1996, 38).

6 Pravna praznina je stvorena Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije – ZN, *Službeni list FNRJ* 86/1946, poslednje izmene u 96/1947, po kojem su pravnu snagu izgubili svi propisi koji su bili na snazi 6. aprila 1941. U periodu od usvajanja ZN do donošenja ZOO izvršena je samo parcijalna kodifikacija trgovačkih običaja u oblasti prometa robom. Videti Opšte uzanse za promet robom, *Službeni list FNRJ* 15/1954.

pravnih pravila" na koja su se sudovi pozivali kao na „spasonosnu formulu".[7] Njen neformalni uticaj na praksu trajao je sve do usvajanja jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima.

Kada se u jednom pravnom sistemu konačno prihvati ideja da identitet dužnika nije određujuće svojstvo obligacije, to jest da obligacija ne mora da se ugasi kada se promeni ličnost koja duguje, onda postoji nekoliko načina da se ta promena postigne, to jest da se voljno promeni dužnik u obligaciji koja zadržava svoj identitet (Karanikić Mirić 2020b, 127–129): (1) Ako ugovor o promeni dužnika zaključuju poverilac i treće lice koje stupa u tuđi dug, reč je o eksternoj promeni. (2) Ako pak taj ugovor zaključuju dužnik i treće lice, u pitanju je interna promena. (3) Promena dužnika je neprava, to jest kumulativna, ako na taj način poverilac stiče još jednog dužnika uz onog koga već ima. (4) Promena dužnika je prava, to jest oslobađajuća, ako se pređašnji dužnik oslobađa, a treće lice stupa na njegovo mesto.

Nijedan evropski pravni sistem nema posebno uređenje svih tih mogućnosti. Na primer, kod nas su zakonom uređene (a) interna oslobađajuća promena dužnika (preuzimanje duga) i (b) eksterna kumulativna promena dužnika (pristupanje dugu). U našem jeziku se ustalilo da izraz *preuzimanje* koristimo kad je promena oslobađajuća, to jest kada se prvobitni dužnik oslobađa obaveze a novi stupa na njegovo mesto. Izraz *pristupanje* se koristi za kumulativne promene, u kojima poverilac ne gubi prvobitnog dužnika nego stiče još jednog.[8] O preostale dve mogućnosti naš zakonodavac ćuti: nemamo posebna zakonska pravila o (v) internoj kumulativnoj promeni dužnika (ugovor dužnika i trećeg lica kojim treći stupa uz dužnika tako da sad obojica duguju) i (g) eksternoj oslobađajućoj promeni dužnika (ugovor poverioca i trećeg lica kojim treći stupa na mesto prvobitnog dužnika a ovaj se oslobađa).[9]

---

[7] Videti predgovor Slobodana Perovića pod naslovom „Skica za jedan portret" u: Konstantinović 1996, 8. Obrad Stanojević (1978, 272–273) takođe je pisao o velikom neformalnom uticaju koji je Skica imala na sudove odmah po objavljivanju.

[8] Drugi naziv za pristupanje bilo je supreuzimanje – pristup dugu ili supreuzeće (Šmalcelj 1968b, 257).

[9] Imamo i posebna zakonska pravila o preuzimanju ispunjenja. To je ugovor kojim se treće lice obavezuje dužniku da će o dospeću namiriti njegovog poverioca. Treće lice ne preuzima tuđi dug, ne pristupa tuđem dugu, nego se obavezuje na ispunjenje tuđeg duga. Po tome je preuzimanje ispunjenja bliže jemstvu nego pravnim poslovima raspolaganja kojima se postižu personalne promene na dužničkoj strani. Zato ono i nije predmet ovog rada. Videti član Skice 378 i član 453 ZOO. Pre nego što je Skicom i Zakonom rešeno da kod nas poverilac ne stiče nikakvo pravo prema trećem licu koje je na sebe preuzelo obavezu ispunjenja, u domaćoj teoriji je bilo i

Izbor mehanizama kojima se u jugoslovenskom pravu ostvarivala voljna promena na dužničkoj strani u obligaciji napravljen je prema modelu iz Skice. U Skici je predloženo da se oslobađajuća promena dužnika postiže ugovorom koji zaključe dužnik i treće lice, a kumulativna ugovorom poverioca i trećeg. Iz Skice potiču i prikladni nazivi tih instituta: preuzimanje duga i pristupanje dugu.[10]

Sve naše zakonske odredbe u toj materiji prenete su iz Skice: jugoslovenski zakonodavac ih je preuzeo uz zanemarljive jezičke izmene koje nisu promenile smisao pravila.[11] Međutim, iz Zakona je izostavljena mogućnost da se izričito ugovori oslobađajući efekat ugovora o pristupanju dugu, što je Konstantinović bio predvideo Skicom.

Skica i ZOO sadrže, naime, istu odredbu o ugovoru o pristupanju dugu:[12]

> „1. Ugovorom između poverioca i nekog trećeg, kojim se ovaj obvezuje prema poveriocu da će ispuniti njegovo potraživanje od dužnika, treći stupa u obvezu pored dužnika."

Ipak, u Skici stoji i ovo:[13]

> „2. Samo ako je to izraženo na nesumnjiv način, može se ugovorom između poverioca i trećeg lica izvršiti preuzimanje duga i dužnik sasvim osloboditi obveze.

---

drugačijih predloga: „Kod nas bi se moglo braniti i suprotno gledište, pošto bi se takvo obećanje moglo smatrati kao ugovor u korist trećeg (poverioca), a iz takvog ugovora treći stiče kod nas direktno pravo prema obećaocu." Milošević 1953, 437.

[10] Milošević je još 1953. godine kritikovao to što sudovi kod nas koriste izraz cesija duga da označe preuzimanje ili prijem: „Ovaj termin odgovara terminologiji francuskih autora (*cession de dette*), ali francuski *Code civil* ne poznaje preuzimanje duga. Naš termin je prijem ili preuzimanje duga i on odgovara terminu *Schuldübernahme* iz austrijskog prava, odakle je ova ustanova prešla u naše pravo. Termin cesija ili ustupanje tražbine upotrebljava se kod nas za označavanje promene poverioca." Milošević 1953, 435–436. U tom tekstu ne pominje izraz *pristupanje dugu*.

[11] Sporedna prava se u Skici nazivaju uzgrednim pravima. Ako poziv upućen hipotekarnom poveriocu da se izjasni o preuzimanju duga (u slučaju otuđenja hipotekovane nepokretnosti) ne sadrži odgovarajuće upozorenje o pravnom značaju njegovog propuštanja da se izjasni u određenom roku, u Skici se predviđa da je taj poziv ništav, a u ZOO da se uzima da poziv uopšte nije upućen. U Skici je predviđeno da je ništava – a u ZOO da ne deluje prema poveriocima – ugovorna odredba kojom se isključuje ili ograničava odgovornost za dugove kojima po sili zakona pristupa onaj ko na sebe primi neku imovinsku celinu ili njen deo.

[12] Član 376 stav 1 Skice i član 451 ZOO. Jedina razlika je u tome što se u Skici koriste reči obveza i obvezivanje, a u Zakonu obaveza i obavezivanje.

[13] Član 376, st. 2 i 3 Skice. Delimično pristupanje dugu iz poslednjeg stava nije bitno za ovu analizu.

3. Strane ugovornice mogu odrediti da će treći odgovarati samo za određeni deo obveze."

Ne znamo zašto te odredbe Skice nisu preuzete u ZOO. Nije poznato ni zašto je Komisija za izradu građanskog zakonika predložila da se ta pravila ipak unesu u budući građanski kodeks.[14] Osim toga, ne znamo mnogo ni o genezi shvatanja Mihaila Konstantinovića o promeni dužnika. O tome imamo samo dva traga: autorizovane Beleške s predavanja koja je Konstantinović držao studentima Pravnog fakulteta u Beogradu i tekst Skice.

Stoga ovaj rad ima dva cilja. Prvo, da razmotri promene u shvatanjima Mihaila Konstantinovića od njegovih prvih zabeleženih reči o tom institutu do Skice, iz koje su preuzeta pravila o promeni dužnika koja kod nas važe duže od četiri decenije. I drugo, da preispita smisao i domašaj zapostavljene odredbe Skice o oslobađajućem pristupanju dugu.

Međutim, neophodno je pre toga dati jedno upozorenje. Oslobađajući efekti ugovora o pristupanju dugu stvaraju terminološki problem. Konstantinović je to očigledno znao. Po svojim pravnim posledicama, takav ugovor između poverioca i trećeg lica zapravo je preuzimanje, a ne pristupanje: treće lice ne stupa u obavezu pored dužnika, nego umesto njega. Zato je izraz „oslobađajuće pristupanje dugu" – oksimoron.

Konstantinović ga ne koristi, nego pod naslovom „Ugovor o pristupanju dugu" u članu 376 Skice predviđa da poverilac i treće lice po izuzetku mogu ugovorom da „izvrše preuzimanje duga" i dužnika sasvim oslobode obaveze. Precizan naziv za ugovor između poverioca i trećeg lica kojim taj treći stupa na dužnikovo mesto a dužnik se oslobađa obaveze trebalo bi da bude *preuzimanje duga ugovorom poverioca i trećeg lica* (Karanikić Mirić 2020b, 192–194). U kraćem nazivu *oslobađajuće pristupanje dugu* reč *pristupanje* mora da bude stavljena pod navodnike da bi se ukazalo na suprotnost u pridevu, to jest na oksimoronsko značenje izraza bez znakova navoda.

[14] Komisija za izradu građanskog zakonika radila je od 2006. do 2019. godine. U pogledu ugovora o pristupanju dugu predvidela je da se u građanski kodeks unesu izostavljena pravila iz Skice, ali taj predlog nije obrazložila. Član 607, st. 2 i 3, Prednacrt Građanskog zakonika iz maja 2019. godine, dostupno u elektronskoj bazi *ParagrafLex*. Komisiju je obrazovala Vlada Republike Srbije. Videti Odluku o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, *Službeni glasnik RS* 104/2006, poslednje izmene u 53/2013; Odluku o prestanku rada Komisije za izradu Građanskog zakonika, *Službeni glasnik RS* 51/2019.

2. EVOLUCIJA KONSTANTINOVIĆEVIH SHVATANJA O PROMENI DUŽNIKA

2.1. Od Beležaka do Skice

Promena dužnika je autentična ustanova nemačkog prava i onih pravnih sistema koji su se u oblasti promene subjekata razvijali pod nemačkim uticajem. Prva zakonska pravila o promeni dužnika kao zasebnoj ustanovi postojala su u drezdenskom Nacrtu uniformnog zakonika o obligacijama iz 1866. godine. Taj nacrt nije nikada usvojen, ali je uticao na nemački Građanski zakonik iz 1900, kao i na švajcarski Zakonik o obligacijama iz 1911. godine (Neumayer 1980, 226).

Nasuprot tome, u francuskoj pravnoj doktrini prihvaćena je i tradicionalno zastupana ideja da je dug inherentno neprenosiv a dužnik nezamenjiv.[15] U francuskom pravu su razvijene neke ustanove, kao što su savršena ili svršena delegacija, subjektivna novacija i oslobađajući ugovor u korist trećeg lica, koje mogu da posluže kao nesavršeni supstituti za pravu promenu dužnika (Karanikić Mirić 2019, 150–155). Međutim, te ustanove su strukturno nepodesne da sačuvaju identitet duga koji treba preneti na drugoga zbog toga što listom imaju novatorne efekte: podrazumevaju da jedna obligacija mora da se ugasi da bi se zasnovala neka druga, koja se od ugašene razlikuje po subjektu na dužničkoj strani. Francuski Građanski zakonik (FGZ) izvorno ne sadrži nikakva pravila o promeni dužnika. Tek 2016. godine, kada je sprovedena temeljna reforma francuskog obligacionog prava, prve odredbe o promeni dužnika konačno su unete u francuski građanski kodeks.[16]

Pravni sistemi koji su se u materiji promene dužnika razvijali pod uticajem francuskog građanskog kodeksa tradicionalno ne prihvataju da promena ličnosti koja duguje može da se izvede tako da obligacija sačuva svoj identitet. Nasuprot tome, pravni sistemi koji su se u toj oblasti razvijali pod uticajem nemačkog prava i pandektne tradicije prihvataju da promena subjekta na dužničkoj strani ne mora da ugasi obligaciju. Tu spadaju, na

[15] Opširno s upućivanjem na literaturu: Karanikić Mirić (2020b, *passim*). Videti primerice: Andreu, 2010; Neumayer, 1980; Aubert, 2013; Baum, 2009; Billiau, 2002.

[16] Promena dužnika se u francuskoj teoriji oduvek naziva cesijom duga (*la cession de dette*). Taj naziv je dobila i u građanskom kodeksu. Videti članove 1327, 1327–1, 1327–2, 1328 i 1328–1 FGZ (po novoj numeraciji). Novelirani FGZ dostupan je na *www.legifrance.gouv.fr*, poslednji pristup 14. septembra 2022. O reformi su pisali, na primer, Chantepie, Latina (2016); Julienne (2017); Simler (2016a); Simler (2016b).

primer, švajcarsko i austrijsko pravo, pravni sistemi Centralne, Istočne i Severne Evrope (Neumayer 1980, 227) i svi pravni sistemi koji baštine jugoslovenski Zakon o obligacionim odnosima.[17]

Kod nas nije mnogo pisano o promeni dužnika. U periodu posle Drugog svetskog rata najvažnija je dvodelna studija Želimira Šmalcelja (1968a, 1968b), koji sam konstatuje da domaća pravna teorija tog doba monografski ne obrađuje preuzimanje duga i povezane institute (misli na preuzimanje ispunjenja i pristupanje dugu), a da je praksa prema njima uzdržana (Šmalcelj 1968a, 190).

Sve što je Konstantinović napisao o promeni dužnika nalazi se u Skici. To je njegovo konačno razumevanje tog instituta. Međutim, pre nego što je počeo rad na Skici i tokom tog rada Konstantinović je govorio o promeni dužnika na svojim predavanjima i te su njegove reči zabeležene. Kada se uporedi ono što u Beleškama piše o promeni dužnika s pravilima koja se nalaze u Skici, očigledna je evolucija Konstantinovićevih shvatanja: od prvih nerazvijenih ideja o tom institutu do rafiniranog sistema pravila koja se i danas primenjuju u svim nekadašnjim jugoslovenskim republikama. U Beleškama se naziru tragovi stare francuske ideje o trojnom ili tripartitnom sporazumu o promeni dužnika, dok je u Skici razvijen jedan složen nenovatorni autonomni pravni institut.[18]

Pod naslovom „Prijem ili preuzimanje duga" u Beleškama stoji (Konstantinović 1969, 216):

> „Kod prijema duga na mesto jednog dužnika stupa neko drugo lice. Preuzimanje duga je prelazak duga sa sadužnika na neko drugo lice i to na osnovu ugovora između novog dužnika, starog dužnika i poverioca. Osnov prijema duga može biti raznovrstan. To može biti deo neke šire operacije, kao npr. prenos preduzeća, ukidanje ustanove i dr. Uslovi za prijem duga sastoje se u potrebi da se postigne saglasnost starog i novog dužnika, a i poverioca. Pošto poveriocu nije svejedno ko će mu biti dužnik, to je preuzimanje duga obavljeno tek kad poverilac na to pristane."

[17] Za srpsko pravo i danas su relevantni članovi 446–452 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99, *Službeni list SCG* 1/03 i *Službeni glasnik RS* 18/20.

[18] Beleške koje su objavljene 1969. godine (a njih ovde koristim) očigledno potiču s predavanja koja su održana znatno ranije. I Skica je, naime, objavljena 1969, ali u njoj postoje razrađena pravila o personalnim promenama na dužničkoj strani u obligaciji, dok se u Beleškama objavljenim iste godine promena dužnika još uvek, bar tako izgleda, posmatra kao trostrani ugovor.

O pravnom dejstvu tako shvaćenog ugovora Konstantinović na istom mestu kaže:

> „Pošto u preuzimanju duga učestvuju tri lica, postoje i tri vrste odnosa koji zavise od osnova preuzimanja duga. Tako imamo: a) odnosi starog i novog dužnika – oni su regulisani osnovom preuzimanja duga. Ako npr. tast preuzme dugove budućeg zeta na osnovu budućeg braka između njegove ćerke i zeta, pa do braka ne dođe, onda pada poklon koji je tast učinio zetu, jer budući uslov nije ispunjen; b) odnosi poverioca i novog dužnika – novi dužnik stupa na mesto starog dužnika i duguje poveriocu sve ono što je dugovao stari dužnik. Pošto je obligacioni odnos ostao isti, to poverilac može da zahteva od novog dužnika sve što je zahtevao od starog. Novi dužnik može da istakne poveriocu sve one prigovore kojima se služio stari dužnik. Međutim, ako je neko jemčio za obavezu starog dužnika, neće jemčiti i za obavezu novog dužnika. Ako jemac pristane da jemči novom dužniku, onda imamo nov obligacioni odnos; c) odnos starog dužnika i poverioca – sa stupanjem novog dužnika u obligacioni odnos, ne znači da stari dužnik sasvim gubi obavezu. Stari dužnik ostaje i dalje u obavezi ali više nije dužnik prvog reda. Ako novi dužnik ne može da plati, onda će za to biti odgovoran dužnik. Stari dužnik garantuje solventnost novog dužnika. Izuzetno stari dužnik može da bude oslobođen svake obaveze ako se na to strane sporazumeju.“

I to je gotovo sve što je zabeleženo pre Skice. Treba dodati još jedan podatak. U neobjavljenoj redakciji Skice iz juna 1966. godine, posle člana o prigovorima preuzimaoca (današnji član 375 Skice), nalazio se jedan član koji se kasnije gubi. Pod naslovom „Poništenje ugovora o preuzimanju duga“ tamo je stajalo:[19]

> „1. Ako se preuzimanje duga poništi, poverilac ima prema pređašnjem dužniku ista prava koja je imao pre preuzimanja.
>
> 2. Poništenje nema dejstva prema savesnim trećim licima koja su u međuvremenu stekla neka prava.
>
> 3. Za štetu koju bi poverilac pretrpeo zbog poništenja ugovora o preuzimanju duga, odgovara preuzimalac, izuzev ako dokaže da do poništenja nije došlo njegovom krivicom.“

Tih posebnih odredaba nema u Skici; pravne posledice poništenja ugovora o preuzimanju duga tamo su prepuštene opštim pravilima o poništenju.

[19] Član 345 Prednacrta iz 1966. godine.

2.2. Trostrani sporazum o promeni dužnika

Očigledno je da se Konstantinović nije oslanjao na pravila predratnog prava kad je studentima predavao o promeni dužnika. Pravila srpskog Građanskog zakonika (SGZ) o promeni dužnika bila su napisana po uzoru na nenovelirani austrijski kodeks, pa su, kao i on, imala iste nedostatke. U izvornom tekstu austrijskog Građanskog zakonika (AGZ) promena dužnika bila je određena na jednom mestu kao oblik novacije (§ 1345 AGZ), a na drugom su bila pomešana pravila o promenama na dužničkoj strani u obligaciji i pravila o asignaciji (§§ 1400–1410 AGZ).[20] Osim toga što nije robovao našim predratnim pravilima o promeni dužnika, Konstantinović nije predavao poratnim studentima niti je u Skicu uneo, romanska pravila o delegaciji, subjektivnoj novaciji i oslobađajućem ugovoru u korist trećeg. Nije smatrao da su za nas prikladne ustanove koje se u francuskom pravu tradicionalno koriste da bi se postigli efekti koji liče na promenu dužnika. To je morala biti odluka koju je svesno doneo, pošto je prava učio u Francuskoj i poznavao je tamošnje institute. Taj izbor je za nas bio dobar. Uostalom, sam francuski zakonodavac je nedavno uredio pravu promenu dužnika. O takvim svojim odlukama i izborima Konstantinović je pisao u Prethodnim napomenama uz Skicu:[21]

> „U novim zakonodavstvima, i opštije rečeno, u uporednom zakonodavstvu neka pitanja iz ove oblasti rešena su na način koji više odgovara potrebama praktičnog života nego naša stara pravna pravila. Zbog toga se u ovoj skici nalazi veći broj pozajmica iz uporednog zakonodavstva. Neke od njih su preuzete otud u obliku koji imaju u originalu, kad god je izgledalo da je tamo nađena jasna i precizna formula. Tim povodom potrebno je podvući da se nije težilo za originalnošću u svakom pogledu i po svaku cenu. Osnovna svrha celog posla bila je da se posle studije cele materije formulišu pravila kojima će biti uređeni obligacioni odnosi na način koji bi najbolje odgovarao našim prilikama. I zbog toga, ako se u nekom pravu našlo neko pravilo koje se u praksi pokazalo kao

[20] Uporediti §§ 872–881 SGZ sa § 1345 AGZ (u kome je promena dužnika bliže određena kao vrsta prenova) i §§ 1400–1410 AGZ (u kojima su smešana pravila o promeni dužnika i o asignaciji) iz vremena pre Treće novele AGZ iz 1916. godine (Karanikić Mirić 2020b, 136–137). U Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju asignacija i preuzimanje duga su razlučeni i uređeni prema Trećoj noveli. Ta pravila se nalaze u §§ 1345–1353 Predosnove. Videti Maurović 1934, 78–79; Radovčić 1975, 298–299.

[21] Konstantinović 1996, 33–35.

> pogodan instrument da se postigne određena svrha, nije se oklevalo da se ono prihvati i unese u tekst skice, kad god se došlo do zaključka da rešenje sadržano u njemu odgovara našim potrebama."

Međutim, na svojim zabeleženim predavanjima – koja su do nas stigla i kojima danas raspolažemo – Konstantinović još uvek nije bio razradio onaj složeni sistem ustanova koji će predložiti u Skici. Taj sistem obuhvata: (1) oslobađajuću promenu koja se ostvaruje ugovorom dužnika i trećeg lica, na koji je pristao poverilac (preuzimanje duga), (2) kumulativnu promenu koja nastaje ugovorom poverioca i trećeg lica, za koji se ne traži dužnikova saglasnost (pristupanje dugu), i (3) oslobađajuću promenu koja se postiže ugovorom poverioca i trećeg lica, onda kada izričito ugovore oslobađajući efekat pristupanja. U Skici nije rečeno da li se dužnik o tome pita. U Beleškama se pak ne pominju ti instituti, već samo „preuzimanje ili prijem duga", koje se tamo definiše kao „prelazak duga sa sadužnika na neko drugo lice i to na osnovu ugovora između novog dužnika, starog dužnika i poverioca".

Za razliku od Skice, u kojoj se dug preuzima ugovorom između dužnika i preuzimaoca, na koji je pristao poverilac, u Beleškama se preuzimanje duga razume kao ugovor koji zaključuju tri strane – sva tri učesnika u široj operaciji. Od poveriočevog pristanka u Skici zavisi kakvo će biti pravno dejstvo ugovora o preuzimanju duga, ali ne i njegovo postojanje; poverilac nije ugovorna strana u tom ugovoru, već su to samo dužnik i preuzimalac.[22] Nasuprot tome, poverilac se u Beleškama navodi kao ugovorna strana u trostranom sporazumu o preuzimanju duga. To znači da je njegova saglasnost konstitutivna, da taj ugovor ne može da se zaključi bez njega (Karanikić Mirić 2020b, 135–136).

Trostrani sporazum iz Beležaka nema oslobađajuće dejstvo.[23] Konstantinović kaže da to što je novi dužnik stupio u obligacioni odnos ne znači da je stari dužnik slobodan: stari dužnik ostaje u obavezi, ali više nije dužnik prvog reda. Poverilac mora prvo da pokuša da se naplati od novog dužnika, pa ako u tome ne uspe, tek tada može da se obrati starom dužniku i da od njega zahteva ispunjenje. Stari dužnik garantuje poveriocu da je potraživanje prema novom dužniku naplativo, to jest da je novi dužnik solventan. Izuzetno,

[22] Član 371, stav 5 i član 373, stav 2 Skice.

[23] Konstantinović 1969, 216. Uprkos tome što nema oslobađajuće dejstvo, trostrani ugovor se u Beleškama zove preuzimanje, što je izraz koji se u Skici i ZOO koristi samo za oslobađajuće promene, to jest samo kad treće lice stupa u tuđi dug umesto prvobitnog dužnika, a ne pored njega.

ako se strane o tome posebno sporazumeju, stari dužnik može da se oslobodi svake obaveze. Za to je potrebna saglasnost sva tri učesnika (Karanikić Mirić 2020b, 136).

Opšte je poznato da ni Skica ni ZOO ne sadrže nikakva pravila o trostranim ugovorima, pa ni o trostranom ugovoru o promeni dužnika. To, naravno, ne znači da su takvi sporazumi danas zabranjeni.[24] Na temelju načela autonomije volje poverilac, dužnik i treće lice mogu da zaključe ugovor kojim taj treći stupa u postojeću obligaciju umesto ili pored prvobitnog dužnika. Osim toga, može se ugovoriti da se stari dužnik oslobađa obaveze ali da ostaje da jemči za novog dužnika ili pak da se stari dužnik ne oslobađa obaveze ali da duguje u drugom redu – tek pošto poverilac pokuša da se naplati od novog dužnika (Karanikić Mirić 2020b, 136). Trostrani pravni posao podrazumeva saglasnost tri izjavljene volje. Prema opštim pravilima ugovornog prava, svaka od tih izjava proizvodila bi pravno dejstvo tek kada je prime oba adresata. To znači da bi se dužnik promenio kad svaki učesnik primi izjave kojima se preostala dvojica saglašavaju s promenom.

Danas je čak za francuske pisce nesporno da nije zabranjeno da se zaključi trostrani ugovor *sui generis* kojim dužnik prenosi svoju obavezu prema poveriocu na neko treće lice, s čime se poverilac saglašava, pri čemu posebno ugovaraju opstanak svih prigovora, sporednih prava i sredstava učvršćenja i obezbeđenja. Međutim, takav ugovor nije zaživeo u praksi: u brojnim pravnim sistemima postoje podesnija sredstva za ostvarivanje istog cilja, a u preostalim pravnim sistemima učesnici u pravnom prometu se ustručavaju da zaključuju ugovore koji su nepoznanica – jer o takvim ugovorima, premda nisu zabranjeni, ne postoje ni propisi ni sudska praksa (Bolze 1985, 16).

2.3. Apstraktna priroda preuzimanja duga

U Beleškama se, dakle, promena dužnika ostvaruje trostranim ugovorom između poverioca, dužnika i trećeg lica. Taj ugovor nema oslobađajuće dejstvo osim ako se to posebno ne ugovori. Skica pak ne poznaje trostrane ugovore.

[24] U atmosferi načelnog poricanja da je moguće da se promeni dužnik a da se time ne ugasi obaveza, neki francuski pisci su smatrali da je i trojni sporazum o promeni dužnika zabranjen jer se ne pominje u Građanskom zakoniku. Mislili su da iz ćutanja zakonodavca proizlazi da je zabranjen svaki ugovor kojim se menja dužnik: da je nameravao da dopusti promenu dužnika, zakonodavac bi je uredio – kao što je uredio promenu poverioca. Umesto mnogih videti Mazeaud *et al*. 1998, 1299. Drugi su pak pisali da promena dužnika može da se postigne trostranim sporazumom između poverioca, starog dužnika i novog dužnika, u skladu s načelom slobode ugovaranja i bez obzira na ćutanje zakonodavca. Primerice, Carbonnier 2004, 2462–2463.

U Skici je razvijen sistem dvostranih pravnih poslova kojima se ostvaruju personalne promene na dužničkoj strani. Među tim poslovima je i preuzimanje duga, koje po definiciji ima oslobađajući efekat, što znači da otpuštanje prvobitnog dužnika ne mora posebno da se ugovara. Izraz „preuzimanje duga" u Beleškama se koristi za trostrani sporazum kojim treće lice stupa u obavezu pored dužnika koji i dalje duguje. U Skici se taj izraz koristi samo kad treće lice stupa na dužnikovo mesto – umesto dužnika a ne pored njega.

U Skici su do kraja razvijene neke ideje koje su u Beleškama samo naznačene. Tako u Beleškama nije jasno iskazana apstraktna priroda ugovora o preuzimanju duga. U Skici je to nedvosmisleno rečeno u odredbi koja je potom doslovno preuzeta u ZOO:[25] preuzimalac ne može istaći poveriocu prigovore iz svog pravnog odnosa s pređašnjim dužnikom, odnosa koji je bio osnov preuzimanja.

Ugovor o preuzimanju duga je apstraktan. Razlozi zbog kojih preuzimalac prihvata da duguje umesto dužnika značajni su samo za odnos između njih dvojice. Poverioca se ti razlozi ne tiču. Cilj ili svrha preuzimanja tuđeg duga može da bude darovanje dužnika ili davanje dužniku beskamatnog zajma. Osim toga, preuzimalac tako može da ispuni neku svoju raniju obavezu prema dužniku ili da dužniku odobri zajam s kamatom. Međutim, punovažnost i pravno dejstvo ugovora o preuzimanju duga ne zavise od ostvarenja cilja koji je preuzimalac imao u vidu kada je stupao na dužnikovo mesto.

Naši malobrojni autori koji su pisali o promeni dužnika, posebno ako su se oslanjali na nemačke izvore, rano su uočili da je preuzimanje duga apstraktno. Za to je Aranđelović (1936, 132) dao upečatljiv primer:[26]

> „Otac je, radi davanja miraza, primio na sebe dug zaručnika svoje kćeri. Ako sad do zaključenja braka ne dođe, onda ni davanju miraza nema mesta. Ipak za to otac mora platiti poveriocu primljeni dug bivšeg zaručnika svoje kćeri, jer poverioca se ne tiče koji je pravni osnov bio prijemu duga. Naravno da otac može tražiti od zaručnika naknadu, pošto davanju miraza nema mesta, te postoji nepravedno obogaćenje zaručnika (*condictio causa data causa non secuta*)."

[25] Član 375, stav 2 Skice i član 450, stav 2 ZOO.

[26] Milošević (2005, 302–303) je takođe pisao da je u rimskom pravu zet mogao da poveća svoju imovinu smanjenjem pasive, tako što bi neku njegovu obavezu prema poveriocu na sebe preuzeo nevestin otac na ime miraza.

I Šmalcelj (1968a, 199) je isticao da se neposredni pravni razlog za preuzimanje duga gotovo uvek nalazi u nekom odnosu između dužnika i preuzimaoca, ali da se preuzimalac na taj razlog ne može pozivati u svome odnosu prema poveriocu.[27]

I u Skici i Zakonu to je do kraja jasno izvedeno: iz prethodnog odnosa dužnika i preuzimaoca može se videti zbog čega zaključuju ugovor o preuzimanju duga. Na primer, moguće je da preuzimalac time ispunjava neku obavezu koju odranije ima prema dužniku. Međutim, preuzimanje duga nije kauzalno povezano s tom starijom obavezom. Zbog toga preuzimalac ne može isticati prema poveriocu razloge iz kojih je preuzeo tuđe dugovanje, odnosno to što svrha koju je imao na umu prilikom preuzimanja ne može da se ostvari ili se ostvarila na drugi način (Karanikić Mirić 2020b, 157).

Za razliku od Skice, u Beleškama to još nije jasno rečeno. Konstantinović samo kaže da poklon koji tast učini budućem zetu, tako što preuzme njegove dugove u očekivanju braka, otpada ako taj brak ne bude zaključen jer se u tom slučaju nije ostvario budući uslov pod kojim je učinjen poklon (Konstantinović 1969, 216). Ne kaže ništa o tome može li tast da istakne prema poveriocima to što se nije ostvario budući uslov pod kojim su dugovi preuzeti. Pošto trostrani ugovor iz Beležaka nema oslobađajuće dejstvo, kad tast preuzme dugove budućeg zeta – zet ne izlazi iz tih obaveza nego postaje dužnik drugog reda, osim ako se svi ne saglase da se on oslobodi. A ako brak ne bude zaključen, postaviće se pitanje može li tast, kao jedini dužnik ili kao dužnik prvog reda, da istakne prema poveriocima koji zahtevaju ispunjenje prigovor da braka nema, to jest da je otpala svrha poklona koji je učinio svom nesuđenom zetu, tako što je na sebe preuzeo njegove dugove.

Beleške na to ne daju odgovor, ali u Skici jasno stoji, prvo, da oslobađajuće dejstvo preuzimanja duga ne mora posebno da se ugovara jer je to zakonsko svojstvo preuzimanja i, drugo, da preuzimalac nema pravo da prema poveriocu ističe prigovore iz svog odnosa s prvobitnim dužnikom, koji je bio osnov izvršenog preuzimanja.

---

[27] Neposredan razlog preuzimanja duga treba tražiti u odnosu između dužnika i preuzimaoca čak kad do preuzimanja dolazi ugovorom koji zaključuju poverilac i preuzimalac. Samo izuzetno može da se zamisli da se neposredni pravni razlog preuzimanja duga nalazi u odnosu preuzimaoca prema poveriocu. Tako je, recimo, kada se dobrostojeći preuzimalac dogovori s prodavcem da preuzme obavezu insolventnog kupca da tom prodavcu isplati cenu za kupljenog konja, pod uslovom da se prodavac obaveže da po istoj ceni preuzimaocu proda nekog drugog konja (Šmalcelj 1968a, 198).

3. OSLOBAĐAJUĆE „PRISTUPANJE“ DUGU

3.1. Zapostavljena odredba Skice

Konstantinović je u Skici bio predvideo da ugovorom između poverioca i trećeg lica izuzetno može da se izvrši preuzimanje duga te da se prvobitni dužnik oslobodi obaveze. Da bi dužnik bio oslobođen, oslobađajuća namera mora da bude izražena na nesumnjiv način u ugovoru poverioca i trećeg lica. Ako poverilac i treće lice ne izraze na nesumnjiv način nameru da otpuste prvobitnog dužnika, to jest da se on sasvim oslobodi obaveze, smatraće se da su ugovorili kumulativnu promenu dužnika, odnosno da je treće lice stupilo u obavezu pored prvobitnog dužnika, a ne umesto njega. To pravilo nije preneto u ZOO, a u Skici je svrstano u odredbe o ugovoru o pristupanju dugu.[28]

Konstantinović je, dakle, planirao, a jugoslovenski zakonodavac nije prihvatio, da se u naš sistem ustanova kojima se ostvaruju personalne promene na pasivnoj strani u obligaciji uvrsti i *eksterna oslobađajuća promena dužnika* (Karanikić Mirić 2020b, 189–194). Tom institutu nije namenio centralno mesto nego ulogu dopunskog mehanizma: oslobađajuća promena dužnika postiže se ugovorom između dužnika i trećeg lica, a kumulativna ugovorom između poverioca i trećeg. Tako je planirano Skicom i preneto u ZOO. U Skici je samo data dopunska opcija da oslobađajuću promenu dužnika mogu da ugovore poverilac i treći.

Takva ideja je kod nas već postojala. U komentaru jedne sudske odluke, koja se inače odnosila na preuzimanje duga, Milošević (1953, 437) je davno napisao:

> „[...] kad neko ugovorom sa poveriocem primi na sebe tuđi dug, po pravilu, dejstvo takvog ugovora je da poverilac pored starog dužnika dobija još jednog dužnika. Samo izuzetno, ako su to strane naročito ugovorile ili to nesumnjivo izlazi iz okolnosti slučaja, imaćemo preuzimanje duga u slučaju kada je o tome zaključen ugovor samo između poverioca i novog dužnika.“

[28] Član 376, stav 2 Skice. Pristupanje dugu po definiciji nema oslobađajući efekat. Taj izraz se koristi samo za kumulativne promene – kad treće lice stupi u obavezu pored prvobitnog dužnika, a ne umesto njega. Zato treba ponoviti da je izraz „oslobađajuće pristupanje“ oksimoron, pa ga treba izbegavati jer je tu zapravo reč o „preuzimanju duga ugovorom poverioca i trećeg lica“.

Nažalost, Milošević nije kazao ništa o poreklu tog pravila. Međutim, slično je stajalo u Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju – po ugledu na novelirani § 1406 AGZ: poverilac i treće lice mogu da ugovore oslobađajuću promenu i bez sporazuma s dužnikom, s tim što se u sumnji smatra da je ugovoreno pristupanje a ne preuzimanje, to jest da treći odgovara pored a ne umesto dužnika (Radovčić 1975, 299).

Oslobađajuće „pristupanje" dugu ni danas nije posebno uređeno zakonom. Nijedan pravni sistem koji baštini jugoslovenski ZOO nije se vratio na tu zaboravljenu odredbu Skice i zakonom uredio mogućnost da poverilac i preuzimalac otpuste prvobitnog dužnika. To ne znači da je oslobađajuće pristupanje dugu zabranjeno. Naprotiv, njegova dopuštenost se temelji na opštem pravnom načelu slobode ugovaranja, koje je kod nas i pozakonjeno (član 10 ZOO).

3.2. Sporno pitanje dužnikovog pristanka

Osnovni problem oslobađajućeg pristupanja dugu odnosi se na pravnu poziciju prvobitnog dužnika, i to na pitanje može li on da se usprotivi svom oslobođenju. Skica o tome ćuti: Konstantinović nije razrešio pitanje mogu li poverilac i treće lice da otpuste prvobitnog dužnika koji s tim nije saglasan, da ga oslobode obaveze ako on to ne želi.

Problem dužnikovog pristanka javljao se svuda gde je propisano da poverilac i treće lice mogu da ugovore dužnikovo oslobođenje, a nije rečeno da li se dužnik o tome pita. Na primer, u nemačkom pravu oslobađajuća promena dužnika može da se postigne ugovorom između poverioca i trećeg lica (eksterna oslobađajuća promena iz § 414 NGZ) i ugovorom između dužnika i trećeg lica (interna oslobađajuća promena iz § 415 NGZ). Oslobađajuća promena koja nastaje ugovorom između poverioca i trećeg obično se smatra osnovnim, teorijski ispravnim i dogmatički opravdanim mehanizmom, jer svaka oslobađajuća promena dužnika može samo da poboljša dužnikov položaj, dok položaji poverioca i novog dužnika mogu da se pogoršaju – njihovi interesi mogu da budu narušeni tom operacijom. Zato je najbolje da se dužnik menja ugovorom između poverioca i trećeg lica koje stupa na dužnikovo mesto.[29] To se odražava i na terminologiju: umesto cesije ili ustupanja, govori se o preuzimanju; dužnik ne prenosi dug na treće lice nego treći prihvata, prima, preuzima dug po volji poverioca. Međutim, dogmatički uzorna eksterna promena dužnika ima daleko manji

[29] Posebna zakonska pravila o eksternoj oslobađajućoj promeni dužnika postoje i u švajcarskom pravu (Karanikić Mirić 2020b, 191–192).

praktični značaj od interne promene: u svakodnevnom životu promena dužnika redovno nastaje ugovorom između dužnika i trećeg lica, a mnogo ređe ugovorom između poverioca i trećeg (sve prema: Lehmann, 225–226; Karanikić Mirić 2020b, 190–191).

Nemački Građanski zakonik ne sadrži posebno pravilo o tome da li je za eksternu oslobađajuću promenu dužnika iz § 414 potrebna dužnikova saglasnost. Isto je u Skici, u kojoj je samo predviđeno da namera poverioca i trećeg lica da oslobode dužnika mora da bude iskazana na nesumnjiv način, a nije rešeno da li se dužnik o tome išta pita. Stav nemačke teorije nije usaglašen.[30] Pojedini autori smatraju da poveriocu nije potrebna dužnikova saglasnost da s trećim licem ugovori oslobađajuću promenu jer dužnik iz toga ne može imati štete nego samo koristi. Osim toga, kad treće lice ima u tome neki svoj pravni interes, ono može i mimo dužnikove volje da ugasi dužnikovu obavezu ispunjenjem, pa bi tim pre trebalo prihvatiti da dužnika može da oslobodi obaveze primajući na sebe njegov dug. Drugi pak misle da dužnikov položaj liči na položaj beneficijara iz ugovora u korist trećeg lica. Pošto beneficijar može da odbije korist koju su mu drugi namenili (§ 333 NGZ), onda i dužnik može da odbije da ga poverilac i treće lice ugovorom oslobode obaveze. Takođe, navodi se da je za oslobađajuću promenu dužnika potrebna dužnikova saglasnost zato što je otpuštanje duga ugovor (§ 397 NGZ).

Pitanje može li dužnik da spreči svoje oslobođenje bilo je izričito rešeno u članu 609 Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru (OIZ):

> „Kada dužitelj pristane, može ko drago na se tuđ dug primiti, pa na to dotadanji dužnik i ne pristao."

I dalje, u članu 610 OIZ:

> „Pošto dužitelj pristane, onaj ko na se tuđ dug primi postaje dužnikom, a pređašnji se dužnik tim duga oslobađa, ako nije drukčje uglavljeno ili same prilike što drugo ne pokazuju.
>
> Kad je pređašnji dužnik oslobođen, on ne odgovara više ni za što, pa ni za ono što bi se slučajem dogodilo, te bi činilo, da dužitelju nije moguće, od novog dužnika dug naplatiti."

To su sva pravila OIZ o promeni dužnika. Smeštena su pod naslov „O primanju na se tuđega duga". Predviđena promena je eksterna, pošto se ostvaruje ugovorom između poverioca i trećeg lica, i oslobađajuća, jer pređašnji dužnik izlazi iz obaveze da bi treće lice umesto njega stupilo

[30] Kropholler 2003, 271; Heinrichs 1995, 472; Stürner 2003, 468.

na dužničko mesto. Poverilac i treće lice mogu posebno da utanače da se pređašnji dužnik ipak ne oslobađa. Takođe, same prilike mogu da svedoče da je ugovoreno pristupanje a ne preuzimanje, to jest da stari dužnik još nije slobodan.

Oslobađajuće „pristupanje" dugu je osnovni mehanizam promene dužnika u OIZ, a ne sporedan kao u Skici. Osim toga, Bogišić je odgovorio na pitanje o kojem Skica ćuti: izričito je predvideo da za oslobađajuće dejstvo pristupanja dugu nije potrebna dužnikova saglasnost. Pravilo OIZ je jasno: poverilac i treće lice mogu sporazumno da otpuste dužnika da bi treći došao na njegovo mesto i kad se dužnik tome protivi.[31]

U našem pozitivnom pravu to nije dopušteno. Pristupanje dugu ne može imati oslobađajući efekat bez saglasnosti dužnika. Izuzetna mogućnost da se dužnik otpusti iz obligacije protivno njegovoj volji morala bi posebno da se propiše zakonom – kao što je to svojevremeno bio predvideo Bogišić. Naime, prema opštim pravilima poratnog jugoslovenskog a i današnjeg srpskog obligacionog prava, obaveza ne može da prestane izjavom poverioca da neće zahtevati ispunjenje. Oslobađajuće pravno dejstvo takve poveriočeve izjave uslovljeno je dužnikovim pristankom. Poverilac ne može samostalno, svojom jednostranom izjavom volje, da oslobodi dužnika obaveze protivno njegovom htenju. Saglasnost trećeg lica s takvom poveriočevom namerom ništa ne menja – ako ne može sam, poverilac ne može ni u dogovoru s trećim licem da oslobodi dužnika koji ne pristaje da bude oslobođen. Ako poverilac jednostranom izjavom ne može da izazove oslobađajući efekat bez saglasnosti dužnika, onda to ne može da učini ni sporazumom koji zaključi s trećim licem (Karanikić Mirić 2020b, 192).

Naša zakonska pravila o ugovoru u korist trećeg lica i otpuštanju duga govore u prilog tome da je za oslobađajuće „pristupanje" dugu potreban dužnikov pristanak. Na prvom mestu, propisano je da je svako slobodan da odbije korist koju druga lica za njega ugovore.[32] Iz toga proizlazi da bi i dužnik trebalo da bude slobodan da odbije da ga poverilac i treće lice sporazumno otpuste iz obaveze. Osim toga, otpuštanje duga je ugovor koji zaključuju poverilac i dužnik. Poverilac može da oprosti dug samo ako se

[31] I u nekim drugim starijim građanskim zakonicima bio je dopušten jednostrani odustanak poverioca od potraživanja. Na primer, u § 1444 AGZ stoji da poverilac koji može da otuđi neko svoje pravo može i da se odrekne tog prava u korist svog dužnika, čime dužnikova obaveza prestaje. Međutim, u modernoj austrijskoj pravnoj teoriji preovlađuje stav da je za otpust duga neophodna dužnikova saglasnost (Dullinger 2008, 100; Bydlinski 2007, 190).

[32] Član 152 ZOO.

dužnik s tim saglasi.[33] Standardno obrazloženje za to jeste da dužnik može imati jak moralni interes da mu poverilac ne oprosti određeni dug ili da mu određeni poverilac ne oprašta dugove. To ne znači da dug ne može da se otpusti na dužnikovu inicijativu već samo da poverilac ne može protivno dužnikovoj volji da ugasi dug oproštajem.[34]

3.3. Način dužnikovog pristanka

Postoji jasna razlika između otpuštanja duga i oslobađajuće promene dužnika. Otpuštanjem se dug gasi, a preuzimanjem se očuvan dug prenosi na treće lice. Međutim, u oba slučaja dužnik se oslobađa i otud potiče shvatanje da zakonski uslovi pod kojima dužnik može da se oslobodi duga otpuštanjem treba da važe i onda kad se dužnik oslobađa tako što njegov očuvani dug prelazi na drugo lice. Skica i ZOO sadrže isto pravilo po kojem je otpuštanje duga ugovor:[35] obaveza prestaje kad poverilac izjavi dužniku da neće tražiti njeno ispunjenje i dužnik se s tim saglasi. Osim toga, u Skici je propisano da dužnik može ćutanjem da pristane na otpuštanje duga: ako dužnik ne odbije bez odlaganja ponudu poverioca da mu dug oprosti, smatra se da je ponudu prihvatio.[36] Ta odredba nije preneta u ZOO.

Skica ne sadrži nikakva pravila o tome da li je za oslobađajuću promenu dužnika potrebna dužnikova saglasnost. Međutim, iz opštih pravila Skice proizlazi da je za oslobođenje od obaveze potreban dužnikov pristanak, koji se može dati i ćutanjem: smatra se da je dužnik saglasan s oslobađajućom promenom ako je nije odbio bez odlaganja. ZOO ne sadrži pravila o oslobađajućem pristupanju dugu, što ne znači da je zaključenje tog ugovora kod nas zabranjeno. Iz opštih pravila ZOO proizlazi da je za oslobađajuće dejstvo promene dužnika neophodna dužnikova saglasnost, koju može da dâ izričito ili konkludentnom radnjom, ali je ne može dati ćutanjem.[37]

---

[33] Član 344 ZOO.

[34] Konstantinović 1969, 197; Stanković 1995, 753. Vuković (1964, 414) je smatrao suprotno, doduše pre donošenja ZOO: da oprost duga nije poklon jer je poklon ugovor nego da oprost ima karakter jednostrane izjave volje koja deluje *ex nunc* i može je dati samo poverilac.

[35] Videti član 298, stav 1 Skice i član 344, stav 1 ZOO.

[36] Član 298, stav 3 Skice.

[37] Naravno, poverilac i dužnik mogu da ugovore da u njihovom odnosu ćutanje pod određenim uslovima predstavlja saglašavanje. U tom hipotetičkom slučaju ćutanje dužnika posle obaveštenja o eksternoj oslobađajućoj promeni smatralo bi se njegovim pristankom.

Kad bi se pozakonila izostavljena odredba Skice o oslobađajućem pristupanju dugu,[38] bilo bi korisno da se ta odredba dopuni, to jest da se zakonom izričito propiše da li je za dužnikovo oslobođenje neophodna njegova saglasnost. Ako se ne propiše izuzetak, iz opštih pravila ZOO bi proizlazilo da je za oslobađajuće „pristupanje" dugu neophodan dužnikov pristanak, koji se ne može dati ćutanjem.

4. ZAKLJUČAK

Kad se Beleške s Konstantinovićevih predavanja uporede s onim što o promeni dužnika stoji u Skici, evolucija je očigledna: od početnih slabo razvijenih ideja do rafiniranih pravila koja su i danas na snazi u svim pravnim sistemima koji baštine Skicu i jugoslovenski ZOO. U Beleškama stoji da se promena dužnika ostvaruje trostranim ugovorom između poverioca, dužnika i trećeg lica. Taj ugovor nema oslobađajuće dejstvo, osim ako se to posebno ne ugovori. U Skici je razvijen sistem dvostranih pravnih poslova, kojima se ostvaruju personalne promene na dužničkoj strani u obligaciji tako da se obligacija ne ugasi. Taj sistem obuhvata: oslobađajuću promenu koja se ostvaruje ugovorom između dužnika i trećeg lica, na koji je pristao poverilac (preuzimanje duga), kumulativnu promenu koja nastaje ugovorom između poverioca i trećeg lica, za koji se ne traži dužnikov pristanak (pristupanje dugu), i oslobađajuću promenu koja se postiže ugovorom između poverioca i trećeg lica, pod uslovom da na nesumnjiv način izraze svoju nameru da dužnika otpuste iz obligacije. Jugoslovenski zakonodavac je propustio da iz Skice preuzme ovaj poslednji institut. U Skici nema pravila o tome da li je za oslobađajuće „pristupanje" dugu potrebna dužnikova saglasnost. Kad bismo danas pozakonili izostavljenu odredbu Skice o oslobađajućem efektu ugovora o pristupanju dugu, trebalo bi da se posebno uredi pitanje može li dužnik da odbije da bude oslobođen. Ako se ne propiše izuzetak, opšta pravila našeg obligacionog prava nalažu da se za oslobađajuću promenu dužnika pribavi dužnikov pristanak.

[38] To je nedavno predložila Komisija za izradu građanskog zakonika u članu 607 Prednacrta iz 2019. godine.

LITERATURA

[1] Andreu, Lionel. 2010. *Du changement de débiteur*. Paris: Dalloz.

[2] Aubert, Jean-Luc. 2013. Cession de dette. *Répertoire de droit civil. Encyclopédie juridique*. Paris: Dalloz.

[3] Baum, Marcus. 2009. Schuldübernahme. *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. Band II: Kauf – Zwingendes Recht*, hrsg. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann. Tübingen: Mohr Siebeck.

[4] Billiau, Marc. 2002. *La transmission de créances et des dettes*. Paris: L.G.D.J.

[5] Bolze, Christian. 1985. Réflexions sur la cession de dette en droit privé français. 11–19. *Mélanges Guy Flattet*, éds. Bernard Dutoit, Josef Hofstetter, Paul Piotet. Lausanne: Payot.

[6] Bydlinski, Peter. 2007. *Grundzüge des Privatrechts*. Wien: Manz.

[7] Carbonnier, Jean. 2004. *Droit civil. Tome 2. Les biens. Les obligations*. Paris: P.U.F.

[8] Chantepie, Gaël, Mathias Latina. 2016. *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Paris: L.G.D.J.

[9] Dullinger, Silvia. 2008. *Bürgerliches Recht II. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. Wien – New York: Springer.

[10] Heinrichs, Helmut. 1995. Schuldübernahme. *BGB Kommentar*, Otto Palandt. München: Beck.

[11] Julienne, Maxime. 2017. *Le régime général des obligations après la réforme*. Paris: L.G.D.J.

[12] Kropholler, Jan. 2003. *BGB – Studienkommentar*. München: Beck.

[13] Lehmann, Mathias. 2015. La reprise de dette: une perspective allemande. 223–234. *La réforme du droit des obligations en France. 5èmes journées franco-allemandes*, éds. Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Mäsch, Denis Mazeaud. Paris: L.G.D.J.

[14] Mazeaud, Henri et Léon, Jean Mazeaud, François Chabas. 1998. *Leçons de droit civil.* Tome deuxième, 1er volume – *Obligations: Théorie générale*. Paris: Montchrestien.

[15] Neumayer, Karl Heinz. 1980. La transmission des obligations en droit comparé. *La transmission des obligations*, éd. Marcel Fontaine. Bruxelles: Bruylant.

[16] Simler, Philippe. 2016a. Cession de dette, cession de contrat. 99–108. *Le nouveau régime général des obligations*, éds. Lionel Andreu, Valerio Forti. Paris: Dalloz.

[17] Simler, Philippe. 2016b. *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*. Paris: L.G.D.J.

[18] Stürner, Rolf. 2003. Schuldübernahme. *BGB Kommentar*, Othmar Jauernig. München: Beck.

[19] Aranđelović, Dragoljub. 1936. *Osnovi obligacionog prava s naročitim obzirom na Građanski zakonik Kraljevine Srbije. Opšti deo*. 2. izdanje. Beograd: Zadružna štamparija.

[20] Vuković, Mihajlo. 1955. *Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima*. Zagreb: Školska knjiga.

[21] Vuković, Mihajlo. 1964. *Obvezno pravo*. Zagreb: Školska knjiga.

[22] Karanikić Mirić, Marija. 2018. Romanska subjektivna novacija promenom dužnika: postoji li srpski ekvivalent? 215–232. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga 8, ur. Stevan Lilić. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[23] Karanikić Mirić, Marija. 2019. Promena dužnika u novom francuskom pravu – kraj jedne kontroverze? 145–170. *Liber amicorum Vladimir Vodinelić*, ur. Miloš Živković. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravni fakultet Univerziteta Union.

[24] Karanikić Mirić, Marija. 2020a. Voljna promena dužnika u uporednoj perspektivi. 198–232. *Odabrane teme obligacionog prava*, ur. Marija Karanikić Mirić, Marko Đurđević. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[25] Karanikić Mirić, Marija. 2020b. *Promena dužnika*. 2. izdanje. Beograd: Službeni glasnik.

[26] Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*. Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu.

[27] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list.

[28] Konstantinović, Mihailo. Juni 1966. *Prednacrt zakonika o obligacijama*. Beograd. Neobjavljen rukopis (daktilografisano, u arhivi autora).

[29] Marković, Lazar. 1997. *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list.

[30] Maurović, Ivan. 1934. *Izvještaj o Predosnovi građanskoga zakonika za kraljevinu Jugoslaviju*. Zagreb: Štamparija Knjižare St. Kugli.

[31] Milošević, Ljubiša. 3–4/1953. Preuzimanje duga – oslobođenje starog dužnika od obaveze. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 435–438.

[32] Milošević, Miroslav. 2005. *Rimsko pravo*. Beograd: Nomos.

[33] *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru*. [1888] 1980. Cetinje: Obod.

[34] Perović, Slobodan. 1996. Skica za jedan portret. 7–32. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Mihailo Konstantinović. Beograd: Službeni list.

[35] Radovčić, Vesna. Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (Predosnova građanskog zakonika za kraljevinu Jugoslaviju). 1/1975. *Radovi Zavoda za hrvatsku povijest Filozofskoga fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*: 249–307.

[36] Stanković, Vladan. 1995. *Otpuštanje duga*. 753–754. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović. Beograd: Savremena administracija.

[37] Stanojević, Obrad. 3–5/1978. „Skica“ Mihaila Konstantinovića. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 267–284.

[38] Šmalcelj, Želimir. 1–2/1968a. Preuzeće duga. *Naša zakonitost*: 189–202.

[39] Šmalcelj, Želimir. 3–4/1968b. Preuzeće duga (nastavak). *Naša zakonitost*: 257–268.

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

LIBERATORY "ACCESSION" TO DEBT: AN OVERLOOKED INSTITUTION OF THE DRAFT CODE ON OBLIGATIONS AND CONTRACTS

Summary

All the provisions of the Yugoslav, and subsequently Serbian, Law on Obligations of 1978 relating to substitution of debtor, originate from the Draft Code on Obligations and Contracts of 1969. However, the rule according to which the creditor and the third party may expressly discharge the original debtor was omitted from the Law. The reasons for this exclusion have not been recorded. Also, the Draft fails to specify whether the original debtor may protest their own release, i.e., if their consent is necessary for the discharge. This article has two purposes: to explore how the ideas of Mihailo Konstantinović, the sole author of the Draft, on the subject of substitution of debtor developed over time, and to examine the omitted rule on liberatory "accession" to debt or, more precisely, the assumption of debt by agreement between the creditor and a third party.

Key words: *Mihailo Konstantinović. – Assumption of debt. – Accession to debt.*

Article history:
Received: 10. 10. 2022.
Accepted: 15. 12. 2022.

UDK 347.43(497.11) ; 347.124(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK15A

Dr Miloš VUKOTIĆ*

OBRISI USTANOVE PREBIJANJA U SRPSKOM PRAVU

U ovom radu se analiziraju i kritikuju pravila o prebijanju koja su prihvaćena u srpskim propisima i sudskoj praksi. Autor nastoji da pruži celovit prikaz te ustanove tako što će odgovoriti na osnovna pitanja koja se javljaju u vezi sa prebijanjem iz perspektive srpskog prava. U istraživanju su uzeti u obzir vodeći akademski predlozi koji se tiču ustanove prebijanja, te zakonski propisi, iskustvo i teorijska razmatranja iz pravnih sistema koji su bliski srpskom pravu i mogu da mu posluže kao uzor. Autor zaključuje da su pravila Zakona o obligacionim odnosima adekvatna i jasna, ali da se koncepcija prebijanja koja je postavljena u toj kodifikaciji napušta u evropskoj pravnoj teoriji i da zato treba razmišljati o njenoj temeljnoj reformi. Kao najslabiju tačku srpskih pravila o prebijanju autor ističe prebijanje u parničnom postupku koje se izdvojilo u posebnu vrstu prebijanja, čime je narušena ideja o jedinstvenoj materijalnopravnoj ustanovi prebijanja.

Ključne reči: *Prebijanje. – Kompenzacija. – Ispunjenje. – Obezbeđenje potraživanja. – Prestanak potraživanja.*

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *vukotic@ius.bg.ac.rs*.

1. UVOD

Ustanova prebijanja ili kompenzacije igra značajnu ulogu u svim savremenim pravnim sistemima kao sredstvo kojim se olakšava plaćanje dugova i obezbeđuje naplata potraživanja.[1] Prebijanje je surogat ispunjenja[2] kojim se potraživanja između dva lica potiru. Umesto da svaka strana vrši faktičku isplatu svog duga i traži faktičku naplatu svog potraživanja, kada su potraživanja uzajamna, ona se mogu jednostavno međusobno sračunati, izravnati, svesti na saldo koji se sastoji u razlici u visini potraživanja. U visini u kojoj se međusobna potraživanja poklapaju ona prestaju, smatraju se isplaćenim, tako da se duguje samo saldo onoj strani čije je potraživanje pre prebijanja glasilo na veći iznos. To je sama suština ustanove prebijanja. Ona je intuitivno razumljiva jer odgovara našem shvatanju pravičnosti i efikasnosti u dugovinskim odnosima. Zašto bi neko plaćao svoj dug licu od kojeg nešto potražuje? Logično je da se prvo svedu računi, pa da se tek onda zahteva isplata. Ustanova prebijanja ukorenjena je, dakle, u ideji pravičnosti, što se uobičajeno izražava čuvenom ocenom rimskog pravnika Pavla: „*Dolo facit qui petit quod redditurus est.*“[3]

Funkcija prebijanja je ambivalentna i zavisi od okolnosti u kojima se prebijanje sprovodi (Berger 1996, 70–76). Ono služi isplati duga, kada dužnik ne želi da izvrši faktičku isplatu, ili naplati duga, kada poverilac ne može da ostvari svoje potraživanje na drugačiji način. Tek ako nijedna strana nema poseban interes za prebijanje, može se kazati da prebijanje prosto služi olakšavanju plaćanja. Ambivalentna priroda prebijanja potiče od činjenice da ono neizostavno obuhvata i gasi dva potraživanja, tako da svaka strana naplaćuje svoje potraživanje i svaka strana plaća svoj dug. U praksi je prebijanje najznačajnije u situaciji insolventnosti dužnika jer omogućava poveriocu da naplati svoje potraživanje barem na taj način što će se osloboditi svog duga, tako da je njegovo potraživanje obezbeđeno do iznosa duga koji ima prema dužniku nesposobnom za plaćanje.

Kada se prebijanje ostvaruje na osnovu saglasnosti lica čija se potraživanja prebijaju, ono nije ograničeno strogim pravilima. U saglasju s načelom slobode ugovaranja, ugovornici su slobodni da odrede uslove pod kojima će prebiti

---

[1] Svi evropski pravni sistemi poznaju ustanovu prebijanja kao način gašenja uzajamnih obaveza, pri čemu se razlike odnose na pitanje kako se i pod kojim uslovima prebijanje ostvaruje (Zimmermann 2012, 1554–1556).

[2] Pod time se ne misli na zamenu ispunjenja, koja takođe spada među surogate ispunjenja. Za razliku od zamene ispunjenja, prebijanje ostvaruje *ex tunc* dejstvo, tiče se dva potraživanja i kauzalno je (Berger 1996, 103–105).

[3] D. 44.4.8 pr; D. 50. 17.173.3.

svoja potraživanja; ona ne moraju biti ni iste vrste ni dospela, a ne moraju biti čak ni uzajamna već se može odrediti prebijanje potraživanja u trostranom odnosu, ukoliko su, naravno, sva tri lica saglasna, to jest obuhvaćena sporazumom o prebijanju. Nasuprot tome, kada se prebijanje sprovodi na zahtev jedne strane u dugovinskom odnosu, zakonodavci postavljaju stroge uslove koji se tiču uzajamnosti, istorodnosti i utuživosti potraživanja. Ovo zbog toga što prebijanje nije ispunjenje već surogat ispunjenja, što znači da poverilac koji je namiren prebijanjem nije u istoj situaciji kao poverilac koji je zaista primio ono što mu se duguje. Prebijanje je ciljna isplata, isplata koja poveriocu služi samo za to da se oslobodi svog duga prema licu koje izjavljuje prebijanje (Radišić 2008, 352). Smisao uslova koji ograničavaju jednostrano prebijanje jeste u tome da poverioca treba prinuditi na prebijanje samo kada nastane situacija u kojoj bi njegovo odbijanje kompenzacije bilo izrazito nepravično prema dužniku, to jest kada su potraživanja uzajamna, istovrsna i dospela. U takvoj situaciji, pravni sistem polazi od pretpostavke da poverilac nema opravdanog razloga da prebijanje odbije. Kada se govori i piše o ustanovi prebijanja, ta vrsta prebijanja – zakonom uređeno jednostrano prebijanje – nalazi se u prvom planu kao osnovni oblik prebijanja, iako je ugovorno prebijanje daleko značajnije u praksi.

Zbog gotovo sasvim različitog pravnog režima, ugovorno prebijanje i zakonsko (jednostrano prebijanje) uobičajeno se posmatraju odvojeno, čak kao dve nezavisne ustanove građanskog prava. Dok je zakonsko prebijanje uređeno kodifikovanim normama i razrađeno u pravnoj teoriji, ugovorno prebijanje se uglavnom zanemaruje u pravnoj književnosti jer se analiza tog oblika prebijanja ne udaljava od opšte konstatacije da za ugovorno prebijanje ne važe uslovi propisani u zakonu i da se ono zasniva na slobodi ugovaranja (Berger 1996, 3–9).

Osim ugovornog i jednostranog prebijanja, kao posebnu vrstu, odnosno podvrstu jednostranog prebijanja treba izdvojiti prebijanje u stečajnom postupku. Poveriočevo potraživanje prema dužniku obezbeđeno je za iznos poveriočevog duga prema dužniku. Ukoliko su ispunjeni uslovi za prebijanje, poverilac može da naplati svoje potraživanje tako što će ga istaći u prebijanje i osloboditi se duga prema dužniku. To ovlašćenje poverioca predstavlja jedan vid samopomoći u izvršenju ili samoizvršenja, naročito kada se prebijanje ostvaruje vansudski. Obezbeđujuće dejstvo prebijanja, odnosno mogućnost samoizvršenja, najveći značaj ima u slučaju insolventnosti dužnika. Poverilac koji duguje svom insolventnom dužniku ne snosi rizik delimičnog namirenja jer svoje potraživanje može da naplati u vidu oslobođenja od svoje obaveze (naravno, u meri u kojoj se visina potraživanja poklapa). Ta mogućnost stoji u očiglednoj suprotnosti s načelom jednakog položaja poverilaca (*par conditio creditorum*), ali je ipak prihvaćena i čak povlašćena u stečajnom

pravu većine zemalja. Razloge za to treba videti u tradiciji i jednostavnosti takvog rešenja. Bilo bi preterano strogo insistirati na tome da poverilac mora da ispuni svoju obavezu prema insolventnom dužniku u celini, znajući da će dobiti samo deo onoga što se njemu duguje. Naklonost prema poveriocu koji želi da izvrši prebijanje ograničena je na poverioce koji su potraživanje ili pravo na prebijanje stekli pre stečaja njihovog dužnika i posebnim pravilima o pobijanju pravnih radnji u stečaju.

Osim ta tri oblika prebijanja, ili tri konteksta u kojima se prebijanje sprovodi, kao posebno značajno pitanje treba pomenuti i pravnu prirodu prebijanja, koja može biti materijalnopravna ili procesnopravna, a u nekim pravnim sistemima i jedno i drugo, zavisno od konteksta u kojem se prebijanje ističe. Prebijanje je najpre nastalo u okvirima procesnog prava, kao postupak kojim je sudija svodio račune između stranaka i tuženog osuđivao samo na preostali iznos međusobnih potraživanja. Vremenom je ono preraslo u ustanovu materijalnog prava, kao poseban način prestanka obaveza koji se ostvaruje izvan pravnog postupka, a zatim u postupku samo utvrđuje. Međutim, u nekim pravnim sistemima prebijanje i dalje postoji u oba oblika i kao materijalnopravna i kao procesnopravna ustanova, zavisno od okolnosti u kojima se prebijanje zahteva. Tako je u francuskom i engleskom pravu, ali i kod nas. Prema odavno ustaljenoj sudskoj praksi, prebijanje se u srpskom pravu ostvaruje i deluje na dva različita načina, zavisno od toga da li je istaknuto izvan postupka (jednostrana izjava prebijanja, to jest pravni posao prebijanja) ili u toku postupka u vidu prigovora ili protivtužbe.

Gašenje uzajamnih obaveza u meri u kojoj se poklapaju glavno je dejstvo prebijanja. Zajedno s glavnim obavezama prestaju i sporedna prava koja su ih pratila. U velikom broju pravnih sistema dejstvo prebijanja nastupa retroaktivno, od časa kada su se stekli uslovi za prebijanje. Ta fikcija je proizišla iz pogrešnog tumačenja izvora rimskog prava koji su govorili o prebijanju koje nastupa po samom pravu, želeći da kažu da se u određenim postupcima prebijanje podrazumeva i da se može utužiti samo saldo međusobnih potraživanja. Tokom recepcije rimskog prava ti izvori su tumačeni u smislu automatskog prestanka uzajamnih potraživanja od časa kada su se suočila kao uzajamna, istorodna i utuživa (Zimmermann 1999, 712–713). Savremeni pravni sistemi većinom odbacuju ideju o prebijanju koje se ostvaruje automatski, samom činjenicom da su se dva potraživanja suočila, ali i dalje preovlađuje rešenje kojim se predviđa *ex tunc* dejstvo. Pravni sistemi koji nisu nastali pod neposrednim uticajem rimskog prava, kao što su englesko pravo i prava skandinavskih zemalja, ne poznaju retroaktivno dejstvo prebijanja, već se potraživanja gase od časa kada je prebijanje izvršeno, kao da je reč o običnoj isplati (Zimmermann 1999, 724). U akademskim projektima koji se bave unifikovanjem prava jednoglasno

se predlaže napuštanje *ex tunc* dejstva u korist jednostavnijeg pravila koje bi sve posledice prebijanja vezivalo za čas kada je prebijanje izvršeno jednostranom izjavom.[4]

Imajući u vidu taj smisao prebijanja, njegove glavne pojavne oblike i osnovne dileme u vezi za njegovim pravnim režimom, treba da postavimo pitanje kakav je odnos srpskog prava prema prebijanju. Koji su obrisi ustanove prebijanja u srpskom pravu? Da li je ono uređeno na jedinstven način ili postoji više tipova prebijanja, zavisno od konteksta u kojem se ističe? Da li je to ustanova materijalnog ili procesnog prava? Kakva su dejstva prebijanja? Cilj ovog rada je da odgovori na ta pitanja, da iscrta obrise prebijanja u srpskom pravu i da postavi osnove za dalje izučavanje i usavršavanje te važne ustanove obligacionog prava. Problemi s kojima se prebijanje suočava na terenu međunarodnog privatnog prava, a naročito u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, neće biti obuhvaćeni ovim radom jer nisu nužno povezani sa srpskim pravnim sistemom i, najpre, zato što zahtevaju posebnu analizu sa težištem u kolizionom i procesnom pravu.

2. PREBIJANJE NA OSNOVU JEDNOSTRANOG PRAVNOG POSLA

Zakonom o obligacionim odnosima jednostrano prebijanje je uređeno prema primeru germanskih pravnih sistema, koji je, u međuvremenu, postao dominantan u evropskim pravima.[5] Prebijanje ne nastupa po sili zakona čim se steknu uslovi za prebijanje već je potrebno da jedna strana izjavi drugoj strani da vrši prebijanje.[6] Prebijanje, dakle, nastupa na osnovu jednostranog pravnog posla. Sticanje uslova za prebijanje stvara preobražajno pravo za svaku stranu da izjavom prebijanja dovede do prestanka međusobnih potraživanja u meri u kojoj se poklapaju.

Potraživanja, međutim, ne prestaju u času kada izjava o prebijanju bude primljena, kao što bi bilo logično, već se gase retroaktivno, od časa kada su se stekli uslovi za prebijanje.[7] Po tome se srpsko pravo, takođe, ne razlikuje

---

4 PICC, Art. 8.5 (3); PECL, Art. 13:106; DCFR, Art. III. 6:107;

5 Zakon o obligacionim odnosima uglavnom se zasniva na pravilima koja je predložio Mihailo Konstantinović u svojoj Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima iz 1969. godine (Konstantinović, 126–129).

6 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Službeni list SCG* 1/2003 i *Službeni glasnik RS* 18/2020, čl. 337, st. 1.

7 ZOO, čl. 337, st. 2.

od većine evropskih pravnih sistema koji izjavi o prebijanju priznaju *ex tunc* efekat. Problem sa tim rešenjem je u tome što se stvara pravna neizvesnost. Dužnik koji ima pravo da izjavi prebijanje nije podstaknut da to učini bez odlaganja i da time okonča neizvesnu pravnu situaciju. Osim toga, prebijanje retroaktivno poništava posledice docnje, kao što je obaveza plaćanja kamate, što šteti interesima strane u čiju korist je tekla kamata s većom kamatnom stopom. Pravni sistemi koji su pošli od prebijanja po sili zakona, a zatim ga napustili u korist pravila da prebijanje ipak mora biti izjavljeno da bi bilo delotvorno, kao što je bio slučaj sa francuskim pravom, učinili su to upravo zato da bi se izbegla neizvesnost u vezi sa postojanjem potraživanja. Prebijanje na osnovu izjave uz retroaktivno dejstvo nedovoljno je odlučna mera protiv pravne neizvesnosti. Ukoliko pravni sistem želi da obezbedi jednostavna i jasna pravila te izvesnost u pravnim odnosima, onda treba da ode još jedan korak dalje i predvidi *ex nunc* dejstvo izjave o prebijanju. Prebijanje ne nastupa pre izjave o prebijanju kako se ne bi posumnjalo u postojanje potraživanja, ali, ako se dozvoli retroaktivno dejstvo izjave o prebijanju, onda ona poništava docnju dužnika i posledice docnje već od časa kada su se stekli uslovi za prebijanje, što takođe narušava pravnu sigurnost u jednom obligacionom odnosu (Bydlinski 1996, 288).

Iako je povratno dejstvo prebijanja prihvaćeno u većini evropskih pravnih sistema i ustaljeno u pravnoj praksi, dileme o smislu i pravičnosti tog rešenja postoje odavno. Još u vreme redigovanja nemačkog Građanskog zakonika postojala je jaka struja koja se zalagala za *ex nunc* dejstvo prebijanja, smatrajući ga jednostavnim i jasnim rešenjem, ali je prevagnula suprotna struja, koja se zalagala za tradicionalno rešenje i koja je smatrala da bi *ex nunc* dejstvo umanjilo značaj prebijanja (Bydlinski 1996, 283–284). Osim toga, postojalo je shvatanje da dužnik koji može da izjavi prebijanje nije dužan da to učini bez odlaganja već da može čekati da bude tužen i da se svaka strana može smatrati oslobođenom svoje obaveze čim se steknu uslovi za prebijanje („jer već ima u rukama ono što može da zahteva od druge strane“), iako potraživanja i dalje postoje (Mugdan, 562). Danas se u prilog povratnog dejstva ističu razlozi pravičnosti i očekivanja strana u obligacionim odnosima. Glavni argument glasi da se dužnik više i ne mora smatrati dužnikom nakon što se ispune uslovi za prebijanje i da njegovo očekivanje da se može osloboditi obaveze pozivanjem na prebijanje treba da bude zaštićeno (Bydlinski 1996, 281). Ozbiljnija analiza, međutim, pokazuje da su ti argumenti neosnovani. Prebijanje koje bi nastupalo u času davanja izjave i delovalo samo za budućnost ne stoji u suprotnosti s opštim ciljevima ustanove prebijanja. Bidlinski je jasno i detaljno obrazložio da prednost treba dati *ex nunc* dejstvu prebijanja jer ono ostvaruje ciljeve obezbeđenja potraživanja i olakšavanja isplate mnogo bolje nego *ex tunc* dejstvo zato što ne poništava posledice docnje i ne uskraćuje pravo na kamatu (Bydlinski 1996, 285–287). Ono stvara iste one posledice koje bi imala i redovna isplata

potraživanja te ni u čemu ne ograničava prava koja se zasnivaju na dužničkoj docnji. Protiv *ex tunc* efekta prebijanja ubedljivo je pisao i Cimerman. On navodi da je čista spekulacija da povratno dejstvo prebijanja odgovara predstavama učesnika u pravnom prometu, dok je argument o pouzdanju dužnika u mogućnost prebijanja još slabiji jer dužnik uopšte ne mora znati za prebijanje, a ako zna, treba ga motivisati da učini izjavu o prebijanju što pre i da tako okonča pravnu neizvesnost (Zimmermann 1999, 723). Iz toga se vidi da retroaktivno dejstvo prebijanja nema nikakvu podlogu osim tradicije, mada je to, naročito u pravu, često veoma stabilna podloga. Ukoliko bi zakonodavac ipak želeo da preuredi ustanovu prebijanja na racionalnim osnovama, onda on sigurno ne bi mogao da zadrži pravilo o retroaktivnom dejstvu izjave o prebijanju. Ono je jedno od svega tri pravila kojima srpsko pravo odstupa od akademskih predloga najboljeg režima za prebijanje, dok su druga dva insistiranje na dospelosti obeju potraživanja i procesno prebijanje u sudskom postupku.

Da bi se potraživanja mogla prebiti, treba da budu uzajamna, istorodna i dospela.[8] Zakonodavac je dobro postupio što nije pomenuo uslov likvidnosti potraživanja jer taj uslov spada u pitanja procesnog prava. U francuskom pravu taj uslov je bio predviđen kao poseban materijalnopravni uslov prebijanja, što donekle odgovara ideji o prebijanju po sili zakona, ali čak i onda stvara ogromne teškoće i nelogičnosti. Ako se likvidnost procenjuje prema času prebijanja, onda se kasnije mogu javiti problemi s dokazivanjem potraživanja i neizvesnost povodom toga da li je prebijanje uopšte nastupilo i u kom iznosu, dok procena likvidnosti u času pokretanja postupka stvara potpuno neodređen period neizvesnosti od časa pretpostavljenog prebijanja do pokretanja postupka (Zimmermann 1999, 733). Pravo pitanje je, u stvari, da li sud mora da odlučuje o prebijanju koje je istaknuto prigovorom ili protivtužbom ako je potraživanje koje se ističe u prebijanje neizvesno i ako bi njegovo utvrđivanje preterano usporilo donošenje odluke o potraživanju koje je predmet tužbenog zahteva. Pitanje se, dakle, tiče procesne ekonomije. Procesnopravno rešavanje pitanja likvidnosti prihvaćeno je još u Justinijanovom pravu, a s osloncem na njega i kasnije u pandektnom pravu i tako je stiglo do savremenog nemačkog prava (Zimmermann 1999, 733–734). Sudu je dato diskreciono ovlašćenje da razdvoji odlučivanje o utuženom potraživanju od odlučivanja o potraživanju koje se ističe u prebijanje, ukoliko potraživanja nisu pravno povezana.[9] Isto važi i u srpskom pravu, gde je sud ovlašćen da odluči o spojenom ili odvojenom rešavanju zahteva iz tužbe i protivtužbe, imajući u vidu potrebu procesne ekonomije (Jakšić 2021, 446).

[8] ZOO, čl. 336.

[9] § 145 III ZPO.

Da uslovu likvidnosti potraživanja nije mesto među materijalnopravnim uslovima prebijanja, može se lako videti na primeru Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Tu se, kao jedan od materijalnopravnih uslova prebijanja pominje upravo likvidnost, to jest da postoji izvesnost o postojanju potraživanja i njihovim iznosima (Konstantinović 1996, 126). Međutim, taj zahtev se već nekoliko članova dalje procesno relativizuje jer se sud ovlašćuje da odluči o prebijanju i ako jedno potraživanje nije likvidno, ali se lako može utvrditi (Konstantinović 1996, 129). Reč je, očigledno, o pitanju procesne ekonomije i upravljanja postupkom. Imajući to u vidu, dobro je da je Zakon o obligacionim odnosima u tom pitanju odstupio od Konstantinovićeve Skice. Uopšte je zanimljivo da se Konstantinović odlučio da uključi zahtev likvidnosti, karakterističan za francusko pravo, jer je u ostalom sledio primer nemačkog prava (predviđajući prebijanje na osnovu jednostranog pravnog posla).

Uzajamnost je logičan uslov prebijanja koje se ne zasniva na sporazumu lica čija se potraživanja gase. Samo kada između dva lica postoje uzajamna potraživanja, može se poći od pretpostavke da pravičnost ne zahteva njihovu isplatu već dopušta, pa čak i favorizuje njihovo međusobno računsko i pravno potiranje. Prebijanje na osnovu jednostrane izjave nije dopušteno u trostranom odnosu, na primer, u slučaju ugovora u korist trećeg, promitent ne može da se oslobodi duga koji ima prema beneficijaru ističući u prebijanje potraživanje koje ima prema stipulantu. Gašenje potraživanja u takvom slučaju dopušteno je jedino na osnovu saglasnosti poverilaca. Treba naglasiti da uslov uzajamnosti načelno sprečava da lice koje potražuje ili duguje kao član imovinske zajednice istakne prebijanje svojim ličnim dugovima odnosno potraživanjima (Gernhuber 1994, 233–234). Jedan od sanaslednika ne može da se oslobodi ličnog duga (koji ga tereti nezavisno od nasleđivanja), ističući prema poveriocu potraživanje koje pripada zaostavštini. Isto važi i za potraživanja i dugove koji spadaju u zajedničku imovinu supružnika i njihova lična potraživanja i dugove. Naše pravo, međutim, predviđa odstupanje od uslova uzajamnosti koje važi za sve slučajeve solidarne odgovornosti, a dozvoljava svakom solidarnom dužniku da istakne u prebijanje potraživanje drugog solidarnog dužnika prema zajedničkom poveriocu, ali samo do iznosa za koji taj drugi dužnik odgovara u unutrašnjem odnosu između solidarnih dužnika. Na taj način, srpsko pravo, u stvari, anticipira regresni zahtev i dozvoljava da se unutrašnja podela tereta odgovornosti ostvari neposredno putem prebijanja.

Zakonom o obligacionim odnosima predviđena su tri važna odstupanja od uslova uzajamnosti koja štite jemca (dozvoljeno mu je da istakne potraživanje glavnog dužnika radi prebijanja s potraživanjem za koje je jemčio), solidarnog dužnika (dozvoljeno mu je da prebije potraživanje koje

sadužnik ima prema poveriocu, do iznosa za koji taj sadužnik odgovara u odnosu između dužnika) i dužnika ustupljenog potraživanja (dozvoljeno mu je da istakne potraživanje koje ima prema ustupiocu radi prebijanja s ustupljenim potraživanjem, ukoliko su uslovi za prebijanje nastali pre obaveštenja o ustupanju ili kasnije, ali pod uslovom da potraživanje dužnika dospeva pre ili istovremeno sa ustupljenim potraživanjem – što znači da bi po redovnom toku stvari, da nije bilo ustupanja, mogao da se koristi prebijanjem).[10]

Istorodnost potraživanja je uslov koji se univerzalno postavlja pred jednostrano prebijanje.[11] Istorodnost potraživanja postoji kada oba potraživanja glase na novac ili zamenljive stvari iste vrste i kvaliteta,[12] pri čemu je praktično najvažnije prebijanje novčanih potraživanja.[13] Samo ako jedna strana duguje istu vrstu predmeta koju potražuje od druge strane, može se reći da je nepravično insistirati na ispunjenju obaveza i da se one mogu jednostavnije ugasiti prebijanjem. Inače, istorodnost potraživanja nije neophodan uslov prebijanja jer se potraživanja različitih predmeta mogu iskazati jednom istom jedinicom vrednosti, najčešće u vidu novčane vrednosti.[14] To se čak redovno dešava u stečajnom postupku gde se nenovčana potraživanja izražavaju u novcu kako bi se omogućila srazmerna naplata poverilaca (Radović 2017, 645–647). Ipak, srpsko stečajno pravo dozvoljava prebijanje u stečajnom

[10] ZOO, čl. 338, st. 2; čl. 340, st. 1 i 2; čl. 415, st. 2.

[11] Treba pomenuti da anglosaksonski pravni sistemi polaze od načela da se samo novčane obaveze mogu ugasiti prebijanjem. Formalno posmatrano, to je velika razlika u odnosu na pravilo koje srećemo u kontinentalnoevropskim pravnim sistemima, ali praktična razlika nije velika jer ustanovom prebijanja u svakom slučaju dominiraju novčana potraživanja.

[12] Istorodnost se odnosi samo na predmet obaveze i njegov kvalitet, a ne na druge okolnosti koje se tiču potraživanja i utiču na njegov kvalitet u širem smislu (kao što je pitanje naplativosti). Dva potraživanja će biti istorodna ako glase na novac nezavisno od toga da li je jedno od njih naplativo, a drugo nije. Drugačije i prilično kreativno rezonovanje nalazimo u praksi srpskih sudova tokom važenja Zakona o stečajnom postupku iz 2004. godine kojim nije bilo regulisano prebijanje u stečajnom postupku, pa je sednica odeljenja Višeg trgovinskog suda zauzela stav da je prebijanje u stečajnom postupku dozvoljeno tek kad se utvrdi u kojoj će meri potraživanje stečajnog poverioca biti namireno u redovnom toku stečajnog postupka jer se tek onda može govoriti o potraživanjima istog kvaliteta. Drugim rečima, prema stavu suda, potraživanje stečajnog poverioca treba da bude naplativo, što sasvim obesmišljava obezbeđujuću funkciju prebijanja u stečaju. Više o tome u odeljku o prebijanju u stečajnom postupku, *infra*.

[13] Prebijanje nenovčanih potraživanja sreće se u tzv. *futures* ugovorima o prodaji robe (Gernhuber, 236).

[14] Mada to može značajno da oteža sprovođenje prebijanja jer nije uvek lako proceniti novčanu vrednost jedne obaveze (Gernhuber 1994, 236).

postupku samo ukoliko su materijalnopravni uslovi prebijanja bili ispunjeni pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, tako da pretvaranje nenovčanih potraživanja u potraživanja novčane protivvrednosti tokom stečajnog postupka ne može da omogući prebijanje (Radović 2017, 672). Drugi pravni sistemi dozvoljavaju prebijanje i ako je uslov istorodnosti ispunjen tek povodom otvaranja stečajnog postupka, a smisao tog pravila je u jednakom položaju stečajnih poverilaca koji su ujedno dužnici stečajnog dužnika, nezavisno od predmeta njihovog potraživanja (Gernhuber 1994, 236). Dozvoljenost prebijanja u stečajnom postupku narušava načelo jednakog položaja stečajnih poverilaca, te se tim pravilom barem omogućava da svi stečajni poverioci koji nešto duguju stečajnom dužniku budu u istoj poziciji u pogledu prebijanja.

Istorodnost je sporna kada se suoče novčana potraživanja određena u različitim valutama. Danas postoji tendencija da se i u tom slučaju prizna istorodnost jer se potraživanja lako mogu konvertovati u istu valutu (barem kada je reč o konvertabilnim valutama). Ranije je dominiralo shvatanje da se potraživanja izražena u različitim valutama ne mogu prebijati, ali je ono zastarelo jer su strane valute konvertibilne i smatraju se novcem u poslovnoj praksi (Gernhuber 1994, 238–239). Prebijanje naročito ne treba da bude isključeno ukoliko je potraživanje izraženo u određenoj valuti samo radi očuvanja vrednosti novca (Gernhuber 1994, 239). Ako se dozvoli prebijanje potraživanja izraženih u različitim valutama, konverziju treba sprovesti po kursu koji je važio u času davanja izjave o prebijanju, a ne u času kada su se prvi put stekli uslovi za prebijanje (Gernhuber 1994, 239). U srpskoj teoriji takođe se zagovara shvatanje da novčana potraživanja izražena u različitim valutama treba smatrati istorodnim, pri čemu se ističe da Zakon o obligacionim odnosima postavlja pravilo da se ispunjenje potraživanja izraženog u stranoj valuti može zahtevati u domaćem novcu (Radišić 2008, 353–354). To pravilo nema neposredan značaj za pitanje prebijanja potraživanja u različitim valutama, ali svakako ukazuje na činjenicu da se potraživanja u različitim valutama lako mogu svesti na istu valutu. Prebijanje je moguće nezavisno od valuta u kojima su potraživanja izražena jer se potraživanje u stranoj valuti uvek može izraziti u domaćem novcu (Spasić 2003, 216).

Prema slovu Zakona o obligacionim odnosima, prebijanje je uslovljeno dospelošću oba potraživanja, iako to uopšte ne odgovara našoj koncepciji jednostranog prebijanja. Naime, prebijanje je samopomoć u naplati potraživanja koje se ističe u prebijanje, a istovremeno i namirenje drugog potraživanja. To drugo potraživanje, koje se često naziva glavno ili pasivno potraživanje, po logici stvari, ne mora da bude dospelo već je sasvim dovoljno da strana koja izjavljuje prebijanje ima pravo da ga ispuni. Dovoljno je, dakle, da je potraživanje strane kojoj se izjavljuje prebijanje postalo isplativo, što se

može desiti pre nego što postane dospelo (Zimmermann 1999, 731). Primera radi, dužnicima novčanih potraživanja, koja su najčešće predmet prebijanja, zakonodavac garantuje pravo na plaćanje pre roka.[15] Drugačije rešenje, koje zahteva dospelost i utuživost oba potraživanja, proizlazi iz drugačijih koncepcija prebijanja, ako se ono shvata kao prebijanje po sili zakona ili kao procesna radnja suda (Zimmermann 1999, 731–732). U prvom slučaju, ne pravi se nikakva razlika između potraživanja. Ne govori se uopšte o glavnom potraživanju i protivpotraživanju ili o pasivnom i aktivnom potraživanju: sukobila su se dva istorodna i utuživa potraživanja i međusobno se ugasila po sili samog prava. U drugom slučaju, ako se prebijanje ističe u postupku, logično je da oba potraživanja moraju da budu dospela jer tuženi ne mora da ističe prebijanje kako bi se zaštitio od potraživanja koje još uvek nije dospelo. Nasuprot tome, u našoj koncepciji prebijanja koje se ostvaruje jednostranom izjavom nema mesta zahtevu da oba potraživanja moraju biti utuživa – dovoljno je da je potraživanje protiv kojeg se prebijanje ističe postalo isplativo. Uostalom, do ovog rešenja se došlo čak i u onim pravnim sistemima koji su pošli od čiste koncepcije *ipso iure* prebijanja. Francuski sudovi su stvorili *compensation facultative* s idejom da dužnik ima pravo da se odrekne zaštite od plaćanja nedospelog potraživanja (Zimmermann 1999, 732). Nema razloga da se mogućnost prebijanja odrekne licu koje ima pravo da isplati određeni dug ako je potraživanje koje ističe u prebijanje postalo utuživo. Kao što ne bi mogao da odbije redovnu isplatu potraživanja, poverilac ne može da odbije isplatu putem kompenzacije. Ipak, *de lege lata*, kod nas važi zahtev da oba potraživanja moraju biti dospela, a to u svakom slučaju odgovara prebijanju u sudskom postupku koje se posmatra kao ustanova procesnog prava.[16] Obe te odlike našeg prava treba dovesti u pitanje i zameniti jedinstvenom materijalnopravnom koncepcijom prebijanja na osnovu jednostranog pravnog posla, koja nije uslovljena utuživošću oba potraživanja. Srpsko pravo bi se takvom reformom usaglasilo sa vodećim savremenim shvatanjima o prebijanju.

U srpskom pravu se izričito propisuje da zastarelost potraživanja nije prepreka za prebijanje ukoliko su se uslovi za prebijanje stekli pre nego što je potraživanje zastarelo.[17] Na isti način postupa i nemački zakonodavac.[18] To pravilo se smatra logičnom posledicom retroaktivnog dejstva prebijanja, iako je u sistemu prebijanja na osnovu pravnog posla logičnije da se uslovi

[15] ZOO, čl. 398.

[16] Naši sudovi pravilno zaključuju da je prebijanje koje se vrši sudskom odlukom uslovljeno dospelošću oba potraživanja (Spasić 2003, 216–217).

[17] ZOO, čl. 339, st. 1.

[18] BGB, § 215.

za prebijanje ocenjuju prema času davanja izjave (Zimmermann 1999, 721). Osim toga, nema razloga da se povlašćuje odugovlačenje u davanju izjave prebijanja. Ukoliko potraživanju preti zastarelost, utoliko je očiglednije da poverilac tog potraživanja treba da reaguje i da učini izjavu o prebijanju. Mogućnost prebijanja sa zastarelim potraživanjem kosi se s ciljevima ustanove zastarelosti da se izbegnu problemi u dokazivanju odavno zasnovanog potraživanja, da se očuva pravna sigurnost i da se sankcioniše nepažljivi poverilac koji je odugovlačio s ostvarenjem svog prava (Bydlinski 1996, 296–297). Ti nedostaci su motivisali pravnike da se založe za suprotno rešenje koje ne podriva ustanovu zastarelosti. U austrijskom pravu, koje ne sadrži odredbe o prebijanju zastarelim potraživanjem, postoje pokušaji da se već *de lege lata* prihvati pravilo da prebijanje nije moguće nakon što potraživanje zastari (Bydlinski 1996, 280–281). Kao i pravilo o retroaktivnom dejstvu prebijanja, pravilo o dozvoljenosti prebijanja zastarelim potraživanjem počiva na ideji da strana koja računa na prebijanje nije dužna da se o tome izjasni već da ima pravo da se pouzda u mogućnost prebijanja i da mora da istakne prebijanje tek ako druga strana zanemari mogućnost prebijanja zahteva za isplatu duga (Bydlinski 1996, 295). Inače, u nedostatku posebnog pravila, zastarelost potraživanja bi isključila mogućnost prebijanja jer prebijanje predstavlja samopomoć u izvršenju, koja podrazumeva da je potraživanje utuživo, to jest da se dužnik može prinuditi na plaćanje. Retroaktivno dejstvo prebijanja ne znači da se uslovi za prebijanje imaju ocenjivati prema času kada su prvi put ispunjeni (jer potraživanja nisu tada prestala po sili zakona). Ti uslovi moraju da budu ispunjeni u času kada se daje izjava o prebijanju. To je bila početna pozicija tokom pripreme nemačkog Građanskog zakonika, pa je čak isticano da bi prebijanje zastarelim potraživanjem ugrozilo ciljeve ustanove zastarelosti i da je poverilac dužan da prekine zastarelost, bilo tužbom, bilo izjavom o prebijanju, ali je ipak, kao i u pitanju povratnog dejstva, prevladalo mišljenje da prebijanje treba da bude povlašćeno (Bydlinski 1996, 294–295). Čini se da je na taj način pravna teorija želela da dođe do kvazi *ipso iure* dejstva prebijanja jednim zaobilaznim putem. Prihvaćeno je da potraživanja ne prestaju po samom zakonu već da postoje sve dok jedna strana ne izjavi prebijanje, ali je obema stranama ujedno omogućeno da se nakon sticanja uslova za prebijanje ponašaju kao da više ne duguju i da zato ne mogu zadocniti sa isplatom niti odgovarati za kamate ili ugovorene kazne. Tek ukoliko bi jedna strana „zanemarila“ mogućnost prebijanja odnosno sticanje uslova za prebijanje, pa zahtevala isplatu svog potraživanja, druga strana bi morala da istakne prebijanje i bila bi zaštićena u svom pouzdanju da više nije „zaista“ dužna da plati. Ta ideja, kao što je već rečeno, uopšte nije jednostavna kao što se čini jer može da stvori neizvesnost u odnosu između stranaka kada postoji sumnja u ispunjenost uslova za prebijanje ili kada jedna strana uopšte ne zna za postojanje međusobnih potraživanja. Kao što Bidlinski kaže,

pouzdanje poverioca koji ne zna za protivpotraživanje u posledice dužnikove docnje zaslužuje jaču zaštitu nego pouzdanje dužnika u mogućnost prebijanja (Bydlinski 1996, 289).

Kada između dva lica postoji više potraživanja koja ispunjavaju uslove za prebijanje, Zakonom o obligacionim odnosima se određuje da se prebijanje vrši po pravilima o uračunavanju ispunjenja.[19] Pravna teorija tu odredbu razume kao dispozitivnu normu za slučaj da lice koje izjavljuje prebijanje nije odredilo potraživanja koja se međusobno potiru (Loza 1983, 1100–1101). Slično pravilo važi u nemačkom pravu, gde lice koje izjavljuje prebijanje određuje koja će se potraživanja ugasiti, a zakonski red uračunavanja ispunjenja važi ako druga strana tome prigovori (Schwarz 2003, 272–273). Naš zakon, a ni naša pravna teorija ne govore o pravu druge strane na prigovor. Prebijanje podrazumeva gašenje najmanje dva istorodna uzajamna potraživanja tako da se ne može reći da samo jedna strana vrši isplatu – obe strane u istoj meri vrše isplatu svog duga, istovremeno naplaćujući svoje potraživanje. Zato ne treba dozvoliti licu koje izjavljuje prebijanje da odredi koja će potraživanja prestati bez saglasnosti druge strane. Možda je zbog toga Zakon o obligacionim odnosima uputio na pravilo o uračunavanju ispunjenja na način koji veoma podseća na imperativnu normu. To bi, kao i retroaktivno dejstvo izjave o prebijanju, bio ustupak ideji o prebijanju *ipso iure* – ne pravi se razlika između potraživanja i njihovih poverilaca te nijedan od njih ne može da odredi koja će potraživanja biti zahvaćena prebijanjem. Naravno, rešenje nemačkog prava treba prihvatiti zbog njegove fleksibilnosti, ali se ne može ostati pri konstataciji da lice koje izjavljuje prebijanje može da odredi potraživanja koja će biti predmet prebijanja bez saglasnosti druge strane jer ona može imati jasan interes da prebijanjem prestane jedno određeno potraživanje. To će biti slučaj kada lice koje izjavljuje prebijanje odredi da će njime prestati potraživanje druge strane koje nije zastarelo iako druga strana ima i zastarelo potraživanje koje se može prebiti – očigledan je interes druge strane da prebijanjem namiri potraživanje koje ne može da utuži (Looschelders 2018, 147).

Jednostrano prebijanje uređeno Zakonom o obligacionim odnosima nesumnjivo je ustanova srpskog materijalnog prava. Međutim, materijalnopravna koncepcija prebijanja nije sprovedena dosledno jer se prebijanje istaknuto u toku postupka posmatra kao poseban slučaj prebijanja, kao procesna radnja koja ima bitno drugačije efekte od materijalnopravnog vansudskog prebijanja. Najvažnija razlika leži u tome što prebijanje istaknuto prigovorom ili zahtevano protivtužbom nastupa tek u času kada sud donese odluku o prebijanju i ima samo perspektivno dejstvo.

[19] ZOO, čl. 343.

3. PREBIJANJE U PARNIČNOM POSTUPKU

U srpskom pravu prebijanje se ostvaruje neformalnim i adresovanim jednostranim pravnim poslom (izjava o prebijanju). Prebijanje je izvršeno kada jedna strana primi izjavu o prebijanju druge strane, a dejstvo prebijanja seže u prošlost i smatra se ostvarenim još od časa kada su se prvi put stekli uslovi za prebijanje. To je materijalnopravna koncepcija prebijanja kao samostalnog i vansudskog načina prestanka obaveza.[20] Prema tome, svaka sudska odluka o prebijanju trebalo bi da bude utvrđujuća po svojoj prirodi, nezavisno od toga da li je prebijanje izjavljeno pre ili u toku postupka, i to zbog toga što prebijanje nastupa na osnovu jednostrane izjave, a ne na osnovu sudske odluke u kojoj je odlučeno o prebijanju. Kada tokom parničnog postupka tuženi ističe prebijanje, njegova izjava je istovremeno pravni posao materijalnog prava (izjava o prebijanju) i procesna radnja. Tuženi istovremeno gasi potraživanja putem prebijanja i zahteva da se njihov prestanak utvrdi pred sudom (Loza 1983, 1094). To shvatanje se zasniva na ideji o dvostruko funkcionalnim radnjama u postupku, koja naročito dolazi do izražaja kada se u toku postupka, parničnom radnjom, vrše preobražajna prava, kao što je pravo na prebijanje (Jakšić 2021, 286). Pošto nije moguće napraviti razliku između pravnog posla i procesne radnje kada su učinjeni jednom izjavom, onda ta izjava ostvaruje obe funkcije i proizvodi i materijalnopravna i procesnopravna dejstva. Uprkos jednostavnosti i logičnosti takvog rešenja, srpska judikatura i dalje zastupa starije shvatanje da prebijanje istaknuto tokom parničnog postupka predstavlja zahtev da sud utvrdi ispunjenost uslova za prebijanje *i da svojom odlukom ugasi potraživanja odnosno umanji veće potraživanje*.[21] U pravnoj nauci nije sporno da „prigovor izjavljen u parnici teško može da se objasni bez materijalnopravne izjave volje koja je uperena na preboj potraživanja“, ali srpski sudovi i starija doktrina i dalje zastupaju stanovište da je prigovor prebijanja čisto procesna radnja te da prebijanje nastaje na osnovu konstitutivne odluke suda (Jakšić 2021, 437–438; Spasić 2003, 221). Takvom praksom srpski su sudovi rascepili ustanovu prebijanja, koja je zamišljena kao jedinstvena materijalnopravna ustanova, na dve ustanove, koje su vrlo blisko povezane, ali ipak podvrgnute

[20] Pravila o prebijanju nalaze se u odeljku Zakona o obligacionim odnosima koji nosi naslov „Ostali načini prestanka obaveza“.

[21] Izgleda da je to pravilo samoniklo u našoj sudskoj praksi (iako postoje pravni sistemi koji poznaju to pravilo) jer je stara austrijska doktrina, koja je uticala na našu predratnu pravnu nauku, zahtevala da se prebijanje istakne pred sudom i utvrdi sudskom odlukom, ali je ta odluka ipak imala retroaktivno dejstvo. U tom smislu Lazar Marković tumači pravila nacrta jugoslovenskog Građanskog zakonika, koji nikada nije ozakonjen, a koji se zasnivao na austrijskom Opštem građanskom zakoniku (Marković 1997, 396–397).

različitim pravilima. Jedina prednost takvog rešenja leži u činjenici da se prebijanjem na osnovu konstitutivne sudske odluke izbegava retroaktivno dejstvo prebijanja, koje je već odavno prepoznato kao zastarelo, nelogično, pa čak i štetno po ciljeve ustanove prebijanja.

Između vansudske izjave o prebijanju i prigovora prebijanja u parnici postoje važne razlike, koje utiču na pravna dejstva izjave čak i kada se ona shvati kao dvostruko funkcionalna parnična radnja. Preobražajna prava vrše se neopozivim izjavama volje, kako bi se obezbedila pravna sigurnost. Izjava o prebijanju, koja spada u takve pravne poslove, takođe nije opoziva. Jednom delotvorno izjavljeno prebijanje ne može se opozvati tako da se ugašena potraživanja vrate u život. Nasuprot tome, prigovor prebijanja kao procesna radnja može da se povuče, čime se sudu oduzima ovlašćenje da odlučuje o postojanju potraživanja koje je prigovorom bilo istaknuto u prebijanje (Coester-Waltjen 1990, 27). U tom slučaju, do prebijanja neće doći jer se uzima kao da prebijanje nikada nije ni izjavljeno.[22] Osim toga, praktično veoma značajno, prigovor prebijanja prekida zastarelost potraživanja koje je istaknuto u prebijanje, nezavisno od toga da li je prigovor osnovan, dok neuspešna vansudska izjava o prebijanju (kada nisu ispunjeni uslovi za prebijanje) ostaje bez pravnih dejstava (Coester-Waltjen 1990, 27). To je logična posledica opšteg pravila da se zastarelost prekida poveriočevog radnjom pred sudom ili drugim nadležnim organom, a ne vansudskom izjavom.[23]

Kada se u jednoj izjavi objedinjuju preobražajni pravni posao i procesna radnja, lice koje daje izjavu želi da ostvari obe pravne činjenice (tzv. učenje o dvostrukoj pravnoj činjenici – *Doppeltatbestand*), pa je punovažnost materijalnopravne izjave o prebijanju uslovljena dopuštenošću prigovora prebijanja kao procesne radnje (Coester-Waltjen 1990, 29). Jednostavnije rečeno, ukoliko sud odbaci prigovor prebijanja kao nedopušten, smatraće se da nije učinjena ni materijalnopravna izjava o prebijanju.

Pravni poslovi kojima se vrše preobražajna prava načelno ne mogu da budu uslovljeni jer je njihov cilj da konačno reše neizvesnu pravnu situaciju. U parnici se, međutim, prigovor prebijanja po pravilu ističe kao eventualni prigovor, za slučaj da sud nađe da je potraživanje tužioca osnovano (Spasić 2003, 222). Tuženi, naravno, nastoji da odbije tužbeni zahtev svim raspoloživim sredstvima, a tek kao poslednje sredstvo žrtvuje svoje potraživanje prema tužiocu putem prigovora kompenzacije. Kada bi tuženi

[22] Prebijanje izjavljeno u parničnom postupku ostaje u senci tog postupka, tako da se pravila materijalnog prava prilagođavaju pravilima postupka.

[23] ZOO, čl. 388.

istakao prigovor prebijanja ne osporavajući osnovanost tužbenog zahteva, to bi značilo da on tužbeni zahtev prihvata kao osnovan (Grunsky, Jacoby 2018, 133). Zbog tog sukoba između pravila materijalnog i procesnog prava u teoriji se vodio spor povodom pravilnog objašnjenja za eventualni prigovor prebijanja. Prevladalo je stanovište da izjava o prebijanju sadržana u eventualnom prigovoru prebijanja nije uslovljena već bezuslovna i da se odnosi na slučaj da sud nađe da je tužiočevo potraživanje osnovano (Coester-Waltjen 1990, 28). To rešenje odgovara logici i praktičnim potrebama jer u slučaju eventualnog prebijanja u parnici neizvesnost ne postoji zbog toga da li tuženi želi da izjavi prebijanje već najpre zbog toga da li je potraživanje tužioca osnovano.

U teoriji postoji neslaganje u vezi sa pitanjem litispendencije prigovora prebijanja, ali je danas dominantno shvatanje da isticanjem tog prigovora ne počinje da teče parnica već da predmet spora ostaje ograničen na utuženo potraživanje (Jakšić 2021, 441). To znači da tuženi, koji je istakao prigovor prebijanja, može da utuži potraživanje koje je istakao prigovorom u samostalnoj parnici. Prigovor prebijanja ne dovodi do litispendencije zato što je reč o jednom odbrambenom sredstvu, a ne o samostalnom zahtevu, iako je u nemačkom pravu posebno predviđeno, kao i kod nas, da je odluka o prebijanju obuhvaćena pravnosnažnošću presude (Coester-Waltjen 1990, 29–30). Čak i kada bi prigovor prebijanja dovodio do litispendencije, to ne bi moglo da spreči situaciju da poverilac podnosi tužbu za naplatu potraživanja, a zatim u drugom postupku ističe to isto potraživanje u vidu prigovora prebijanja. Ovo zbog toga što se prigovorom prebijanja traži više nego tužbom za naplatu potraživanja jer se traži ne samo da sud utvrdi postojanje potraživanja koje je istaknuto u prebijanje već i prestanak tužiočevog potraživanja (Coester-Waltjen 1990, 30). Izostajanje litispendencije važno je i zbog toga što u slučaju eventualnog prebijanja poverilac potraživanja koje je istaknuto u prebijanje može bezrazložno izgubiti značajno vreme ako sud odluči da potraživanje po kojem je tužen nije osnovano i uopšte ne otvori pitanje postojanja potraživanja koje je istaknuto u prebijanje (Coester-Waltjen 1990, 30). U ovom slučaju, ako se prihvati litispendencija prigovora prebijanja, tuženi bi morao da sačeka okončanje spora pre nego što bi mogao da utuži svoje potraživanje u samostalnom postupku – čak i ako postoje dobri izgledi da odbije tužbeni zahtev koji je podignut protiv njega po nekom drugom osnovu. Ipak, u srpskoj judikaturi postoji mišljenje da prigovor prebijanja stvara litispendenciju i da tuženi ne može da utuži potraživanje koje je istakao u prigovoru u posebnom postupku (Spasić 2003, 224).

U parničnom postupku važi načelo da svojstvo pravnosnažnosti može da stekne samo odluka o tužbenom zahtevu. Zato zakonodavac mora posebno da naglasi da odluka o postojanju potraživanja koje je istaknuto prigovorom

prebijanja takođe postaje pravnosnažna.[24] Pravnosnažnost, međutim, obuhvata potraživanje istaknuto u prebijanje (protivpotraživanje) samo ukoliko je odlučeno da ono postoji odnosno ne postoji. Pravnosnažnost sudske odluke neće se odnositi na potraživanje istaknuto u prebijanje ako o njegovom postojanju nije odlučeno već je sud iz drugih razloga priznao ili odbio tužbeni zahtev. Na primer, ukoliko sud nađe da nisu ispunjeni materijalnopravni uslovi prebijanja (iako protivpotraživanje postoji) ili da glavno potraživanje ne postoji, pa se uopšte ne otvori pitanje postojanja protivpotraživanja (Coester-Waltjen 1990, 30). Ta pravila štite tužioca čiji je zahtev odbijen ili umanjen prigovorom prebijanja od opasnosti da bude tužen u posebnom postupku na osnovu potraživanja koje je bilo istaknuto u prebijanje. Ukoliko sud donese pozitivnu odluku o prebijanju, potraživanje koje je tuženi iskoristio da se odbrani od tužbenog zahteva prestaje da postoji u iznosu u kojem je ugašeno potraživanje tužioca. Tuženi bi u odvojenoj parnici mogao samo da zahteva isplatu viška potraživanja ukoliko je njegovo potraživanje bilo veće od potraživanja na kojem se zasnivao tužbeni zahtev.

Prebijanje potraživanja može da se istakne pred sudom u vidu prigovora ili protivtužbe (kompenzaciona protivtužba). Između ta dva sredstva postoje dve važne razlike. Prvo, nadležnost suda za odlučivanje o protivtužbi ocenjuje se strože od njegove nadležnosti da odluči o prigovoru prebijanja. Da bi sud mogao da odluči o protivtužbi, za obe tužbe (tužba i protivtužba) treba da važi ista vrsta postupka i da je sud koji odlučuje o tužbi stvarno nadležan i za protivtužbu, dok za mesnu nadležnost važi atrakcija nadležnosti (Jakšić 2021, 444–445). Kada je u pitanju prigovor prebijanja, dovoljno je da potraživanje istaknuto u prebijanje spada u materiju građanskog prava, a ne zahteva se ni stvarna ni mesna nadležnost suda (Jakšić 2021, 438–439). Parnični sud ne može da odlučuje o prebijanju ako je u prebijanje istaknuto potraživanje koje spada u domen javnog prava (Coester-Waltjen 1990, 29). Drugo, protivtužbom se može ostvariti potraživanje tuženog u punom iznosu, a ne samo do iznosa tužiočevog potraživanja (budući da je protivtužba samostalna tužba) (Jakšić 2021, 445).

Da bi sud mogao da odluči o prigovoru prebijanja, treba da ima direktnu međunarodnu nadležnost za potraživanje koje se ističe u prebijanje. Prema stanovištu teorije, sud može da odluči o prebijanju koneksnih potraživanja (koja se zasnivaju na istom životnom događaju) i ako ne bi bio direktno međunarodno nadležan za jedno od njih (Jakšić 2007, 330). Pitanje nadležnosti za odlučivanje o protivtužbi kojom se ističe prebijanje može da bude sporno i u arbitražnom postupku, ali se ono rešava tumačenjem

[24] Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 359, st. 3.

sporazuma o arbitraži i relevantnih institucionih pravila arbitražnog postupka (Poznić 1985, 421–425). Isto važi i za nadležnost arbitraže da odluči o prigovoru prebijanja, mada postoje pokušaji da se ta nadležnost proširi i na prigovore u kojima se ističu potraživanja koja nisu obuhvaćena arbitražnim sporazumom, čak i ako su obuhvaćena drugim arbitražnim sporazumom ili prorogacionom klauzulom (Pavić 2005, 151–152). Takva atrakcija nadležnosti, koja je predviđena u uticajnim Švajcarskim pravilima međunarodne arbitraže,[25] ne odgovara načelima arbitražnog rešavanja sporova i ne može da garantuje procesnu ekonomiju ako protivnik prebijanja insistira na poštovanju arbitražnog sporazuma odnosno prorogacione klauzule kojom je potraživanje koje se ističe u prebijanje stavljeno u nadležnost druge arbitraže odnosno suda (Pavić 2005, 155–159).

4. ZABRANE PREBIJANJA

Da prebijanje nije sasvim isto kao isplata potraživanja, može se videti ne samo u tome što su zakonom propisani posebni uslovi pod kojima je jednostrano prebijanje dopušteno već i po mnogim situacijama u kojima zakon zabranjuje prebijanje, što znači da posebnu vrednost pridaje stvarnoj isplati duga. Zakonom o obligacionim odnosima predviđeno je da prebijanjem ne može prestati nezaplenjivo potraživanje, potraživanje predaje stvari koja je data na poslugu, čuvanje ili koja je bespravno oduzeta, potraživanje nastalo namernim prouzrokovanjem štete, potraživanje naknade štete usled smrti ili oštećenja zdravlja i potraživanje koje se zasniva na zakonskoj obavezi izdržavanja.[26] Osim toga, potraživanje se ne može ugasiti prebijanjem ako su se uslovi za prebijanje stekli tek nakon što je to potraživanje zaplenjeno.[27] Te odredbe su uglavnom saglasne zabranama prebijanja u drugim evropskim pravnim sistemima. Uporednopravno postoji saglasnost o dve grupe slučajeva u kojima je prebijanje načelno isključeno – kada je prebijanje isključeno voljom stranaka, na osnovu ugovora, i kada potraživanje ima alimentacioni karakter, to jest kada služi zadovoljenju osnovnih životnih potreba (Zimmermann 1999, 735–736). Zakon o obligacionim odnosima ne govori o mogućnosti da se prebijanje isključi putem ugovora, ali ta mogućnost u svakom slučaju proizlazi iz načela slobode ugovaranja i načela o dispozitivnosti odredaba tog zakona. Ugovorom predviđeno isključenje mogućnosti prebijanja ograničeno je načelom savesnosti i poštenja, tako da se na njega na može pozvati strana

[25] Swiss Rules of International Arbitration (2021), Art. 23 (5).

[26] ZOO, čl. 341.

[27] ZOO, čl. 342.

koja je namerno ili prevarom prouzrokovala štetu drugoj strani, a ne može se isticati ni u pogledu potraživanja koja su pravno i faktički veoma blisko povezana (Heller 2007, 462–463). Alimentaciona potraživanja zaštićena su pravilom da je prebijanje isključeno kod nezaplenjivih potraživanja (na primer, minimum zarade) i potraživanja na osnovu zakonske obaveze izdržavanja. Ostale zabrane počivaju na drugačijim idejama.

Potraživanja nastala bespravnim oduzimanjem stvari ili namernim prouzrokovanjem štete isključena su iz prebijanja zbog veoma duge tradicije kontinentalnoevropskog prava koja seže sve do Justinijanove kodifikacije (Zimmermann 1999, 736–737).[28] Iza tog pravila leži ideja o sprečavanju samovolje i privatnog nasilja – poverilac koji ne može da naplati svoje potraživanje ne sme da bude u mogućnosti da namerno prouzrokuje štetu svom dužniku znajući da neće morati da plati naknadu jer će moći da izjavi prebijanje. Upitno je u kojoj meri ta ideja zaista odgovara stvarnosti. Cimerman ukazuje na to da nema značajne opasnosti od zlonamernog nanošenja štete dužnicima jer nije verovatno da poverioci imaju interes da kinje i oštećuju svoje dužnike, a osim toga, time bi se izlagali sankcijama krivičnog prava (Zimmermann 1999, 737). Budući da to pravilo stvara posebne probleme u slučaju namerne povrede ugovora ili sučeljavanja dva potraživanja koja su nastala namernim prouzrokovanjem štete, Cimerman predlaže da se ono napusti i da se zabrana prebijanja ograniči na alimentaciona potraživanja (Zimmermann 1999, 737). Možda bi prihvatanje tog predloga u srpskom pravu bilo preuranjeno, imajući u vidu sklonost našeg naroda ka inatu i nasilju, ali se ipak čini da ni kod nas nije verovatno da će poverilac koji ne može da naplati svoje potraživanje potražiti utehu u zluradom smetanju dužniku. Prilikom primene tog pravila treba voditi računa o tome da je njegov cilj zaštita lica kome je namerno prouzrokovana šteta, tako da to lice može da se odrekne zaštite i da istakne u prebijanje svoje potraživanje naknade štete (Heller 2007, 459). Zabrana prebijanja odnosi se samo na štetnika koji je dužan isplatiti naknadu namerno prouzrokovane štete čak i ako oštećenik ima dug prema njemu. Drugačije tumačenje bi vodilo ograničavanju prava oštećenika iz razloga što mu je namerno prouzrokovana šteta, što bi bilo sasvim besmisleno.

U svakom slučaju, ostaje da se objasni zbog čega srpski zakonodavac isključuje prebijanje u slučaju štete nastale smrću ili oštećenjem zdravlja. Ukoliko je reč o naknadi materijalne štete (povećani troškovi života), onda je smisao jasan jer je i to alimentaciono potraživanje. Međutim, ako je reč o novčanoj naknadi neimovinske štete, pitanje je da li prebijanje treba da

[28] Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. C. 4, 31, 14, 2.

bude isključeno. Srpsko pravo polazi od jednog veoma uskog shvatanja cilja novčane naknade neimovinske štete – prema kojem se naknada ostvaruje tek kada oštećenik sebi pribavi nešto što mu popravlja raspoloženje – koji treba napustiti u korist jednog praktičnijeg shvatanja da se neimovinska šteta nadoknađuje samim priznavanjem prava na novčanu naknadu (Vukotić 2020, 168–177), što otvara put da se to potraživanje izloži mogućnosti prebijanja. Ostavljajući po strani ta pitanja, može se zaključiti da srpsko pravo poznaje uobičajene razloge za isključivanje mogućnosti prebijanja te da prati tradiciju evropskog kontinentalnog prava.

Osim zabrana koje nalazimo u Zakonu o obligacionim odnosima, a koje se mogu nazvati opštim zabranama prebijanja, postoje i posebne zabrane koje se tiču prebijanja u stečajnom postupku, o čemu će posebno biti reči. U nekim pravnim sistemima postoje i zabrane prebijanja u pogledu obaveze uplate uloga u osnovni kapital privrednog društva, čime se garantuje očuvanje osnovnog kapitala (Zimmermann 1999, 738). Prebijanje ne sme da omogući članu društva kapitala da umanji uobičajeni poslovni rizik svog uloga (Heller 2007, 468–469). Prebijanje nije načelno isključeno u slučaju da društvo kapitala želi da prebije svoje potraživanje potraživanjem svog člana, ali se i u tom slučaju postavljaju posebni, stroži uslovi za prebijanje (Heller 2007, 470–473). Srpsko zakonodavstvo nema izričitih odredaba o tom pitanju niti je ono obrađeno u pravnoj književnosti, te ostaje kao zanimljiva tema za posebnu detaljnu analizu, za koju nema mesta u okvirima ove skice o prebijanju u srpskom pravu.

5. PREBIJANJE S USTUPLJENIM POTRAŽIVANJEM

Mogućnost prebijanja je posebno zaštićena u slučaju ustupanja potraživanja. Dužnik ustupljenog potraživanja može da se oslobodi te svoje obaveze ističući u prebijanje prema novom poveriocu (cesionaru) potraživanje koje ima prema starom poveriocu (cedentu). To pravilo, koje očigledno odstupa od uslova uzajamnosti potraživanja koja se prebijaju, počiva na principu da dužnik ne sme da bude u lošijoj pravnoj posledici usled ustupanja potraživanja, a taj princip je vrlo važan jer opravdava slobodan promet potraživanja bez saglasnosti dužnika. Zakonom o obligacionim odnosima dužniku je dozvoljeno da novom poveriocu istakne u prebijanje potraživanje koje ima prema starom poveriocu ukoliko su uslovi za prebijanje bili ispunjeni u času kada je obavešten o ustupanju.[29] Osim toga, dužniku je dozvoljeno da istakne u prebijanje i potraživanje prema

[29] ZOO, čl. 340, st. 1.

starom poveriocu koje nije dospelo u času kada je obavešten o ustupanju, ali koje dospeva najkasnije u isto vreme kad i ustupljeno potraživanje.[30] Iz tih pravila se jasno vidi da je dužnik zaštićen u svom pouzdanju u mogućnost prebijanja. On može da izjavi prebijanje novom poveriocu ako je već stekao to pravo prema starom poveriocu, odnosno ako bi, po redovnom toku stvari (da nije bilo ustupanja), stekao to pravo prema starom poveriocu. Isto pravilo nalazimo u nemačkom pravu[31] i ono takođe počiva na ideji da treba zaštititi poverenje u stečenu ili opravdano očekivanu mogućnost prebijanja, pri čemu se to poverenje ocenjuje objektivno, nezavisno od činjenice da li je dužnik zaista računao s prebijanjem (Schwarz 2003, 262–265). Kada nema okolnosti koje opravdavaju poverenje u mogućnost prebijanja, dužnik neće moći da koristi potraživanje koje ima prema cedentu kako bi isplatio ustupljeno potraživanje (na primer, kada je potraživanje prema cedentu stekao tek pošto je obavešten o ustupanju). Zakonodavac na taj način postiže pravičnu ravnotežu između interesa dužnika i interesa cesionara (Schwarz 2003, 267–269).

Ovde treba pomenuti donekle sporno pitanje da li je dužnik ustupljenog potraživanja zaštićen u svom pouzdanju u mogućnost prebijanja u slučaju da je potraživanje ustupljeno unapred, pre nego što je nastalo. Nemački Savezni sud smatra da u tom slučaju nema osnova za poverenje u mogućnost prebijanja i da dužnik ne može da ugasi potraživanje koje je unapred ustupljeno svojim potraživanjem prema ustupiocu, čak i ako je ono prvo nastalo, to jest ako je nastalo pre ustupanja (Coester-Waltjen 2004, 394). U takvom slučaju prebijanje ne bi trebalo dozvoliti ni po propisima srpskog prava jer ne postoji razlog zbog kojeg je dužnik ustupljenog potraživanja inače zaštićen.

6. PREBIJANJE U STEČAJNOM POSTUPKU

Jedna od osnovnih i praktično najznačajnijih funkcija prebijanja jeste obezbeđenje naplate potraživanja. Pravo na prebijanje nije sredstvo obezbeđenja u istom smislu kao založno pravo ili jemstvo jer ono ne obezbeđuje efektivnu isplatu duga već namirenje na drugačiji način, oslobađanjem poverioca od njegove obaveze prema dužniku. To je za poverioca ipak nesrazmerno bolje nego da svoje potraživanje uopšte ili delimično ne može da naplati. Ukoliko su ispunjeni uslovi za prebijanje, poverilac potraživanja je obezbeđen za iznos svog duga prema dužniku. Kada dužnik padne u stečaj, ovo dejstvo prebijanja dolazi u prvi plan. Pravo

[30] ZOO, čl. 340, st. 2.

[31] BGB, § 406.

na prebijanje odlučuje o ekonomskoj vrednosti stečajnog potraživanja (Pluta 2009, 1). U stečajnom pravu važi načelo jednakog položaja stečajnih poverilaca (*par conditio creditorum*) i srazmernog namirenja njihovih potraživanja. Mogućnost prebijanja narušava to načelo jer stečajne poverioce koji su ujedno dužnici stečajnog dužnika stavlja u povlašćeni položaj (mogu da namire svoje potraživanje do iznosa svog duga, nezavisno od kvote namirenja u stečajnom postupku) i ugrožava interese ostalih stečajnih poverilaca (stečajni dužnik neće moći da naplati ceo iznos svog potraživanja pa će stečajna masa biti manje vrednosti). To je posebno problematično zato što pravo na prebijanje, za razliku od drugih obezbeđujućih prava, nije lako vidljivo trećim licima i zato što poverilac koji može da izjavi prebijanje ima u svojim rukama mogućnost da lako i samostalno naplati svoje potraživanje, te nije očigledno da zaslužuje dodatnu zaštitu (Zimmermann 2012, 1557). Zato je potrebno da se mogućnost prebijanja u stečaju opravda značajnim razlozima. U teoriji se najčešće ističe pravičnost odnosno ideja da bi bilo nepravično zahtevati od stečajnog poverioca da isplati svoj dug znajući da će svoje potraživanje ostvariti samo delimično (Radović 2017, 665). Takvo rezonovanje ima smisla samo u odnosu između stečajnog poverioca i stečajnog dužnika, ali se ne može održati ako se uzmu u obzir interesi svih stečajnih poverilaca. Osim pravičnosti, u prilog mogućnosti prebijanja u stečaju ističu se i razlozi očuvanja stečenih prava i retroaktivno dejstvo prebijanja (Radović 2017, 665), koji se mogu svesti na zaštitu pouzdanja u mogućnost prebijanja. Kao što smo videli, ideja o zaštiti pouzdanja u mogućnost prebijanja dolazi do izražaja u velikom broju pravila o prebijanju (retroaktivno dejstvo izjave, prebijanje zastarelim potraživanjem, prebijanje ustupljenog potraživanja), pa se može reći da je to jedna od osnovnih ideja koja oblikuje ustanovu prebijanja. Dozvoljenost prebijanja u stečajnom postupku počiva i na tradiciji evropskog prava i praktičnim potrebama. U nekim pravnim sistemima, a tako je bilo i kod nas sve do 2004. godine, prebijanje u stečaju ne samo da je dozvoljeno nego je i privilegovano blažim uslovima. Evropski pravni sistemi, pa čak i nadnacionalni propisi i model-pravila, saglasni su u tome da prebijanje u stečaju treba da bude dozvoljeno, pri čemu se za odlučujući momenat za odlučivanje o dozvoljenosti prebijanja uzima čas otvaranja stečajnog postupka (Pluta 2009, 2). Koliko je to opredeljenje logički opravdano i dosledno, može se dovesti u pitanje. Razlozi koji se ističu u prilog prebijanja u stečaju nisu ubedljivi, poverenje poverioca u mogućnost prebijanja ne deluje naročito vredna zaštite, a posebno ako se prihvati savremena tendencija da se prebijanju pripiše samo *ex nunc* dejstvo (Pluta 2009, 155–158). Zato se može reći da je mogućnost prebijanja u stečajnom postupku najpre danak tradiciji i posledica pravne inercije.

Kod nas je dugo bilo prihvaćeno pravilo da se potraživanje koje podleže prebijanju uopšte ne prijavljuje u stečajnom postupku i da prebijanje nastupa po sili zakona, tako da se u stečaju ostvaruje samo saldo međusobnih potraživanja (Radović 2017, 667). Time je prebijanje u stečaju bilo izdvojeno u posebnu vrstu prebijanja koja se bitno razlikuje od prebijanja između solventnih stranaka. Između 2004. godine, kada je usvojen Zakon o stečajnom postupku, i Zakona o stečaju iz 2009. godine, pitanje prebijanja u stečaju nije bilo izričito regulisano pa se u teoriji i praksi javila dilema o dozvoljenosti i uslovima pod kojima se prebijanje ostvaruje u stečajnom postupku. Viši trgovinski sud je rešio tu dilemu polazeći od pogrešnog tumačenja pravila Zakona o obligacionim odnosima o uslovima za prebijanje. Sud je pošao od toga da potraživanja moraju da budu istog kvaliteta da bi mogla da se prebiju, a pod kvalitetom nije razumeo samo kvalitet predmeta obaveze nego kvalitet potraživanja u širem smislu, uključujući i pitanje njegove naplativosti, što je kod potraživanja stečajnog poverioca očigledno neizvesno (Radović 2017, 668). Sud je dalje zaključio da potraživanje stečajnog poverioca postaje naplativo tek kada bude doneto rešenje o glavnoj deobi i kada postane izvesno u kom iznosu će stečajno potraživanje moći da bude namireno (Radović 2017, 668). Time je sud ne samo pogrešno protumačio odredbe Zakona o obligacionim odnosima nego je i potpuno obesmislio prebijanje u stečajnom postupku jer su posledice predloženog rešenja gotovo sasvim iste kao i kada poverilac ne bi imao pravo na prebijanje (Radović 2017, 668–669). Pri tome je vrlo zanimljivo to što sud nije postavio pitanje naplativosti potraživanja stečajnog dužnika. Ako bi se logika Višeg trgovinskog suda dosledno sprovela, trebalo bi utvrditi u kom iznosu je potraživanje stečajnog dužnika naplativo, a ne samo poći od pretpostavke da jeste zbog toga što nad dužnikom nije otvoren stečajni postupak.

Ta praksa je okončana Zakonom o stečaju iz 2009. godine kojim je prebijanje uređeno na novi način. Umesto tradicionalnog liberalnog odnosa prema prebijanju i restriktivne ideje Višeg trgovinskog suda, Zakon o stečaju je pokušao da pronađe srednje rešenje tako što bi dozvolio prebijanje, oslanjajući se na opšta pravila iz Zakona o obligacionim odnosima, ali ga je ograničio vremenski (pravo na prebijanje mora da nastane pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka) i procesno (potraživanje se mora prijaviti po pravilima stečajnog postupka) (Radović 2017, 669–670).[32] Time je srpski zakonodavac odlučno odstupio od favorizovanja prebijanja u stečaju i zaštitio, doduše na veoma arbitraran način, načelo jednakog položaja stečajnih poverilaca. Prebijanje je takođe isključeno u slučaju nesavesnosti

[32] Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS* 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018, čl. 82.

poverioca, ukoliko je potraživanje prema stečajnom dužniku stekao šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka znajući da je dužnik insolventan ili ako su uslovi za prebijanje stečeni pravni poslom koji se može pobijati u stečaju.[33] Poverilac insolventnog dužnika ne sme imati mogućnost da svoje potraživanje, za koje se pretpostavlja da neće biti naplaćeno u celini, ustupi dužniku insolventnog dužnika i tako mu omogući da prebijanjem namiri celo potraživanje jer bi to ugrožavalo interese drugih stečajnih poverilaca (Radović 2017, 675–676). I ovde važi ideja da treba zaštititi poverenje u mogućnost prebijanja, a ne pokušaj da se omogući prebijanje kada je već postalo izvesno da potraživanje neće biti naplaćeno u celini. Prebijanje, naravno, nije isključeno ako potraživanje stečajnog poverioca nastane tokom sumnjivog perioda, ali na osnovu pravnih činjenica koje su već postojale, na primer, ako stečajni poverilac stekne potraživanje odlukom stečajnog upravnika o ispunjenju neizvršenog ugovora ili pobijanjem pravne radnje u stečaju (Radović 2017, 676–677).[34]

Zakon o stečaju napušta tradicionalno pravilo o *ipso iure* prebijanju potraživanja koja do časa otvaranja stečajnog postupka ispune uslove za prebijanje te zahteva da se stečajnom sudu dostavi prijava celokupnog potraživanja koje se želi istaći u prebijanje, kao i izjava o prebijanju.[35] Time se prebijanje u stečaju, na neki način, približava koncepciji Zakona o obligacionom odnosu o prebijanju na osnovu jednostranog pravnog posla (Radović 2017, 678), ali se ipak održava kao posebna pravna ustanova ili kao posebna vrsta prebijanja jer stečajni poverilac ne može da ostvari prebijanje vansudski, kao što je predviđeno pravilima Zakona o obligacionim odnosima, već mora da učestvuje u stečajnom postupku, da prijavi svoje potraživanje i da stečajnom sudu dostavi izjavu o prebijanju. Ako to ne učini, stečajni poverilac konačno gubi pravo na prebijanje i ne može ga nikako ostvariti.

Pravila Zakona o stečaju svrstavaju srpsko pravo među pravne sisteme u kojima se prebijanje u stečaju reguliše na osnovu opštih pravila o prebijanju koja važe za solventna lica (očuvanje prava na prebijanje) uz značajna ograničenja koja služe zaštiti stečajne mase i interesa stečajnih poverilaca (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Isključenje prebijanja za potraživanja koja su stečena prema stečajnom dužniku u toku određenog sumnjivog perioda (*look-back period*) takođe je uobičajeno u uporednom pravu (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Može se zaključiti da prebijanje u stečaju nije u

[33] Zakon o stečaju, čl. 83.

[34] Zakon o stečaju, čl. 83, st. 2.

[35] Zakon o stečaju, čl. 82, st. 2.

celini drugačija ustanova od prebijanja između solventnih lica, ali jeste posebna vrsta ili poseban slučaj prebijanja koji je opterećen dodatnim materijalnopravnim i procesnopravnim uslovima.

7. ZAKLJUČAK

Ustanova prebijanja uređena je u srpskom pravu odredbama koje ne zaostaju za rešenjima koja su prihvaćena u drugim evropskim i svetskim pravnim sistemima. Po jedinstvenoj materijalnopravnoj koncepciji prebijanja, srpsko pravo sledi tradiciju kontinentalnoevropskog prava, dok se po načinu na koji se prebijanje ostvaruje svrstava u germanski pravni krug. Pravila Zakona o obligacionim odnosima u velikoj meri nalikuju pravilima nemačkog Građanskog zakonika, najpre po tome što se prebijanje ostvaruje jednostranim adresovanim pravnim poslom sa retroaktivnim dejstvom. Takvo rešenje je prihvaćeno i u drugim sistemima koji pripadaju ili su bliski germanskoj pravnoj porodici, kao što su austrijski, švajcarski i holandski. To je očigledna prednost srpskog prava jer je drugi sistem prebijanja (prebijanje po sili zakona), koji je bio predviđen u Napoleonovom zakoniku, pokazao brojne manjkavosti u praktičnoj primeni, pa je konačno morao da bude napušten.[36] Srpsko pravo odstupa od vodećih akademskih predloga optimalnog uređenja ustanove prebijanja (Zimmermann 1999, 739) samo u tri važna aspekta: 1) izjava o prebijanju deluje retroaktivno, a ne samo za budućnost (što je uostalom problem i u većini drugih pravnih sistema); 2) prebijanje se uslovljava dospelošću oba potraživanja, što nije logično u sistemu jednostranog prebijanja na osnovu pravnog posla (dovoljno je da lice koje želi da se oslobodi obaveze ima pravo da tu obavezu ispuni, a nije neophodno da ona bude dospela); 3) prebijanje u parničnom postupku, prema vladajućem shvatanju u sudskoj praksi, podleže posebnim pravilima, čime se podriva ideja o prebijanju kao jedinstvenoj ustanovi materijalnog prava. Naše pravo nije, dakle, daleko od optimalnog uređenja ustanove prebijanja.

Za prebijanje u stečaju, koje je vrlo različito uređeno u raznim pravnim sistemima, srpsko pravo prihvata vladajuću koncepciju da otvaranje stečajnog postupka ne gasi pravo na prebijanje koje se zasniva na opštim pravilima, ali se prebijanje može ostvariti samo pod dodatnim i značajno restriktivnijim uslovima. U tome je srpsko pravo odstupilo od tradicije nemačkog i austrijskog prava koju je ranije sledilo (Radović 2017, 670). Imajući u vidu

[36] Od novela iz 2016. godine, francusko pravo prihvata prebijanje na osnovu jednostranog pravnog posla s retroaktivnim dejstvom (Hubert 2018, 204).

ozbiljnu kritiku koja je upućena retroaktivnom dejstvu izjave o prebijanju i uopšte ideji o potrebi zaštite pouzdanja u mogućnost prebijanja, možda je to korak u pravom smeru. U svakom slučaju, ograničavanje mogućnosti prebijanja pogoduje načelu jednakog položaja stečajnih poverilaca, koje predstavlja osnov stečajnog prava.

Zakon o obligacionim odnosima, 44 godine nakon usvajanja, i dalje pruža čvrstu osnovu srpskom građanskom pravu, a odredbe koje se tiču prebijanja sigurno spadaju među njegove najuspelije delove. U njima su postavljena jasna i praktična pravila čija je korisnost već bila dokazana u drugim pravnim sistemima. Prvi korak ka tom zakonodavnom uspehu učinio je Mihailo Konstantinović kada je, uprkos svom francuskom pravničkom obrazovanju, doneo ispravnu odluku da prihvati savremeno rešenje, čiji je najpoznatiji primer sadržan u nemačkom Građanskom zakoniku. Pravila o prebijanju koja je on predložio u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima prihvaćena su u velikoj meri u Zakonu o obligacionim odnosima, a ona koja nisu prihvaćena, odbijena su iz opravdanih razloga (kao što je zahtev likvidnosti potraživanja i odredba o sudskoj kompenzaciji nelikvidnih potraživanja). Tako su redaktori Zakona o obligacionim odnosima prihvatili i unapredili koncepciju prebijanja koja je bila predložena u Konstantinovićevoj Skici.

Sledeći korak napred mogla bi da bude temeljna reforma pravila o prebijanju koja bi nastala kada bi se prihvatilo pravilo da izjava o prebijanju ostvaruje dejstvo samo za budućnost, što bi uticalo na prebijanje zastarelim potraživanjem, na prebijanje ustupljenim potraživanjem i na pravila stečajnog postupka. Takvo pravilo bi pogodovalo pravnoj sigurnosti, bilo bi jednostavno i logično, a ubojito dejstvo prebijanja bilo bi umanjeno. U pravnoj teoriji odavno je primećeno da *ex nunc* dejstvo bolje odgovara ciljevima prebijanja i da je pravičnije u odnosu između čija se potraživanja gase. Povratno dejstvo izjave o prebijanju odoleva akademskim napadima zahvaljujući svojoj tradiciji i inerciji zakonodavstva i pravne prakse. Ono je prihvaćeno u najvećem broju evropskih pravnih sistema. To ipak nije razlog, naročito ako se tendencija razvoja prava okrene u korist *ex nunc* dejstva, da srpsko pravo ostane pri postojećem rešenju.

Srpski pravnici bi opravdano mogli da odstupe od zahteva da prebijanjem mogu da prestanu samo dospela potraživanja jer je u sistemu prebijanja na osnovu jednostranog pravnog posla dovoljno da potraživanje strane koja izjavljuje prebijanje bude prinudno izvršivo, dok je za potraživanje druge strane dovoljno da bude plativo. Tome se, međutim, isprečuje jasna zakonska odredba koja izričito postavlja uslov da oba potraživanja moraju biti dospela. Ona bi mogla da se zaobiđe, kao što je to učinjeno u francuskom pravu, idejom da dužnik može da se odrekne zaštite koju mu pravo pruža i da odluči da isplati svoj dug pre njegove dospelosti.

Na kraju se može reći da je prebijanje u parničnom postupku najslabija tačka srpskog prava i pitanje koje će se javljati i stvarati dileme sve dok konačno u pravnoj teoriji i sudskoj praksi ne prevlada jedna jasna i dosledna koncepcija. Nije poželjno da dejstva prebijanja u jednom pravnom sistemu budu drastično različita zavisno od toga da li je prebijanje ostvareno vansudskom izjavom ili je prvi put istaknuto u prigovoru pred sudom jer je u oba slučaja reč o suštinski istoj ustanovi s istim ciljevima. Srpska pravnička javnost treba da prihvati materijalnopravnu koncepciju prebijanja i da napusti praksu koja je sudskoj odluci o prebijanju priznavala konstitutivno *ex nunc* dejstvo. Time bi srpsko pravo ostalo pri koncepciji prebijanja kao jedinstvene ustanove materijalnog prava, što bi pogodovalo pravnoj sigurnosti i odgovaralo logici sistema koji je postavljen u Zakonu o obligacionim odnosima.

LITERATURA

[1] Berger, Klaus Peter. 1996. *Der Aufrechnungsvertrag*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

[2] Bydlinski, Peter. 1996. Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen: Wirklich kein Änderungsbedarf?. *Archiv für die Civilistische Praxis* 196: 276–304.

[3] Coester-Waltjen, Dagmar. 1990. Die Aufrechnung im Prozeß. *Jura* Heft 1: 27–31.

[4] Coester-Waltjen, Dagmar. 2004. Aufrechnung bei Abtretung. *JURA* Heft 6: 391–395.

[5] Gernhuber, Joachim. 1994. *Die Erfüllung und ihre Surrogate*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

[6] Grunsky, Wolfgang, Florian Jacoby. 2018. *Zivilprozessrecht*. München: Vahlen.

[7] Heller, Arne. 2007. Der Ausschluss der Aufrechnung. *Archiv für die Civilistische Praxis* 207: 456–490.

[8] Hubert, Olivier. 2018. France. 203–215. *Set-off Law and Practice*, eds. William Johnston, Thomas Werlen, Frederick Link. Oxford: Oxford University Press.

[9] Johnston, William, Thomas Werlen, Frederick Link. 2018. Introduction. 1–7. *Set-off Law and Practice*, ed. Johnston, William, Thomas Werlen, Frederick Link. Oxford: Oxford University Press.

[10] Looschelders, Dirk. 2018. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. München: Vahlen.

[11] Loza, Bogdan. 1983. Prebijanje (kompenzacija). 1090–1101. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.

[12] Pluta, Maximilian. 2009. *Insolvenzaufrechnung und der Grundsatz der par conditio creditorum*. Bielefeld: Gieseking.

[13] Schwarz, Günter Christian. 2003. Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung. *Archiv für die civilistische Praxis* 203: 241–281.

[14] Zimmermann, Reinahrd. 2012. Set-off. 1554–1558. *The Max Planck Encylcopaedia of European Private Law*, eds. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Rainhard Zimmermann. Volume II. Oxford: Oxford University Press.

[15] Zimmermann, Reinhard. 1999. Die Aufrechnung: Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht. 707–739. *Festscrift für Dieter Medicus: zum 70. Geburtstag*. Köln – Berlin – Bonn – München: Carl Heymanns Verlag.

[16] Vukotić, Miloš. 2020. *Nasledivost prava na naknadu neimovinske štete*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[17] Jakšić, Aleksandar. 2007. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik.

[18] Jakšić, Aleksandar. 2021. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[19] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.

[20] Marković, Lazar. 1997. *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.

[21] Pavić, Vladimir. 2/2005. Protivtužba i kompenzacioni prigovor u arbitražnom sporu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 53: 145–160.

[22] Poznić, Borivoje. 3–4/1985. Protivtužba u arbitražnom sporu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 33: 421–425.

[23] Radišić, Jakov. 2008. *Obligaciono pravo*. Beograd: Nomos.

[24] Radović, Vuk. 2017. *Stečajno pravo*. Knjiga prva. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

[25] Spasić, Slobodan. 2003. Kompenzacija (prebijanje) potraživanja iz ugovora u privredi u praksi trgovinskih sudova. 213–239. *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 3. Beograd: Službeni glasnik.

Miloš VUKOTIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

AN OUTLINE OF THE RULES ON SET-OFF IN SERBIAN LAW

Summary

This article contains a critical review of rules on set-off in Serbian legislation and court practice. The author provides a comprehensive overview of this institution by answering the main issues which arise in connection to set-off from the perspective of Serbian law. The research takes into account leading academic proposals for regulating set-off, as well as legislation, experience and academic discussions from legal systems which are closely related to Serbian law and may serve as a model. The author concludes that the Serbian Obligations Act provides adequate and clear rules, but that the accepted concept of set-off is being abandoned in European legal theory, which should be a reason to contemplate its fundamental reform. As the weakest point of Serbian rules on set-off, the author underlines set-off in judicial proceedings which has developed into a special type of set-off and undermined the idea of a unified substantive law of set-off.

Key words: *Set-off. – Compensation of claims. – Performance. – Security right. – Termination of obligations*.

Article history:
Received: 14. 10. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.4(497.1)

CERIF: S 130, S 150

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK15A

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*.

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.[1]

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[2] 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.[3]

---

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

[2] 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.

[3] 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[4], 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 prenaglašeno i pojednostavljeno odbacivanje svakog voluntarizma odgovara

[4] Gesten 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 urede po svojoj volji.“[5]

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 filosofski 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, Vodinelić 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; Vodinelić 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.“[6] 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.

---

[5] 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).

[6] 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...“[7]

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“.[8]

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.

---

7 ZOO, čl. 20.

8 *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 preispitivaće 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 spesialis* 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,[9] ali će se primeniti i imperativna pravila ZOO, pa i nekog trećeg zakona, na primer, o sposobnosti ugovaranja.[10]

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*.

---

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

[10] 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[11], 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[12], naknada štete.[13] 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".[14] Moguća je i druga građanskopravna sankcija koja je, zapravo, modalitet, odnosno izuzetak od pravila o nevažnosti ugovora, na primer, konvalidacija[15] ili konverzija.[16] Specifična građanskopravna sankcija je prekluzija, gubitak (određenih vrsta – Vodinelić 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.[17] 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

[11] 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...".

[12] ZOO, čl. 104; Skica, čl. 85.

[13] Skica, čl. 87; ZOO, čl. 108.

[14] ZOO, čl. 27, st. 2; Skica, čl. 1, st. 2.

[15] Tako ZOO, čl. 73.

[16] Skica, čl. 83; ZOO, čl. 106.

[17] 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[18] 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.[19] 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

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

[19] 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.[20] 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...“[21]; slična je i za izostanak saglasnosti date zastupniku pravnog lica da zaključi neki ugovor kada se ta saglasnost zahteva.[22]

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 odrediva. – Kad je predmet obaveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv, ugovor je ništav.“[23] 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,[24] 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.[25] 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.

---

[20] Videti u prilog prihvatanju pojma nepostojećih ugovora u zaključku studije Dolović 2021, 237–239.

[21] ZOO, čl. 70, st. 1.

[22] 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.

[23] ZOO, čl. 46, st. 2 i 4.

[24] 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).

[25] 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 *predme*t 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.“[26] 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.“[27] 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.“[28]

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.“[29] 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: „Ostavoprimac je dužan vratiti stvar čim je ostavodavac zatraži i to sa svim plodovima ili drugim koristima od stvari.“[30] Ili: „Zakupodavac je dužan održavati stvar u ispravnom stanju za vreme trajanja zakupa i radi toga vršiti potrebne opravke na njoj.“[31] Mogu li

[26] ZOO, čl. 486, st. 2.

[27] ZOO, čl. 270, st. 3.

[28] ZOO, čl. 455.

[29] ZOO, čl. 474.

[30] ZOO, čl. 718, st. 1.

[31] 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[32] 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[33] 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

[32] Rešenje Vrhovnog suda Srbije Prev. 295/99 od 19. januara 2000.

[33] 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."[34] 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[35], 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.

[34] Privredni apelacioni sud Pž. 2603/2013 od 25. septembra 2013, navedeno prema Živković 2018, 24.

[35] 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 k*apare."[36]

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 *udvojen*o vraća."[37]

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 komentarisan (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.

---

[36] ZOO, čl. 80, st. 2.

[37] ZOO, čl. 83, st. 2.

Prvostepeni sud je tužbu odbio, našavši da su odredbe o kapari dispozitivnog karaktera[38], da su stranke mogle i jesu ugovorile drugačije. Privredni apelacioni sud kao drugostepeni tu je odluku preinačio usvojivši tužbeni zahtev.[39] 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, braneći 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.[40]

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.

---

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

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

40 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.[41] 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* – Maroštuk 2015, 88).

Kada stranke ugovore jednu od tih ustanova[42], 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

[41] 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.

[42] „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[43] 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[44] 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).[45] 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.“[46] 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

---

[43] Videti razliku između izjava i garancija u američkom i britanskom pravu u Mišković 2019, 338.

[44] 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.

[45] 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.

[46] 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).[47] 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.[48] 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[49], redaktori ZOO je nisu prihvatili, pa bi za iznalaženje odgovarajućih pravnih normi kojima se taj ugovor uređuje bila potrebna nova kvalifikacija.[50]

Suština 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 protivureči činjenica da kod put opcije ugovor tek treba zaključiti, potrebne su saglasne izjave volja obe strane.

---

[47] 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.

[48] 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).

[49] Skica, čl. 30.

[50] Opcioni ugovori su prihvaćeni u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije, čl. 189, *Branič* 3/2018.

Najviše argumenata ima za tezu da je u pitanju predugovor.[51] Ako je taj predugovor punovažan, ako, između ostalog, sadrži sve bitne elemente budućeg glavnog odnosno konačnog ugovora (Hiber 2018, 62–64)[52], 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".[53] Prema Zakonu o obligacionim odnosima, predugovor se zaključuje u formi glavnog ugovora.[54] Zakonom je predviđeno i da „zahtev zakona da ugovor bude zaključen u određenoj formi važi i za sve buduće izmene ili dopune ugovora".[55] 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.[56]

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

---

[51] ZOO, čl. 45, st. 1: „Predugovor je takav ugovor kojim se preduzima obaveza da se docnije zaključi drugi glavni ugovor."

[52] 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."

[53] ZPD, čl. 175, st. 1.

[54] ZOO, čl. 45, st. 2.

[55] ZOO, čl. 67, st. 2.

[56] 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)[57] 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.[58] 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).[59]

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.[60] 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".

---

[57] Videti stav da li su pitanju jedna ili dve ustanove u Mišković 2019, 338.

[58] 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.

[59] Nemački Građanski zakonik, izmena iz 2002. godine, čl. 309, st. 1, t. 5. Videti i Medicus 2002, 217.

[60] 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).[61]

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[62], 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

[61] 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.

[62] 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" (Vodinelić 2012, 526). Arbitraža je, smatramo, pogrešila.

U primeni ustanova *Representations and Varanties* koje su unete u ugovor za koje merodavno pravo Srbije otvora 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 koliku 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".[63] 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 *liqudated 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*[64] (Pinto-Monteiro 731; Hiber, Živković 2015, 450–452 i 460–462). U pravu Srbije, međutim,

[63] ZOO, čl. 265, st. 1.

[64] 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 *liqudated damages* nema. Dugovati određeni iznos zbog neizvršenja ugovorne obaveze, nezavisno od prouzrokovane štete, moguće je ugovoranjem ugovorne kazne, ali ugovaranje *Representations and Varanties* 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 *liqudated 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*. 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] 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] Maroštuk, 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. *Contrabution 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] Vasiljević, Mirko. 2019. *Kompanijsko pravo. Pravo privrednih društava*. 11. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[28] Vasiljević, Mirko. 2001. *Poslovno pravo*. Beograd: Udruženje pravnika 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.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.447.63(497.1)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK17A

Dr Damjan MOŽINA*

RASKID UGOVORA: SKICA I ZAKON O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Članak sadrži analizu regulisanja raskida ugovora zbog povrede u jugoslovenskom Zakonu o obligacionim odnosima (1978) i njegovom nacrtu, tzv. Skici (1969), koju je pripremio Mihailo Konstantinović. U oblasti raskida ugovora Konstantinović se u Skici ugleda prvenstveno na Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji pokretnih stvari (ULIS 1964), koji je za ono vreme predstavljao modernu regulativu. Osim toga, Konstantinović je u Skicu uvrstio i prestanak ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja ugovora koji savremena zakonodavstva danas više ne poznaju. Regulativa u Skici se ne zasniva na jednoobraznom pojmu povrede ugovora već posebno tretira neispunjenje ugovora (docnju), ispunjenje ugovora s nedostatkom i nemogućnost ispunjenja ugovora. Zakonodavna komisija, koja je prerađivala Skicu očuvala je njenu osnovnu strukturu, uključujući razlikovanje nekoliko vrsta povrede ugovora, a u regulisanju raskida načinila je nekoliko izmena koje, u poređenju sa savremenim uređenjima ugovornog prava, spadaju u nedostatke ZOO.

Ključne reči: *Povreda ugovora. – Raskid ugovora. – Bitna povreda ugovora. – Docnja dužnika. – Nemogućnost ispunjenja ugovora*.

* Profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Slovenija, *damjan.mozina@pf.uni-lj.si*.

1. UVOD

Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) nastao je na osnovu nacrta, takozvane Skice koju je pripremio Mihailo Konstantinović (1969).[1] Skicu je zatim preradilo nekoliko komisija bivše savezne Skupštine pre nego što je ZOO usvojen (1978).[2] Veliki dio Skice čini zanimljiva mešavina rešenja i pristupa iz uporednog prava.[3] Međutim, pošto Skica – osim autorovih kratkih i prilično opštih uvodnih napomena – nije opremljena tumačenjem, nema jasnih odgovora na sva pitanja o tome kakva je bila intencija zakonodavca sa pojedinim odredbama. Pošto ni materijali koji se odnose na kasnije prepravke Skica nisu javno objavljeni, namere pojedinih izmena koje su izvršene u Skici ostale su poznate samo uskom krugu učesnika.

U oblasti ugovornog prava jedan od glavnih izvora na koje se Konstantinović ugledao u Skici jeste Haško jedoobrazno pravo ugovora o prodaji (1964), odnosno Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji pokretnih stvari (ULIS) i Jednoobrazni zakon o zaključivanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe (ULFC),[4] koji su bili prethodnici današnje Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (CISG, 1980). Takođe se može prepoznati i uticaj francuskog prava (*Code civil*), Opštih uzansi za promet robom (1954), nemačkog (BGB) i švajcarskog prava (OR) i nekih drugih pravnih poredaka.[5]

Svrha ovog rada je da predstavi regulisanje raskida ugovora zbog povrede u Skici i ZOO.[6] To je jedan od glavnih instituta ugovornog prava, tačnije pravnog regulisanja smetnji pri ispunjenju ugovora. Ako jedna strana ne ispuni svoje ugovorne obaveze, druga strana nije dužna da u nedogled ostaje u takvom ugovoru, nego pod određenim uslovima može da postigne njegov prestanak, s tim da se rastereti i svoje obaveze. U radu pokušavam da kritički analiziram regulativu u Skici i izmene koje su bile izvršene u ZOO.

Najpre valja upozoriti da je evaluacija Skice i ZOO u ovom trenutku pomalo nezahvalna jer se od njihovog nastanka ugovorno pravo – naročito njegov uporednopravni aspekt – intenzivno razvijalo. Već dve godine nakon

---

1 Konstantinović 1969.

2 Videti Slijepčević 1988, 1429–1448.

3 Видети Tot 2022a, 3.

4 Konvencija o jednoobraznom zakonu o međunarodnoj prodaji robe (Convention relating to a uniform Law on the International Sales), Hag, 1. jul 1964, čiji su deo bili ULIS i ULFC.

5 Videti Tot 2022a, 12 i sl.

6 Deo teksta je starijoj verziji objavljen u Možina 2020, 134.

usvajanja ZOO u Beču je usvojena Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (CISG, koja je u poređenju sa svojom prethodnicom (ULIS) donela neka znatna unapređenja. Kasnije su se razvili i moderni modeli zakona, kakvi su Principi evropskog ugovornog prava (PECL)[7] ili Principi UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore,[8] koje je, zajedno s bogatom pratećom literaturom danas moguće uzeti kao osnovu za analizu, a u periodu nastajanja Skice i ZOO ih još nije bilo. U radu nisu razmatrana pravila zaštite potrošača ni odredbe o izmenjenim okolnostima.

2. OBELEŽJA REGULISANJA POVREDE UGOVORNIH OBAVEZA U SKICI I ZOO

Da bi se razumelo regulisanje prestanka ugovora zbog povrede obaveza u Skici i ZOO, najpre treba ukratko predstaviti osnovna obeležja njihovog regulisanja poremećaja u ispunjenju ugovora.

Sistem odredaba u Skici i ZOO, u kojima se razmatraju smetnje pri ispunjenju ugovornih obaveza, ne zasniva se na jednoobraznom pojmu povrede ugovora.[9] I u Skici i u ZOO razlikuju se neispunjenje odnosno docnja i ispunjenje sa materijalnim ili pravnom nedostatkom.[10] Razlika je posebno izoštrena u slučaju bitno različitih vremenskih okvira za poveriočeva prava, uključujući raskid ugovora, gde istupa izrazito nesrećna i uporednopravno jedinstvena kombinacija kratkih i strogih vremenskih okvira odgovornosti prodavca (dužnika) za materijalne nedostatke, koja je karakteristična za jugoslovensko obligaciono pravo.[11] Razlika između docnji u plaćanju i jemstvenih sankcija bila je karakteristična uglavnom za one pravne poretke

---

7 Lando, Beale 2000.

8 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2016.

9 Pojam „povrede ugovora“ znaju i Skica i ZOO, ali ga ne primenjuju dosledno. Videti čl. 211, st. 1, 2 i 4 Skice, kao i čl. 266, st. 1, 2, 3 i 4 ZOO.

10 Videti čl. 89 Skice odn. čl. 121 ZOO, kao i čl. 407 Skice i čl. 479 ZOO.

11 Odnosi se prvenstveno na šestomesečni jemstveni rok iz čl. 482, st. 2 ZOO, koji je prekratak jer se u ovom trenutku brojni nedostaci uopšte ne mogu pokazati. U literaturi rok važi za prekluzivni (videti npr. Kapor 1983, 1297), iako ga je ugovorom moguće izmeniti. Jemstveni rok koji je predlagan u čl. 410, st. 3 Skice iznosio je dve godine od dostavljanja. Kombinacija iz čl. 500, st. 1 ZOO s najdužim rokom od godinu dana za ostvarivanje prava je izrazito nesrećna i prema poveriocu nerazumljivo stroga. Zbog naslova iznad člana („Gubitak prava“) rok važi isto tako za prekluzivni (Kapor, u Blagojević, Krulj 1983, 1317). Primena prekluzivnih rokova, zajedno s njihovim karakteristikama, posebno razmatranjem po službenoj dužnosti i nemogućnošću prekida i mirovanja u poziciji u kojoj je reč o čisto privatnopravnom

koji su – polazeći od tradicije rimskog prava – regulisali odgovornost u opštem ugovornom pravu, koje se zasnivalo na principu krivice, za razliku od odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke, gde je važila stroga objektivna odgovornost čija su protivteža bili kratki vremenski okviri.[12] Skica i ZOO su načinili važan korak ka ujedinjenju jer su odštetnu odgovornost u oba slučaja formulisali jednoobrazno,[13] da bi onda – bez prave potrebe – pooštrili vremenske okvire odgovornosti prodavca. Treći posebno regulisan poremećaj u ispunjenju ugovora je (naknadna) nemogućnost izvršenja ugovorne obaveze. Ako do neispunjenja obaveza dođe zbog toga što je ispunjenje postalo (objektivno) nemoguće, nastupa poseban sistem sankcija zbog nemogućnosti.[14]

Iako se to ni u Skici ni u ZOO ne reguliše direktno, kao posebnu kategoriju moguće je razlikovati i povredu sporednih obaveza.[15] Dužnost poverioca da sarađuje u ispunjenju dužnika uglavnom se ne smatra stvarnom (izvršnom) dužničkom obavezom već obavezom niže kategorije, čija povreda ima pravne posledice, obuhvaćene institutom docnje poverioca.[16]

Opisani pristup Skice i ZOO bitno je drukčiji od pristupa u savremenim sistemima ugovornog prava, u kojima je pojam povrede ugovora jednoobrazan („non-performance“) i obuhvata svako odstupanje postupaka izvršenja od usklađenosti s ugovorom.[17] U pojam povrede i sistem pravnih lekova

---

odnosu u kome nije posebno izražen javni interes, nije primerena. Poveriočev pravni položaj je u odnosu na uporedive položaje u ugovornom pravu nesrazmerno ograničen. Videti: Možina 2007, 9.

[12] Više u Možina 2006a, 245 i sl.

[13] Videti opštu odredbu o rasterećenje odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora u čl. 208 Skice i čl. 263 ZOO.

[14] Videti čl. 309–311 Skice (nastupanje nemogućnosti) i čl. 105 i 106 Skice (posledice po dvostrani to jest uzajamni ugovor). Isto važi za ZOO, čl. 354–356 i čl. 137 i 138.

[15] Skica priznaje sankcije za povredu sporednih obaveza, u prvom redu odštetne. Videti, na primer, čl. 449–451. ZOO naknadom štete sankcioniše i opštu ugovornu informacionu dužnost. Videti čl. 268 ZOO. Razlikujemo samostalne i nesamostalne sporedne obaveze s obzirom na to da li se mogu ostvariti samo zajedno s glavnom obavezom ili samostalno. Videti Možina 2005, 433.

[16] Svrha docnje poverioca (čl. 276–285 Skice, čl. 326–335 ZOO) jeste da se dužnik rastereti posledica povrede ugovora za koje ne odgovara on, već poverilac. Pošto dužnost saradnje nije utuživa, ako to nije posebno odgovoreno, čini se poveriočeva dužnost nadoknade štete pomalo neobična. Videti čl. 276, st. 3 Skice i čl. 326, st. 3 ZOO.

[17] Videti čl. 1:301 (4) Principa evropskog ugovornog prava (PECL) i čl. 7.1.1. Principa UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore (PICC).

uključene su i povrede sporednih obaveza i povrede dužnosti sarađivanja. Takođe, regulisanje poveriočevih pravnih lekova je jednoobrazno, odnosno bitno jednoobraznije, a pre svega preglednije.[18]

Sledeća karakteristika regulisanja smetnji za izvršenje u Skici je ozbiljan nedostatak transparentnosti regulacije u opštem delu ugovornog prava. Nijedno poglavlje, odnosno deo nije posvećen povredi ugovornih obaveza. Kakva su pravna dejstva dužnikove povrede ugovora, to jest kakva prava ima tada poverilac, nije uvek jednostavno utvrditi. Pravna dejstva povrede su rasuta po Skici (odn. ZOO). To naročito važi za najčešću i najvažniju povredu ugovora – docnju dužnika. Iako čl. 324 Skice nosi naslov „Dejstvo dužnikove docnje", u njemu se govori samo o odštetnoj odgovornosti (koja je inače već predviđena u prvom odeljku drugog dela zakona pod naslovom „Dejstva obaveza", u čl. 206, st. 1 Skice) i o nemogućnosti rasterećenja iz razloga više sile (odgovornost za nesrećan slučaj). Pravo da se zadrži sopstveno ispunjenje ugovora (prigovor neispunjenog ugovora) uređeno je u VI poglavlju o „dvostranim" (bolje: uzajamnim) ugovorima (čl. 90 Skice). U tom poglavlju regulisana je i jedna od ključnih posledica docnje dužnika: poveriočevo pravo da raskine ugovor, čl. 93–102 Skice. Pošto u tim odredbama nema govora o dužnikovoj docnji već samo o neispunjenju ugovora, i odnos između ta dva pojma nije na prvi pogled jasan. Dalje, dužnost naknade štete (čl. 206–214 Skice) regulisana je u drugom delu zakona („Dejstva obaveza"), kao i ugovorna kazna (čl. 215–222 Skica) i dužnost plaćanja „zakonske kamate" u slučaju docnje sa ispunjenjem novčane obaveze (čl. 223–225 Skice). Skica je preglednija u pogledu poveriočeve docnje, a koji se po značaju ne može porediti s dužnikovom docnjom.[19] Preglednije je i regulisanje prava kupca u slučaju materijalnih nedostataka (posebni deo).[20]

U Skici se ne definišu ni neki ključni pojmovi za koje se vezuju pravna dejstva, naročito pojam neispunjenja, što s obzirom na razlikovanje pretpostavki i pravnih dejstava neispunjenja i ispunjenja sa nedostatkom sigurno ne doprinosi jasnoći pravnog položaja.

Sve rečeno u vezi s nepreglednošću i nekim nedefinisanim ključnim pojmovima važi i za ZOO, iz kojeg je, u odnosu na Skicu, isključena i odredba o posledicama docnje; ostao je još samo pojam dužnikove docnje.[21]

---

[18] Videti poglavlje 8 PECL i poglavlje 7 PICC.

[19] Videti čl. 276–285 Skice.

[20] Videti čl. 416 Skice.

[21] Videti čl. 324 (dužnikova docnja), čl. 122 (prigovor neispunjenja ugovora), čl. 124–132 (raskid ugovora zbog neispunjenja), čl. 262–279 (naknada štete, ugovorna kazna, zatezne kamate). Valja napomenuti da je ZOO, u poređenju sa Skicom, napustio tzv. subjektivni koncept docnje koji sada nastupa objektivno bez

3. RASKID ZBOG NEISPUNJENJA I ISPUNJENJA UGOVORA SA MATERIJALNIM ILI PRAVNIM NEDOSTATKOM

3.1. Pretpostavke za raskid

U savremenom ugovornom pravu je, u smislu pretpostavki za raskid ugovora, široko prihvaćena kombinacija dva pristupa: prvo, da povreda dužnika mora dosegnuti određenu težinu (intenzivnost), da poverilac može da poništi ugovor, što izražava pojam bitne povrede ugovora i, drugo, da poverilac, kada dužnikova povreda ne dostiže tu težinu, ugovor može da raskine nakon što je dužniku postavio razuman dodatni rok i taj rok je istekao (tzv. *Nachfrist* iz nemačkog prava).[22] Dodatni rok ne treba odrediti ako je očigledno da ugovor i u dodatnom roku neće biti ispunjen.[23] Takav pristup je karakterističan, recimo, za CISG i PECL.[24]

Takav pristup je Konstantinović i predložio u Skici, a pri tome je sledio regulacije u ULIS-u: poverilac ugovor može odmah raskinuti samo ako je povreda ugovora bila bitna, „*ako je strana koja je povredila ugovor znala, ili je morala znati, u vreme zaključenja ugovora, da razumno lice istog svojstva, kad bi bilo u istoj situaciji u kojoj je bila druga strana, ne bi zaključilo ugovor da je bilo predvidelo tu povredu i njena dejstva*“.[25] U slučaju docnje s ispunjenjem (neispunjenjem) ugovora bitnu povredu može predstavljati neispunjenje ugovora u određenom roku, a u slučaju materijalnog nedostatka, ona je morala predstavljati bitnu povredu ugovora u smislu težine nedostatka ili značaja ispunjenja bez nedostatka u određenom roku.[26] U Skici je inače pravo raskida uže nego u ULISU-u, kojim je raskid omogućen, na primer, i ako je neispunjenje ugovora na određenom mestu predstavljalo bitnu povredu.[27] U CISG-u je pravo raskida predviđeno znatno šire: raskid je moguć ako povreda bilo koje obaveze druge strane znači bitnu povredu ugovora,[28] a ona

obzira na dužnikovu odgovornost, a ona se utvrđuje u okviru pitanja restitucije. Izmena je opravdana jer je objektivni koncept docnje primereniji. Za poveriočevu docnju videti čl. 325–335 ZOO, a za prava kupca u slučaju materijalnog nedostatka čl. 488 ZOO.

22 Videti, na primer, Kleinschmidt 2018, čl. 9:301, t. 3, 7 i 22.

23 Videti čl. 97 Skice.

24 Videti čl. 49, 64 i 25 CISG; čl. 9:103, 8:106 i 8:103 PECL. Up. čl. 7.3.1 PICC.

25 Videti čl. 95 Skice.

26 Regulisanje u Skici je inače nešto sažetije nego u ULIS-u. Videti čl. 94, čl. 95 i čl. 417, st. 1 Skice; kao i čl. 10, 26, 27, 43, 45, 49 ULIS.

27 Videti čl. 32 ULIS.

28 Videti čl. 49 I lit. a i čl. 64 I lit. a CISG.

je i nešto drugačije definisana nego u ULIS-u.[29] Ako povreda nije bila bitna, poverilac koji je želeo da poništi ugovor morao je najpre da odredi razuman dodatni rok.[30]

U ZOO je formulacija izmenjena. Ideja bitne povrede ugovora kao pretpostavke za raskid nije bila prihvaćena. Definisanje bitne povrede je precrtano. Uprkos izmeni teksta, ZOO je u opštem delu ipak očuvao ideju iz Skice i predvideo raskid bez odlaganja u slučaju da ispunjenje ugovora u određenom roku predstavlja „bitni sastojak ugovora".[31] Da je ispunjenje ugovora u određenom roku bitan sastojak, odnosno da kasnije ispunjenje ugovora za poverioca ne dolazi u obzir, može proisteći iz sporazuma strana ili iz prirode ugovora.[32] U ZOO je, dakle, možda sledeći § 376 (1) nemačkog HGB, raskid zbog neispunjenja ugovora predviđen u slučaju tzv. fiksnog posla. Formulacija („bitan sastojak ugovora") inače nije najsrećnija jer je zakon primenjuje i prilikom zaključivanja ugovora (čl. 26 ZOO), gde bitni sastojci ugovora nastupaju kao kriterijum dovoljnog konsenzusa koji mora obuhvatati glavne obaveze strana u ugovoru (*essentialia negotii*). Ako ispunjenje ugovora u određenom roku nije „bitan sastojak ugovora", raskid je moguć tek nakon određivanja i isteka odgovarajućeg dodatnog roka.[33]

U slučaju materijalnih nedostataka, kriterijum određene težine povrede, odnosno bitne povrede ugovora u celini je precrtan, očuvan je samo mehanizam naknadnog roka. Raskid je sada u svakom slučaju moguć samo po isteku određenog odgovarajućeg dodatnog roka, a izuzetak je moguć u slučaju kada bi određivanje naknadnog roka bilo očigledno suvišno.[34] Iz odredaba ZOO o neispunjenju ugovora moguće je zaključiti da je trenutni raskid (bez dodatnog roka) u slučaju materijalnog nedostatka moguć i ako je ispunjenje ugovora bez nedostatka u određenom roku bitan sastojak ugovora.

Određivanje odgovarajućeg dodatnog roka namenjeno je tome da dužnik dobije još jednu mogućnost da se ispunjenjem ugovora (odnosno naknadnim ispunjenjem, to jest popravkom ili zamenom robe, ako je reč o materijalnom nedostatku) ipak izbegne za njega po pravilu manje povoljna odštetna posledica raskida. U tom smislu ima određenu mogućnost da popravi svoje ispunjenje ugovora. U slučaju materijalnog nedostatka kod prodaje,

---

29 Videti čl. 25 CISG.

30 Videti čl. 418 Skice.

31 Videti čl. 125, st. 1 ZOO.

32 Čl. 125, st. 4 ZOO.

33 Čl. 126, st. 1 ZOO.

34 Videti čl. 490 ZOO.

u dodatnom roku može sprečiti raskid ugovora, a ne smanjenje cene, koju kupac može da ostvari odmah – u pogledu sniženja u ZOO se, različito od CISG-a, dužniku ne omogućava da popravi svoje ispunjenje ugovora.[35] Pritom nije najkonzistentniji jer tu mogućnost u vezi sa sniženjem cene pod određenim uslovima predviđa za ugovor o radu.[36]

U skladu sa čl. 131 ZOO ugovor se ne može raskinuti zbog neispunjenja neznatnog dela obaveze. Kriterijum „neznatnosti" ne može se poistovetiti sa kriterijumom bitne povrede ugovora; to je mnogo niži prag. Skica je istovremeno propisivala oba kriterijuma.[37] Prema čl. 473 (3) ZOO ne može se raskinuti ugovor i zbog neznatnog materijalnog nedostatka. Međutim, čini se da koncepti „neznatnosti" iz čl. 131 i čl. 478 (3) ZOO nisu isti: dok zbog neznatnog delimičnog neizvršenja ugovora nije moguće raskinuti ugovor, a poverilac i dalje može da zahteva naknadu štete, neznatan materijalni nedostatak „ne uzima se u obzir", to jest, nema pravne posledice. „Neznatnost" materijalnog nedostatka se stoga tumačiti usko; nedostatke čije otklanjanje zahteva troškove ili utiče na korisnost ili vrednost stvari teško se može smatrati neznatnom.

Posledica otklanjanja pretpostavke bitne povrede ugovora je da je raskid poveriocu (kupcu) dostupan zbog svakog materijalnog nedostatka (koji nije neznatan), to jest i u slučajevima kada nedostatak nije takav da bi kupca sprečio da ostvari glavnu svrhu (koristi), zbog koje je zaključio ugovor. Može se napomenuti, da prenizak prag za raskid poveriocu može omogućiti da se „reši" ugovora iz oportunističkih motiva.[38] Smisao ograničenja raskida na one povrede koje bitno posežu u poveriočev interes je – naročito u slučajevima kada je ispunjenje ugovora već izvršeno – da ugovor po mogućstvu ostaje na snazi, a raskid je *ultima ratio*.[39]

Raskid zbog materijalnog nedostatka je, na osnovu čl. 495, st. 1 ZOO, koji prati formulaciju u ULIS-u i Skici,[40] vezan i za dodatnu pretpostavku: da kupac može da vrati stvar u stanju u kakvom ju je primio. Pravilo ne važi ako je pogoršanje ili uništenje stvari posledica redovnog korišćenja ili ako se ne može pripisati kupcu.[41]

---

[35] Videti čl. 50 CISG. Kao i u ZOO, sniženje cene je nezavisno od mogućnosti dužnika, popraviti ispunjenje ugovora i u PECL, videti čl. 9:401.

[36] Videti čl. 620, st. 1 ZOO.

[37] Videti čl. 95 i 101 Skice.

[38] Kleinschmidt 2018, čl. 9:301, t. 3, 1295.

[39] Müller-Chen 2019, čl. 49, t. 1.

[40] Videti čl. 79 ULIS, čl. 422 Skice; videti i čl. 82 CISG.

Kao što je već rečeno, kod raskida zbog materijalnog nedostatka treba uzeti u obzir i posebne pretpostavke i vremenske okvire jemstvenih zahteva: relevantan materijalni nedostatak može da se pojavi samo u (šestomesečnom) jemstvenom roku,[42] poverilac mora pravilno i pravovremeno da obavesti dužnika o nedostatku,[43] a pravne lekove, uključujući i raskid, moguće je ostvariti samo u posebnom (jednogodišnjem) prekluzivnom roku koji teče od obaveštavanja.[44] Sličan mehanizam predlagao je još Konstantinović u Skici, samo što je jemstveni rok bio znatno duži (dve godine),[45] a iznad odredbe o roku za ostvarivanje zahteva još je bio naslov „Zastarelost".[46] Takvo uređenje jemstvenog roka (dve godine) Skicom je bilo predviđeno i za ugovor o delu, gde je predviđen i duži rok za notifikaciju skrivenih nedostataka,[47] ali ne i duži prekluzivni rok za ostvarivanje zahteva. Različito od ugovora o prodaji, u ZOO se ti rokovi nisu skraćivali i zato su sada jemstveni rokovi u uporedivim položajima bitno različiti. Po uzoru na uređenje ugovora o prodaji, u ZOO je i za ugovore o delu uveden jednogodišnji prekluzivni rok za ostvarivanje zahteva.[48]

Tragove koncepta bitne povrede ugovora je još uvek moguće pronaći u ZOO. Tako je, na primer, u slučaju materijalnog nedostatka u ugovoru o delu, koji ima takvu težinu da je delo neprimenljivo ili je u suprotnosti s izričitim ugovornim sporazumom, moguć trenutni raskid, a u ostalim slučajevima važi pretpostavka određivanja i isteka odgovarajućeg dodatnog roka.[49] U ZOO i inače ima nekoliko slučajeva gde mogućnost raskida zavisni od intenzivnosti zadiranja povrede u poveriočev interes.[50]

---

41 Savremene regulative ne poznaju više takve pretpostavke raskida; eventualne izmene na predmetu ugovora moguće je uzeti u obzir u okviru odštetnog odnosno zahteva za restituciju. Videti, na primer, Kleinschmidt 2018, čl. 9:301, t. 52, 1324.

42 Videti čl. 482, st. 2 ZOO.

43 Dok je još u čl. 410, st. 1 Skice bio predviđen rok od osam dana za notifikaciju skrivenih nedostataka, u čl. 482, st. 1 ZOO je za trgovinske ugovore dodat i rok „odmah".

44 Videti čl. 500, st. 1 ZOO.

45 Videti čl. 410, st. 3 Skice. Za notifikaciju nedostataka videti čl. 409 i 410–411 Skice.

46 Videti čl. 429 Skice. Prekluzivan duži rok za ostvarivanje jemstvenih zahteva je poznavao još ULIS, što se opravdavalo potrebom za jasnoćom i jednoobraznosti u međunarodnoj prodaji, gde bi primena roka zastarevanja zahtevala (nepoželjnu) primenu nacionalnog prava na prekid i mirovanje. U CISG nisu zadržani prekluzivni rokovi, a za zastarevanje u međunarodnoj prodaji robe je 1974. godine zaključena posebna Konvencija o zastarevanju u međunarodnoj prodaji robe.

47 Mesec dana, videti čl. 643 Skice.

48 Videti čl. 616, st. 1 ZOO.

49 Videti čl. 619 ZOO.

Po uzoru na ULIS, u Skici je predviđen i raskid ugovora pre dospeća (tzv. anticipirana povreda ugovora), ako je bilo očigledno da bi se dogodila bitna povreda.[51] To je pratio i ZOO, a odustalo se od kriterijuma bitne povrede ugovora; ugovor je moguće poništiti već ako je očigledno da jedna strana neće ispuniti svoje obaveze iz ugovora (čl. 128 ZOO).

Za raskidanje ugovora sa uzastopnim obavezama u Skici su, po uzoru na ULIS, predviđena posebna pravila: ako se ne ispuni jedna od delimičnih (uzastopnih) obaveza, druga strana može da poništi ugovor i s obzirom na buduće obaveze, ako je moguće opravdano zaključiti da neće biti izvršene.[52] Takav raskid se zasniva na ideji anticipirane povrede ugovora. U principu, neispunjenje jednog dela opravdava raskid ugovora uzimajući u obzir taj deo. Izuzetno je moguće takav ugovor u slučaju neispunjenja jednog dela raskinuti i s retroaktivnim dejstvom: ako poverilac ima interes samo u pogledu celovitog ispunjenja, dakle prema svim delovima zajedno.[53] U suštini, isto pravilo poznaje ZOO u čl. 129. I ta odredba malo podseća na kriterijum bitne povrede ugovora jer raskid zavisi od intenzivnosti zadiranja u poveriočev interes. Zato ne iznenađuje da u suštini odgovara regulisanju u CISG i PECL.[54]

Raskidanje ugovora zbog pravnih nedostataka u Skici je jednostavno: ako ne postupi po zahtevu kupca da oslobodi stvar prava trećeg i treća osoba oduzme stvar kupcu, ugovor se raskida *ipso facto*; a u slučaju ograničenja kupčevog prava, kupac može da bira između raskida ugovora i snižavanja cene.[55] Ako prodavac ne postupi po zahtevu kupca da oslobodi stvar prava trećeg i treća osoba oduzme stvar kupcu, ugovor se raskida *ipso facto*; a u slučaju ograničenja kupčevog prava kupac može ugovor raskinuti ili sniziti cenu. U trgovinskim ugovorima raskidanje je moguće samo ako je povreda bitna. Pravilo o *ipso facto* prestanku ugovora u slučaju potpune evikcije preuzeto je u ZOO, a raskidanje u slučaju ograničenja prava kupca ograničeno

---

50 Videti, na primer, čl. 529, st. 1 Skice i čl. 571, st. 1 ZOO (zakupac može raskinuti ugovor ako potrebne opravke zakupljene stvari ometaju njenu upotrebu u znatnoj meri i za duže vreme). Videti i čl. 460 OZ (kupac koji nije znao da je stvar tuđa, može raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete ako se usled toga ne može ostvariti cilj ugovora).

51 Videti čl. 76 ULIS i čl. 99 Skice.

52 Videti čl. 75 ULIS i čl. 100, st. 1 Skice.

53 Čl. 100, st. 2 Skice.

54 Videti čl. 73 CISG i čl. 9:302 PECL. Videti i čl. 75 ULIS.

55 Videti čl. 438, st. 1 Skice.

na položaj kada kupac zbog toga ne može da ostvari svrhu ugovora.[56] I taj kriterijum pomalo podseća na kriterijum bitne povrede ugovora jer je raskidanje moguće samo usled određene intenzivnosti povrede. Posebno pravilo za trgovinske ugovore je u ZOO precrtano.

3.2. Mehanizam raskidanja ugovora

Raskidanje ugovora je u Skici jednostrano pravo koje poverilac u načelu ostvaruje izjavom suprotnoj strani.[57] Za razliku od na primer, francuskog prava, nije potrebno da ugovor raskine sud.[58] U nekim slučajevima u Skici je predviđeno i raskidanje prema samom zakonu (*ipso facto*), bez izjave: recimo, ako je neispunjenje ugovora u dogovorenom roku predstavljalo bitnu povredu ugovora a poverilac o svom izboru (zahtev ispunjenja ili raskidanje) nije obavestio dužnika u odgovarajućem roku.[59] Slične slučajeve *ipso facto* raskida poznavao je i ULIS.[60]

Ako ispunjenje ugovora u određenom roku nije predstavljalo bitnu povredu, Skica je poveriocu omogućivala raskidanje s izjavom, kada je dužniku odredio odgovarajući dodatni rok i taj rok je istekao.[61] U slučaju materijalnog nedostatka, poverilac (kupac) mogao je da raskine ugovor izjavom ako je materijalni nedostatak predstavljao bitnu povredu; a to pravo se ugasilo ako ga nije iskoristio u odgovarajućem roku od obaveštenja o nedostatku.[62] Ako se nije radilo o bitnoj povredi, poverilac je mogao da raskine ugovor samo nakon što je odredio naknadni rok, a u tom roku nedostatak nije otklonjen. Pravo na raskidanje je nestalo ako poverilac izjavu o raskidanju nije dao u odgovarajućem roku posle isteka naknadnog roka.[63]

---

56 Čl. 510, st. 1 i 2 ZOO.

57 Čl. 93, st. 1 OZ.

58 Videti čl. 1184 *Code civil* (pre reforme) odn. čl. 1217 (*Code civil* 2016).

59 Videti čl. 94, st. 2 Skice. Isto je važilo i u slučaju kada je dužnik pitao poverioca o izboru, a on mu nije bez odlaganja odgovorio (čl. 94, st. 3 Skice).

60 Videti čl. 25, čl. 26, st. 1, čl. 26, st. 2, čl. 30, st. 1, čl. 30, st. 2, čl. 61, st. 2 i čl. 62, st. 2 ULIS.

61 Čl. 96 Skice.

62 Čl. 417, st. 1 i 2 Skice.

63 Čl. 418, st. 2 Skice.

Uprkos tome što su slučajevi *ipso facto* raskidanja koji su bili predviđeni u ULIS-u u literaturi izloženi kritici jer izlažu strane nesigurnosti pravnog položaja,[64] zbog čega *ipso facto* raskidanje kasnije i nije bilo usvojeno u CISG,[65] mogućnosti *ipso facto* raskidanja u ZOO su čak proširene.

Odredbama ZOO je određeno da je ugovor u kome je vreme ispunjenja bitni sastojak (tzv. fiksni posao), u slučaju neispunjenja prilikom dospeća raskinut automatski, *ipso facto*.[66] Poverilac može da ga održi na snazi samo ako bez odlaganja izjavi da želi ispunjenje ugovora.[67] Formativno pravo poverioca svodi se na mogućnost da ugovor ostane na snazi, ali samo ako bez odlaganja obavesti dužnika da zahteva ispunjenje. Isti mehanizam važi i u slučaju raskidanja zbog materijalnog nedostatka.[68]

Ipso facto raskidanje nije najbolje rešenje. Najpre zato što to nije nužno u skladu s interesima poverioca, koji je, pak, prinuđen da brzo deluje kako bi održao ugovor, a pre svega zato što u položaju gde je poželjna što veća jasnoća pravnog položaja stvara nesigurnost. Strane možda i nisu svesne toga da je njihov ugovor prestao. To može biti posebno problematično kada činjenica da ispunjenje ugovora od suštinskog značaja proizilazi iz okolnosti ugovora, a ne iz izričitog sporazuma strana. U tim situacijama bi za jasnoću pravne situacije bilo bolje ako bi poverilac ugovor raskinuo izjavom dužniku. ZOO u tome i nije najdosledniji jer u nekim uporedivim situacijama ipak predviđa raskid izjavom.[69] Svrha zbog koje je *ipso facto* raskid usvojen u ULIS-u, a to je da se spreči spekulacija poverioca na račun dužnika koji bi trebalo da bude spreman da duže vreme ispunjava ugovor, može se znatno bolje realizovati na drugi način: vremenskim okvirom za izjavu o raskidanju ugovora ili dužnošću smanjenja štete.[70]

---

[64] Videti, na primer, Treitel 1976, 140.

[65] Videti čl. 26 CISG ter čl. 7:3.2, st. 1 PICC i čl. 9:303, st. 1 PECL. Međutim, valja napomenuti da u PECL postoji izuzetak za slučaj trajne i potpune smetnje za izvršenje kada je ugovor ipak raskinut *ipso facto* (čl. 9:303, st. 4 PECL).

[66] Čl. 125, st. 1 ZOO.

[67] Čl. 125, st. 2 ZOO. Neobična je dogmatska konstrukcija po kojoj se ugovor prvo raskida pa ponovo „oživljava".

[68] Čl. 491 ZOO.

[69] Videti, na primer, čl. 504 ZOO (raskidanje ugovora u slučaju garancije za besprekoran rad), čl. 546 ZOO (raskidanje ugovora o prodaji na rate u slučaju neplaćanja), čl. 571 i 578 ZOO (raskidanje ugovora o zakupu zbog nedostatka), čl. 619 i 620 ZOO (raskidanje ugovora o radu zbog nedostatka).

[70] Videti Kleinschmidt 2018, čl. 9:303, t. 9, 1348.

Ako vreme ispunjenja nije bitna komponenta, poverilac može da raskine ugovor ako najpre odredi odgovarajući dodatni rok za ispunjenje.[71] To je suvišno ako je očigledno da ispunjenja ugovora neće biti.[72] Ali se u ZOO i u ovom slučaju propisuju „iste pravne posledice", dakle *ipso facto* raskid ako dodatni rok neuspešno istekne.[73]

Dakle, iako se u ZOO – kao i u Skici – u uvodnoj odredbi (čl. 124 ZOO) najavljuje raskid izjavom, u većini situacija potom se propisuje *ipso facto* raskid. Raskid se ostvaruje izjavom samo u slučajevima anticipirane povrede ugovora (čl. 128 ZOO), ugovora s uzastopnim ispunjenjima (čl. 129 ZOO) i fiksnog ugovora koji je poverilac najpre održao na snazi, a zatim nije dobio ispunjenja .[74]

Odredbe Skice, koje su poveriocu omogućile raskidanje samo ako je izjavu dao u odgovarajućem roku, naročito čl. 417, st. 1, kojim je predviđeno da, ako se kupac ne izjasni da raskida ugovor u razumnom roku smatra se da povreda nije bitna, nisu prihvaćene u ZOO. U savremenim regulisanjima ugovornog prava – CISG, PECL, PICC – raskidanje je ograničeno samo na razuman rok od kada je poverilac saznao za povredu.[75] Ako poverilac ne raskine ugovor u razumnom roku, to kod dužnika stvara privid da prihvata ispunjenje koje nije u skladu sa ugovorom. Kao što je već rečeno, razuman rok takođe sprečava eventualne poveriočeve spekulacije na račun dužnika. U ZOO se ta pitanja regulišu drugačije: ostvarivanje raskida se uopšte izričito ne ograničava, ali se predviđa odgovornost za štetu u slučaju da poverilac – kada je reč o slučaju raskida izjavom – to ne učini „bez odlaganja".[76] Međutim, budući da, s obzirom na okolnosti da predstavlja značajno zadiranje u princip *pacta sunt servanda*, raskidanje zbog neispunjavanja ne može biti na raspolaganju neograničeno vreme, moglo bi se zastupati mišljenje da je ograničeno barem rokom zastarelosti. U slučaju raskidanja zbog materijalnih nedostataka, već se smatra da se on može sprovesti samo u roku od godinu dana (prekluzivan rok), koji teče od obaveštenja o nedostacima.[77]

---

71 Čl. 126, st. 2 ZOO.

72 Videti čl. 490, st. 2 ZOO.

73 Čl. 126, st. 3 ZOO.

74 Čl. 125, st. 3 ZOO. Videti i čl. 123, st. 3 ZOO.

75 Videti čl. 49, st. 2 CISG, čl. 7.3.2, st. 2 PICC i čl. 9:303, st. 2 i 3 PECL.

76 Čl. 130 ZOO.

77 Videti čl. 500, st. 1 ZOO i čl. 429 Skice.

3.3. Dejstvo raskida

U čl. 102 Skice se, po uzoru na regulisanje u ULIS, određuju osnovni principi dejstva raskida ugovora. Prvo dejstvo je da ugovor prestaje, to jest da se gase zahtevi za ispunjenje, ali ne i eventualna dužnost nadoknade štete.[78] Iako Skica i ULIS to ne definišu, jasno je da raskid ne poništava one delove ugovora koji su namenjeni rešavanju sporova, na primer arbitražnu klauzulu ili sporazum o prorogaciji sudske nadležnosti.[79] Takođe, na snazi ostaju posebni sporazumi namenjeni za situaciju povrede ugovora, na primer, ugovorna kazna ili sporazum o paušalnoj naknadi štete. Uprkos raskidu ugovora, strane mogu i dalje imati jedna prema drugoj neke obaveze, recimo skladištenje robe.[80]

U principu, raskid ima dejstvo *ex tunc*, a strane moraju jedna drugoj da vrate ono što su ispunile na osnovu ugovora.[81] Ako ko vraćanje u naturi nije moguće, treba nadomestiti korist.[82] Ugovor se, dakle, raskidom transformiše u odnos u kome strane imaju restitucijske zahteve.[83] Međutim, regulisanje iz čl. 102 Skice ne rešava sva pitanja koja se mogu pojaviti u vezi sa povraćajem, na primer, u vezi s naknadom troškova koje su stranke s predmetom ugovora napravile do trenutka raskida. Na ta pitanja je moguće odgovoriti odredbama o neosnovanom obogaćenju (sticanju bez osnova). Da je još Konstantinović osnovu za restitucijske zahteve po prestanku međusobnog ugovora video u sticanju bez osnova, proističe iz odredaba o uticaju nemogućnosti ispunjenja obaveza jedne strane na ugovor.[84]

Za ugovore s uzastopnim obavezama ili obavezama koje traju duže važi drugačije pravilo: tu raskid u principu ima dejstvo samo za ubuduće (*ex nunc*). Sva (delimična) ispunjenja koja su obavljena u skladu s ugovorom i plaćena ostaju na snazi.[85] Pristup Skice i ZOO, koji prate ULIS i uzimajući u obzir dejstvo raskida razlikuju ugovore s jednokratnim ispunjenjem i ugovore s ispunjenjima koja se ponavljaju odnosno traju, u uporednom

---

78 Videti čl. 102, st. 1 Skice i čl. 78, st. 1 ULIS.

79 Tako i čl. 9:305, st. 2 PECL i čl. 7.3.5, st. 3 PICC.

80 Videti npr. čl. 449, st. 2 Skice i čl. 520, st. 2 ZOO.

81 Videti čl. 102, st. 2 Skice i čl. 78, st. 2 ULIS.

82 Arg. iz čl. 102, st. 4 Skice i čl. 132, st. 4 ZOO.

83 Videti i Tot 2022b, 229.

84 Videti čl. 105, st. 1 Skice.

85 Videti čl. 75 ULIS, čl. 100 Skice i čl. 129 ZOO.

pravu je široko prihvaćen.[86] Samo kada sva delimična ispunjenja čine celinu, a kupac ima interes samo u celini, u skladu sa čl. 129 (2) ZOR ugovor se može raskinuti i sa povratnim dejstvom, što znači vraćanje već obavljenih (delimičnih) činidbi.

Strane takođe moraju jedna drugoj nadoknaditi koristi koje su ostvarile korišćenjem odnosno potrošnjom predmeta ispunjenja.[87] Za naknadu koristi od korišćenja novca, u Skici je, po uzoru na ULIS, predviđeno plaćanje „zakonske" kamate od prijema nadalje.[88] U ULIS-u je za slučaj novčanih obaveza predviđena primena odredbe o isplati kamate u slučaju docnje u isplati novca (zatezne kamate), gde je kamatna stopa bila definisana kao zvanična diskontna stopa u zemlji u kojoj prodavac ima svoje sedište odnosno uobičajeno prebivalište, uvećana za 1%.[89] U Skici je, inače, u slučaju docnje u ispunjavanju novčanih obaveza predviđena „zakonska kamata" u visini od 6% godišnje.[90]

U čl. 132, st. 5 ZOO je, u slučaju vraćanja novca kao posledice raskida ugovora, predviđeno plaćanje „zateznih kamata" od prijema nadalje.[91] U prvoj verziji ZOO, u čl. 277, st. 1, kamatna stopa zateznih kamata je definisana kao kamatna stopa propisana za štedne uloge po viđenju. Godine 1985. štedni ulozi po viđenju bili su zamenjeni „ulozima vezanim bez određene svrhe na više od godinu dana",[92] a 1989. godine je određivanje kamatnih stopa preneseno na poseban propis saveznog izvršnog veća,[93] kojim se on brže prilagođavao ekstremnoj inflaciji.

Obaveza plaćanja zateznih kamata u situaciji vraćanja zbog raskida ugovora nije odgovarajuća. Naime, nije moguće smatrati da je strana, kada je primila uplatu na osnovu (tada) važećeg ugovora, bila u docnji. Zatezne kamate, osim (apstraktne) nadoknade štete zbog docnje, sadrže i „kazneni dodatak" koji dužnika podstiče na ispunjenje. Ovde nije reč o nadoknadi štete već o povraćaju koristi od korišćenja, što govori u prilog korišćenju

---

86 Videti čl. 81, 83 i 84 CISG i čl. 7.3.6 i 7.3.7. PICC. Treba napomenuti da raskid u PECL-u ima samo dejstvo za ubuduće; stranka koja je isporučila robu ili uplatila novac može zahtevati povraćaj samo ako za to nije dobio suprotno ispunjenje, vidi čl. 9:305–9:309 PECL.

87 Čl. 102, st. 4 Skice i čl. 81, st. 2 ULIS.

88 Čl. 101, st. 5 Skice.

89 Videti čl. 81, st. 1 i čl. 83 ULIS-a.

90 Čl. 223, st. 1 Skice.

91 Videti i Tot 2022b, 267.

92 *Službeni list SFRJ* 39–498/1985 od 26. jula 1985.

93 *Službeni list SFRJ* 57–880/1989 od 29. septembra 1989.

restitucijskih kamata čije se kamatne stope ne definišu ni u Skici ni u ZOO te su prepuštene sudovima.[94] Zatezna kamata dospeva tek od trenutka kada stranka koja vraća novac posle raskida kasni sa restitucijskim zahtevom.[95]

Da odredba čl. 132, st. 5 ZOO o plaćanju zatezne kamate nije primerena, proizilazi i iz poređenja s opštim odredbama o obimu zahteva na osnovu neosnovanog obogaćenja. Na osnovu čl. 214 ZOO, samo nepošteni sticalac dužan je da plati zateznu kamatu za period od prijema, to jest onaj koji je znao da nema pravo na novac. Pošto odredbe o neosnovanom obogaćenju u Skici ne sadrže pravila o obimu tužbenog zahteva, ne može se govoriti o neusklađenosti čl. 102, st. 5 Skice sa njima.

U svakom slučaju, ako obe strane vrate korist od korišćenja, obe treba tretirati podjednako, to jest ako jedna strana vraća beneficije apstraktno – bez obzira na konkretno ostvarenu korist (kao što, na primer, važi za zateznu kamatu) – onda i suprotna strana vraća apstraktnu korist od korišćenja.[96] Ako korist od korišćenja vraćaju obe strane, u principu bi iznosi koristi od korišćenja na obe strane trebalo da budu jednaki i da se prebijaju. Iz tog razloga neki savremeni sistemi ugovornog prava nadoknadu koristi od korišćenja čak isključuju.[97]

U čl. 102, st. 3 Skice još se definiše da se, u slučaju da obe strane vraćaju ono što su primile na osnovu ugovora, primenjuju pravila „dvostranih" (tj. međusobnih) ugovora. Isto određuje čl. 132, st. 3 ZOO. Pravilo je šire od ULIS-a kojim je predviđeno da se u slučaju uzajamnog vraćanja primenjuje pravilo o istovremenom ispunjenju;[98] među pravilima međusobnih ugovora su, recimo, pravilo o uticaju nemogućnosti ispunjenja na ugovor, pomoću kojih bi se mogao rešiti problem uništenja ili pogoršanja predmeta vraćanja. U vezi s rizikom da jedna strana neće moći da vrati svoje ispunjenje valja

[94] Čl. 84, st. 1 CISG u slučaju raskida (međunarodnog) ugovora o prodaji određuje da prodavac, koji mora da vrati kupovnu cenu, plati „kamate" za period od prijema nadalje, a ne i kamatne stope. U konvencijskoj literaturi se, između ostalog, predlaže primena uobičajene kamatne stope za komercijalne kredite u mestu prodavca, koja odražava trošak koji je prodavac prištedeo. Videti Fountoulakis 2019, čl. 84, st. 17, i Bridge 2018.

[95] To je najkasnije onda kada, uprkos opomeni, ne ispuni restitucijski zahtev.

[96] Više u Lutman 2018, 262.

[97] Videti čl. 7.3.6 PICC i Zimmermann (2011, 563).

[98] Čl. 78 (2) ULIS.

pomenuti da je u Skici (i ZOO) za ugovor o prodaji određeno da kupac uopšte ne može da raskine ugovor ako stvari ne može da vrati u stanje u kakvom ih je primio, osim ako je reč o jednom od izuzetaka.[99]

4. RASKID UGOVORA ZBOG POVREDE SPOREDNIH OBAVEZA

Skica i ZOO ne poznaju opšti pojam povrede obaveze odnosno ugovora, koji bi obuhvatao svako odstupanje od ugovora, uključujući i povrede sporednih obaveza, već u skladu sa kontinentalnom tradicijom posebno regulišu neispunjenje (docnju), ispunjenje sa materijalnim ili pravnim nedostatkom i nemogućnost ispunjenja. Iako nema sumnje da priznaju i sporedne ugovorne obaveze, ne utvrđuju uopšteno posledice njihovih povreda već samo neke posledice nekih povreda.[100] Postavlja se pitanje da li je moguće raskinuti ugovor i zbog povrede sporedne obaveze ako strane ne predviđaju raskid u ugovoru.

Na osnovu CISG-a i povreda sporedne obaveze, kao što je, na primer, nepredaja relevantnih dokumenata koji prate robu, povreda obaveze otvaranja bankarske garancije ili povreda obaveze obezbeđivanja montaže, može omogućavati raskid ako predstavlja bitnu povredu ugovora.[101] U ZOO nije usvojen kriterijum bitne povrede ugovora koji je bio predviđen u Skici, a već je njenim odredbama pravo raskida bilo predviđeno uže nego u CISG-u, uz to Skica i nije poznavala jednoobrazan pojma povrede. U svakom slučaju, pitanje raskida zbog povrede sporednih ugovornih obaveza moglo bi se rešiti jednoobraznim pojmom povrede ugovora i pretpostavkom bitne povrede ugovora. Ali na to pitanje treba odgovoriti i u postojećoj regulativi.

Verovatno ne može biti sumnje da i povrede obaveza koje nisu glavna obaveza, odnosno koje ne predstavljaju materijalne nedostatke, mogu biti toliko važne za strane da ugovor sa njima „stoji i pada“ kao što važi za vreme ispunjenja koje čini bitan sastojak ugovora. Tako, na primer, nije teško zamisliti da bi se u slučaju povrede ugovora o čuvanju poslovne tajne ili o zabrani konkurencije narušilo poverenje strane neophodno za nastavak ugovora. Do sličnog položaja bi moglo da dođe i ako bi jedna strana pokušala da neosnovano raskine ugovor ili da saugovornika prevari.

---

[99] Čl. 411 Skice, čl. 495 ZOO.

[100] Tako npr. ZOO za propuštanje ugovorne dužnosti informisanja definiše odštetnu sankciju, videti čl. 268.

[101] Videti npr. Müller-Chen 2019, čl. 49, br. 11–12; Bach 2018, čl. 49, t. 50.

Prva opcija bi moglo biti korišćenje kriterijuma „znatnosti“ iz čl. 131 ZOO. Međutim, povreda sporedne obaveze teško da će se smatrati „neispunjenjem“ obaveze. Osim toga, čini se da je raskid po osnovu odredbi o neispunjenju uzajamnih obaveza moguć samo zbog neispunjenja ugovornih obaveza koje su povezane u sinalagmu. Iako su neke sporedne obaveze vezane za glavnu obavezu, to se svakako ne može reći za sve, npr. za povredu zabrane konkurencije. Dakle, odredbe o raskidu zbog neispunjenja iz razloga sistematike zakona ne izgledaju kao najbolji osnov za raskid zbog povrede sporednih obaveza. Slično važi i za odredbe o raskidu zbog materijalnih nedostataka. Posledica kršenja nekih sporednih obaveza, npr. sklapanja robe ili dostavljanja uputstva za upotrebu, može biti neupotrebljivost robe za ugovornu ili običnu svrhu, dakle, materijalni nedostatak. Međutim, to se ne odnosi na sve sporedne obaveze, jer neke nisu direktno povezane sa interesom poverioca u odnosu na glavnu obavezu.

Bilo bi potrebno formirati pretpostavke za raskid ugovora u slučaju povrede sporednih obaveza, recimo kada bi se time toliko ozbiljno zadiralo u suštinske interese poverioca, da ne bi bilo primereno očekivati da verovnik, uzimajući u obzir princip savesnosti i poštenja, ostaje u ovakvom ugovoru.[102] Određeni oslonac za takav stav se može naći i u Skici i ZOO, koji u posebnom delu predviđaju određene mogućnosti raskida bez povrede glavnih obaveza strana ili materijalnih nedostataka. Tako, na primer, svaka strana može da raskine ugovor o agenciji (trgovinskom zastupanju) bez otkaznog roka ako je druga strana pokušala da otkaže ugovor bez osnova.[103] U neosnovanom otkazu odnosno raskidu moguće je videti i anticipiranu povredu ugovora. Takođe, svaka strana može da raskine ugovor o agenciji iz ozbiljnih razloga.[104] Potkrepljenje za taj stav može se naći i u nekim drugim odredbama, gde mogućnost raskida zavisi od intenziteta zadiranja u interes poverioca.[105]

5. PRESTANAK UGOVORA ZBOG NEMOGUĆNOSTI ISPUNJENJA

Odredbama Skice i ZOO je – za razliku od ULIS-a, koji im je inače služio kao glavni model u oblasti ugovornog prava – predviđeno i neispunjenje kao poseban oblik neizvršenja, koji nastaje kada ispunjenje obaveze postane nemoguće. Tada nastupa poseban sistem sankcija. Pri tome je Konstantinović

[102] § 324 BGB.

[103] Čl. 836, st. 4 Skice i čl. 811, st. 4 ZOO.

[104] Čl. 836, st. 1 Skice i čl. 811, st. 19 ZOO.

[105] Videti, na primer, čl. 529, st. 1 Skice i čl. 571, st. 1 ZOO.

sledio neke kontinentalne pravne poretke, posebno nemački BGB (pre reforme), švajcarski OR i italijanski *Codice civile*,[106] iako je pandektički pristup, u kojem je nemogućnost postala široka konceptualna apstrakcija za niz situacija, a propis je inspirisan strogim tužbama iz klasičnog perioda rimskog prava i idejom o perpetuaciji obaveze u slučaju propasti dugovane stvari, u literaturi već dugo bio predmet kritike.[107]

Institut (objektivne) nemogućnosti izvršenja treba, s jedne strane, da omogući rasterećenje dužnika ako nije odgovoran za pojavu nemogućnosti,[108] a s druge strane – zavisno od odgovornosti za to – da utvrdi i posledice nemogućnosti u međusobnom ugovoru. Kada je ispunjenje obaveze već bilo nemoguće u vreme zaključenja ugovora, ugovor uopšte nije nastao (ništavost) i dužnik nije dužan da naknadi štetu zbog neispunjenja (u visini tzv. interesa izvršenja), nego samo štetu „zbog ništavosti" ugovora.[109]

U vezi sa rasterećenjem, to jest oslobođenjem dužnika zbog (naknadne) nemogućnosti ispunjenja, treba konstatovati da pojam nemogućnosti u stvarnosti nema posebnu ulogu. Dok su u čl. 309, st. 1 Skice bili sadržani kriterijumi za rasterećenje (viša sila ili naknadni događaj za koji dužnik ne odgovara), u ZOO se odgovornost za nemogućnost procene zasniva na osnovnoj odredbi za rasterećenje od ugovorne odgovornosti za štetu (čl. 263 ZOO). Kao i za svaki drugi oblik povrede ugovora, zbog toga je relevantno samo da li je dužnik za neispunjenje odgovoran, a ne i da li je dužnik propustio da ga ispuni zato što nije hteo ili zato što je to bilo objektivno nemoguće. Izuzetak se primenjuje ako je dužnik već u docnji kada dođe do nemogućnosti; tada je u svakom slučaju odgovoran, pošto je rasterećenje isključeno.[110]

U Skici i ZOO dejstvo nemogućnosti u „dvostranom" (uzajamnom) ugovoru određuje se uzimajući u obzir koja od strana za nju odgovara. Ako nije odgovorna nijedna strana, ugovor prestaje.[111] Ako je poverilac odgovoran, obaveza dužnika se gasi, a poveriočeva se umanjuje za onoliko

[106] Više u Možina 2008, 175, 181.

[107] Videti prvenstveno Rabel 1965. Videti i Šmalcelj 1976, 98. O nemogućnosti u rimskom pravu videti Zimmermann 1996, 686 i dalje i 759 i dalje.

[108] Videti čl. 309–311 Skice i čl. 354–356 ZOO, čl. 105–106 Skice i čl. 137–138 ZOO i čl. 23 Skice i čl. 47 ZOO u vezi sa čl. 87 Skice odnosno čl. 108 ZOO.

[109] Videti čl. 87 Skice i čl. 108 ZOO i Možina 2006b, 180.

[110] Videti čl. 262, st. 4 ZOO. Skica nije poznavala takvu odredbu.

[111] Videti čl. 105, st. 1 Skice i čl. 137, st. 1 ZOO.

koliko je imao koristi od toga što je dužnikova obaveza ugašena.[112] Za glavnu situaciju u kojoj je dužnik odgovoran za nastanak nemogućnosti, što se takođe pretpostavlja do protivdokaza,[113] u Skici i ZOO nije predviđena nikakva odredba jer se očigledno polazilo od toga da se situacija tretira isto kao i dužnikovo „neispunjenje", to jest situacija kada je ispunjenje moguće, a dužnik je nije ispunio – tada poverilac može da raskine ugovor.[114] Određivanje dodatnog roka nije potrebno jer je očigledno da ispunjenja neće biti. Položaj je pokriven i odredbom o raskidu zbog anticipirane povrede ugovora.[115] Posledice naknadne nemogućnosti u međusobnom ugovoru u suštini su jednake posledicama neispunjenja zbog bilo kog drugog uzroka.[116] U postojećem sistemu ugovorne odgovornosti u Skici i ZOO institut (naknadne) nemogućnosti ispunjenja obaveze je suvišan i mogao bi se bez problema precrtati.[117] Tako bismo dobili jasnije i preglednije regulisanje posledica povrede ugovora.[118] Neispunjenje zbog nemogućnosti treba tretirati kao neispunjenje iz bilo kog drugog razloga. Ključno je da li dužnik za njega odgovara. Takav je pristup i u savremenim regulisanjima ugovornog prava.[119] Jedina stvarna posledica nemogućnosti izvršenja je da se isključuje zahtev za ispunjenje u naturi, pri čemu nije relevantno da li je nemogućnost početna ili naknadna, objektivna ili subjektivna i da li je i ko je za nju odgovoran.[120]

I regulisanje ništavosti zbog početne nemogućnosti ispunjenja je suvišno. Da li je ugovor u periodu zaključenja moguće ispuniti u naturi, ne spada u suštinu obaveze.[121] Na mesto zahteva za izvršenje može da stupi odštetna

---

[112] Videti čl. 106, st. 1 Skice i čl. 138, st. 1 ZOO. Model za Skicu je najverovatnije § 324 BGB pre reforme.

[113] Videti čl. 309, st. 2 Skice, čl. 354, st. 2 ZOO.

[114] Takođe i Jankovec 1982, 19; i Cigoj 1981, 347.

[115] Videti čl. 99 Skice i čl. 128 ZOO.

[116] Smislena je i odredba o zamenskom *commodum*-u iz čl. 311 Skice, odn. 356 ZOO, odn. o mogućnosti nastavljanja ugovora, ako na mesto nemoguće obaveze stupi *commodum*.

[117] Više u Možina 2008, 195 i 196.

[118] Šmalcelj 1976, 98, 112 i dalje.

[119] Izuzetak se ipak određuje u čl. 9:304, st. 4 PECL. U principu poverilac raskida ugovor izjavom, a ne i u slučaju ako se dužnik rastereti po čl. 8:108 na osnovu trajne i potpune prepreke; tada dolazi do *ipso facto* raskida.

[120] Videti Možina 2006b, 19; Šmalcelj, 1976, 98, 112.

[121] Videti Možina 2006b, 200.

obaveza.[122] Dužnik treba da snosi punu odgovornost za svoje obećanje, ali se može pozvati na zabludu. Takav je pristup i savremenih sistema ugovornog prava.[123]

6. ZAVRŠNE KONSTATACIJE

Konstantinović se prilikom regulisanja raskida ugovora zbog povrede u Skici u prvom redu ugledao na ULIS, koji je u tom trenutku predstavljao modernu regulativu ugovornog prava. Međutim, jednoobrazni pojam povrede ugovora nije usvojio. Za razliku od ULIS-a, on je regulisanju povrede ugovora dodao zastarelu instituciju nemogućnosti ispunjenja obaveza, koja je već bila predmet kritike, a savremeni sistemi ugovornog prava više je ne regulišu na sistemskom nivou. Usvojio je „klasični" kontinentalni tretman različitih tipova povrede ugovora: neispunjenje (docnja), izvršenje s nedostatkom i nemogućnost ispunjenja obaveze, što je sledio i ZOO. Regulisanje te oblasti u Skici nije najpreglednije, što ostaje i karakteristika ZOO.

U pogledu pretpostavki raskida, Konstantinović je, sledeći ULIS, predvideo kombinaciju kriterijuma intenziteta povrede (bitna povreda ugovora) i mehanizma naknadnog roka. Raskid je bio moguć ako je neispunjenje u određenom roku predstavljalo bitnu povredu ugovora – ako razumno lice u položaju strane koja je u trenutku zaključenja mogla predvideti povredu ne bi zaključilo ugovor. Ako neispunjenje ugovora u roku nije predstavljalo bitnu povredu ugovora, poverilac je mogao da odustane tek pošto je dužniku odredio razuman dodatni rok i taj rok je istekao. I raskid zbog materijalnog nedostatka pri prodaji takođe je bio moguć samo ako je predstavljao bitnu povredu, a u suprotnom slučaju, nakon isteka dodatnog roka. Skicom je u principu bio predviđen raskid izjavom suprotnoj strani, a pritom je – sledeći ULIS – poznavala i neke slučajeve automatskog (*ipso facto*) raskida. U regulisanju vremenskih okvira za ostvarivanje raskida (odgovarajući rok), raskida pre dospeća, raskida ugovora sa uzastopnim ispunjenjem i dejstvima raskida Skica je pratila ULIS.

„Popravljači" Skice nisu prihvatili ideju bitne povrede ugovora i time su se udaljili od savremenih trendova koje predstavlja, na primer, CISG. U ZOO je, inače, raskid bez odlaganja zbog neispunjenja ugovora bio predviđen u

[122] To proističe i iz izuzetka od pravila o ništavosti zbog početne nemogućnosti. Videti čl. 367 Skice i čl. 442 ZOO.

[123] Videti čl. 4:102 PECL i čl. 3.1.3 PICC. Videti i § 311a, st. 1 BGB (posle reforme 2002).

situaciji, koja je predstavljala bitnu povredu i u Skici – ako je vreme ispunjenja za strane bilo od ključnog značaja, a inače samo nakon isteka odgovarajućeg dodatnog roka. Raskid zbog materijalnog nedostatka je, bez obzira na intenzitet nedostatka, bio moguć tek po isteku odgovarajućeg dodatnog roka u kome bi prodavac mogao da popravi ili zameni stvar. Kao i u Skici, dodatni rok nije potreban ako ne bi imao smisla. U ZOO nisu usvojena ni vremenska ograničenja za sprovođenje raskida, koja su sada standardna u modelima ugovornog prava. Oni više ne prihvataju *ipso facto* raskid, a u ZOO je njegova primena čak proširena, tako da je to sada glavni način ostvarivanja raskida. To je znatan nedostatak jer raskid može da bude suprotan interesima strana, a može da stvori nesiguran pravni položaj. Regulisanje raskida pre dospeća, raskida ugovora sa uzastopnim ispunjenjem i dejstva raskida ostali su suštinski isti kao u Skici. Dužnost strane koja – nakon raskida – vraća novac da plati zatezne kamate od prijema nadalje nije odgovarajuće i u suprotnosti je s opštim pravilima neosnovanog obogaćenja u ZOO.

U svakom slučaju, regulativa s jednoobraznim pojmom povrede ugovora zajedno s kriterijumom bitne povrede ugovora bila bi transparentnija i omogućila bi predvidljivije odgovore, uključujući i odgovor na pitanje raskida zbog povrede sporednih obaveza. Neki od nedostataka koji se, ako zanemarimo netransparentnost i neujednačenost tretiranja različitih tipova povreda, sa aspekta savremenog ugovornog prava mogu pripisati regulaciji u Skici – mogu se pomenuti mogućnost *ipso facto* raskida, prekluzivni rok za ostvarivanje zahteva po osnovu materijalnih nedostatka (neusklađenosti s ugovorom) i utvrđivanje zatezne kamate za povraćaj novca kao posledice raskida – zapravo proizilaze iz ULIS-a i ukinuti su u daljem razvoju unificiranog prava prodaje (CISG). Nažalost, „popravljači“ Skice prilikom pripreme ZOO nisu otklonili te nedostatke. Ponegde su čak skrenuli u suprotnom pravcu i izbrisali neka savremena obeležja Skice: to važi za kriterijum bitne povrede i odgovarajući rok za ostvarivanje raskida. Oblast primene *ipso facto* raskida su još proširili, a takođe su dodatno skratili, odnosno pooštrili rokove odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke. Iako je kupčev položaj u slučaju ispunjenja ugovora sa materijalnim nedostatkom zbog strogih rokova ograničen više od drugih pravnih poredaka, nešto su šire mogućnosti raskida zbog nepostojanja kriterijuma bitne povrede i zbog automatskog raskida (bez izjave). Može se reći da su postojeći nedostaci regulative ZOO u oblasti raskida ugovora usled povrede nastali upravo kao rezultat „popravljanja“ Skice.

LITERATURA

[1] Bach, Ivo. 2018. *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, edited by S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas. Kluwer.

[2] Cigoj, Stojan. 1984. *Komentar obligacijskih razmerij*. Ljubljana: Uradni list SRS.

[3] Cigoj, Stojan. 1981. *Teorija obligacij*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SRS.

[4] Fountoulakis, Maria. 2019. *Kommentar zum UN –Kaufrecht*, edited by P. Schlechtriem, I. Schwenzer, U. Schroeter. 7th edition. Kluwer.

[5] Bridge, Michael. 2018. *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, edited by S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas. 2nd edition. Kluwer.

[6] Kleinschmidt, Jens. 2018. *Commentaries on European Contract Laws*, edited by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press.

[7] Jankovec, Ivica. 1982. *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*. Beograd: Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politološka istraživanja.

[8] Kapor, Vladimir. 1983. *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, ur. B. T. Blagojević, V. Krulj. 2. izdanje. Beograd: Savremena administracija.

[9] Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Pravni fakultet.

[10] Lutman, Karmen. 2018. *Neupravičena obogatitev (Neosnovano bogaćenje)*. Ljubljana.

[11] Müller-Chen, Markus. 2019. Art. 49. *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, edited by P. Schlechtriem, I. Schwenzer, U. Schroeter. Kluwer.

[12] Možina, Damjan. 2008. Naknadna nemožnost izpolnitve obveznosti in njen pomen za obligacijsko pravo. *Zbornik znanstvenih razprav PF Lj*: 175–201.

[13] Možina, Damjan. 1/2007. Uslovi i vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke. *Evropski pravnik*.

[14] Možina, Damjan. 2006a. *Kršitev pogodbe*. Ljubljana.

[15] Možina, Damjan. 2006b. Impossibilium nulla obligatio est? Začetna nemožnost izpolnitve obveznosti v slovenskem in primerjalnem pogodbenem pravu. *Zbornik znanstvenih razprav PF Lj*: 175–200.

[16] Rabel, Ernst. 1907. Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine Kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Weimar, Böhlau 1907. Reprint: Rabel, E. 1965. *Gesammelte Aufsätze*, edited by H. Leser. Bd. 1. Arbeiten zum Privatrecht (1907–1930). Tübingen.

[17] Slijepčević, Ratomir. 10–12/1988. Evolucija nastanka Zakona o obligacionim odnosima. *Pravni život*: 1429–1448.

[18] Šmalcelj, Želimir. 7–8/1976. Pravno-politička vrijednost pojma „nemogućnosti“ činidbe u obveznom pravu. *Naša zakonitost*: 98–114.

[19] Tot, Ivan. 2022a. Poredbenopravni utjecaji na Zakon o obveznim odnosima. 3–100. *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu – Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*, ur. I. Tot, Z. Slakoper. Prva knjiga. Zagreb.

[20] Tot, Ivan. 2022b. Restitucijske kamate i restitucijski odnos između strana raskinutog ugovora. 217–280. *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu – Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*, ur. I. Tot, Z. Slakoper. Prva knjiga. Zagreb.

[21] Treitel, Guenter H. 1976. Remedies for Breach of Contract. *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Volume VII – Contracts in General, Ch. 16.

[22] Zimmermann, Reinhard. 1996. *The Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press.

[23] Zimmermann, Reinhard. 2011. The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010. *UnifLRev* 16: 536–587.

Damjan MOŽINA, PhD

Professor, University of Ljubljana Faculty of Law, Slovenia

BREACH OF CONTRACT: THE DRAFT CODE ON OBLIGATIONS AND CONTRACTS AND THE LAW ON OBLIGATIONS

Summary

The paper presents an analysis of the regulation of termination of contract due to a breach in the Yugoslav Law on Obligations (1978) and the Draft Code on Obligations and Contracts (1969), prepared by Mihailo Konstantinović. In the area of termination of contract, Konstantinović's primary source of inspiration was the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS, 1964). The regulation of breach of contract in the Draft Code is not based on a uniform notion of breach of contract, rather, there are different types of breaches: non-performance (debtor's default), defective performance, and impossibility of performance. The Legislative Commission, making changes to the Draft Code, retained its structure, including the regulation of different types of breaches, but made changes with regard to termination of contract. Compared to modern model laws, these changes represent some of the key shortcomings of the regulation of this area in the Law on Obligations.

Key words: *Breach of contract. – Termination of contract. – Fundamental breach of contract. – Debtor's default. – Impossibility of performance of contract.*

Article history:
Received: 5. 10. 2022.
Accepted: 10. 12. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 340.134:347.4/.5(497.1) ; 347.75/.769

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK18A

Dr Saša NIKŠIĆ*

ODGOVORNOST ZA NEDOSTATKE KOD UGOVORA O KUPOPRODAJI STVARI S DIGITALNIM ELEMENTIMA

U radu je prikazan institut odgovornosti za materijalne nedostatke u vezi sa stvari s digitalnim elementima. Hrvatsko pravo nedavno je reformirano na tom području zbog implementacije Direktive 2019/771 Europske unije, pa su u radu analizirana pravila prava EU te odredbe ZOO-a. Ukratko je objašnjeno kako je provedena implementacija Direktive 2019/771 te s njom komplementarne Direktive 2019/770 ne samo u hrvatskom pravu, već i u još nekim nacionalnim pravnim porecima država članica EU. Težište rada je na specifičnostima odgovornosti za materijalne nedostatke stvari s digitalnim elementima, pa su stoga analizirani pojam stvari s digitalnim elementima, pravila o nedostacima takvih stvari, ažuriranje stvari s digitalnim elementima te nedostaci kod ugovora kojima se ugovara kontinuirana isporuka digitalnih sadržaja odnosno digitalnih usluga.

Ključne riječi: *Digitalizacija ugovornih odnosa. – Odgovornost za materijalne nedostatke. – Stvar s digitalnim elementima. – Digitalne usluge.*

* Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Hrvatska, *sasa.niksic@pravo.hr*.

1. UVOD

Već nekoliko desetljeća izražen je trend digitalizacije ugovornih odnosa, u smislu otvaranja mogućnosti sklapanja ugovora i/ili ispunjenja ugovornih odnosa elektroničkim putem. Hrvatski *Zakon o obveznim odnosima*[1] (u daljnjem tekstu: ZOO), koji je stupio na snagu 1. 1. 2006. godine, izričito spominje sklapanje ugovora elektroničkim putem.[2] No, i nekadašnji savezni Zakon o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOO 1978) prihvaćao je u to vrijeme suvremene tehnologije kao sredstvo komunikacije, što, prevedeno na jezik obveznog prava, znači sredstvo za sklapanje ugovora. Usvajanje novih tehnologija u svakodnevnom i poslovnom životu i ranije je utjecalo na ugovorno pravo, koje je postupno prihvaćalo nove tehnologije (telegraf, radio-uređaj, teleprinter, telefaks, elektroničku poštu, web stranice i različite elektroničke aplikacije).[3] U tom smislu ZOO 1978 nije bio originalan jer je za tu, kao i mnoge druge odredbe, zaslužan profesor Konstantinović, koji je u svojim *Obligacijama i ugovorima: Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima* (u daljnjem tekstu: Skica) u okviru pravila o oglašavanju predvidio radio[4] i televiziju[5] kao medije za oglašavanje[6] i teleprintere u kontekstu pisanog oblika ugovora.[7]

Digitalizacija[8] ugovornih odnosa ne odnosi se isključivo na načine i oblike (forme)[9] sklapanja pravnih poslova. Već su dugo vremena različiti digitalni sadržaji objekt ugovora, bilo kao samostalni objekt bilo kao dio drugih objekata.[10] Iako ni Skicom niti kasnijim ZOO nije posebno uređivana materija ugovornog prava u vezi s elektroničkim sadržajima u smislu objekta ugovora, ti izvori nisu postavljali zapreke za sklapanje ugovora koji imaju

---

[1] Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22.

[2] Vid., na primjer, čl. 265. (slanje kataloga i oglasa), čl. 293. (sklapanje ugovora elektroničkim putem), čl. 1135 i 1136 (vrijednosni papiri – opće odredbe i bitni sastojci) ZOO.

[3] Neke od tih tehnologija se više ne primjenjuju, pa se više ne spominju u propisima (na primjer, teleprintera više nema u novom hrvatskom ZOO-u, čl. 292. st. 4. ZOO, koji odgovara nekadašnjem čl. 72. st. 4. ZOO 1978).

[4] Ovdje nije riječ o radio-uređajima koji omogućuju dvostranu komunikaciju već o radio-prijemniku, jer je to odredba kojom se uređuje sklapanje ugovora oglašavanjem. Izjavljivanje ponude putem radio-uređaja koji omogućuje dvostranu komunikaciju (tzv. radio-primopredajnik) ima karakter ponude, a ne karakter poziva da se stavi ponuda, osim ako drukčije ne bi odredila osoba koja je dala određenu izjavu. Sklapanje ugovora pomoću radio-primopredajnika nije uobičajeno u građanskom pravu, ali nije rijetkost na pojedinim područjima trgovačkog prava, na primjer, u pomorskom i zrakoplovnom pravu, zbog jednostavne činjenice da se veliki dio komunikacije u djelatnosti pomorstva i zrakoplovnog prometa odvija putem radio-uređaja.

takve sadržaje za svoj objekt. Iako se elektroničke sadržaje kao objekte ugovora najčešće povezuje s internetom, odnosno s potpunim ili djelomičnim ispunjenjem ugovornih obveza putem interneta, digitalni sadržaji pojavili su se u vezi s kupoprodajnim ugovorima davno prije interneta. Najbolji primjer za to su prvi džepni kalkulatori ili prvi digitalni satovi.[11] Naime, svi ti uređaji pravilno funkcioniraju isključivo ako pravilno funkcionira njihova

---

[5] Čl. 10. st. 1. Skice.

[6] I druge komunikacijske tehnologije pojavljuju se još u Skici, u kojoj se, na primjer, spominju telegrami (čl. 43. st. 3. Skice). Da bi se telegram smatralo pisanim oblikom, bilo je potrebno da telegram nosi potpis, pri čemu nije bilo izričito određeno mora li taj potpis biti vlastoručan. Iz prirode komunikacije putem telegrama u svakom slučaju proizlazi da se vlastoručni potpis nije mogao nalaziti na telegramu dostavljenom adresatu, nego je jedino mogao biti na predanom tekstu (najčešće na obrascu).

[7] Čl. 43. st. 3. Skice. ZOO 1978 nije u odredbi kojom se uređuje isto pitanje spomenuo telegram, ali se pored teleprintera koristi vrlo općenita formulacija (zahtjev pisanog oblika ispunjen je kada se ugovorne strane koriste bilo kojim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davatelj izjave), koja je još 1978. godine širom otvorila vrata korištenju tehnologije za sklapanje ugovora u pisanom obliku (usp. čl. 72. st. 4. ZOO 1978). Ta generalna klauzula na kraju čl. 72. st. 4. ZOO, koja nije postojala u Skici, omogućavala je korištenje različitih tehnologija koje su ispunjavale funkcionalne pretpostavke oblika.

[8] Pojmovi digitalno i elektroničko se u pravnoj literaturi, a i šire od toga, često koriste kao sinonimi iako oni to nisu. Računala i drugi uređaji istovremeno mogu biti elektronički i analogni (koriste se elektroničke komponente, ali i analogni, kontinuirani signal za komunikaciju), elektronički i digitalni (koriste se elektroničke komponente i digitalno načelo rada, koji se temelji na stanju 0 i 1 /*bit*/, ovisno o tome prolazi li električna struja kroz elektronički sklop struja), mehanički i analogni (danas se više ne koriste, ali u počecima razvoja računala ona su funkcionirala kao mehanički uređaji, bez elektroničkih komponenti). Moguće su i kombinacije, a danas se već koriste i nova načela za rad računala (kvantna računala temelje se na *qubit*-u, a ne *bit*-u).

[9] Riječ o je dva različita, ali povezana pojma jer je, na primjer, ugovor sklopljen pomoću telefona (tehnologija ili način sklapanja) sklopljen u usmenom obliku, naravno ako je riječ o sklapanju ugovora tijekom telefonskog razgovora. Ako je ugovor sklopljen pomoću SMS-a ili, na primjer, pisanom komunikacijom u aplikaciji *WhatsApp*, *Viber* ili na sličan način, odnosno putem elektroničke pošte (dakle i ovdje je riječ o različitim načinima sklapanja ugovora), tada, ovisno o tome koje su pretpostavke ispunjene, ugovor može biti sklopljen u pisanom obliku (opširnije Nikšić 2022, 19–22).

[10] Osim elektroničkog sklapanja ugovora te digitalnih sadržaja, danas je aktualna i treća komponenta digitalizacije pravnih odnosa, a to je subjekt. Iako različitim sustavima umjetne inteligencije koji danas postoje još uvijek nije priznat pravni subjektivitet u značajnijoj mjeri i to je tema o kojoj se sve više raspravlja.

[11] Riječ je o tehnologijama koje su pojavile još sedamdesetih godina XX stoljeća (Akanegbu, Ribeiro 2012; Renwick 2020).

digitalna komponenta. Nedostaci digitalne komponente u potpunosti ili djelomično onemogućuju očekivano funkcioniranje stvari (objekta ugovora) u koju je takva komponenta „ugrađena“. Digitalna komponenta može biti uređaj ili dio uređaja, ali i softver odnosno drugi digitalni podaci ugrađeni u te komponente. No, u pravu EU digitalni element zapravo znači podaci u digitalnom obliku koji su ugrađeni u proizvod, o čemu će više riječi biti u nastavku.

Tehnološki razvoj doveo je do ubrzanog pojavljivanja velikog broja uređaja koji su imali digitalne komponente (na primjer, još sedamdesetih godina XX stoljeća pojavili su se radio-kazetofoni s digitalnim satom i alarmom, nešto kasnije Hi-Fi uređaji s digitalnim komponentama, a danas se takve komponente nalaze u većini kućanskih uređaja, svim suvremenim motornim vozilima itd.). Sve do nedavno se u vezi takvih uređaja nisu otvarala posebna pitanja s područja ugovornog prava jer je načelno za primjenu pravila ugovornog prava bilo sasvim svejedno je li, na primjer, neki sat digitalan ili analogan. Promijenilo se to da su se pojavili digitalni „proizvodi“ koji nisu uopće inkorporirani u neku stvar (na primjer, usluge korištenja elektroničkom poštom, pristupa bazama podataka, pretraživanja interneta, pohrane i obrade podataka), odnosno kada su inkorporirani u stvar, način korištenja takve stvari iziskuje višekratne intervencije u digitalnu komponentu (na primjer, ažuriranje karte na navigacijskom uređaju, instalacija sigurnosnih „zakrpa“ na velikom broju aplikacija), odnosno digitalna komponenta može se relativno lako i jednostavno „odvojiti“ i „spojiti“ sa stvari koja je objekt ugovora (na primjer, instalacija i deinstalacija aplikacija na računalima ili pametnim telefonima), što za posljedicu ima mogućnost da se digitalna komponenta isporučuje odvojeno od stvari, odnosno da se isporučuje naknadno te da se isporučuje kontinuirano.[12] Dakle, u tom smislu digitalna komponenta može, ali i ne mora biti odvojiva od hardvera. Stoga je i pravno

[12] Klasičan primjer za digitalne podatke koji se ne mogu odvojiti od hardvera su neke varijante ROM (*Read Only Memory*) čipova. Tzv. *Masked ROM* čipovi tvornički su podešeni te se upisani podaci uopće ne mogu izbrisati, s iznimkom uništenja samog čipa. Postoje i različite varijante ROM čipova koji se mogu reprogramirati, drugim riječima upisani podaci se mogu brisati i/ili prepravljati (na primjer, PROM i EEPROM čipovi), a da se pri tome ne uništi sam čip. No, prosječni korisnici ne interveniraju u podatke zapisane na ROM čipovima. Ta mogućnost pojavila se s RAM (*Random Access Memory*) čipovima, na kojima i prosječni korisnici mogli su dodavati, mijenjati i brisati podatke u računalima.

uređenje postalo mnogo složenije nego što je bilo ranije. To se odrazilo i na stil pisanja pravnih normi te strukturu propisa, kojima nažalost nedostaje ranija jasnoća i preglednost.[13]

Kada je riječ o odgovornosti za materijalne nedostatke, pojavljivanjem digitalnih sadržaja otvorio se čitav niz pitanja koja se ranije nisu postavljala, barem ne u tolikoj mjeri kao što je to danas. Neka od njih odnose se na nedostatke ispunjenja ugovora (na primjer, postoji li nedostatak ako softver nije ažuriran), a druga su povezana s temeljnim institutima ugovornog prava (kao što su naplatnost ugovora, sadržaj i pravna narav ugovora). Pravno uređenje ugovornog prava i nedostataka elektroničkih sadržaja posebno je složeno jer nije riječ o proizvodu ili usluzi jedne vrste, već o skupnom nazivu za čitav niz različitih proizvoda i/ili usluga.

2. PRAVO EUROPSKE UNIJE

2.1. Opće napomene

Ugovorno pravo na razini EU nije sveobuhvatno uređeno (Josipović, Kanceljak, 2022, 10), što je posljedica nepostojanja nadležnosti EU za uređivanje materije privatnog prava kao cjeline, odnosno pojedinih većih dijelova privatnog prava, kao što su, na primjer, građansko pravo, ugovorno pravo itd. (Twigg-Flesner 2010, 1–2). Iako su u bližoj povijesti postajale sasvim konkretne inicijative za pravnim uređenjem ne samo ugovornog

[13] Velika zasluga profesora Konstantinovića bila je što je odredbe Skice napisao jasno i pregledno, imajući kao uzor švicarski OR, koji je u usporedbi s njemačkim BGB-om bio u tom smislu mnogo zahvalniji. Svakako treba istaknuti da je iz današnje perspektive tekst BGB-a koji je bio na snazi kada je profesor Konstantinović pisao svoju Skicu bio uzor nomotehničke jednostavnosti u usporedbi s današnjim tekstom BGB-a, koji je postao nepregledan i težak za snalaženje zbog velike količine teksta te mnogih upućivanja jedne zakonske odredbe na drugu (upućivanja su postojala i u ranijoj verziji, ali ih je sada još više). Kompleksnost izvornog teksta njemačkog BGB-a proizlazila je iz teorijski dobro utemeljenih, ali ipak vrlo apstraktnih instituta, a danas je posljedica preuzimanja direktiva EU u BGB. Zanimljivo je da osamdesetih godina direktive s područja građanskog prava nisu preuzimane u BGB. Direktiva 85/374/EEZ Vijeća od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode preuzeta je zajedno s kasnijim izmjenama u poseban zakon (Wagner 2020; ProdHaftG, rubni broj 9–13). Kada se u ovom radu citira *Münchener Kommentar zum BGB*, zbog toga što elektroničko izdanje nema numerirane stranice, citira se broj zakonskog paragrafa (§) ako je riječ o BGB-u, odnosno naziv propisa kada je u pitanju poseban propis te broj odlomka teksta u komentaru (rubni broj).

prava već i građanskog prava kao cjeline, ti projekti za sada nisu uspješno okončani. Umjesto toga, većina pravnog uređenja na razini EU svodi se na direktive, kojima se uređuju pojedini privatnopravni instituti. Takva je situacija i s odgovornošću prodavatelja za nedostatke prodane stvari, ali isključivo u potrošačkim ugovorima,[14] odnosno s odgovornošću trgovaca za nedostatke digitalnih sadržaja u odnosu na potrošača. Riječ je o dvije direktive: Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (u daljnjem tekstu: Direktiva 2019/770),[15] te Direktiva (EU) 2019/771 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe, izmjeni Uredbe (EU) 2017/2394 i Direktive 2009/22/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 1999/44/EZ[16] (u daljnjem tekstu: Direktiva 2019/771). Riječ je o komplementarnim zakonodavnim aktima EU,[17] ali težište ovog rada je na pravilima koja proizlaze iz Direktive 2019/771 jer se ona bavi ugovorom o kupoprodaji. Obje direktive su direktive maksimalne harmonizacije, što znači da države članice EU prilikom ne smiju odstupati od pojedinih odredaba, osim ako je drukčije predviđeno samim direktivama.[18] Ranije pravno uređenje, Direktiva 1999/44[19], bila je direktiva minimalne harmonizacije, što znači da su države članice EU smjele odstupati od rješenja te Direktive te pružiti više zaštite potrošačima. [20]

Iz naziva Direktive 2019/771 proizlazi da se nju primjenjuje na potrošačke kupoprodajne ugovore,[21] ali područje njezine primjene *ration materiae* je šire jer se, osim na kupoprodaju, primjenjuje i na ugovore između potrošača i prodavatelja za isporuku robe koju je potrebno izraditi ili proizvesti, koji se također smatraju ugovorima o kupoprodaji za potrebe Direktive 2019/771.[22]

---

[14] S kupoprodajom su izjednačeni ugovori za isporuku robe koju je potrebno izraditi ili proizvesti (čl. 3. st. 2. Direktive 2019/771).

[15] *Službeni list EU* L 136, 22. 5. 2019, 1–27.

[16] *Službeni list EU* L 136, 22. 5. 2019, 28–50.

[17] Toč. 13. preambule Direktive 2019/771.

[18] Čl. 4. Direktive 2019/770 i čl. 4. Direktive 2019/771; također vid. i Josipović, Kanceljak (2022, 88).

[19] Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu, *Službeni list EU* L 171, 17. 7. 1999, 12–16. Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: poglavlje 15, vol. 022, 17–21. Direktiva 1999/44/EZ bila je implementirana u ZOO koji je donesen 2005, a stupio na snagu 1. siječnja 2006.

[20] Čl. 8. Direktive 1999/44/EZ.

[21] Čl. 3. st. 1. Direktive 2019/771.

[22] Čl. 3. st. 2. Direktive 2019/771.

Drugim riječima, ista pravila koja su predviđena za kupoprodaju primjenjuju se i na ugovor o djelu, ugovor o građenju ili drugi ugovor koji ima za objekt činidbe izradu ili proizvodnju. To bi mogao biti i neimenovani ugovor, koji ispunjava te kriterije.

Direktiva 2019/771 primjenjuje se na potrošačku kupoprodaju (i druge potrošačke ugovore izjednačene s kupoprodajom[23]) ako je riječ o pokretnim stvarima, pri čemu se umjesto izraza pokretne stvari koristi naziv roba, te je pojam robe definiran kao materijalni pokretni predmeti (eng. *tangible movable items*, njem. *bewegliche körperliche Gegenstände*, fr. *objet mobilier corporel*),[24] a voda, plin i električna energija imaju značenje robe u smislu te Direktive kad se nude za prodaju u ograničenom obujmu ili određenoj količini.[25] Zanimljivo je spomenuti da se na različitim službenim jezicima EU koristi različitim izrazima za objekt obveze prodavatelja. Na francuskom, španjolskom, talijanskom, portugalskom i engleskom jeziku koristi se izraz dobra,[26] a na njemačkom naziv roba. Inače civilni pravni poreci koji su utemeljeni u rimskopravnoj tradiciji za objekt činidbe prodavatelja koriste naziv stvar jer ugovor o kupoprodaji ima za predmet pokretne i nepokretne stvari.[27] Izraz dobra/roba blizak je *common law* tradiciji, iako i ona poznaje

[23] *Ibid*.

[24] U hrvatskom pravu pojam stvari, koji obuhvaća pokretnine i nekretnine, definira se u smislu tjelesnih (materijalnih) dijelova prirode, različitih od ljudi, koji služe ljudima za uporabu, a uz to se uzima da je stvar i sve drugo što je zakonom izjednačeno sa stvarima (čl. 2. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima *Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.). Izraz „sve drugo što je zakonom izjednačeno sa stvarima" odnosi se na različite entitete kojima nedostaje obilježje tjelesnosti (materijalnosti), a kojima zakonodavac želi dati karakter stvari. U pravnoj teoriji kao primjer za entitet izjednačen sa stvari navodi se i elektronički zapis, doduše u vezi nematerijaliziranih vrijednosnih papira (Slakoper, 2022, 130). Stoga je pojam stvari u hrvatskom pravu širi, jer u biti priznaje i nematerijalne stvari, doduše kroz fikciju. Postoje i drukčija mišljenja (Gavella *et al*. 2007, 64–67), prema kojima pojam netjelesne stvari u hrvatskom pravu ne postoji, ali se kroz institut entiteta izjednačenih sa stvarima priznaje mogućnost da na određenim nematerijalnim entitetima postoje stvarna prava. Praktična razlika između ta dva pristupa ne postoji jer se oba svode na to da stvarna prava mogu postojati i na nematerijalnim entitetima. Sporno može biti pitanje koji sve nematerijalni entiteti mogu biti objekti stvarnih prava.

[25] Čl. 2. toč. 5.a Direktive 2019/771.

[26] Naziv dobra u romanskim pravnim porecima izveden je iz latinskog naziva *bona*, koji je u rimskom pravu bio uobičajen za imovinu (uz različite druge nazive, kao što je, na primjer, *patrimonium*), a za robu se u rimskom pravu koristio naziv *merx.*

[27] Objekt činidbe prodavatelja mogu biti i subjektivna prava (čl. 376. st. 2. ZOO).

izraz stvari (*thing*) u smislu objekta kupoprodaje (Bridge 2017, 66).[28] Izraz robe koristio se i u Skici, ZOO 1978 i u novom ZOO-u, ali samo u općim odredbama, a kod ugovora o kupoprodaji prihvaćen je naziv stvari, odnosno subjektivna prava.

Pojam robe obuhvaća i materijalnu pokretninu koja ima ugrađen digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili je povezana s njima tako da bi izostanak tog digitalnog sadržaja ili te digitalne usluge onemogućio funkcioniranje te robe, za koju se koristi naziv roba s digitalnim elementima.[29] To bi mogli biti pametni TV uređaj ili pametni ručni sat na kojima se trebala nalaziti određena aplikacija bez koji ti uređaju nemaju određenu funkcionalnost[30] pa, na primjer, TV uređaj ne može pristupiti određenom *streaming* servisu, a pametni ručni sat ne može mjeriti puls osobe koja ga nosi. Naravno, da bi nepostojanje tih funkcija imalo karakter materijalnog nedostatka, one moraju biti ugovorene ili proizlaze iz reklama.

Kada je riječ o propisima kojima se uređuje kupoprodaju dobara/robe/stvari s digitalnim elementima, ali i mnogo šire od toga – u većini slučajeva kada se propisima uređuje različite aspekte informacijskih tehnologija, pojavljuju se i određeni terminološki problemi zbog prirode informacijskih tehnologija. Konstantan i često vrlo dinamičan razvoj tehnologije te konkretni pravni problemi i pitanja koja se postavljaju, s jedne strane, te inertnost pravnog poretka i težnja da se zadrži nomotehnički pristup u kojem relativno mali broj apstraktnih pravila uređuje veliki broj tehnološki različitih situacija dovodi do toga da propisi često kasne za praksom i kada ih se donese zbog svoje apstraktne naravi, često puta nisu jednostavni za primjenu. To vrijedi za pravna pravila općenito, a naravno i za pravila obveznog prava kojima se uređuje ugovorne odnose na više-manje jednak način neovisno o tome što je objekt ugovora.[31] Kada je riječ o stvarima s digitalnim elementima takav

[28] Izraz roba koristi se i u Haškim konvencijama o jednoobraznim zakonima o međunarodnoj prodaji robe odnosno sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe iz 1964. koji su imali utjecaj na pravila ZOO-a o kupoprodaji (Konstantinović 1969, 8).

[29] Toč. 14. preambule i čl. 2. toč. 5.b Direktive 2019/771.

[30] Toč. 15. preambule Direktive 2019/771.

[31] Naravno, postoje iznimke, prema kojima vrsta stvari koja je objekt činidbe utječe, na primjer, na oblik sklapanja ugovora ako je riječ o nekretninama (čl. 377. ZOO – kupoprodaja, čl. 482. ZOO – darovanje, čl. 552. ZOO – najam). Ali i u tom slučaju su pravila formulirana apstraktno za nekretnine, neovisno o tome je li riječ o izgrađenim ili neizgrađenim nekretninama, nekretninama na kojima se obavlja poslovna djelatnost ili služe za stanovanje, itd. Propisi kojima se uređuje primjena informacijskih tehnologija pokušavaju slično, ali ne s jednakim uspjehom jer pojedinosti svake tehnologije dovode do značajnih razlika u praktičnoj primjeni, pa ni pravila ne mogu biti jednaka za sve te tehnologije.

pristup stvara probleme jer se stvari s digitalnim elementima međusobno prilično razlikuju, a zbog dinamičnog tehnološkog razvoja zakonodavstvo teško može pratiti stvarne probleme koje bi trebalo riješiti.

K tome treba dodati da su terminološki problemi jednim dijelom povezani s činjenicom da je primarni jezik informacijskih tehnologija engleski, pa se u prijevodima na druge jezike ponekada gubi jasnoća.[32]

2.2. Preuzimanje direktiva 2019/770 i 2019/771 u pravne poretke država članica EU

U raznim državama članicama direktive 2019/770 i 2019/771 preuzete su u nacionalne poretke država članica EU na različite načine. U njemačkom pravu odredbe obje direktive preuzete su u opći propis građanskog prava – Građanski zakonik (u daljnjem tekstu: BGB).[33] Pri tome su neka rješenja predviđena za digitalne sadržaje proširena i na ugovore koji nisu potrošački.[34] Zapravo i sama Direktiva 2019/771 sadrži pravilo o pravnim odnosima koji ne proizlaze iz potrošačkih ugovora. Riječ je o odredbi o regresu prema osobi od koje je prodavatelj nabavio objekt ugovora na kojemu postoji materijalni nedostatak jer taj pravni posao proizlazi iz trgovačkog ugovora.[35]

U velikom broju nacionalnih zakonodavstava država članica EU odredbe direktiva 2019/770 i 2019/771 nisu preuzete u opći propis ugovornog prava, već u posebne propise. U austrijskom pravu obje direktive su transponirane u poseban propis – Zakon o zaštiti potrošača (čl. 4), baš kao i u francuskom (Sénéchal 2021, 266) i u talijanskom pravu (Capilli 2022). U slovenskom pravu

[32] U početku razvoja informatike to nije bilo tako, pa i riječ informatika potječe iz njemačkog jezika, a pripisuje se informatičaru Karlu Steinbuchu i inženjeru Helmutu Gröttrupu (Biener, Suschke 1997, 53–54). Steinbuch je taj izraz iskoristio u radu *INFORMATIK: Automatische Informationsverarbeitung* iz 1957. godine. U francuskom jeziku izraz informatika pojavio se 1962. godine, za što je zaslužan Philippe Dreyfus (*informatique = information + automatique*), a u engleskom jeziku više se koristi izraz *computer science* i *data-processing* (Kennassiri 2014).

[33] Direktiva 2019/771 preuzeta je u sljedeće odredbe BGB-a: §§ 434, 475b, 475c-d, § 476–477, § 479 BGB-a. Zakon o preuzimanju Direktive 2019/771 obavljen je u Bgbl. I, Nr. 37, 30. 6. 2021., 2133–2136. Direktiva 2019/770 preuzeta je u sljedeće odredbe BGB-a: §§ 312 Ab. 1–1a, 327–327u, § 445c, § 475a, § 516a, § 548a, § 578a, § 650 BGB-a. Zakon o preuzimanju Direktive 2019/771 objavljen je u Bgbl. I, Nr. 37, 30. 6. 2021., 2123–2132.

[34] §§ 327t i 327u BGB-a.

[35] Čl. 18. Direktive 2019/771.

u vrijeme pisanja ovog teksta direktive 2019/770 i 2019/771 još nisu bile implementirane, ali iz nacrta zakona proizlazi da će odredbe obiju direktiva biti preuzete u Zakon o zaštiti potrošača (Uradni list RS: e-bilten 2022).

U hrvatskom pravu zakonodavac se odlučio na neobično rješenje, a to je da Direktivu 2019/771 preuzme u opći propis obveznog prava – ZOO,[36] a Direktivu 2019/770 u poseban propis, i to ne u Zakon o zaštiti potrošača, već u još „posebniji" propis (*lex specialissima*) koji je donesen isključivo u svrhu implementacije Direktive 2019/770 – Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga.[37] Doduše, najveći dio novih odredaba ZOO-a odnosi se na potrošačke ugovore. Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga doslovnije se oslanja na pravnu terminologiju i institute Direktive 2019/770, dok su u ZOO odredbe Direktive 2019/771 preuzete uz više prilagođavanja institutima i terminologiji ZOO-a. To nije u suprotnosti s pravom EU jer direktive barem načelno ne zahtijevaju doslovno preuzimanje u pravni poredak država članica EU. No, s druge strane, kada se dvije komplementarne direktive, kao što su to direktive 2019/770 i 2019/771, preuzmu u nacionalni pravni poredak na tako različite načine kao što je to učinjeno u hrvatskom pravu, vrlo vjerojatno će nastati veći broj praktičnih problema u primjeni pravila nego li što bi to bio slučaj da su obje direktive preuzete ili u opći propis (uz nužna odstupanja u pojedinim pravilima za pojedine kategorije subjekata) ili u poseban propis.

Složenost pravnog uređenja odgovornosti za materijalne nedostatke kada je riječ o robi odnosno stvarima s digitalnim elementima na razini prava EU može se ilustrirati na primjeru medija za prenošenje podataka (SSD i HDD diskovi, USB memorije, CD i DVD mediji, iako se danas koriste sve manje). Naime, ako je riječ o mediju na kojem se nalaze podaci, ugovor koji ima za objekt takav medij potpada pod Direktivu 2019/770 i odgovarajuće nacionalne propise.[38] S druge strane, ako je riječ o praznom mediju, tada se primjenjuju pravila koja proizlaze iz Direktive 2019/771, što u slučaju hrvatskog prava znači da se primjenjuje ZOO[39] (Baretić 2022, 191). Situacija je još složenija kada je riječ o medijima koje kupci kupuju s namjerom nabavljanja praznog medija, a na kojima se u nemalom broju primjera ipak nalazi softver koji kupac kasnije može, ali i ne mora koristiti da bi se koristio

[36] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, *Narodne novine* 126/21.

[37] Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, *Narodne novine* 110/21.

[38] Čl. 3. st. 3. Direktive 2019/770.

[39] Čl. 400. st. 12. ZOO.

tim medijem (na primjer, softver za sinkronizaciju podataka, različiti promotivni antivirusni i slični alati). S tim u vezi postavlja se pitanje pripada li takav ugovor u režim punih ili praznih medija. Osnovni kriterij za rješenje te dvojbe trebala bi biti konkretna namjera ugovornih strana, ali taj element jednom kada nastane spor teško je ustanoviti.

Prilikom preuzimanja direktiva EU u nacionalne pravne poretke država članica EU postoji još jedan ozbiljan nomotehnički izazov. Tekst direktive sastoji se od dva dijela – prvi dio sadrži preambulu, a drugi dio pojedine odredbe. Propisi država članica EU nisu strukturirani tako da sadrže preambulu, pa se prilikom preuzimanja u nacionalni pravni poredak u izvjesnom smislu izgubi dio direktive. To je dodatni razlog da se prilikom tumačenja uzmu obzir i preambule direktiva (Baretić 2022, 191–192), što je inače u skladu s načelom usklađenog tumačenja nacionalnog prava (Josipović 2020, 290–306). Naravno, pri tome treba voditi računa da tumačenje ne preraste u stvaranje pravnih pravila kojih zapravo nema, što je i inače rizik prilikom tumačenja, neovisno o tome je li riječ o tumačenju propisa ili tumačenju ugovora i drugih pravnih poslova.

3. POJAM STVARI S DIGITALNIM ELEMENTIMA

U hrvatsko pravo Direktiva 2019/771 preuzeta je na način da se izmijenjene odredbe primjenjuju ne samo na kupoprodaju pokretnih stvari (robe) već i na nekretnine. To je primjer tzv. proširene primjene direktive. U pojedinim pravnim porecima, osim naziva robe, dobara i stvari, koriste se i drugi nazivi, na primjer, naziv digitalni proizvodi, pri čemu se naglašava da u tom slučaju nije riječ o proizvodu u kontekstu izvanugovorne odgovornosti za neispravan proizvod.[40] Naziv digitalnog proizvoda u kontekstu materijalnih nedostataka služi kao krovni pojam koji obuhvaća digitalne sadržaje i digitalne usluge, a služi jednostavnijem izražavanju (Metzger 2022, § 327, rubni broj 6).[41] Njemački zakonodavac također je uveo pojam nedostatka

[40] U njemačkom pravu taj institut uređen je posebnim propisom (*Produkthaftungsgesetz*; *ProdHaftG*), a u hrvatskom općim propisom – ZOO-om. U ZOO-u se pojam proizvođača odnosno proizvoda pojavljuje u kontekstu odgovornosti za materijalne neodstatke (čl. 399.a toč. 3 ZOO), te u vezi s odgovornosti proizvođača za neispravan proizvod (čl. 1073–1080. ZOO).

[41] *Münchener Kommentar zum BGB*, elektroničko izdanje nema numerirane stranice već se umjesto toga citira broj zakonskog § i odlomka teksta u komentaru (rubni broj).

proizvoda (*Produktmangel*), koji se koristi kod digitalnih proizvoda u smislu materijalnih nedostataka (§ 327e BGB). Naziv digitalni proizvod koristi se i u Direktivi 2019/771.[42]

U ZOO se tradicionalno uređuje odgovornost za materijalne i pravne nedostatke na stvarima, a ne na dobrima, odnosno robi kao što je slučaj s Direktivom 2019/771. Takav pristup u ZOO-u usvojen je još u Skici i zadržao se do danas, nakon preuzimanja Direktive 2019/771 u ZOO.[43] Stvari s digitalnim elementima najvećim dijelom su pokretnine. No, danas već postoje i različiti primjeri za nekretnine s digitalnim elementima, u smislu nekretnina na kojima su građevine s digitalnim elementima, poznate pod komercijalnim nazivom pametni dom (*smart home*),[44] a obuhvaćaju različite sustave kao što su alarmi, elektronički upravljane brave, nadzor, sustave za pročišćavanje vode i zraka, klima-sustave i grijanje, sustave za proizvodnju i upravljanje električnom energijom, sustave za čišćenje itd. Naravno, u svakom pojedinom slučaju treba procijeniti je li riječ o sustavima koji su dio nekretnine (kriterij za to u hrvatskom pravu je razmjerno trajna povezanost s nekretninom[45]) ili je riječ o pokretnim stvarima koje se nalaze na nekretnini. Također treba voditi računa o tome da barem u hrvatskom pravu i drugim pravnim porecima koji prihvaćaju načelo pravnog jedinstva nekretnine građevine s digitalnim elementima nisu nekretnine same za sebe već su dio zemljišta. Nekretnine s digitalnim elementima ne moraju biti nužno izgrađena zemljišta već i zemljišta na kojim se nalaze druge instalacije (na primjer, za transport struje, plina i nafte, ali i poljoprivredna zemljišta sa sustavima navodnjavanja ili elektroničkim sustavima za nadzor stoke).

Direktive 2019/770 i 2019/771 pod sintagmom *digitalni element* podrazumijevaju podatke u digitalnom obliku, bez obzira na to je li riječ o softveru ili podacima koji postoje kao digitalni zapis.[46]

Pojam stvar s digitalni elementima definira se kao stvar u koju je ugrađen digitalni sadržaj ili digitalne usluge ili su povezani sa stvari tako da bi izostanak tog digitalnog sadržaja ili te digitalne usluge onemogućio funkcioniranje te stvari i koji se isporučuju na temelju ugovora o kupoprodaji, neovisno o tome isporučuje li takav digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu prodavatelj ili treća

[42] Vid., na primjer, toč. 5, 7, 14, 32, 45. i 55. preambule Direktive 2019/771.

[43] Čl. 89. i 383. Skice.

[44] Moscaritolo (2022).

[45] Čl. 2. st. 2. ZV: Nekretnine su čestice zemljine površine, zajedno sa svime što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drukčije određeno.

[46] Čl. 2. toč. 2. Direktive 2019/770. i čl. 2. toč. 6. i 7. Direktive 2019/771.

strana.[47] Pojam digitalni sadržaj znači podaci koji se proizvode i isporučuju u digitalnom obliku,[48] a pojam digitalna usluga obuhvaća uslugu kojom se potrošaču omogućuju stvaranje, obrada i pohrana podataka u digitalnom obliku ili pristup njima ili usluga kojom se omogućuje dijeljenje ili bilo koja druga interakcija s podacima u digitalnom obliku koje učitava ili stvara potrošač ili drugi korisnici te usluge.[49]

S obzirom na to da se digitalni elementi pojavljuju u dvije direktive, pojavio se problem razgraničenja ta dva propisa. S tim u vezi postoji i presumpcija prema kojoj se smatra da su kod potrošačkih ugovora digitalni sadržaj ili digitalna usluga obuhvaćeni ugovorom o kupoprodaji.[50] U pravnoj teoriji tu presumpciju problematiziralo se iz više razloga, između ostalog, jer je predviđena isključivo za potrošačke ugovore (Baretić 2022, 192). Jedan od razloga za to jest što kod ostalih vrsta ugovora to nije bilo potrebno jer u odnosu na ostale nema razgraničenja između ZOO-a i posebnog propisa o materijalnim nedostacima kod ugovora o digitalnim uslugama i digitalnim sadržajima – Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga. Naime, taj propis primjenjuje se isključivo na potrošačke ugovore.[51] Kritiku suženja područja primjene presumpcije o tome u određenoj mjeri ipak treba prihvatiti, zbog činjenice da bi ta presumpcija, bez obzira na razgraničenje s posebnim propisima, mogla biti korisna i kod trgovačkih te građanskopravnih ugovora jer bi pojednostavnila odgovor na pitanje koja pravila se primjenjuju kada je sporno obavlja li se isporuka digitalnog sadržaja odnosno digitalne usluge u okviru ugovora o kupoprodaji ili to nije slučaj.

4. PRETPOSTAVKE ODGOVORNOSTI ZA NEDOSTATKE KUPLJENE STVARI

4.1. Naplatnost ugovora

Odgovornost za materijalne nedostatke postoji, kao i do sada, kod svih naplatnih ugovora. Težište zakonskog uređenja u ZOO-u nalazi se kod ugovora o kupoprodaji, jer pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke

[47] Čl. 400. st. 5. ZOO.

[48] Čl. 399.a toč. 4. ZOO.

[49] Čl. 399.a toč. 5. ZOO.

[50] Čl. 4. st. 3. reč. 2. Direktive 2019/770 te čl. 3. st. 3. reč. 3. Direktive 2019/771. Vid. i čl. 400. st. 1. ZOO.

[51] Čl. 5. st. 1. Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga.

kod ugovora o kupoprodaji imaju karakter općih pravila, koja se primjenjuju kada drukčije nije ugovoreno ili propisano. Kod brojnih ugovora postoje posebna pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke, koja više ili manje mijenjaju osnovnu fizionomiju instituta odgovornosti. Manje varijacije (ali ne i manje važne s praktične strane) postoje, na primjer, kod ugovora o djelu, a veće kod ugovora o građenju.[52] Kod pojedinih ugovora postoje i posebna pravila koja u biti ne mijenjaju opće pravno uređenje već su najvećim dijelom instruktivne naravi.[53]

Ako određeni pravni posao nije naplatan, tada ne postoji odgovornost za materijalne nedostatke. Da bi se neki ugovor smatrao ugovorom o kupoprodaji, takav ugovor mora sadržavati bitne sastojke (*essentialia negotii*) ugovora o kupoprodaji. To su predmet i cijena, koja doduše ne mora biti ugovorena kod trgovačke kupoprodaje, ali mora postojati i kod nje (Klarić, Vediš, 2014, 113). Ako se ugovori sklapaju u vezi digitalnih sadržaja, cijena se u određenom broju primjera ne plaća u novcu već u osobnim podacima „kupca". U takvim slučajevima postavlja se pitanje je li uopće riječ o ugovoru o kupoprodaji ili nekom drugom ugovoru. Prema standardnom shvaćanju prihvaćenom u hrvatskoj literaturi, kod ugovora u kupoprodaji barem pola cijene mora biti ugovoreno u novcu da bi se ugovor smatrao ugovorom o kupoprodaji (Klarić, Vedriš, 2014, 496), što je u biti pravilo koje ne postoji u ZOO-u.[54]

Pitanje smatra li se plaćanje osobnim podacima uopće plaćanjem posebno se razmatralo nakon što je stupila na snagu Opća uredba o zaštiti podataka[55] (šire poznata pod engleskim akronimom GDPR – *General Data Protection Regulation*) prema kojoj ispitanik u svakom slučaju može povući privolu za korištenje osobnih podataka. Na prvi pogled to je nespojivo s obveznom

---

[52] U hrvatskom pravu nekadašnja odgovornost izvođača i ostalih osoba za tzv. solidnost preformulirana je u odgovornost za tzv. bitne zahtjeve za građevinu (čl. 633 ZOO). Taj pojam definiran je građevinskim propisima.

[53] Tako, na primjer, kod ugovora o darovanju, odredba čl. 483. st. 1. ZOO isključuje odgovornost za materijalne i pravne nedostatke, iako ta odgovornost zbog besplatne naravi ugovora o darovanju ne bi postojala niti po općim pravilima. No, ona ipak ima praktičnu vrijednost kada je riječ o odgovornosti za štetu, jer propisuje da će darovatelj koji je namjerno prešutio postojanje nedostatka odgovarati za štetu obdareniku, čime se odstupa od općeg pravila prema kojem se u načelu odgovara za svaki stupanj i vrstu krivnje (čl. 1045. st. 1. ZOO).

[54] Takvo pravilo postoji u § 1055. austrijskog ABGB-a, koji još uvijek ima određeni utjecaj na hrvatsko pravo.

[55] Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), *Službeni list EU* L 119, 4. 5. 2016, 1–88.

naravi ugovora, koje se, ako drukčije nije ugovoreno ili propisano, ne može jednostrano raskidati. No, to zapravo nije tako, jer povlačenje privole na korištenje osobnih podataka ne isključuje mogućnost „plaćanja" osobnim podacima u ugovornim odnosima. To pitanje može biti različito uređeno, ugovorom ili propisom. Naime, povlačenje privole može zaista dovesti i do raskida ugovora, pri čemu može ali i ne mora prestati ovlaštenje „prodavatelja" na korištenje osobnih podataka „kupca". Jedna od mogućnosti je i da se ugovori ili propiše da „kupac" koji povuče privolu na korištenje osobnih podataka duguje drugu naknadu. Danas u EU više nije sporno da je „plaćanje" osobnim podacima dopušteno, ali u pojedinim državama članicama EU takvo „plaćanje" neće imati karakter plaćanja u smislu općih pravila ugovornog prava, ako se pod plaćanjem podrazumijeva isključivo plaćanje u novcu.

Prema tome, „plaćanje" osobnim podacima dovodi do toga da se ugovor neće kvalificirati kao ugovor o kupoprodaji. No, zbog činjenice da se pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke primjenjuju na sve naplatne ugovore, a ne samo na ugovor o kupoprodaji, važnije je utvrditi može li se davanje osobnih podataka u zamjenu za drugu činidbu (na primjer, korištenje elektroničke aplikacije) kvalificirati kao naplatan pravni posao.

Direktiva 2019/771 ne sadrži pravila o „plaćanju" osobnim podacima jer takav poslovni model kod kupoprodaje stvari, pa makar one imale u sebi i digitalni element, nije široko prihvaćen, ali Direktiva 2019/770 ima takva pravila.[56] To je opet posljedica poslovnog modela koji postoji u praksi jer

[56] Toč. 24. preambule Direktive 2019/770: *„Digitalni sadržaj ili digitalne usluge često se isporučuju i tako da potrošač trgovcu ne plaća novčani iznos, nego mu dostavlja osobne podatke. Takvi se poslovni modeli u različitim oblicima upotrebljavaju na znatnom dijelu tržišta. Ovom Direktivom trebalo bi se osigurati da potrošači u kontekstu takvih poslovnih modela imaju pravo na ugovorna pravna sredstva, pri čemu se potpuno priznaje da je zaštita osobnih podataka temeljno pravo i da se stoga osobni podaci ne mogu smatrati robom. Ova bi se Direktiva stoga trebala primjenjivati na ugovore na temelju kojih trgovac isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke. Osobni podaci mogli bi se dostaviti trgovcu u vrijeme sklapanja ugovora ili kasnije, na primjer kada potrošač da svoju suglasnost trgovcu da se koristi svim osobnim podacima koje potrošač učita ili stvori koristeći se digitalnim sadržajem ili digitalnom uslugom. Pravo Unije o zaštiti osobnih podataka predviđa iscrpni popis pravnih osnova za zakonitu obradu osobnih podataka. Ova Direktiva trebala bi se primjenjivati na svaki ugovor na temelju kojeg potrošač dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke trgovcu. Na primjer, ova bi se Direktiva trebala primjenjivati kada potrošač otvori korisnički račun na društvenim medijima te navede naziv i adresu e-pošte koji se koriste u svrhe različite od obične isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, ili u svrhe različite od ispunjavanja pravnih zahtjeva. Trebala bi se jednako primjenjivati u slučaju kada potrošač trgovcu daje privolu da u promidžbene svrhe obrađuje bilo koju vrstu materijala koji se smatra osobnim podacima, kao što su fotografije ili*

se digitalne usluge često „plaća“ osobnim podacima. Iako se takav pristup problematizirao s aspekta zaštite osobnih podataka, on u biti pruža više zaštite potrošačima jer kada bi se zauzelo shvaćanje prema kojem „plaćanje“ osobnim podacima ne dolazi u obzir, to bi moglo značiti da nema odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke, budući da bi u ugovornom odnosu nedostajala protučinidba potrošača te bi takav ugovor, koliko god to bilo apsurdno, trebalo klasificirati u besplatne pravne poslove.[57]

Bez obzira na to što se u Direktivi 2019/771 ne spominje „plaćanje“ osobnim podacima, o toj mogućnosti treba voditi računa jer u kontekstu stvari s digitalnim elementima praksa u nekom trenutku može prihvatiti takav model poslovanja.

4.2. Prijelaz rizika i znanje ugovornih strana

Prodavatelj odgovara za materijalne nedostatke stvari koje je ta stvar imala u trenutku prijelaza rizika na kupca, bez obzira na to je li mu postojanje nedostatka bilo poznato.[58] Naravno, ako je kupac (odnosno drugi stjecatelj ako je riječ o drugoj vrsti naplatnog posla) znao za nedostatke ili mu oni nisu mogli ostati nepoznati, nema odgovornosti.[59] Prodavatelj odgovara i za one nedostatke koji se pojave nakon prijelaza rizika na kupca, ako su posljedica uzroka koji je postojao prije toga.[60] U ZOO-u je preuzeta odredba iz Direktive 2019/771 kojom je predviđeno da prodavatelj odgovara za materijalne nedostatke neovisno o tome je li ugovorom prenio ili se obvezao prenijeti kupcu stvar u vlasništvo, a kupac platio ili se obvezao platiti njezinu cijenu.[61] Navedenu odredbu ne bi trebalo tumačiti na način da je u hrvatski ZOO uveden koncept prijenosa vlasništva samim sklapanjem ugovora već je u biti riječ o pravilu koje znači da se pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke primjenjuju ne samo na konsenzulani ugovor o kupoprodaji već i na realnu kupoprodaju.

---

objave koje potrošač učitava. Međutim, države članice trebale bi i dalje moći slobodno odrediti jesu li ispunjeni zahtjevi u pogledu sklapanja, postojanja i valjanosti ugovora u sklopu nacionalnog prava.“

[57] Prihvaćen je i u Zakonu o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (čl. 5. st. 2.).

[58] Čl. 400. st. 1. ZOO.

[59] Čl. 402. st. 1. ZOO.

[60] Čl. 400. st. 2. ZOO.

[61] Čl. 400. st. 3. ZOO. Usp. čl. 2. toč. 1. Direktive 2019/771.

4.3. Trenutak prijelaza rizika kod kupoprodaje stvari s digitalnim elementima

Posebno pravilo uređuje trenutak prijelaza rizika kada su objekt činidbe stvari s digitalnim elementima. Rizik prelazi na kupca u trenutku kada je obavljena jednokratna isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, odnosno kada je započela kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.[62] No, u slučaju kontinuirane isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge prijelaz rizika kod instituta odgovornosti za materijalne nedostatke nema uobičajenu ulogu, barem kada je riječ o potrošačkim ugovorima.

Naime, nova pravila proširuju primjenu instituta materijalnih nedostataka stvari s digitalnim elementima s kontinuiranom isporukom digitalnog sadržaja odnosno usluge kod potrošačkih ugovora. Ako je potrošačkim ugovorom predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge na rok dulji od dvije godine, prodavatelj je odgovoran za nedostatke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji se pojave u razdoblju u kojem se digitalni sadržaj ili digitalna usluga trebaju isporučivati na temelju ugovora o kupoprodaji.[63] Ako je potrošačkim ugovorom o kupoprodaji predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tijekom određenog razdoblja koje je kraće od tog razdoblja, prodavatelj je odgovoran za nedostatke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji se pojave u roku od dvije godine od trenutka prijelaza rizika.[64]

4.4. Pojam nedostatka

U novom ZOO zadržan je koncept prema kojem se u Zakonu opisuju kada postoje nedostaci, iako Direktiva 2019/771 ima nešto drukčiji pristup. Naime, Direktiva 2019/771 opisuje pojam usklađenosti s ugovorom, a ne kada postoji nedostatak.[65] ZOO-ovski koncept sadržajno jest usklađen s Direktivom, ali u smislu da su tzv. zahtjevi usklađenosti iz Direktive u ZOO-u preformulirani u odredbi u kojoj se navode pojedini slučajevi kada postoje materijalni nedostaci.

Tako je određeno da materijalni nedostatak postoji:[66]

---

62 Čl. 400. st. 6. ZOO.

63 Čl. 404.a st. 1. ZOO.

64 Čl. 404.a st. 2. ZOO.

65 Čl. 6. i 7. Direktive 2019/771.

66 Čl. 401. st. 1. ZOO.

„1) ako stvar ne odgovara opisu, vrsti, količini i kvaliteti odnosno nema funkcionalnost, kompatibilnost, interoperabilnost i druge značajke kako je utvrđeno ugovorom o kupoprodaji,

2) ako stvar nije prikladna za bilo koju posebnu namjenu za koju je potrebna kupcu i s kojom je kupac upoznao prodavatelja najkasnije u trenutku sklapanja ugovora te u odnosu na koju je prodavatelj dao pristanak,

3) ako stvar nije isporučena sa svom dodatnom opremom i uputama, uključujući upute za instalaciju, kako je utvrđeno ugovorom o kupoprodaji ili

4) ako stvar nije isporučena s ažuriranjima kako je utvrđeno ugovorom o kupoprodaji."

Kao što je vidljivo iz zakonskog teksta, i ovdje neki od materijalnih nedostataka sadržajno više ili manje odgovaraju starim zakonskim formulacijama, a neke su barem na prvi pogled sasvim nove. Naime, i to koje su nove moglo se izderivirati iz općenitijih formulacija starog teksta, ali su nove formulacije preciznije. Na primjer, nekadašnje pravilo prema kojem je materijalni nedostatak postojao ako stvar nije imala svojstva potrebna za redovitu uporabu[67] moglo se tumačiti tako da obuhvaća i zahtjeve funkcionalnosti, kompatibilnosti te interoperabilnosti. Isto se moglo postići i na temelju pravila kojim je bilo propisano da nedostatak postoji ako stvar nema izrijekom ili prešutno ugovorena svojstva.[68] Naime, to pravilo u sadržajnom smislu odgovara aktualnom zakonskom tekstu koji zahtijeva da stvar odgovara opisu, vrsti, količini, kvaliteti te drugoj značajci kako je utvrđeno ugovorom. To se odnosi i na ažuriranja jer obveza ažuriranja postoji samo ako proizlazi iz ugovora, iako taj kriterij za posuđivanje materijalnog nedostatka nominalno nije postojao prije novele 2021. godine. Isto se odnosi i na nedostatke u vezi dodatne opreme i uputa jer se i u tom slučaju zahtijeva da je isporuka dodatne opreme i uputa bila ugovorena.

Za sve ovdje navedene nedostatke karakteristično je da predstavljaju povredu ugovora jer isporučeni objekt ugovora ne odgovara onome što je ugovoreno između kupca i prodavatelja. Zahtjev da roba (u terminologiji prava EU, a u terminologiji ZOO-a stvar) bude usklađena s ugovorom u pravu EU naziva se subjektivni zahtjev u pogledu usklađenosti.[69]

---

[67] Čl. 401. st. 1. toč. 1. ZOO prije novele proveden Zakonom i izmjenama i dopunama ZOO-a, *Narodne novine* 126/21.

[68] Čl. 401. st. 1. toč. 3. ZOO prije novele proveden Zakonom i izmjenama i dopunama ZOO-a, *Narodne novine* 126/21.

[69] Čl. 6. Direktive 2019/771.

Iako se pojmovi kompatibilnosti, funkcionalnosti i interoperabilnosti mogu pojaviti i u kontekstu objekata kupoprodaje koji nisu povezani s informacijskim tehnologijama, oni ipak imaju posebnu ulogu prilikom određivanja postoji li nedostatak na stvarima s digitalnim elementima.[70] Naime, bilo koji komad hardvera, iako ima ispravno instaliran softver, može biti potpuno neupotrebljiv ako ne radi pravilno u kombinaciji s drugim uređajima kupca (interoperabilnost) ili s drugim komponentama kupca u okviru istog uređaja (kompatibilnost) i ako, bez obzira na to što je sam po sebi ispravan, nema određenu funkcionalnost (na primjer, ručni GPS uređaj za europsko tržište, ako udaljenost ili nadmorsku visinu može prikazivati jedino u stopama ili, a ne u metrima i kilometrima). Pored subjektivnih zahtjeva u pogledu usklađenosti s ugovorom, pravo EU poznaje i tzv. objektivne zahtjeve usklađenosti s ugovorom.[71] I ti su zahtjevi preuzeti u ZOO-a doduše, kao i kod subjektivnih zahtjeva, bez preuzimanja terminologije prava EU. Stoga se u ZOO ne koriste nazivi subjektivna i objektivna neusklađenost niti se definira zahtjeve usklađenosti, već umjesto toga nabraja kada postoje materijalni nedostaci. U ZOO-u su objektivni zahtjevi usklađenosti s ugovorom preformulirani u sljedeće slučajeve kada postoji nedostatak:[72]

„1) ako stvar nije prikladna za upotrebu u svrhe za koje bi se stvar iste vrste uobičajeno koristila, uzimajući u obzir sve propise Europske unije i propise Republike Hrvatske, tehničke standarde ili, ako takvih tehničkih standarda nema, primjenjive kodekse ponašanja u određenom području ako oni postoje,

2) ako stvar ne odgovara kvaliteti i opisu uzorka ili modela koji je prodavatelj stavio na raspolaganje kupcu prije sklapanja ugovora,

3) ako stvar nije isporučena s dodatnom opremom, uključujući ambalažu, upute za instalaciju ili druge upute, čiji primitak kupac može razumno očekivati,

4) ako stvar ne odgovara količini ili nema ona svojstva i druge značajke, uključujući one koje se odnose na trajnost, funkcionalnost, kompatibilnost i sigurnost, koji su uobičajeni za stvar iste vrste i koje kupac može razumno očekivati s obzirom na prirodu stvari te uzimajući u obzir sve javne izjave koje

---

[70] Čl. 399.a toč 6–8. glase: Kompatibilnost je sposobnost stvari da funkcionira s hardverom ili softverom s kojima se obično koristi stvar iste vrste, a da tu stvar, hardver ili softver pritom nije potrebno konvertirati. Funkcionalnost je sposobnost stvari da izvršava funkcije s obzirom na svoju svrhu. Interoperabilnost je sposobnost stvari da funkcionira s hardverom ili softverom drukčijim od onih s pomoću kojih se obično koristi stvar iste vrste.

[71] Čl. 7. Direktive 2019/771.

[72] Čl. 401. st. 2. toč. 1–4. ZOO.

su dali prodavatelj ili druge osobe u prethodnim fazama lanca transakcija, uključujući proizvođača, ili koje su dane u njihovo ime, osobito u oglašavanju ili označivanju,"

Postoje još dva slučaja kada postoje materijalni nedostaci. U pravu EU ti slučajevi uređeni su odvojeno od subjektivnih i objektivnih zahtjeva, a u ZOO-u su nabrojani u nastavku ranije citirane odredbe:[73]

„5) ako je stvar nepravilno instalirana odnosno montirana, a usluga instalacije odnosno montaže čini dio ugovora o kupoprodaji i obavio ju je prodavatelj ili osoba za koju on odgovara ili

6) ako je stvar za koju je bilo predviđeno da je instalira odnosno montira kupac nepravilno instalirana odnosno montirana od strane kupca, a nepravilna instalacija odnosno montaža posljedica je nedostatka u uputama koje je dostavio prodavatelj ili, u slučaju stvari s digitalnim elementima, koje je dostavio prodavatelj ili dobavljač digitalnog sadržaja ili digitalne usluge."

Kao što je vidljivo iz zakonskog teksta, i ovdje neke odredbe noveliranog ZOO-a odgovaraju sadržaju starih zakonskih formulacija,[74] a neke su nove. U vezi s materijalnim nedostacima na stvarima s digitalnim elementima objektivni zahtjevi igrat će značajnu ulogu u većini ovdje navedenih pravila. Tehnički standardi, uzorci i modeli, dodatna oprema, ambalaža i različite upute te svojstva trajnosti, funkcionalnosti, kompatibilnosti i sigurnosti javljaju se u velikom broju ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima. Isto se odnosi i na barem neke ugovore u kojima je potrebno instalirati digitalne elemente, pri čemu će se u većini potrošačkih ugovora raditi o instalaciji koju obavlja sam potrošač, ali i u tom slučaju mogu nastati materijalni nedostaci, najčešće u vezi uputa za instalaciju softvera.

4.5. Zahtjevi u vezi s ažuriranjem stvari s digitalnim elementima kod potrošačkih ugovora

U okviru objektivnih zahtjeva usklađenosti s ugovorom, u Direktivi 2019/771 uređeni su zahtjevi u vezi s ažuriranjem robe s digitalnim elementima. U ZOO-u je to rješenje prošireno i na druge vrste stvari, ali izričita

[73] Čl. 401. st. 2. toč. 5–6. ZOO.

[74] Misli se na izvorni tekst novog hrvatskog ZOO-a iz 2005/2006. godine u koji su bile preuzeta rješenja Direktive 1999/44/EZ. Naime, još su tada u odredbe o materijalnim nedostacima unesene odredbe o tome kada će pogreška u instalaciji imati karakter materijalnog nedostatka, a također je bilo propisano da materijalni nedostatak postoji u slučaju da stvar nema svojstva koja kupac može opravdano očekivati prema naravi stvari, a posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavatelja, proizvođača i njihovih predstavnika (reklame, označavanje stvari i dr.).

pravila u vezi s ažuriranjem postoje isključivo u vezi potrošačkih ugovora. Prije svega, treba naglasiti da ne postoji opća obveza ažuriranja stvari, pa čak niti onih s digitalnim elementom. Ta obveza proizlazi iz ugovora, pri čemu ona ne mora biti izričito ugovorena već i prešutno. Obveza ažuriranja može proizaći iz, rječnikom prava EU, objektivnih zahtjeva usklađenosti. Naime, u tom slučaju moglo bi se zaključiti da stvar „... *nema ona svojstva i druge značajke, uključujući one koje se odnose na trajnost, funkcionalnost, kompatibilnost i sigurnost, koji su uobičajeni za stvar iste vrste i koje kupac može razumno očekivati...*“. Najbolji primjer za to nije iz domene Direktive 2019/771, ali može poslužiti kao primjer. Riječ je o antivirusnom softveru,[75] za koji postojeća tehnologija zahtijeva redovito ažuriranje da bi taj softver bio funkcionalan. Stoga bi obveza ažuriranja u tom primjeru mogla proizaći kako iz subjektivnih zahtjeva za usklađenost (izričito ili prešutno ugovorena usluga ažuriranja) tako i iz objektivnih zahtjeva (značajka koja se odnosi na trajnost i funkcionalnost te sigurnost). No, obveza ažuriranja ne postoji za različite stvari s digitalnim elementima ako uopće ne postoji tehnička mogućnost ažuriranja takvih stvari. Naime, stvari s digitalnim elementima nisu isključivo *desktop* i prijenosna računala, pametni telefoni, satovi i TV uređaji te navigacijski uređaji, za koje su tipična ažuriranja softvera. Stvari s digitalnim elementima su većina kućanskih uređaja (perilice, štednjaci, hladnjaci, klima-uređaji, printeri, TV uređaji bez mogućnosti povezivanja na internet, glazbeni uređaji), kao i različiti električni alati, strojevi i prijevozna sredstva. Iako su u sve te uređaje danas ugrađeni mikroprocesori u kojima su zapisani digitalni podaci, u vezi njih ne postoji obveza ažuriranja tih podataka.

Prodavatelj neće odgovarati za nedostatke u vezi s ažuriranjem ako je, u trenutku sklapanja ugovora, potrošač bio posebno obaviješten da određeno obilježje stvari odstupa od kriterija koji se koriste za određivanje navedenih nedostataka i ako je potrošač to izričito i zasebno prihvatio prilikom sklapanja ugovora.[76]

Ako na strani prodavatelja postoji obveza ažuriranja u potrošačkim ugovorima o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima kojima je predviđena jednokratna isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, tada je prodavatelj dužan obavijestiti potrošača o ažuriranjima, uključujući

[75] Antivirusni softver ne potpada pod područje primjene Direktive 2019/771 jer je riječ o digitalnoj usluzi koja u ugovornom odnosu nije povezana s isporukom stvari. Čak i kada bi se antivirusni softver nabavio na nekom mediju, kao što su to CD ili DVD, u tom slučaju medij, koji jest stvar, služi samo kao medij za isporuku digitalne usluge, pa se na takav ugovor Direktiva 2019/771 ne primjenjuje.

[76] Čl. 401.a st. 4. ZOO.

sigurnosna ažuriranja koja su potrebna da stvar ostane bez nedostatka te mu osigurati ažuriranja tijekom razdoblja unutar kojeg to potrošač može razumno očekivati s obzirom na vrstu i svrhu stvari i digitalnih elemenata te uzimajući u obzir okolnosti i prirodu ugovora o kupoprodaji.[77] Takva obveza osiguranja ažuriranja kod ugovora o kupoprodaji kojim je predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge na rok dulji od dvije godine traje do isteka razdoblja za koji je ugovorena isporuka, a kod ugovora kod kojih je kontinuirana isporuka ugovorena na dvije godine ili kraće razdoblje obveza osiguranja ažuriranja traje dvije godine od trenutka prijelaza rizika.[78]

Potrošač koji u razumnom roku ne instalira ažuriranja koja su mu isporučena u skladu sa stavkom ne može se pozivati na pravila o materijalnim nedostacima, jer prodavatelj nije odgovoran za nedostatak koji proizlazi isključivo iz propuštanja instalacije ažuriranja, i to sve pod pretpostavkom da je obavijestio potrošača o raspoloživosti ažuriranja i posljedicama propuštanja da ga instalira te ako propuštanje instalacije ili nepravilna instalacija ažuriranja od strane potrošača nisu posljedica nedostataka u uputama za instalaciju koje su dostavljene potrošaču.[79]

Takvo uređenje odgovornosti za materijalne nedostatke mijenja samu paradigmu tog instituta jer se zahtjev usklađenosti (terminologija prava EU) odnosno nepostojanje materijalnog nedostatka (terminologija ZOO) protežu kroz određeni period nakon predaje stvari kupcu, što je u pravilu povezano s prijelazom rizika, te se u tom segmentu gubi razlika prema institutu komercijalnog jamstva.[80]

Činjenice da se pravila o ažuriranjima primjenjuju isključivo na potrošačke ugovore ne znači da se kod drugih vrsta ugovora ne može postići isti rezultat, jedino što je potrebno da ugovorne strane ugovore pojedina pitanja u vezi s ažuriranjem.

---

[77] Čl. 401.a st. 1. ZOO.

[78] Čl. 401.a st. 2. ZOO.

[79] Čl. 401.a st. 3. ZOO.

[80] Riječ je o nekadašnjem institutu garancije za ispravno funkcioniranje prodane stvari (čl. 501. ZOO 1978), koje je u hrvatskom obveznom pravu znatno reformiran 2005/2006, a nakon novele iz 2021. promijenio je manjim dijelom sadržaj a također i naziv, pa se sada zove komercijalno jamstvo (čl. 423. ZOO). Reformom iz 2005/2006. prošireno je područje primjene instituta jamstva, jer od tada ono više nije vezano isključivo za tehničku robu, a također je napuštena forma garantnog lista. Jamčiti može i prodavatelj i proizvođač, alternativno ili kumulativno.

5. ROKOVI U VEZI S ODGOVORNOSTI ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE

Kao i do sada, kod instituta odgovornosti za materijalne nedostatke javlja se veći broj rokova o kojima treba voditi računa. Dva roka postoje u vezi s presumpcijom da je nedostatak postojao u trenutku prijelaza rizika. Presumira se da je svaki nedostatak stvari, kao i stvari s digitalnim elementima, koji se pokazao u roku od jedne godine od trenutka prijelaza rizika postojao i u trenutku prijelaza rizika, osim ako prodavatelj dokaže suprotno ili suprotno proizlazi iz naravi stvari ili naravi nedostatka, a kod trgovačkih ugovora taj rok iznosi šest mjeseci od prijelaza rizika.[81] Kod potrošačkih ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima ako je ugovorena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tijekom određenog razdoblja teret dokaza da ne postoji nedostatak digitalnog sadržaja ili digitalne usluge je na prodavatelju za vrijeme od dvije godine od prijelaza rizika, a ako je ugovorena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge na rok dulji od dvije godine, teret dokaza da ne postoji nedostatak digitalnog sadržaja ili digitalne usluge je na prodavatelju za cijelo razdoblje na koje je isporuka ugovorena.[82]

Kod svih ugovora kod kojih postoji obveza pregleda stvari, a to su svi ugovori osim potrošačkih, rok za obavijest o vidljivim nedostacima je osam dana, a kod trgovačkih ugovora bez odgađanja.[83] Ako je pregled obavljen u prisutnosti obiju ugovornih strana, prigovori u vezi s vidljivim nedostacima moraju se izjaviti odmah, pod prijetnjom gubitka prava.[84] U slučaju potrošačkih ugovora potrošač kao kupac nije dužan pregledati stvari, a obvezan je o otkrivenim vidljivim nedostacima obavijestiti prodavatelja u roku od dva mjeseca od kada je otkrio nedostatak, a najkasnije u roku od dvije godine od prijelaza rizika na potrošača.[85]

Ako postoje skriveni nedostaci, kupac je, pod prijetnjom gubitka prava, dužan obavijestiti prodavatelja o nedostatku u roku od dva mjeseca od dana od kada je otkrio nedostatak, a kod trgovačkih ugovora bez odgađanja.[86] Prava kupca ograničena su objektivnim rokom od dvije godine od prijelaza rizika, a kod trgovačkih ugovora taj rok iznosi šest mjeseci, pri čemu se

[81] Čl. 400. st. 9. i 10. ZOO.

[82] Čl. 400. st. 11. ZOO.

[83] Čl. 403. st. 1. ZOO.

[84] Čl. 403. st. 2. ZOO.

[85] Čl. 403. st. 4. ZOO.

[86] Čl. 404. st. 1. ZOO.

kod kupoprodaje rabljenih pravi smije ugovoriti rok od jedne godine, odnosno kraći rok kod trgovačkih ugovora.[87] Ti se rokovi smiju ugovorom i produljiti.[88]

Rokovi u vezi s vidljivim i skrivenim nedostacima u slučaju popravka ili zamjene stvari zbog nedostatka počinju teći od predaje popravljene stvari, obavljene zamjene stvari ili dijelova i slično.[89] U svakom slučaju prava kupca koji je u roku obavijestio prodavatelja gase se nakon isteka roka od dvije godine, računajući od dana slanja obavijesti prodavatelju, osim ako je prodavateljevom prijevarom kupac bio spriječen ostvarivati ih.[90]

O rokovima u vezi s ažuriranjem je već bilo riječi u prethodnom poglavlju, a o rokovima u vezi s ugovorom o kupoprodaji s kontinuiranom isporukom digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ranije u radu.[91]

Rok za ostvarivanje prava iz odgovornosti za materijalne nedostatke u lancu isporuke[92] iznosi dvije godine od prijelaza rizika između prethodnog prodavatelja i prodavatelja, a izričito je propisano da se smiju ugovoriti drukčiji rokovi.[93]

6. DRUGE PROMJENE USLIJED IMPLEMENTACIJE DIREKTIVE 2019/771 U HRVATSKO PRAVO

Iako je jedan od glavnih razloga za donošenje Direktive 2019/771 bio izmjena pravila o nedostacima koja je uvjetovana digitalizacijom ugovornih odnosa, također su provedene i druge izmjene koje nisu povezane s digitalnim tehnologijama. S obzirom na to da nisu povezane s temom rada, u nastavku su samo ukratko prikazane.

U odnosu na ranije uređenje, prava kupca su sada više hijerarhizirana jer je nekada jedino pravo na raskid ugovora bilo povezano s posebnim pretpostavkama, a kupac je bio ovlašten ostvarivati druga prava iz odgo-

[87] Čl. 404. st. 2. i 3. ZOO. Kod trgovačkih ugovora osnovni rok je 6 mjeseci, pa sintagmu *kraći rok* treba tumačiti kraći od šest mjeseci.

[88] Čl. 404. st. 4. ZOO.

[89] Čl. 405. ZOO.

[90] Čl. 422. st. 1. ZOO.

[91] Vid. *supra* 4.3. Trenutak prijelaza rizika kod kupoprodaje stvari s digitalnim elementima.

[92] Čl. 422.a ZOO. O tom institutu vid. *infra* 6. Druge promjene uslijed implementacije Direktive 2019/771 u hrvatsko pravo.

[93] Čl. 422.a st. 4. i 5. ZOO.

vornosti za materijalne nedostatke (zamjena stvari, popravak stvari, sniženje cijene) po svojem izboru. Novelom ZOO-a uspostavljena je hijerarhija prava, pa kupac ne može birati između prava koja mu pripadaju, kao što je to mogao ranije.[94]

Zbog usklađivanja s Direktivom 2019/771 izmijenjeno je i pravilo o raskidu ugovora, ali samo za potrošačke ugovore. Naime, ako prodavatelj u naknadom razumnom roku ne ispuni potrošački ugovor, potrošač je ovlašten izjaviti da raskida ugovor.[95] Drugim riječima, u tom slučaju ne primjenjuje se opće pravilo, prema kojem protekom naknadnog roka za ispunjenje raskida nastupa *ex lege.*[96] Na ostale vrste ugovora (trgovačke ugovore i čiste građanskopravne ugovore) i dalje se primjenjuje pravilo o raskidu ugovora *ex lege*.

U vezi s posljedicama raskida izričito je propisano da kupac vraća stvar na trošak prodavatelja.[97] Također je propisano da je prodavatelj kupcu obvezan nadoknaditi cijenu plaćenu za stvar nakon što primi tu stvar ili od kupca primi dokaz da je stvar poslao natrag.[98] Ova pravila primjenjuju se na sve vrste ugovora, a ne samo na potrošačke ugovore.

U ZOO-u je izričito uređena odgovornost u lancu isporuke, pa je propisano da je prodavatelj u odnosu na kojeg je kupac ostvario prava iz odgovornosti za materijalne nedostatke ovlašten ostvarivati svoja prava iz istog instituta u odnosu prema svojem prodavatelju (tzv. prethodni prodavatelj) te su za to propisane pretpostavke irokovi.[99]

---

[94] Prilikom ostvarivanja prava na uklanjanje nedostatka kupac ima pravo izbora između popravka i zamjene stvari, osim ako bi odabrani način uklanjanja nedostatka bio nemoguć ili ako bi njime u odnosu na drugi način uklanjanja nedostatka prodavatelju nastali nerazmjerni troškovi uzimajući u obzir sve okolnosti, a osobito vrijednost stvari bez nedostatka, značaj nedostatka i pitanje može li se popravak odnosno zamjena obaviti bez znatnih neugodnosti za kupca (čl. 410. st. 3. ZOO). Prodavatelj je ovlašten odbiti uklanjanje nedostatka ako su popravak i zamjena nemogući ili bi mu time bili prouzročeni nerazmjerni troškovi uzimajući u obzir sve okolnosti, a osobito vrijednost stvari bez nedostatka, značaj nedostatka i pitanje može li se popravak odnosno zamjena obaviti bez znatnih neugodnosti za kupca (čl. 410. st. 4. ZOO). Kupac ima pravo na sniženje cijene ili na raskid ugovora tek ako prodavatelj nije uklonio nedostatak, ili je to odbio učiniti ili nije uklonio nedostatak o svojem trošku, ako nedostatak postoji unatoč pokušaju prodavatelja da ga ukloni odnosno ako je prodavatelj izjavio da neće ukloniti nedostatak ili iz okolnosti očito proizlazi da neće ukloniti nedostatak u razumnom roku ili bez znatnih neugodnosti za kupca te ako je nedostatak tako ozbiljan da opravdava trenutačno sniženje cijene ili raskid ugovora (čl. 410. st. 5. ZOO).

[95] Čl. 413.a ZOO.

[96] Čl. 413. ZOO.

[97] Čl. 419. st. 3. ZOO.

[98] Čl. 419. st. 4. ZOO.

[99] Čl. 422.a ZOO.

7. ZAKLJUČAK

Stvari s digitalnim elementima pojavljuju se kod ugovora više desetaka godina, no danas je broja transakcija u kojima se pojavljuju toliko velik da je bilo prirodno očekivati promjene propisa na tom području. Direktiva 2019/771 donijela na tom području određene novosti, ali digitalizacija ugovornih odnosa nije jedina novost na području odgovornosti za materijalne nedostatke. Direktiva 2019/771 je, u usporedbi s ranijom Direktivom 1999/44 kojom se uređuje isti institut, promijenila pristup, jer je Direktiva 2019/771 direktiva maksimalne harmonizacije, za razliku od Direktive 1999/44 koja je bila direktiva minimalne harmonizacije. S tim u vezi implementacija Direktive 2019/771 u nacionalne pravne poretke država članica EU zahtijeva veće intervencije. Stoga je, na primjer u ZOO-u bilo potrebno uspostaviti hijerarhiju prava kupca, kada su ispunjene pretpostavke odgovornosti za materijalne nedostatke. Na taj način svi kupci (pa i potrošači) uživaju niži stupanj zaštite u usporedbi s ranijim zakonodavstvom jer je prema Direktivi 1999/44 bilo dopušteno odstupati od rješenja te Direktive kada je to dovodilo do jačeg stupnja zaštite za potrošače.

Iako je i stari tekst ZOO-a mogao uspješno riješiti većinu problema u vezi s materijalnim nedostacima i kod stvari s digitalnim elementima, za praktične potrebe novo uređenje ipak ima prednost u tome što su nova pravila konkretnija. Kada se ta pravila primjenjuje u kontekstu potrošačkih ugovora, primjenjuju ih pravni laici (i to često na obje strane, jer su s jedne strane potrošači, a s druge zaposlenici u maloprodaji), pa će konkretnije odredbe kojima se uređuje odgovornost za materijalne nedostatke olakšati njihovu primjenu. S druge strane, negativna strana takvog nomotehničkog pristupa je povećanje volumena zakonskog teksta, u kojem se opširno opisuju pojedini nedostaci, umjesto da se koriste kraći izrazi koji obuhvaćaju velik broj konkretnih situacija (na primjer, nedostatak postoji jer stvar nema izrijekom ili prešutno ugovorena svojstva), što zakon čini nepreglednijim. Nova pravila također je potrebno primjenjivati vodeći računa o različitim tehničkim aspektima objekata kupoprodajnog ugovora. Tako, na primjer, obveza ažuriranja za neke stvari s digitalnim elementima uopće neće postojati, jer digitalne elemente nekih stvari uopće nije moguće ažurirati.

Pravno uređenje materijalnih nedostataka bilo je složeno i ranije, a danas je još i više. Ostaje otvoreno pitanje je li došlo vrijeme za ozbiljniju reformu ugovornog prava, u kojem bi se barem razmotrilo pitanje mogu li se, između ostalog, pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke premjestiti iz dijela ZOO-a kojim se uređuje ugovor o kupoprodaji u opći dio ugovornog prava. Iz akademske perspektive odgovor na to pitanje vjerojatno je potvrdan. Naime, ovdje nije riječ isključivo o promjeni rasporeda zakonskog uređenja već i o sveobuhvatnijem zahvatu u okviru kojeg bi trebalo razmotriti posebna

pravila o materijalnim nedostacima koja postoje kod pojedinih ugovora. No, s praktične točke gledišta, takav pristup za sada nije realan. Pravo vrijeme za reformu upravo je prošlo, zajedno s posljednjim zakonskim izmjenama. Bilo bi zaista teško objasniti još jednu zakonsku promjenu instituta koji je tek izmijenjen. Neovisno o tome, dugoročno ima smisla razmotriti ta pitanja jer barem trenutni trendovi upućuju na jačanje važnosti ugovora o uslugama te na pad značenja ugovora o kupoprodaji. To posebno dolazi do izražaja kod stvari s digitalnim elementima, kada se uzme u obzir da materijalizirani predmet (stvar) barem kod nekih digitalnih proizvoda pada u drugi plan u odnosu na digitalne podatke, pa su za pravna raspolaganja takvim proizvodima relevantne druge vrste ugovora, a ne uvijek ugovor o kupoprodaji. No, to ne mora dovesti do značajnih promjena u vezi materijalnih nedostataka, jer su pravila o materijalnim nedostacima prirodni sastojak svih naplatnih ugovora, a ne isključivo ugovora o kupoprodaji.

LITERATURA

[1] Akanegbu, Anuli, Ricky Ribeiro. 2012. The History of Calculators: Evolution of the Calculator (Timeline). *EdTech: Focus on K-12*. 20 November. *https://edtechmagazine.com/k12/article/2012/11/calculating-firsts-visual-history-calculators*, posljednji pristup 9. srpnja 2022.

[2] Baretić, Marko. 2022. Novine u Zakonu o obveznim odnosima – odgovornost za materijalne nedostatke. *Zbornik Susreta pravnika Opatija '22*: 87–206.

[3] Bridge, Michael (gen. ed.). 2017. *Benjamin's Sale of Goods*. London: Thomson Reuters.

[4] Biener, Klaus, Edmund Suschke. 1997. Karl Steinbuch – Informatiker der ersten Stunde, Hommage zu seinem 80. Geburtstag, Geschichte der Rechentechnik. *RZ-Mitteilungen* Nr. 15, Dezember: 53–54.

[5] Capilli, Giovanna. 2022. The Implementation of the Directives 2019/771 and 2019/770 in the Italian Consumer Code. *NOVA Consumer Lab*. March 18, *https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/the-implementation-of-the-directives-2019-771-and-2019-770-in-the-italian-consumer-code/* (posljednji pristup 30. rujna 2022).

[6] Gavella, Nikola (ur.). 2007. *Stvarno pravo*. Svezak 1. Zagreb: Narodne novine.

[7] Josipović, Tatjana. 2020. *Privatno pravo Europske unije – Opći dio*. Zagreb: Narodne novine.

[8] Josipović, Tatjana, Ivana Kanceljak. 2022. Ugovorni odnosi – Opći dio. 10–101. *Privatno pravo Europske unije – Posebni dio*, ur. Tatjana Josipović. Zagreb: Narodne novine.

[9] Kennassiri, Par. 2014. Une histoire de l'informatique. *Hypotheses*. 28 janvier. *https://archinfo01.hypotheses.org/770*, pristup 4. srpnja 2022.

[10] Klarić, Petar, Martin Vedriš. 2014. *Građansko pravo. Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

[11] Konstantinović, Mihailo. 1969. O*bligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.

[12] Metzger, Axel. 2022. BGB § 327 Anwendungsbereich. *Münchener Kommentar zum BGB*. Band 3. München: Beck.

[13] Moscaritolo Angela. 2022. The Best Smart Home Devices for 2023. *PC Mag.com*. 22 November. *https://www.pcmag.com/picks/the-best-smart-home-devices*, posljednji pristup 25. ožujka 2022.

[14] Nikšić, Saša. 2022. Očitovanja volje i suvremene informacije tehnologije. 3–59. *Zbornik Treće regionalne konferencije o obveznom pravu*, ur. Marko Baretić, Saša Nikšić. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

[15] Renwick, Finlay. 2020. The Digital Watch Turns 50: A Definitive History. *Esquire*. 18 November. *https://www.esquire.com/uk/watches/a34711480/digital-watch-history/, posljednji pristup 9. srpnja 2022.*

[16] Sénéchal, Juliette. 6/2021. The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France. *Journal of European Consumer and Market Law* 10: 266–266.

[17] Slakoper, Zvonimir, Gabrijela Mihelčić, Loris Belanić, Ivan Tot. 2022. *Obvezno pravo, Opći dio s uvodom u privatno pravo*. Zagreb: Novi Informator.

[18] Twigg-Flesner, Christian (ed.). 2010. *European Union Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

[19] *Uradni list RS: e-bilten*. Kaj prinaša novela Zakona o varstvu potrošnikov?. 24. avgusta. *https://www.uradni-list.si/e-bilten/novica/kaj-prinasa-novela-zakona-o-varstvu-potrosnikov*, posljednji pristup 6. listopada 2022.

[20] Wagner, Gerhard. 2020. ProdHaftG. *Münchener Kommentar zum BGB*. Band 7. München: Beck.

Saša NIKŠIĆ, PhD

Professor, University of Zagreb Faculty of Law, Croatia

LIABILITY FOR DEFECTS IN SALE OF THINGS WITH DIGITAL ELEMENTS

Summary

This paper presents the issue of liability for material defects in relation to things with digital elements. Croatian law was recently amended in this field as a consequence of implementation of the Directive (EU) 2019/771, and this paper compares the provisions of EU law with the Croatian law and the legal systems of some other EU member states. The focus of the paper is liability for material defects of things with digital elements, and consequently, the notion of things with digital elements is analyzed along with provisions on defects of such things, updates of things with digital elements, and defects in contracts for the continuous supply of digital content and digital services.

Key words: *Digitalization of contract law. – Liability for material defects. – Things with digital elements. – Digital services.*

Article history:
Received: 14. 10. 2022.
Accepted: 12. 12. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.447.7/.8(497.1)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK19A

Dr Snežana DABIĆ NIKIĆEVIĆ*

O NAČINU UREĐENJA PREKOMERNOG OŠTEĆENJA U NAŠEM PRAVU I ODNOSU SA SRODNIM USTANOVAMA

Još 1954. godine, u radu posvećenom prekomernom oštećenju, Konstantinović je pokrenuo važna pitanja načina uređenja te ustanove. Imajući u vidu razmimoilaženja u stavovima u posleratnoj sudskoj praksi, Konstantinović je smatrao da je važno da iznese argumente u prilog shvatanju da bi ta ustanova trebalo da bude uređena po objektivnom principu, u skladu sa rešenjem koje je bilo predviđeno srpskim Građanskim zakonikom. Međutim, donošenjem Zakona o obligacionim odnosima izvršena je reforma ustanove prekomernog oštećenja čime je, između ostalog, pravo na poništenje uslovljeno zahtevom da se oštećeno lice u momentu zaključenja ugovora nalazilo u zabludi o pravoj vrednosti prestacije.

Autor u ovom radu postavlja pitanje da li je drugačijim pozitivnopravnim rešenjem učinjen napredak ili se njemu mogu izneti i ozbiljne kritike. U pokušaju da dođe do odgovora, autor najpre analizira način uređenja prekomernog oštećenja u uporednom pravu, a potom argumentovano utvrđuje prednosti i nedostatke uređenja prekomernog oštećenja po objektivnom, odnosno subjektivnom principu.

Ključne reči: *Prekomerno oštećenje. – Zabluda o vrednosti. – Mane volje. – Zelenaški ugovor. – Načelo ekvivalencije.*

---

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *snezana.dabic@ius.bg.ac.rs.*

1. UVOD

Mnogo pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima[1], štaviše i pre nego što je formalno započet rad na izradi Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima, Mihailo Konstantinović je u svom radu pod nazivom „Oštećenje preko polovine i zelenaški ugovori", objavljenom u *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu* 1954. godine, broj 2,[2] pokrenuo važna pitanja u vezi sa ustanovom prekomernog oštećenja koja se, bez sumnje, i danas mogu smatrati aktuelnim. Imajući u vidu da je rad objavljen u posleratnom periodu, u kome je pravnu praksu i nauku mučio problem abrogacije pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1944. godine i za vreme okupacije,[3] Konstantinović se u njemu prvenstveno osvrnuo na problem najprimerenijeg načina primene predratnih pravila o prekomernom oštećenju u našoj posleratnoj sudskoj praksi. Predstavljajući ukratko predratne propise, pita se Konstantinović (1982, 530) na samom početku svog rada vrede li ta pravna pravila „i danas" ili su neka od njih (i koja?) izgubila tu snagu jer više ne odgovaraju „našim potrebama i promenjenim prilikama". Međutim, i letimičan pogled na dalje redove njegovog rada dovoljan je da se uoči da su mnoga pitanja koja je pokrenuo i stavovi koje je izneo mnogo opštiji i dalekosežniji te da nisu izgubili aktuelnost ni nakon više od pola veka.[4] I danas se, naime, možemo zapitati da li je adekvatan način na koji je uređena ustanova prekomernog

---

[1] Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Službeni list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS* 18/2020.

[2] Članak je pod istim nazivom objavljen i u *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982, 529–539.

[3] Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1944. godine i za vreme neprijateljske okupacije, *Službeni list FNRJ* 86 od 25. oktobra 1946, 105 od 27. decembra 1946, 96 od 12. novembra 1947 – obavezno tumačenje. U članu 4 st. 1 tog zakona se navodi da se „pravna pravila sadržana u zakonima i drugim pravnim propisima pomenutim u čl. 2 ovog zakona, koja u smislu čl. 3 ovog zakona nisu proglašena obaveznim, mogu po ovom zakonu primenjivati na odnose koji nisu uređeni važećim propisima, i to samo ukoliko nisu u suprotnosti sa Ustavom FNRJ, ustavima narodnih republika, zakonima i ostalim važećim propisima donetim od nadležnih organa nove države, kao i sa načelima ustavnog poretka Federativne Narodne Republike Jugoslavije i njenih republika".

[4] Konkretno, u radu je Konstantinović posebno naglasio sledeća pitanja: da li bi trebalo ostati pri objektivnom principu uređenja prekomernog oštećenja ili se treba prikloniti rešenjima koji usvajaju subjektivni princip; da li bi trebalo dozvoljavati mogućnost odricanja od prava na raskid zbog prekomernog oštećenja; da li bi na primenu pravila o prekomernom oštećenju trebalo da utiče činjenica da je oštećenje, nakon zaključenja ugovora a pre podnošenja tužbe, prestalo; konačno, kakav je odnos ustanove prekomernog oštećenja sa ustanovom zelenaških ugovora? Konstantinović 1982, 529–539.

oštećenja u našem pravnom sistemu, naročito imajući u vidu njen odnos sa drugim srodnim ustanovama – zelenaškim ugovorima, ali i ustanovama kojima se uređuju mane volje – te načinom na koji su one uređene u našem pravu.

Ukoliko se posmatra razvoj ustanove prekomernog oštećenja, pa i zelenaških ugovora, i njihov međusobni odnos, čak i samo u granicama našeg pravnog sistema, a naročito ako se osvrnemo i na uporednopravna rešenja, vrlo se lako može uočiti da postoji čitava paleta različitih rešenja. Njihova polazna osnova i cilj su isti: postojanje značajne disproporcije između prestacija ugovornih strana u momentu zaključenja ugovora i težnja da se utvrdi kada treba pružiti zaštitu oštećenoj strani zbog takve disproprorcije. Ipak, načini na koje su pravni sistemi dolazili do tog cilja te situacije u kojima se smatralo da bi trebalo intervenisati u ugovorne odnose veoma su raznoliki, što ukazuje na kompleksnost problema uređenja te materije. Nesrazmera između prestacija, naročito kad je značajnog stepena, može imati različite uzroke te problem može biti ne samo da se utvrdi koji su već i koji od njih opravdavaju intervenciju i nalažu da se oštećenoj strani pruži zaštita.

Donošenjem Zakona o obligacionim odnosima naš pravni sistem ušao je u (uži) krug pravnih sistema koji u svojim odredbama sadrže i pravila kojima se uređuje ustanova prekomernog oštećenja i pravila kojima se uređuju zelenaški ugovori. Kako se objašnjava u teoriji (Aranđelović 1982, 522), iako unošenje tih odredaba u ZOO predstavlja nastavak prakse koja je kod nas postojala i u predratnom i u posleratnom periodu, sâm način regulisanja je u mnogim pojedinostima bitno drugačiji od ranijeg, naročito kada je reč o ustanovi prekomernog oštećenja. Zbog toga se može slobodno reći da su se od rešenja predviđenog u srpskom Građanskom zakoniku (SGZ), preko pravnih propisa i prakse u posleratnom periodu, do usvajanja rešenja predviđenog u Zakonu o obligacionim odnosima, dogodile ozbiljne promene. To se naročito odnosi na kriterijume za određivanje pojma prekomernog oštećenja, čime je, uz implementaciju odredaba o zelenaškim ugovorima, značajno suženo njeno polje primene i u velikoj meri doveden u pitanje njen smisao. U skladu s tim, postavlja se pitanje da li je drugačijim pozitivnopravnim rešenjem učinjen napredak ili se njemu ipak mogu izneti i ozbiljne kritike.

2. TREBA LI USTANOVA PREKOMERNOG OŠTEĆENJA DA BUDE UREĐENA PO OBJEKTIVNOM ILI SUBJEKTIVNOM PRINCIPU?

Jedna od najozbiljnijih izmena koju je ustanova prekomernog oštećenja pretrpela u našem pravu jeste drugačije postavljanje kriterijuma za njenu primenu.

Naime, prema odredbama §559 SGZ, u slučaju teretnih ugovora, saugovarač je mogao da raskine ugovor i zahteva povraćaj u pređašnje stanje samo na osnovu toga što nije primio ni pola obične vrednosti onoga što je drugoj strani dao. Kao što se može videti, prilikom uređenja prekomernog oštećenja bio je prihvaćen tzv. objektivni princip: zaštita se saugovaraču, na osnovu prava na raskid i zahteva za povraćaj u pređašnje stanje, pružala već samo na osnovu toga što nije primio ni pola obične vrednosti onoga što je drugoj strani dao.[5] U §560 SGZ su, doduše, bile predviđene situacije u kojima se isključivala mogućnost zaštite putem pravila o prekomernog oštećenju,[6] ali nijednom od njih se nije umetao tzv. subjektivni uslov koji se najčešće sreće u uporednom pravu: da oštećena strana mora da dokaže da je o pravoj vrednosti prestacije bila u zabludi u momentu zaključenja ugovora ili, što je slučaj sa tzv. kvalifikovanom lezijom, da se nalazila u nekakvoj nepovoljnoj situaciji koju je druga strana iskoristila kako bi za sebe ili drugog pribavila prekomernu korist. Ukoliko se uz to uzme u obzir činjenica da se pravilo o prekomernom oštećenju iz SGZ moglo primeniti na sve teretne ugovore, može se slobodno reći da je ono bilo postavljeno prilično široko.

S druge strane, prilikom usvajanja Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), od takvog rešenja se odstupilo. Prema čl. 139 ZOO, ako je između obaveza ugovornih strana u dvostranom ugovoru u vreme zaključenja ugovora postojala očigledna nesrazmera, oštećena strana može zahtevati poništenje ugovora ako za pravu vrednost stvari tada *nije znala niti je morala znati* (naglašavanje autora). U pojam prekomernog oštećenja uveden je, dakle, i subjektivni element, koji je pritom šire postavljen: neophodan je dokaz ne samo da oštećeno lice nije znalo za pravu vrednost stvari već i da u momentu zaključenja ugovora nije moralo znati za nju. Njegova zabluda, dakle, mora biti izvinjavajuća.

Već se iz pomenutih propisa može zaključiti o razlici između ta dva načina uređenja prekomernog oštećenja.

---

[5] Objektivni princip bio je prihvaćen i u Zakonu o prometu zemljišta i zgrada – ZPZZ, *Službeni list FNRJ* 26/54, 19/55, 48/58, 30/62, 53/62 i *Službeni list SFRJ* 15/65, kojim je bilo predviđeno da se može poništiti ugovor kojim je radna organizacija prodala zemljište ili zgradu građaninu ili građanskom pravnom licu ako prodajna cena ne dostiže dve trećine prometne vrednosti nepokretnosti u vreme zaključenja ugovora, odnosno ako kupi zemljište ili zgradu od građanina ili građanskog pravnog lica, a kupovna cena prelazi za više od jedne trećine prometnu vrednost nepokretnosti u vreme zaključenja ugovora. Vid. čl. 24 ZPZZ.

[6] Prema §560 SGZ, pravo da se poziva na pravila o prekomernom oštećenju nema: lice koje se tog prava izričito odreklo prilikom zaključenja ugovora; lice koje je za stvar dalo prekomernu cenu iz osobite naklonosti; ako se utvrdi da je višak vrednosti predstavljalo poklon; ako se prava cena stvari više ne može utvrditi ili ako je stvar prodata na sudskoj prodaji.

Uređenje ustanove prekomernog oštećenja po objektivnom principu podrazumeva da se punovažnost ugovora, a samim tim i mogućnost zaštite oštećene strane, načelno povezuje samo sa činjenicom da postoji nesrazmera između prestacija određenog stepena. Takva nesrazmera može, ali ne mora biti posledica uticaja nekog subjektivnog momenta; za primenu pravila o prekomernom oštećenju to je irelevantno i ona je moguća nezavisno od toga da li je u trenutku zaključenja ugovora postojala mana volje oštećenog lica (Perović 1980, 444–445; Krulj 1980, 361). Neophodno je, ali i dovoljno utvrditi da postoji određena nesrazmera između prestacija ugovornih strana u momentu zaključenja ugovora. Dakle, osnov nepunovažnosti se svodi na nepostojanje ekvivalencije između prestacija ugovornih strana koja, doduše, mora biti odgovarajućeg stepena.

S druge strane, uređenje ustanove prekomernog oštećenja po subjektivnom principu podrazumeva da, osim što mora postojati nesrazmera određenog stepena, takva nesrazmera mora biti posledica zablude oštećenog lica. Saugovarač koji je znao (ili morao znati) za pravu vrednost prestacije nema prava da zaštitu traži pozivanjem na pravila o prekomernom oštećenju. Dakle, osnov prekomernog oštećenja je u mani volje, a prekomerno oštećenje se kao ustanova time svodi na zabludu o vrednosti (Perović 1980, 444–445; Krulj 1980, 360–361).

Osnovno pitanje koje je Konstantinović postavio u svom radu jeste upravo to: da li bi ustanova prekomernog oštećenja trebalo da bude uređena po objektivnom ili po subjektivnom principu (Konstantinović 1982, 533–534)? Problem se u posleratnoj sudskoj praksi javio zbog razmimoilaženja stavova najviših sudskih instanci o tom pitanju,[7] a takvo razmimoilaženje je bilo posledica činjenice da je to pitanje u predratnim propisima bilo različito regulisano: dok se u SGZ predviđalo da saugovarač može da raskine ugovor i zahteva povraćaj u pređašnje stanje samo na osnovu toga što nije primio ni pola obične vrednosti onoga što je drugoj strani dao,[8] u austrijskom Opštem građanskom zakoniku (AGZ) pravo na poništaj se uslovljavalo još i dokazom da u vreme zaključenja ugovora oštećenom saugovaraču nije bila poznata prava vrednost stvari.[9]

---

[7] Vid. Presudu Saveznog vrhovnog suda, GZ 115/62, 22. 12. 1962, Zbirka sudskih odluka, knj. VII, sv. 3, 1962, u kojoj se za primenu pravila o prekomernom oštećenju smatralo da je dovoljno ustanoviti postojanje prekomernosti, dok se u Presudi Vrhovnog suda Hrvatske, Gž 3664/77, 19. 1. 1978, Pregled sudske prakse, 1978, odluka br. 65, smatralo da, osim prekomernosti, mora biti utvrđeno da oštećeno lice nije znalo za pravu vrednost stvari u momentu zaključenja ugovora. Odluke navedene prema Aranđelović 1982, 523–524.

[8] Vid. §559 SGZ.

[9] §934 i §935 AGZ.

Konstantinović se u svom radu nedvosmisleno opredelio za objektivni princip uređenja ustanove prekomernog oštećenja. Prema njegovom shvatanju, već je samo postojanje velike nesrazmere između uzajamnih prestacija protivno ideji dvostranih ugovora. „Oštećenje preko polovine znači da je jedna strana izvukla iz ugovora preteranu korist na račun druge strane; ono čini ugovor nepravičnim i opravdava dopuštanje drugoj strani da ugovor, ako hoće, raskine zbog toga“ (Konstantinović 1982, 532, 534).

Od svog stava nije odstupio ni kada je stvarao Skicu za zakonik o obligacijama i ugovorima – Skica (Konstantinović 1996). Prema članu 107, st. 1 Skice, poništenje se može zahtevati već samo na osnovu toga što je u vreme zaključenja dvostranog ugovora za jednu stranu postojalo oštećenje preko polovine.[10] Izuzetak je, međutim, predviđen za ugovore u privredi[11], aleatorne ugovore i javne prodaje.[12]

Zašto se onda u ZOO odstupilo od rešenja koje je bilo predviđeno u SGZ i koje je predloženo u Skici za zakonik o obligacionim odnosima?[13] I da li je takvo odstupanje primerenije od prethodnog rešenja?

3. UREĐENJE USTANOVE PREKOMERNOG OŠTEĆENJA U UPOREDNOM PRAVU

Ako se posmatraju iskustva iz uporednog prava, trebalo bi reći da nijedan pravni sistem danas ne sadrži pravila kojima bi se na uopšten način, dakle bez obzira na vrstu ugovora, uloge ili karakteristike saugovarača ili neke druge okolnosti, predvidela ništavost, rušljivost ili neka druga sankcija samo zato što u ugovoru postoji nesrazmera između prestacija ugovornih strana, makar ona bila i značajnog stepena. Ideja jeste u očuvanju ugovorne

[10] Čl. 107 st. 1 Skice: „*Ako između obaveza strana ugovornica u dvostranom ugovoru postoji u vreme zaključenja ugovora tolika nesrazmera, da ono što je jedna strana primila ili treba da primi od druge strane ne predstavlja ni polovinu vrednosti onoga što je ona dala drugoj strani, ili se obavezala dati ili učiniti, onda ona može zahtevati poništenje ugovora u roku od jedne godine od njegovog zaključenja*.“

[11] Konstantinović je očigledno uzeo u obzir da se od takvih saugovarača očekuje da pokažu veći stepen pažnje pri zaključenju ugovora.

[12] Vid. čl. 107, st. 5 Skice: „*Zbog ove nesrazmere ne može se tražiti poništenje ugovora u privredi, aleatornih ugovora kao ni javnih prodaja*.“

[13] Korisno je pomenuti da je u čl. 140 ZOO bio predviđen slučaj u kome se prihvatao objektivni kriterijum prekomernog oštećenja: ukoliko je, prilikom otuđenja ili pribavljanja osnovnog sredstva, ono što je primljeno/dato u očiglednoj nesrazmeri sa vrednošću u vreme zaključenja ugovora. Ali je ta odredba važila do izmena zakona iz 1993. godine kada je izbrisana.

sigurnosti – u skladu sa maksimom *pacta sunt servanda* ugovor je za strane zakon i one su dužne da ga se pridržavaju i blagovremeno ispune svoje obaveze na način na koji su one preduzete. Zbog toga se obično mogućnost uticaja na već zaključen ugovor ograničava postavljanjem dodatnih uslova uz zahtev da postoji odgovarajuća nesrazmera između prestacija ugovornih strana, čime se sužava domen primene pravila o prekomernom oštećenju: bilo tako što se priznaje samo određenim vrstama ugovora, i to najčešće samo jednom od saugovarača koji ima odgovarajuću ulogu u tim ugovorima; bilo tako što se priznaje samo onim saugovaračima koji imaju određene karakteristike; bilo tako što se postavlja zahtev da, osim nesrazmere, bude ispunjen još neki uslov koji opravdava „napad" na ugovor, odnosno potrebu da se oštećenoj strani prizna mogućnost da napusti ugovorni odnos kojim se nepravedno ugrožavaju njeni interesi.

Uopšteno rečeno, možemo govoriti o tri grupe sistema uređenja prekomernog oštećenja.

Prvoj grupi sistema, u kojima je ustanova prekomernog oštećenja uređena po ugledu na rimsko pravo,[14] prema objektivnom principu, pripadaju francusko, belgijsko i špansko pravo. Iako je u njima dovoljno samo utvrditi postojanje disproporcije određenog stepena, važno je istaknuti da je mogućnost „napadanja" ugovora zapravo prilično ograničena. U opštim odredbama belgijskog, španskog, a sve do izmena iz 2016. godine i francuskog Građanskog zakonika, izričito stoji da lezija ne utiče na punovažnost ugovora, osim izuzetno.[15] Prema francuskom i belgijskom pravu, postoje zapravo samo tri izuzetka u kojima je lezija utiče na punovažnost ugovora:[16] prvo, kod prodaje nepokretnosti, kada se prodavcu daje mogućnost da zahteva poništenje ugovora ukoliko je dobio manje od 7/12 uobičajene vrednosti nepokretnosti;[17] drugo, kod ugovora o deobi, kada se ugovor može poništiti

[14] U rimskom pravu je „rušenje" ugovora zbog prekomernog oštećenja bilo dozvoljeno ako postoji oštećenje preko polovine, ali samo ograničeno – u ugovoru o prodaji zemlje, u korist prodavca, ukoliko je za stvar primio manje od polovine prave vrednosti. Vid. Pavlović 2014, 217.

[15] *„La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section."* Čl. 1118 francuskog Građanskog zakonika – FGZ (pre izmena). Vid. i čl. 1118 starog, odnosno čl. 5.38 novog belgijskog Građanskog zakonika – BGZ, odnosno čl. 1293 španskog Građanskog zakonika – ŠGZ.

[16] Van FGZ je postojalo još nekoliko izuzetaka. Schmidt-Szalewski 1999, 123. Za izuzetke u belgijskom pravu vid. Samoy, Dang Vu 2011, 102.

[17] Vid. čl. 1674 FGZ. Pravo na poništaj ne postoji samo ukoliko se tog prava prodavac izričito odrekao ili ako je izričito izjavio da višak vrednosti poklanja. Zahtev za poništenje se mogao podneti u roku od 10 godina od dana zaključenja ugovora – čl. 1676 FGZ. Vid. čl. 1674 BGZ.

u slučaju lezije preko 1/4;[18] konačno, na prekomerno oštećenje su se uvek mogli pozivati maloletnici i druga poslovno nesposobna lica ukoliko nisu imala zastupnika prilikom preduzimanja pravnih poslova.[19] Slično rešenje je predviđeno i u španskom pravu.[20] U svim tim slučajevima, neophodno je, ali i dovoljno, dokazati da postoji odgovarajuća nesrazmera između prestacija u trenutku zaključenja ugovora, kako bi se ishodovalo poništenje ugovora ili uravnoteženje prestacija. Drugim rečima, ne traži se utvrđivanje i subjektivnog elementa – da je takva nesrazmera posledica mane volje ili zloupotrebe druge strane.

Ipak, činjenica je da francuski i belgijski zakonodavac nisu bez razloga predvideli ta tri izuzetka: odredba kojom se prodavcu nepokretnosti dozvoljava mogućnost poništenja zbog prekomernog oštećenja i jeste motivisana činjenicom da prodavac na takvu nesrazmeru najčešće pristaje upravo zato što se nalazi u materijalnoj nuždi; odredbom kojom se deobničaru dozvoljava poništenje zbog prekomernog oštećenja francuski zakonodavac je želeo sprečiti da jedan deobničar iskoristi drugog; konačno, jasno je da je motiv zakonodavca da propiše izuzetak predviđen u odnosu na maloletnike i ostala poslovno nesposobna lica bila zaštita volje „slabijih". Dakle, u tim slučajevima se najčešće i može uočiti da postoji subjektivni element, on je na svojevrstan način prezumiran zakonom. Ipak, činjenica je da njega nije neophodno dokazivati te saugovarač koji podnosi zahtev za poništenje ugovora može imati uspeha bez obzira na to da li je u konkretnom slučaju zaista postojao nekakav subjektivni element koji bi opravdao takav zahtev (Schmidt-Szalewski 1999, 123; Larroumet, Bros 2014, 413–415).

---

[18] Vid. čl. 887, st. 2 FGZ (pre izmena), odnosno čl. 889 izmenjenog FGZ. Vid. čl. 4.105 novog BGZ.

[19] Vid. čl. 1305 FGZ (pre izmena), odnosno čl. 1149 izmenjenog FGZ. Vid. i čl. 1305 starog, odnosno čl. 5.43 novog BGZ.

[20] Prema odredbama ŠGZ, poništenje je moguće: ako je ugovor o prodaji zaključio staratelj, pri čemu je ugovorena cena manja od 3/4 realne vrednosti stvari; ako je ugovor zaključen u ime odsutnog lica, pri čemu je ugovorena cena manja od 3/4 realne vrednosti stvari; konačno, ako je prilikom deobe naslednik oštećen preko 1/4.

Pravila su nešto manje stroga kada se primenjuje katalonsko pravo: u njemu pravo na poništenje postoji uvek kada, pri prometovanju prava svojine na nepokretnosti, postoji oštećenje preko polovine. Pravo na poništaj ima samo prodavac, ne i kupac, u roku od četiri godine od dana zaključenja ugovora, pri čemu se ne mora dokazivati da je prekomerno oštećenje posledica mane volje. Ali, mogućnost poništenja se isključuje kada je reč o javnoj prodaji, kod aleatornih ugovora i ugovora o poravnanju. Vaquer 2011, 91–92.

Zbog toga se načelno može reći da pomenuti pravni sistemi prihvataju objektivni princip pri regulisanju lezije (prekomernog oštećenja) jer dozvoljavaju poništenje bez obzira na to da li je u konkretnom slučaju takva nesrazmera između prestacija ugovornih strana bila posledica zablude oštećene strane, prevare, prinude ili neke nepovoljne situacije u kojoj se ona našla. Ipak, neobično je važno podsetiti: oni to čine samo izuzetno, pri čemu je i taj uzak krug slučajeva u kojima se dozvoljava poništenje zbog lezije određen upravo zato što je primećeno da u njima najčešće postoji određeni subjektivni element koji opravdava poništenje.[21]

Valja pomenuti i to da u tim pravnim sistemima doskoro nije postojala posebna odredba kojom se regulišu situacije u kojima je značajna disproporcija između prestacija ugovornih strana rezultat zloupotrebe nepovoljne situacije ili slabosti u kojoj se našla druga strana; drugim rečima, situacije koje su u našem pravu regulisane pravilima o zelenaškim ugovorima. Tek je izmenama iz 2016. godine u FGZ, i to u okviru pravila o prinudi, kao svojevrstan vid ekonomske prinude,[22] implementirana odredba da se smatra da je reč o prinudi i onda kada jedna strana, iskoristivši stanje zavisnosti u kojoj se našla druga strana, zaključi s njom ugovor koji ta druga strana inače ne bi zaključila i stekne preteranu korist.[23] I izmenama BGZ implementirana je odredba pod nazivom „zloupotreba okolnosti“ („*Abus de circonstances*“), prema kojoj se smatra da postoji zloupotreba okolnosti kada, u trenutku zaključenja ugovora, postoji očigledna nesrazmera između prestacija usled toga što je jedna strana zloupotrebila stanje slabosti u kojem se našla druga strana. U tom slučaju, slaba strana može zahtevati od suda izmenu ugovornih obaveza i, ako je zloupotreba bila odlučujuća, poništenje ugovora.[24]

Drugoj grupi sistema, pak, pripada austrijsko pravo. U njemu je odredba iz §934 AGZ o lezionarnim ugovorima uređena na opšti način, tako da se ima primeniti na sve dvostranoobavezne ugovore, dozvoljavajući oštećenoj

---

[21] Kako se u teoriji objašnjava, time pravni sistem bira da štiti ugovornu stabilnost, a ne ugovornu pravdu. Schmidt-Szalewski 1999, 123.

[22] O ekonomskoj prinudi kao vidu prinude više u Loiseau 2013, 1232 i dalje.

[23] Vid. čl. 1143 FGZ: „*Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.*“

[24] Vid. čl. 5.37 BGZ: „*Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie.*

En ce cas, la partie faible peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative.“

strani da zahteva poništenje i povraćaj u pređašnje stanje ukoliko od druge strane nije primila ni polovinu onoga što joj je dala. Međutim, u §935 AGZ se mogućnost poništenja isključuje ako je saugovarač znao za pravu vrednost stvari. Drugim rečima, za primenu pravila o prekomernom oštećenju neophodno je dokazati da postoji i subjektivni element, koji se ogleda u tome da je oštećena strana pri zaključenju ugovora bila u zabludi o pravoj vrednosti stvari, ali je u tom pogledu dovoljno dokazati da saugovarač *nije znao* a ne i da *nije mogao znati* za nju.[25] Iako je, dakle, prošireno polje primene odredbe o prekomernom oštećenju na sve dvostrane ugovore, bez obzira na ulogu koju saugovarači imaju u konkretnom ugovoru, odnosno bez obzira na njihove karakteristike, ono se s druge strane sužava zahtevom da je nesrazmera posledica neznanja saugovarača o pravoj vrednosti stvari. U austrijskom pravu, dakle, lezija dovodi do poništenja ugovora samo ukoliko ujedno postoji i zabluda o vrednosti.

Austrijski Građanski zakonik, osim te, sadrži i odredbu kojom se regulišu pravila zelenaških ugovora. Tako, prema noveliranom §879 AGZ, ništavim se, između ostalih, smatra i ugovor kojim neko iskorišćava lakoumnost, težak položaj, slaboumnost, neiskustvo ili uzbuđenje drugog time što za činidbu sebi ili trećem licu ugovara ili prima takvu protivčinidbu čija je imovinska vrednost u očiglednoj nesrazmeri sa vrednošću činidbe.

Konačno, na ovom mestu je korisno pomenuti da postoje i sistemi, kao što su, primera radi, švajcarsko i italijansko pravo, čije odredbe samo po nazivu, ne i suštini, upućuju na to da je njima uređena ustanova prekomernog oštećenja. Po suštini se, međutim, jasno može videti da se njima uređuje zapravo slučaj zloupotrebe tuđe nepovoljne situacije, odnosno materija koja je u našem pravu regulisana odredbama o zelenaškim ugovorima.

Tako, u članu 21 švajcarskog Zakonika o obligacijama (ŠZO), koji nosi naziv „Lezija“, predviđa se da „u slučaju očigledne nesrazmere između prestacija jedne i druge strane, oštećena strana može, u roku od godinu dana, poništiti ugovor i zahtevati vraćanje onoga što je dala, ukoliko je do

[25] Osim toga, u §935 AGZ pobrojani su još neki slučajevi u kojima se isključuje primena odredbe o prekomernom oštećenju: tako, navodi se, tom pravnom sredstvu nema mesta ukoliko je saugovarač izjavio da za stvar daje višu cenu iz ličnih naklonosti; ako se iz odnosa saugovarača može zaključiti da su htele preduzeti mešoviti pravni posao, delom teretni, delom dobročini; ako se prava vrednost više ne može utvrditi; konačno, kada je stvar prodata na javnoj prodaji. Sve do izmena §935 AGZ 1979. godine bilo je takođe moguće isključiti primenu §934 AGZ, odnosno odreći se prava na poništenje posla zbog prekomernog oštećenja. Takva mogućnost više ne postoji.

lezije došlo usled iskorišćavanja njene nužde, lakomislenosti ili neiskustva".[26] Kao što se može videti, pod lezijom se u švajcarskom pravu reguliše zapravo slučaj tzv. kvalifikovane lezije – nije dovoljno samo da postoji očigledna nesrazmera već ona mora biti posledica iskorišćavanja neke „slabosti" druge strane. Tom normom se ostvaruje dvostruka funkcija – cilj nije samo da se obezbedi jednakost prestacija ugovornih strana već i da se suzbije ponašanje koje se smatra neprihvatljivim, a koje se ogleda u zloupotrebi nekog nepovoljnog stanja u kome se našla druga strana (Schmidlin 2012a, 207). U tom smislu, neophodno je da budu ispunjeni i objektivni uslov, koji se ogleda u očiglednoj nesrazmeri, i subjektivni uslov, u kome se zapravo kriju dva uslova – da se, s jedne strane, u momentu zaključenja ugovora jedan saugovarač nalazi u nekom nepovoljnom stanju koje, s druge strane, drugi saugovarač iskorišćava. Ta ustanova, dakle, neodoljivo podseća na pravila kojima se u našem, ali i nekim drugim sistemima, uređuju zelenaški ugovori. Značajna razlika, međutim, postoji u sankciji: dok se, primera radi, u našem i nemačkom pravu takvi ugovori smatraju apsolutno ništavim, što znači da pravno zainteresovano lice u bilo kom trenutku posle zaključenja ugovora može utvrđivati njegovu ništavost, u švajcarskom se oni smatraju rušljivim, te se ostavlja isključivo oštećenoj strani da odluči, i to u vrlo kratkom roku od godinu dana od dana zaključenja ugovora, da li će zahtevati njegovo poništenje.

Italijansko pravo je slično švajcarskom, i po načinu utvrđivanja uslova za primenu pravila o leziji i po načinu sankcionisanja. U čl. 1448 italijanskog Građanskog zakonika (IGZ), koji takođe u naslovu sadrži termin „lezija", da bi se moglo zahtevati poništenje zbog prekomernog oštećenja, neophodno je da budu ispunjena tri uslova: da oštećenje bude preko pola, da je jedna strana zaključila ugovor u stanju „potrebe" te da je druga strana zloupotrebila takvo stanje. Osim opšteg pravila, u čl. 1147 IGZ se predviđa i posebno pravilo za ugovore zaključene u slučaju opasnosti: ugovor koji je jedna strana zaključila pod nepravičnim uslovima, u stanju nužde, koja je bila poznata drugoj strani, a kako bi spasao sebe ili druge iz opasnosti, može se poništiti (Monateri, Musy, Chiaves 2016, 92).

Švajcarsko i italijansko pravo, dakle, ne sadrže odredbu kojom se uređuje ustanova prekomernog oštećenja u klasičnom smislu. I izostanak takvih pravila nosi najmanje dve poruke: najpre, da se u njima (načelno) smatra da

[26] Iako se u tekstu zakonika pominju samo te tri okolnosti (nužda, lakomislenost i neiskustvo), u teoriji se smatra da se ta odredba ima šire tumačiti, tako da se pod nju zapravo mogu podvesti i neke druge okolnosti, kao što su, primera radi, stresne situacije, uzbuđenje, agresivna reklama. Više u Schmidlin 2012a, 208.

nesrazmera između prestacija, makar bila i prekomerna, nije sama po sebi dovoljna da bi se stabilnost zaključenog ugovora mogla dovesti u pitanje; potom, da se zaštita u slučaju (značajne) nejednakosti davanja može pružiti i primenom pravila srodnih ustanova, naročito zablude i prevare.[27]

4. PREDNOSTI I NEDOSTACI UREĐENJA PREKOMERNOG OŠTEĆENJA PO OBJEKTIVNOM PRINCIPU

Konstantinović nije jedini koji je podržavao ideju da se u našem pravnom sistemu ustanova prekomernog oštećenja uredi po objektivnom principu. Tako, isticao je Aranđelović, da „prirodi prekomernog oštećenja više odgovara objektivni kriterijum", da je takvo rešenje, koje je bilo zastupljeno u SGZ, „sasvim u saglasnosti sa današnjim (tadašnjim, prim. aut.) potrebama" te da se „prekomerno oštećenje uvodi u pravni sistem prvenstveno radi toga da se zaštiti načelo ekvivalencije uzajamnih davanja" (Aranđelović 1982, 524). Iako se, naime, izvestan stepen nejednakosti davanja mora tolerisati jer se potpuna ekvivalencija između ugovornih prestacija ne može postići, prekomerna odstupanja se ne smeju tolerisati jer vređaju osnovne moralne vrednosti. Društvo „ne može da ostane ravnodušno" na činjenicu da jedna strana izvlači prekomernu korist iz ugovora, bez obzira na to da li je o tome druga strana bila u zabludi (Aranđelović 1982, 525). Slično se pitao i Pavlović (2014, 217): „a kad je oštećenje vrlo nesrazmerno, zar se ne može i ono uvrstiti među uzroke koji obaraju ugovore?"

Argumenti koji se, dakle, ističu u prilog objektivnom shvatanju prekomernog oštećenja trojaki su.

Najpre, smatra se da ustanova prekomernog oštećenja treba da bude uređena tako da se njome prvenstveno štiti načelo ekvivalencije davanja, preciznije, da se njome teži obezbeđivanju zaštite uvek kada je ekvivalencija uzajamnih davanja u značajnoj meri narušena. Jer, iako nije moguće niti bi trebalo težiti apsolutnoj ekvivalenciji, isto tako se ne sme prepustiti slučaju, odnosno tolerisati svakakvo odstupanje, makar ono bilo i preterano.[28]

U vezi s tim je i sledeći argument: ne bi bilo moralno ostati ravnodušan i ne pružiti zaštitu u slučaju kada postoji preterana nesrazmera između prestacija ugovornih strana.

---

[27] Vid. i čl. 24, st. 1, t. 3 ŠZO, prema kome se zabluda smatra bitnom, između ostalog, i onda kad je prestacija koju je obećala strana koja se poziva na zabludu znatno većeg obima ili je kontraprestacija znatno manjeg obima nego što je ta strana zaista htela. Tom odredbom je data svojevrsna definicija zablude o vrednosti.

[28] To ne važi u slučajevima kada je takvo odstupanje željeno jer se time želi učiniti kakav poklon drugom saugovaraču. Ipak, važno je naglasiti da je lezija institut primenljiv samo na ugovore s naknadom te se i pitanje poništenja ugovora zbog prekomernog oštećenja postavlja samo kod njih.

Konačno, uređenje prekomernog oštećenja po objektivnom principu jasno razgraničava tu od drugih srodnih ustanova, kao što su zabluda, prevara, prinuda ili zelenaški ugovori, koje u svom fokusu imaju potrebu zaštite volje pri ugovaranju, odnosno potrebu da se suzbiju ponašanja koja su u društvu neprihvatljiva (Aranđelović 1982, 525).

Međutim, kako uopšte možemo polemisati o tome da li je nesrazmera između prestacija moralno prihvatljiva ako ne znamo uzrok takve nesrazmere? Upravo se u tome ogleda glavni nedostatak uređenja ustanove prekomernog oštećenja po objektivnom principu – njime se gotovo uopšte ne vodi računa o *uzroku* nesrazmere. A ako postoji, naročito preterana nesrazmera između prestacija ugovornih strana, moramo se zapitati čime je ona prouzrokovana. Tek kada se utvrdi njen uzrok, moguće je polemisati o tome da li je moralno, opravdano, potrebno pružiti zaštitu strani koja je ugovorom dobila (značajno) manje.

Izraz da se *gotovo* uopšte ne vodi računa o uzroku nesrazmere svesno je upotrebljen u prethodnom paragrafu, imajući u vidu da se u svim pravnim sistemima, čak i onim koji leziju uređuju po objektivnom principu, tradicionalno isključuje primena tih pravila u pojedinim slučajevima. Tako, uobičajeno je da se pravila o prekomernom oštećenju ne primenjuju onda kada je nesrazmera željena (jer se time hteo učiniti poklon drugoj ugovornoj strani ili se za stvar dala veća cena iz afekcionih razloga), odnosno onda kada je nesrazmera gotovo uobičajena, očekivana pa čak i svojstvena zaključenju pojedinih ugovora (što je slučaj prilikom prodaje stvari na javnoj prodaji, odnosno prilikom zaključenja ugovora o poravnanju), odnosno onda kada je (ne)srazmeru nemoguće utvrditi prilikom zaključenja ugovora (kao što je slučaj sa aleatornim ugovorima).[29] Međutim, ti slučajevi nisu jedini razlozi zbog kojih se javlja prekomerna nesrazmera između prestacija ugovornih strana. Osim njih, razlog može biti i to što je oštećeni bio u zabludi prilikom zaključenja ugovora, ili je čak prevaren, odnosno prinuđen od njegovog saugovarača da zaključi takav ugovor, ili ga je pak na to naterala neka nepovoljna situacija u kojoj se nalazio (Konstantinović 1982, 534; Pavlović 2014, 217; Hiber 1991, 363–364). I dok bi se sasvim razumljivo moglo prihvatiti da se „pritekne u pomoć“, kako Pavlović (2014, 217) slikovito kaže, saugovaraču koji je prekomerno oštećen kad je do toga došlo prevarom, prinudom ili usled nužde koju je iskoristila druga strana, to ne mora uvek biti slučaj kada je on pristao na tako nesrazmeran ugovor jer je bio u zabludi o vrednosti prestacija. Pravila o zabludi nas upravo uče tome da svaka zabluda ne vodi pravu da se ugovor poništi. Tu se opet mora učiniti korak

[29] §560 SGZ; čl. 107, st. 5 Skice; čl. 273 i čl. 751, st. 2 Prednacrta Građanskog zakonika RS; Schmidt-Szalewski 1999, 46; Samoy, Ilse, Tâm Dang Vu 2011, 101; Vaquer 2011, 40, 41, 92, 183.

nazad i postaviti pitanje: šta je prouzrokovalo pogrešnu predstavu jednog saugovarača o određenoj činjenici? I u kojoj je meri relevantno držanje, odnosno savesnost strana pri zaključenju ugovora pogođenog zabludom?[30] Posebno, šta ukoliko je oštećeno lice skrivilo svoju zabludu, time što je propustilo da se obavesti o vrednosti prestacije? Zavređuje li ono zaštitu samo zato što postoji nesrazmera između prestacija određenog stepena? I zar se ne bi u tom slučaju zaštita „ugovorne pravde" pretvorila u svoju suprotnost?

Argument da ne zavređuje zaštitu saugovarač koji se nije ponašao s dužnom pažnjom pri zaključenju ugovora postaje posebno značajan ako se ima na umu da je pravilo kojim su uređivani lezionarni ugovori bilo u SGZ široko postavljeno, moglo bi se reći i preširoko. Ono se, naime, moglo primeniti na sve teretne ugovore u kojima je postojalo oštećenje preko polovine, gotovo bez obzira na uzrok nesrazmere. U tom pogledu se može reći da je takvo rešenje bilo jedinstveno jer, kao što se moglo videti, u uporednom pravu ne postoji sistem u kome se na uopšten način, dakle bez obzira na vrstu ugovora, uloge ili karakteristike saugovarača ili neke druge okolnosti, dozvoljava mogućnost poništenja ugovora samo zato što postoji nesrazmera između prestacija ugovornih strana, makar ona bila i preterana. Čak i u sistemima kao što su francuski, belgijski ili španski, u kojima je prekomerno oštećenje uređeno po objektivnom principu, mogućnost poništenja je dozvoljena samo izuzetno (valja podsetiti da je zakonodavac i predvideo te izuzetke jer je u njima video subjektivni element; on je, na izvestan način, prezumiran). Razlog je u zaštiti pravne sigurnosti: dozvoliti poništenje ugovora zbog prekomernog oštećenja, ne vodeći računa o tome šta ga je uzrokovalo, a naročito da li u tome ima krivice jedne ili druge ugovorne strane, vodilo bi ozbiljnoj pravnoj nesigurnosti.

Bojazan da bi se mogla ugroziti pravna sigurnost ako bi se ustanova prekomernog oštećenja uredila po objektivnom principu, i to na uopšten način, za sve dvostrane ugovore, bez obzira na to ko se nalazi u ulozi saugovarača (jer je Zakon o obligacionim odnosima bio zamišljen kao jedinstveni izvor obligacionog prava, kojim bi se uredilo i opšte i privredno obligaciono pravo), iznose se u teoriji kao glavni argumenti zašto je u konačnom tekstu ZOO ipak bio prihvaćen subjektivni princip uređenja. Kako se objašnjava, bez ograničenja da oštećena strana za pravu vrednost „nije znala niti morala znati", primena instituta prekomernog oštećenja na ugovore u privredi ne bi se mogla zamisliti (Krulj 1980, 361). Kao kontraargument moglo bi se, doduše, istaći da je primena instituta prekomernog oštećenja mogla biti

[30] O značaju držanja saugovarača pri zaključenju ugovora više u Dabić 2018, 61 i dalje.

isključena za ugovore u privredi, kao što je predloženo i u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima.[31] Ipak, čak i da je usvojeno takvo ograničenje, opet bi ostalo pitanje opravdanosti i dalje preširoko postavljenog polja primene ustanove prekomernog oštećenja, ako ono ne bi bilo ograničeno zahtevom da se utvrdi nije li nesrazmera posledica (skrivljene) zablude oštećenog lica.[32]

Konačno, ne bi trebalo zanemariti ni još jedan argument kojim se u našoj teoriji objašnjavalo usvajanje subjektivnog principa uređenja prekomernog oštećenja u ZOO. Naime, smatralo se da bi uređenje prekomernog oštećenja prema objektivnom principu, naročito ako bi objektivni kriterijum bio predložen kao i za zelenaške ugovore – kao očigledna nesrazmera – obesmislilo uređivanje i kasniju primenu pravila o zelenaškim ugovorima. Oštećeno lice ne bi imalo motiva da dokazuje da je očigledna nesrazmera posledica toga što se našao u zakonom definisanoj nepovoljnoj situaciji koju je, pritom, druga strana namerno iskoristila, kad već ima sredstvo koje mu pruža zaštitu već samo na osnovu toga što postoji očigledna nesrazmera (Krulj 1980, 361).

Argument stoji, makar kada je reč o periodu u kome se može zahtevati poništaj ugovora zbog prekomernog oštećenja. Ali bi po proteku tog roka oštećenom svakako bilo od koristi da se, ukoliko su uslovi ispunjeni, poziva i na pravila kojima su uređeni zelenaški ugovori ili pak na neku drugu ustanovu građanskog prava kako bi napustio ugovorni odnos koji je po njega tako nepovoljan ili na drugi način obezbedio sebi zaštitu.

Kao opšti zaključak, moglo bi se izneti da izostanak brige o uzroku koji je doveo do prekomernog oštećenja u svakom konkretnom slučaju predstavlja, dakle, najozbiljniju zamerku uređenju ustanove prekomernog oštećenja po objektivnom principu. Kako Hiber objašnjava (1991, 364–365), ako bi se kod lezije sasvim prenebreglo postojanje zablude, svako predomišljanje bi bilo dovoljno da se ugovor sruši. „Ne može se zamisliti pravni sistem, naročito u svetlu zaštite prava trećih, koji bi takav režim bez teškoća najozbiljnije vrste mogao da podnese."

[31] Vid. čl. 107, st. 5 Skice.

[32] U vezi s tim, zanimljivo je rešenje hrvatskog Zakona o obveznim odnosima – HZOO, *Narodne novine* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, prema kome je, kao i u našem ZOO, uslov za poništaj ugovora zbog prekomernog oštećenja da oštećena strana za pravu vrednost nije znala niti mogla znati, ali se i pored toga u poslednjem stavu izričito isključuje mogućnost poništenja kada je reč o ugovorima u privredi. Time se praktično isključuje mogućnost dokazivanja da je zabluda oštećenog kod ugovora u privredi bila izvinjavajuća. Vid. čl. 375 HZOO.

5. O ZABLUDI O VREDNOSTI KOD PREKOMERNOG OŠTEĆENJA I NJENOM IZVINJAVAJUĆEM KARAKTERU

Pre nego što pređemo na argumente koji ukazuju na prednosti, odnosno nedostatke uređenja prekomernog oštećenja po subjektivnom principu, a imajući u vidu da se mogućnost poništenja ugovora zbog prekomernog oštećenja u našem pravu uslovljava zahtevom da oštećena strana u trenutku zaključenja ugovora „za pravu vrednost nije znala niti mogla znati", čini se da je važno razjasniti o kakvoj vrsti zablude je reč i u kojim slučajevima takva zabluda u praksi zapravo dovodi do poništenja ugovora.

Prilikom analiziranja uslova neophodnih za poništenje ugovora zbog prekomernog oštećenja, u teoriji se obično nailazi na shvatanje da uslov da oštećena strana „za pravu vrednost nije znala niti morala znati" podrazumeva da je ona u trenutku zaključenja ugovora zapravo bila u zabludi o vrednosti prestacije (Aranđelović 1982, 523; Krulj 1980, 360–361; Perović 1980, 444; Nikšić 2015, 75). Međutim, dalje se ne obrazlaže šta konkretno predstavlja zabluda o vrednosti.

Mada je pitanje kompleksno i zahteva detaljniju analizu, načelno bi se moglo reći da se u vezi sa zabludom o vrednosti javljaju najmanje dva problema.

Prvi problem je pojmovni: kako odrediti zabludu o vrednosti i, još preciznije, kako je razgraničiti od drugih vrsta zabluda jer je ona s njima i drugim ustanovama ugovornog prava isprepletana više nego ijedan drugi oblik zablude (Hiber 1991, 360).

Zabluda o vrednosti je jedan od pojmova čiju sadržinu nije lako odrediti. Ona se uobičajeno ne definiše propisima,[33] a u teoriji i sudskoj praksi je njena prihvatljivost kao razloga za poništenje ugovora uvek izazivala kontroverze. Uslovno rečeno, reč je o krivoj proceni vrednosti sopstvene ili kontraprestacije ili, preciznije, o krivoj predstavi odnosa vrednosti ugovornih prestacija (Hiber 1991, 360).

[33] Izuzetak predstavlja švajcarsko pravo, u kome se zabluda o vrednosti smatra bitnom, između ostalog, i onda kad je prestacija koju je obećala strana koja se poziva na zabludu znatno većeg obima ili je kontraprestacija znatno manjeg obima nego što je ta strana zaista htela. Vid. čl. 24, st. 1, t. 3 ŠZO.

Zabluda o vrednosti pominje se i u FGZ, od izmena iz 2016. godine. Prema čl. 1136 FGZ, zabluda o vrednosti, onda kada nije posledica zablude o bitnim svojstvima prestacije, predstavlja samo pogrešnu ekonomsku procenu koja ne utiče na punovažnost ugovora.

U sudskoj praksi se, kao najčešći, javlja problem razgraničenja zablude o vrednosti i zablude o bitnim svojstvima prestacije.[34] Potreba razgraničenja te dve vrste zablude isticana je naročito u francuskoj teoriji i sudskoj praksi. Razlog je upravo u ograničenoj mogućnosti poništenja ugovora zbog prekomernog oštećenja, zbog čega se postavilo pitanje može li se na ostale slučajeve primeniti pravila o zabludi. Imajući u vidu da je preovlađujući odgovor bio negativan jer bi se u suprotnom zaobišla pravila o leziji, u francuskoj teoriji i sudskoj praksi se počelo insistirati na razlikovanju zablude o bitnim svojstvima prestacije i zablude o vrednosti (shvaćene u užem smislu).

Naime, zabluda o vrednosti (pa i sopstvene prestacije) neretko je posledica zablude o bitnim svojstvima prestacije. Samo primera radi, ako prodavac stvar proda po znatno nižoj ceni ne znajući da je zapravo prodao umetničko delo čija je vrednost višestruko viša, on jeste u zabludi o vrednosti (ceni) stvari koju prodaje, ali takva zabluda je posledica zablude o bitnom svojstvu stvari. Međutim, o „čistoj" zabludi o vrednosti može se govoriti tek kada se iz njene sfere eliminišu oni slučajevi koji predstavljaju zabludu o bitnim svojstvima prestacije. Tada je, kako Gesten (*Ghestin*) definiše, reč o slučaju „pogrešne ekonomske procene izvršene na osnovu tačnih podataka".[35] Drugim rečima, kada se žrtva „prevari" u proceni vrednosti (cene) prestacije iako su joj bila poznata sva njena (bitna) svojstva. Smatra se da bi, u slučaju preplitanja te dve vrste zablude – zablude o bitnim svojstvima i zablude o vrednosti, prednost trebalo dati prvoj (Dabić 2018, 294). Drugim rečima, u

[34] Često citirani slučaj u francuskoj sudskoj praksi je slučaj *Pusen* (*Poussin*): prodavci su sliku prodali po višestruko nižoj ceni ne znajući da je reč o Pusenovom delu i da vredi znatno više. Više o slučaju u Beale, Fauvarque-Cosson, Rutgers, Tallon, Vogenauer 2010, 476 i dalje; Capitant, Terré, Lequette, Chénéde 2015, 29 i dalje.

Može se, primera radi, pomenuti i slučaj iz naše sudske prakse u kome je vlasnik eksproprisanog zemljišta zahtevao poništaj sporazuma o naknadi za eksproprijaciju jer je pri njenom utvrđivanju bio u bitnoj zabludi o svojstvima zemljišta. Naime, vlasnik nije imao saznanja da je godinu dana pre zaključenja sporazuma planskim dokumentom grada promenjena namena zemljišta iz poljoprivrednog u gradsko građevinsko zemljište, zbog čega je njegova vrednost znatno porasla. Iako je prvostepeni sud odbio zahtev za poništenje ugovora, apelacioni sud je smatrao da ima mesta poništenju jer je vlasnik bio savestan: „učesnici u pravnom prometu ne mogu da trpe štetu zbog činjenice da se registrovano stanje razlikuje od stvarnog stanja nepokretnosti. Uvid u katastar nepokretnosti, koji je prethodno izvršio, predstavljao je dovoljnu i potrebnu pažnju koju je tužilac trebalo da pokaže prilikom zaključenja predmetnih sporazuma". Vid. Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž. 2335/2017, 13. 4. 2017, *ParagrafLex*.

[35] *„L'erreur sur la valeur se caractérise ainsi comme une appreciation économique erronée, effectuée à partir de données exastes.*" Ghestin 1971, 83.

slučaju kada je zabluda o vrednosti posledica zablude o bitnim svojstvima prestacije, u francuskom pravu se smatra da ima mesta primeni pravila o zabludi, što bi u krajnjem moglo da dovede i do poništenja ugovora. Ipak, poništenje ugovora se u takvim slučajevima ne prihvata zbog toga što se žrtva našla u zabludi o vrednosti već zbog toga što je bila u zabludi o bitnim svojstvima prestacije (Goubeaux 2001, 394).

Ako bi se stvari posmatrale na takav način, moglo bi se postaviti pitanje šta se podrazumeva pod formulacijom da oštećena strana „za pravu vrednost nije znala niti mogla znati" iz čl. 139 ZOO, kojom se uređuje ustanova prekomernog oštećenja: da li se time obuhvataju svi slučajevi zablude o vrednosti, pa i oni koji uzrok imaju u zabludi o bitnim svojstvima prestacije, ili je pak uređenjem pravila o prekomernom oštećenju naš zakonodavac želeo da slučaj zablude o vrednosti (u užem smislu) izdvoji kao poseban i da mu dâ značaj samo ukoliko je doveo do očigledne nesrazmere između prestacija ugovornih strana?

Imajući u vidu da je zabluda o bitnim svojstvima izričito predviđena pravilima o zabludi,[36] odgovor bi mogao da teži prihvatanju drugog shvatanja – da se zabluda o vrednosti kod lezije ima shvatati u užem smislu. Time bi se, međutim, značajno suzilo polje primene ustanove prekomernog oštećenja, gotovo do njenog obesmišljavanja.

Razlog leži u drugom problemu u vezi sa zabludom o vrednosti: shvaćena u užem smislu, zabluda o vrednosti gotovo da nikad ne dovodi do poništenja ugovora jer se njoj izuzetno retko može priznati da ima izvinjavajući karakter. Naša sudska praksa poznaje primer u kome je ugovor o kupoprodaji nepokretnosti oglašen ništavim zbog zablude prodavca o vrednosti nepokretnosti koju prodaje, ali primenom pravila o zelenaškim ugovorima.[37] Tu, dakle, osim zablude o vrednosti (u užem smislu) postoji još neki razlog koji opravdava „rušenje" ugovora. Slično bi se moglo zaključiti i kada je zabluda o vrednosti rezultat prevare jer se tada svaka zabluda smatra bitnom i izvinjavajućom. Ipak, i to je nesporno samo u slučaju

[36] Vid. čl. 61, st. 1 ZOO.

[37] Vid. odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3112/98, 24. 6. 1998, *IngPro*: u ulozi prodavca nalazila se, prema rečima suda, „medicinska sestra u penziji, starija osoba, koja se kreće uz pomoć štapa, oštećenog sluha i koja nije imala bliže rodbine". Kupca je poznavala nekoliko godina i za to vreme se između njih razvio blizak odnos. Stan je prodala kupcima za cenu od 392.000 tadašnjih dinara, iako je njegova vrednost bila značajno viša (9.522.239 tadašnjih dinara), ali joj to nije bilo poznato. Nakon zaključenog ugovora, kupci su promenili svoje ponašanje prema prodavcu. O tome više i u Dabić 2018, 314.

prevare aktivnim ponašanjem, ne i prevare ćutanjem (Dabić 2018, 316). Ako se, međutim, zanemare pravila tih posebnih ustanova, u našoj dostupnoj sudskoj praksi se uglavnom nailazi na odluke u kojima je sud odbijao zahtev za poništenje ugovora zbog zablude o vrednosti upravo zato što je nalazio da takva zabluda nema izvinjavajući karakter.[38]

Prihvatanje, pak, prvog shvatanja da se zabludom vrednosti smatraju i oni slučajevi u kojima istovremeno postoji zabluda o bitnim svojstvima prestacije značilo bi da se ustanovom prekomernog oštećenja u velikoj meri zalazi u polje koje se prirodno uređuje ustanovom zablude. To nas vodi najozbiljnijoj zamerci koja se upućuje uređenju prekomernog oštećenja po subjektivno principu, o čemu će biti reči u narednom podnaslovu.

[38] Vid. Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. 305/2006, 2. 3. 2006, *ParagrafLex*: sud je odbio poništenje sporazuma o naknadi za eksproprisane građevinske objekte smatrajući da se vlasnik „nikako nije mogao nalaziti u izvinjavajućoj zabludi u pogledu cena – vrednosti eksproprisanih objekata". Kako se može zaključiti na osnovu dostupnog teksta odluke, vlasnik nepokretnosti je, uprkos savetima svog punomoćnika, prihvatio ponudu koju mu je dao korisnik eksproprijacije, u visini prema podacima koje je pribavio od svojih stručnih službi. Vid. Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž 3183/2017, 15. 6. 2017, *ParagrafLex:* sud je odbio zahtev prodavca za poništenje ugovora o prodaji stana prema pravilima o prekomernom oštećenju, između ostalog, i zbog toga što prodavac „ničim nije dokazao da u momentu zaključenja ovog ugovora nije znao, niti mogao znati za pravu vrednost prodatih nepokretnosti". Nepokretnost je prodata za 200.000 dinara, iako je njena tržišna vrednost bila 1.803.991 dinar. Osim toga, iako je prodavac „višegodišnji korisnik psihoaktivnih supstanci i uživalac opojnih droga, u vreme zaključenja predmetnog ugovora, po nalazu veštaka, bio poslovno sposoban, mogao je da upravlja svojim postupcima i bio svestan preduzetih radnji". Vid. Presudu Privrednog apelacionog suda, Pž 2243/2015(1), 22. 10. 2015, *ParagrafLex*: na prekomerno oštećenje, kao razlog rušljivosti ugovora, oštećena strana se „može pozivati samo ako u vreme zaključenja ugovora za pravu vrednost nije znala niti je morala znati, što je uslov koji je ovde nije ostvaren imajući u vidu proceduru zaključenja ugovora, kao i činjenicu da se radi o ugovoru u privredi, te da su ugovorne strane privredni subjekti koji kao dobri privrednici, odnosno dobri stručnjaci svakodnevno zaključuju ugovore, pa se ne može smatrati da su prilikom zaključenja ugovora bile u zabludi u pogledu vrednosti uzajamnih davanja". Vid. i Presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev. 130/95, 5. 4. 1995, *IngPro*; Presudu Apelacionog suda u Beogradu, Gž 112/2017, 22. 2. 2019, *ParagrafLex*; Presudu Privrednog apelacionog suda, Pž 783/2017, 27. 9. 2017, *ParagrafLex*; Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž 3183/2017, 15. 6. 2017, *ParagrafLex.*

6. PREDNOSTI I NEDOSTACI UREĐENJA PREKOMERNOG OŠTEĆENJA PO SUBJEKTIVNOM PRINCIPU

Uređenje prekomernog oštećenja po subjektivnom principu nesumnjivo otvara pitanje odnosa zablude i lezije. Ako se poništenje ugovora zbog prekomernog oštećenja uslovi time da je oštećena strana bila u zabludi o vrednosti prestacije, ne svodi li se time lezija samo na jednu vrstu zablude? Štaviše, nije li time obesmišljeno i postojanje ustanove prekomernog oštećenja?

Pozitivan odgovor bi se mogao nametnuti tumačenjem pravila uređenja prekomernog oštećenja i njoj srodnih ustanova.

Najpre, ako se jedna strana našla u zabludi o vrednosti zbog svog nedovoljnog iskustva ili lakomislenosti i zbog toga pristala na zaključenje ugovora koji je na njenu štetu očigledno nesrazmeran, što je pritom druga strana iskoristila, mogu se primeniti pravila ZOO kojima se uređuju zelenaški ugovori. Ako je, pak, zabludu o vrednosti izazvala druga strana ili ju je održavala u njoj u nameri da je time navede na zaključenje ugovora, druga strana može zahtevati poništenje ugovora pozivanjem na pravila o prevari, čak i onda kada zabluda nije bitna.[39]

Međutim, dok se polje primene pravila o prekomernom oštećenju samo delimično preklapa sa poljem primene pravila o zelenaškim ugovorima ili pravila o prevari, preklapanje je potpuno kada je reč o zabludi kao mani volje. Kako Aranđelović objašnjava, „ako se ugovor, bez obzira na visinu oštećenja, može poništiti samo ako oštećena strana nije znala vrednost uzajamnih davanja, znači da je ona bila u zabludi o vrednosti. Tada su propisi o poništenju ugovora zbog zablude sasvim dovoljni za takve situacije". Drugim rečima, polje primene pravila o prekomernom oštećenju potpuno je supsumirano pod polje primene pravila o zabludi. I ne postoji slučaj na koji bi se mogla primeniti pravila o prekomernom oštećenju a da istovremeno nisu ispunjeni uslovi za primenu pravila o zabludi jer su pravila o zabludi u tom smislu šira.

Najpre, mada zabluda o vrednosti nije posebno regulisana pravilima o zabludi, čl. 61 je dovoljno široko postavljen da se bitnom zabludom mogu smatrati i „okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi ne bi inače zaključila ugovor takve sadržine". Time se mogu obuhvatiti i drugi slučajevi zablude, koji nisu izričito pobrojani, pod uslovom da se mogu smatrati bitnom. Dalje, primena

[39] Vid. čl. 65, st. 1 ZOO.

pravila o zabludi nije izričito uslovljena time da između prestacija ugovornih strana postoji očigledna nesrazmera jer je u fokusu potreba zaštite volje lica koje preduzima pravni posao a ne jednakost uzajamnih davanja.[40] Konačno, rok u kome se može zahtevati poništenje ugovora zbog zablude je duži nego rok u kome se može zahtevati poništaj zbog prekomernog oštećenja.[41] Osim toga, poništenje ugovora je i zbog zablude i zbog prekomernog oštećenja uslovljeno time da zabluda bude izvinjavajuća,[42] a i u jednom i u drugom slučaju saugovarač lica u zabludi ima priliku da održi ugovor na snazi.[43]

Čemu onda služe pravila o prekomernom oštećenju ako se zaštita u potpunosti može postići primenom pravila drugih instituta? Kako ističu pristalice uređenja lezije po objektivnom principu, „prekomernom oštećenju kao posebnom pravnom sredstvu za zaštitu oštećene strane ima mesta samo ako se kriterijumi postave objektivno, jer nam za druge slučajeve poništenja ugovora i otklanjanja neekvivalentne razmene stoje na raspoloženju druga pravna sredstva“ (Aranđelović 1982, 527).

U izvesnoj meri takav stav potvrđuje i iskustvo iz uporednog prava. Primera radi, u sistemima u kojima se uopšte ne uređuje ustanova prekomernog oštećenja u klasičnom smislu već samo kao tzv. kvalifikovana lezija, kao što je švajcarsko pravo,[44] smatra se da se, ako su ispunjeni uslovi, oštećeno lice može pozvati na neka druga opšta pravila, kao što su pravila o manama volje da bi ishodilo poništenje ugovora (Schmidlin 2012a, 212–213). Štaviše, primena pravila o manama volje nije isključena ni onda kada su ispunjeni uslovi za primenu pravila o (kvalifikovanoj) leziji; drugim rečima, ako su u konkretnom slučaju ispunjeni uslovi za primenu obe ustanove, oštećena strana ima pravo da bira na koju će se pozvati. To važi i onda kada je rok

[40] Ipak, pokazaće se dalje u radu, teško da bi sud prihvatio poništenje (teretnog) ugovora zbog zablude ako ona ujedno nije praćena i (odgovarajućom) nesrazmerom između prestacija.

[41] Vid. čl. 61, 117 i 139 ZOO.

[42] Iako se određuju različito, zahtev iz čl. 61, st. 2 ZOO da je strana koja je u zabludi postupala „s pažnjom koja se u prometu zahteva“, odnosno zahtev iz čl. 139, st. 1 ZOO da oštećena strana za pravu vrednost „nije znala niti mogla znati“, suštinski znače isto – da je zabluda izvinjavajuća, odnosno neskrivljena. O neskrivljenosti zablude vid. Hiber 1992, 267 i dalje.

[43] Vid. čl. 61, st. 4 ZOO, prema kome se „strana koja je u zabludi ne može na nju pozivati ako je druga strana spremna da izvrši ugovor kao da zablude nije bilo“, i čl. 139, st. 4, prema kome će „ugovor ostati na snazi ako druga strana ponudi dopunu do prave vrednosti“.

[44] Podsećanja radi, u švajcarskom pravu postoji odredba čl. 21 ŠZO koja nosi naziv „Lezija“, ali po suštini nije reč o prekomernom oštećenju već o odredbi kojom se predviđa zaštita u slučaju kad je očigledna nesrazmera posledica toga što jedan saugovarač iskorišćava nepovoljnu situaciju u kojoj se našla druga strana.

za primenu pravila o (kvalifikovanoj) leziji već istekao – oštećena strana se i dalje može pozvati na pravila o manama volje.[45] Kao što se može videti, nepostojanje posebnih pravila o leziji (shvaćenoj u klasičnom smislu) u švajcarskom pravu nadomešćuje se primenom pravila drugih ustanova, pre svega pravilima o (kvalifikovanoj) leziji i pravilima kojima se uređuju mane volje.[46]

Međutim, čini se da pomenuti razlozi ipak nisu dovoljni da bi se moglo zaključiti da su pravila o prekomernom oštećenju (uređenom po subjektivnom principu) suvišna, a još manje da bi leziju stoga trebalo urediti po objektivnom principu kako je, između ostalog, predloženo i u Prednacrtu građanskog zakonika.[47]

Naime, iako su pravila o zabludi dovoljno široko postavljena, Zakonom o obligacionim odnosima se zabluda o vrednosti ne uređuje izričito. Razlog može biti u tome da su pitanja koja otvara ta vrsta zablude već pokrivena ustanovom prekomernog oštećenja (Hiber 1991, 360). Ali, izostanak posebnih pravila o prekomernom oštećenju mogao bi da rodi pitanje uslova pod kojima bi se ugovor, primenom pravila o zabludi, poništio.[48] U tom smislu su, imajući u vidu postojeća zakonska rešenja kojima se uređuju zabluda i lezija, pravila o prekomernom oštećenju jasnija.

---

[45] U švajcarskom pravu se „lezionarni" ugovori smatraju rušljivim te se oštećenoj strani ostavlja rok od godinu dana od dana zaključenja ugovora da zahteva njegovo poništenje (čl. 21, st. 2 ŠZO). S druge strane, kada je reč o zabludi i prevari, rok za poništenje je takođe godinu dana, ali od dana saznanja za zabludu (čl. 31 ŠZO). Schmidlin 2012b, 274.

[46] U francuskoj sudskoj praksi se dosta obazrivo poziva na pravila o zabludi. Razlog je prvenstveno u načinu uređenja prekomernog oštećenja. Imajući u vidu da je u francuskom pravu lezija uređena po objektivnom principu, ali vrlo ograničeno, tako što se dozvoljava poništenje zbog nesrazmere određenog stepena samo u zakonom tačno određenim slučajevima, pribegavanje pravilima o zabludi kako bi se ishodilo poništenje ugovora zbog zablude o vrednosti se samo izuzetno dozvoljava, i to onda kada je zabluda o vrednosti posledica zablude o bitnim svojstvima prestacije ili se krivica za nastanak zablude o vrednosti može prevaliti na drugu stranu. Smatra se da bi se širom primenom pravila o zabludi zaobišla pravila o leziji – otuda suzdržanost francuskih sudova.

[47] Vid. čl. 273, st. 1 Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije: *„Ako između obaveza strana ugovornica u dvostrano obaveznom ugovoru postoji u vreme zaključenja tolika nesrazmera, da ono što je jedna strana primila ili treba da primi od druge strane ne predstavlja ni polovinu vrednosti onoga što je ona dala drugoj strani, ili se obavezala dati ili učiniti, onda ona može zahtevati poništenje ugovora u roku od jedne godine od njegovog zaključenja*." U stavu 5 istog člana se predviđa, između ostalog, da se zbog te nesrazmere ne može tražiti poništenje privrednih ugovora.

[48] U švajcarskom pravu se, primera radi, izričito uređuje zabluda o vrednosti, čime se donekle rešava pitanje uslova pod kojima ona može dovesti do poništenja ugovora. Vid. čl. 24, st. 1, t. 3.

Osim toga, mada nesporno bliske, razlike između zablude i lezije, u izvesnom smislu, postoje i u primeni te dve ustanove: iako su „prirodan prostor" zablude o vrednosti teretni ugovori, ona je načelno zamisliva i u dobročinim ugovorima,[49] dok je primena pravila o leziji isključivo rezervisana za teretne ugovore (Hiber 1991, 366).[50] U tome se ogledaju i različiti ciljevi kojima se vode zabluda i lezija: dok je u fokusu lezije nepostojanje srazmere (preko mere koja se može tolerisati), u fokusu zablude je potreba zaštite volje saugovarača.

To, međutim, ne znači da su druge okolnosti irelevantne. Činjenica je, naime, da između zablude o vrednosti i lezije neminovno postoji odnos korelacije. S jedne strane, nema lezije bez zablude – ako nije reč o prevari, pretnji ili zelenaškom ugovoru, do nejednakosti davanja dolazi ili zbog namere darivanja ili zbog zablude (Hiber 1991, 372). Ako se ima u vidu da se lezija povezuje samo sa teretnim ugovorima, preostaje da se uzrok prekomernog oštećenja nalazi upravo u tome što je oštećena strana bila u zabludi. S druge strane, postojanje nesrazmere je najsigurniji način da zabluda bude prihvaćena (Hiber 1991, 372). Naime, teško da bi sud prihvatio da zabluda o vrednosti dovede do poništenja (teretnog) ugovora ukoliko istovremeno između prestacija ugovornih strana ne postoji nesrazmera.[51] Nesrazmera prestacija je ono što zabludu može učiniti bitnom – ako ne postoji nesrazmera kod zablude, onda se zabluda o vrednosti svodi na zabludu o motivu koja je za teretne ugovore pravno irelevantna.[52] Isto je primećeno i za druge slučajeve zablude, pre svega zabludu o bitnim svojstvima prestacija, koja

[49] Hiber navodi primer zablude poklonoprimca koji „poklanja komad nakita misleći da se radi o običnoj bižuteriji, a radi se o nakitu od plemenitog metala". Vid. Hiber 1991, 361.

[50] To proizlazi i iz zakonskog teksta čl. 139 ZOO, u kome se doduše koristi termin „dvostrani ugovori".

[51] Kada je reč o zabludi o vrednosti kod teretnih ugovora, kako Hiber objašnjava, procena da li je postojala zabluda o vrednosti ne bi se smela svesti na poređenje stvarne i zamišljene vrednosti sopstvene ili kontraprestacije već na njihovo međusobno poređenje: „*Načelo ugovorne pravde dovešće u pitanje opravdanost poništenja ugovora zbog zablude o vrednosti ako vrednost jedne prestacije manje više odgovara vrednosti kontraprestacije.*" Hiber 1991, 361. Drugim rečima, sud neće dozvoliti poništenje ugovora zbog toga što je jedan saugovarač mislio da njegova sopstvena prestacija ili kontraprestacija vredi više/manje od realne vrednosti (a da pritom između sopstvene i kontraprestacije nema disproporcije) već samo ako između sopstvene i kontraprestacije zaista postoji disproporcija preko (normalne) mere.

[52] „*Drugim rečima, to bi značilo da se naknada, vrednost, pojavljuje kao 'univerzalan' apstraktan motiv za sve (pojedinačne) ugovore s naknadom.*" Hiber 1991, 370.

je po pravilu najčešće praćena lezijom. U tom smislu zabluda o vrednosti *de facto* podrazumeva leziju (Hiber 1991, 367) – iako lezija nije neophodan uslov za primenu pravila o zabludi, ona je utkana u pojam bitnosti zablude.

7. ZAKLJUČAK

Mada Konstantinovićeva ideja o objektivnom uređenju prekomernog oštećenja nije implementirana u konačan tekst ZOO, koji predstavlja pozitivnopravno rešenje u našem pravu, ne može se sporiti da je ona imala svoju logiku. Činjenica je da ustanova prekomernog oštećenja, kada se uredi po objektivnom principu, ima jasno omeđeno polje primene i smisao u odnosu na ustanove kojima se regulišu mane volje i zelenaški ugovori. To se vidi ne samo iz toga što za poništenje zbog prekomernog oštećenja u Skici nije bio postavljen dokaz da je oštećena strana bila u zabludi već i iz činjenice da je drugačije bio postavljen zahtev u odnosu na visinu oštećenja („preko pola" umesto „očigledne nesrazmere"). Osim toga, treba imati u vidu i političko i ekonomsko uređenje naše zemlje u vreme kada je Konstantinović pisao pomenuti rad o prekomernom oštećenju i radio na Skici, s kojim je mnogo više u skladu ideja da se ugovor može poništiti već na osnovu toga što između prestacija ugovornih strana postoji tako preterana nejednakost.[53]

Ipak, ideja da bi prekomerno oštećenje trebalo urediti po objektivnom principu ne može do kraja izdržati kritiku da sobom nosi ozbiljnu pretnju ugrožavanja pravne sigurnosti. Ako postoji preterana nejednakost između prestacija ugovornih strana, moramo se zapitati čime je ona prouzrokovana. Načelno, ako nije reč o prevari, pretnji ili zelenaškom ugovoru, nejednakost davanja se javlja ili zbog namere darivanja ili zbog zablude. A pravila o zabludi nas upravo uče tome da svaka zabluda ne vodi pravu da se ugovor poništi. Moramo se zapitati šta je prouzrokovalo pogrešnu predstavu jednog saugovarača o određenoj činjenici te nije li je on sam skrivio time što nije postupao s dužnom pažnjom u prometu. Toga je očigledno i Konstantinović bio svestan, imajući u vidu da je u Skici predložio da se poništenje, između ostalog, ne može zahtevati kada je reč o ugovorima u privredi. Ipak, i pored takvog ograničenja, ostaje pitanje opravdanosti i dalje preširoko postavljenog polja primene ustanove prekomernog oštećenja u Skici.

[53] *„Kako bi se uostalom moglo objasniti da se princip koji potiče iz socijalističkog načina gledanja na odnose među ljudima, i koji je imao mesta u mnogim individualističkim pravima, da se taj princip briše iz socijalističkog prava? Dakle, ne samo da ovaj princip ne treba napuštati, nego mu treba dati u našem pravu još više mesta nego što ga je ranije imao.*" Konstantinović 1982, 532.

S druge strane, pak, pozitivnopravno uređenje prekomernog oštećenja po subjektivnom principu u izvesnoj meri pati od nedostatka smisla. Naime, ako je do očigledne nesrazmere došlo zloupotrebom nepovoljnog stanja u kome se našlo oštećeno lice, ako je ono na zaključenje takvog ugovora prinuđeno ili je prevarom navedeno, mogu se primeniti pravila o zelenaškim ugovorima, prinudi ili prevari. U svim ostalim slučajevima, kada je očigledna nesrazmera posledica zablude oštećenog, čini se da bi sasvim dovoljna mogla biti pravila o zabludi. Ako se uz to uzme u obzir činjenica da se u našoj sudskoj praksi izuzetno retko prihvata poništenje ugovora primenom pravila o prekomernom oštećenju, osnovano se može dovesti u pitanje potreba postojanja ustanove prekomernog oštećenja. Ipak, zbog toga ne bi trebalo zaključiti da su pravila o prekomernom oštećenju (uređenom po subjektivnom principu) potpuno suvišna, a još manje da bi leziju zbog toga trebalo urediti po objektivnom principu. Iako između zablude i lezije neminovno postoji odnos korelacije – s jedne strane, nema lezije bez zablude, dok je, s druge strane, postojanje nesrazmere najsigurniji način da zabluda bude prihvaćena kao razlog za poništenje teretnih ugovora – njihovi ciljevi su različiti. Osim toga, pravila o leziji nam daju jasnije smernice kada saugovarač zavređuje zaštitu u slučaju nesrazmere između prestacija nego što je to slučaj sa pravilima o zabludi u čijem fokusu je zaštita volje, a ne jednakost davanja.

Na kraju bi valjalo pomenuti da je, bez obzira na to što nisu usvojene sve njegove ideje, vidljiv Konstantinovićev doprinos uređenju ustanove prekomernog oštećenja u našem pravu. Odredba o prekomernom oštećenju iz ZOO u velikoj meri odgovara tekstu predloženom u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima, što znači da je on bio dobra osnova za njeno uređenje. A ukoliko se uporedi sa ranijim rešenjima, primetno je da su zahvaljujući njegovom temeljnom proučavanju te ustanove, a naročito domaće sudske prakse, uvedena i nova važna pravila – kao što je isključenje mogućnosti odricanja od prava da se zahteva poništenje ugovora, opstanak ugovora na snazi ako druga strana ponudi dopunu do prave vrednosti i isključenje mogućnosti poništenja u određenim slučajevima – čime je uređenje te ustanove nesumnjivo podignuto na visok nivo.

LITERATURA

[1] Aranđelović, Svetislav. 3–4/1982. Prekomerno oštećenje prema Zakonu o obligacionim odnosima. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 521–534.

[2] Beale, Hugh, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon, Stefan Vogenauer. 2010. *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Oregon: Hart publishing.

[3] Capitant, Henri, François Terré, Yves Lequette, François Chénéde. 2015. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*. Paris: Dalloz.

[4] Dabić, Snežana. 2018. *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[5] Ghestin, Jacques. 1971. *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. Paris: L.G.D.J.

[6] Goubeaux, Gilles. 2001. A propos de l'erreur sur le valeur. 389–404. *Mélanges J. Ghestin*. Paris: L.G.D.J.

[7] Hiber, Dragor. 1991. *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija. Beograd.

[8] Hiber, Dragor. 2/1992. Neskrivljenost zablude. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 48: 267–277.

[9] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982. Oštećenje preko polovine i zelenaški ugovori. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 30: 529–539.

[10] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.

[11] Krulj, Vrleta. 1980. Član 139. Očigledna nesrazmera uzajamnih davanja. 358–362. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva, red. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.

[12] Larroumet, Christian, Sarah Bros. 2014. *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Tome 3, sous la direction de Christian Larroumet. Paris: Economica.

[13] Loiseau, Grégoire. 2013. *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 1, réd. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet.

[14] Monateri, Pier Giuseppe, Musy, Alberto, Chiaves, Filippo Andrea. 2016. *Italy*. Wolters Kluwer.

[15] Nikšić, Saša. 2015. *Croatia*. Wolters Kluwer.

[16] Pavlović, Đorđe. 2014. *O obveznostima i ugovorima uopšte*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[17] Perović, Slobodan. 1980. Član 139. Očigledna nesrazmera uzajamnih davanja. 443–449. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva, red. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Kragujevac: Pravni fakultet.

[18] Samoy, Ilse, Tâm Dang Vu. 2011. *Belgium*. Wolters Kluwer.

[19] Schmidlin, Bruno. 2012a. Art. 21. Lésion. 205–214. *Commentaire Romand, Code des obligations I*, dir. Luc Thévenoz, Franc Werro. Bâle: Helbing Lichtenhahn.

[20] Schmidlin, Bruno. 2012b. Art. 31. Vice de consentement couvert par la ratification du contrat. 267–278. *Commentaire Romand, Code des obligations I*, dir. Luc Thévenoz, Franc Werro. Bâle: Helbing Lichtenhahn.

[21] Schmidt-Szalewski, Joanna. 1999. *France*. Wolters Kluwer.

[22] Vaquer, Antoni. 2011. *Spain*. Wolters Kluwer.

Snežana DABIĆ NIKIĆEVIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

LAESIO ENORMIS IN SERBIAN LAW AND ITS RELATIONSHIP WITH OTHER RELATED LEGAL INSTITUTES

Summary

Mihailo Konstantinović raised important issues regarding how *laesio enormis* should be applied and regulated in the future, given the inconsistency in the post-war judicial practice. Konstantinović supported the view that *laesio enormis* should be governed by an objective principle. However, in the Law on Obligations, the right to annul the contract due to obvious disparity between contract obligations exists only if the aggrieved party was mistaken about the true value of the performance when concluding the contract.

In this paper, the author raises the question whether such a shift in the regulation of *laesio enormis* represents an improvement or serious arguments can be raised against it. The author first analyzes how laesio enormis is regulated in comparative law, and then discusses the pros and cons of regulating this legal institute according to an objective and subjective principle.

Key words: *Laesio enormis. – Error in value. – Defects of consent. – Usury contracts. – Principle of equivalence.*

Article history:
Received: 10. 10. 2022.
Accepted: 12. 12. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.513(497.1) ; 368.025.8(497.1)

CERIF: S 130, S 137

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK20A

Dr Nataša PETROVIĆ TOMIĆ*

*AKTUELNOST RAZLIKOVANJA PRAVA NA NAKNADU ŠTETE I PRAVA NA OSIGURANU SUMU U DELU MIHAILA KONSTANTINOVIĆA: KLASIČNI INSTITUTI I MODERNO PRAVO OSIGURANJA***

Autorka nastoji da dokaže da razlikovanje prava na naknadu štete i prava na osiguranu svotu, kao preduslov održivog razvoja osiguranja, postoji u delu profesora Kontantinovića. Iako u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima nisu regulisane sve vrste osiguranja koje čine aktuelnu pravnu stvarnost, naš uvaženi profesor kristalno jasno objašnjava da „osigurana suma koju oštećenik dobija od Državnog osiguravajućeg zavoda ne zamenjuje naknadu na koju on ima pravo po opštim pravilima o naknadi prouzrokovane štete od onoga koji je odgovoran za tu štetu". Ta formulacija predstavlja azbuku osiguranja, čija se aktuelnost nije izgubila ni danas. Štaviše, u fokusu je više nego ikada. Osloncem u delu profesora Konstantinovića, autorka argumentuje da je srpski regulatorni okvir – koji sva osiguranja posmatra iz skučene vizure imovinskih ili osiguranja lica – ograničavajući faktor razvitka tržišta osiguranja. Favorabilan pravni okvir ne ograničava usluge osiguranja prema vrsti osiguranja već uvažava tip pokrića i karakter ugovorene prestacije.

Ključne reči: *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima. – Pravo na naknadu štete. – Pravo na osiguranu svotu. – Karakter prestacije. – Održivi razvoj osiguranja.*

---

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *nataly@ius.bg.ac.rs*.

** Autorka zahvaljuje glavnoj i odgovornoj urednici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* prof. dr Mariji Karanikić Mirić na pozivu i prilici da svojim radom doprinese obeležavanju godišnjice smrti znamenitog profesora Mihaila Konstantinovića.

1. OSNOVNA POSTAVKA PRAVA OSIGURANJA

Klasično ugovorno pravo osiguranja počiva na bazičnoj podeli na imovinska i osiguranja lica (Ćurković 2013, 5–6; Morlet 2003, 9–10). Od početka HH veka, kada se u vodećim pravnim kulturama osiguranja počelo sa kodifikacijama tog dela ugovorne materije (i svojevrsne emancipacije ugovornog prava osiguranja od ugovornog prava generalno!) bilo je uobičajeno da se svaki tip osiguranja posmatra kroz prizmu te podele. Svrstavanje određene vrste osiguranja u grupaciju imovinskih ili osiguranja lica povlačilo je za sobom i primenu određenih načela, koja u velikoj meri određuju fizionomiju i ciljnu funkciju osiguranja. A i od praktične su pomoći.

Krajem HH, odnosno početkom HHI veka pomenuta podela postaje suviše skučena za razvoj novih proizvoda osiguranja, kojima se izlazi u susret potrebama sofisticiranih korisnika osiguranja (Petrović Tomić 2013, 122–148). Uzmimo kao primer trenutno najpopularniji proizvod tržišta osiguranja – dobrovoljno zdravstveno osiguranje. U pitanju je visokotraženi ugovor na osnovu koga se osiguravač obavezuje da pokrije rizik bolesti koji može dovesti do smrti, boravka u bolnici (tzv. bolnički dani) ili pokrića troškova lečenja (Petrović Tomić 2019, 708 i sled.). Prestacije koje osiguravač preuzima prilično su različite i nemoguće ih je svrstati u čisto imovinske ili čisto lične. Slično je i sa osiguranjem od posledica nezgode. Na primeru tih izuzetno atraktivnih proizvoda osiguranja potvrđuje se *zastarelost podele* na osiguranje imovine i osiguranje lica. Moderan zakonski model osiguranja prati trendove i napušta podele koje predstavljaju smetnju razvoju perspektivnih proizvoda osiguranja. Ili bar odredbe koje su ocenjene kao remetilački faktor ili stvaraju podeljenu sudsku praksu.

Danas postoje brojni proizvodi osiguranja, bez kojih se ne može zamisliti život u HHI veku, koji su spretna kombinacija elemenata osiguranja lica i odštetnih osiguranja. Zbog toga svrstavanje u jednu ili drugu grupaciju osiguranja nema onaj značaj koji je imalo u vreme kada se ugovor o osiguranju počeo razvijati. Mogli bismo reći da je podela na osiguranje imovine i osiguranje lica odigrala *istorijsku ulogu u razvoju prava osiguranja*. Ona je nastala namenski, da omogući pozicioniranje osiguranja među institutima privatnog prava povezujući ih sa područjem imovinskih ili ličnih rizika. Stupanjem u novi vek, aktuelno postaje pitanje pravnog režima koji će se primenjivati na sve brojnije vrste osiguranja, posebno onih novih (mešovitih). Hermetički pristup zasnovan na insistiranju na tradicionalnoj podeli pokazao se kao neupotrebljiv. Prema stavu uglednog nemačkog pravnika, kvalifikacija ugovornih prestacija osiguranja treba da zavisi prvenstveno od onoga što u ugovoru piše, to jest kako je određena obaveza osiguravača (Lorenz 2009, 20–21). Na istoj liniji rezonovanja je i francuski

Kasacioni sud, koji smatra da je volja ugovornih strana ključna za odgovor na pitanje da li ugovor o osiguranju ima funkciju obeštećenja. Zapravo, taj ugledni sud smatra da je za utvrđivanje takve volje dovoljno uneti u ugovor jednu klauzulu: *klauzulu o subrogaciji osiguravača*.[1] Podrazumeva se da ta klauzula mora biti jasna, precizna i nedvosmislena, uneta u polisu na način da skreće pažnju osiguraniku. Ako se predloženi kriterijum usvoji i za naše pravo, to bi moglo da smanji broj sporova u vezi sa pravnom prirodom određenih osiguranja i da poveća stepen pravne sigurnosti.[2]

Spor koji kod nas ne gubi aktuelnost, za šta imamo da zahvalimo isključivo neizgrađenom regulatornom okviru i sudskoj praksi bez imalo sluha za specijalne pravne režime, tiče se suštinski utvrđivanja pravne prirode prestacije osiguravača. Da li je ona jedino determinisana vrstom rizika koji je osiguravač primio u pokriće? Da li prijem u pokriće rizika koji je okarakterisan kao imovinski (neživotni) automatski povlači pretpostavku da je prestacija osiguravača *ipso facto* usmerena ka naknadi štete? I *vice versa*: da li su sva osiguranja lica svotna? U uporednom pravu: i osiguranja lica mogu poprimiti odštetni karakter, ako je to volja ugovornih strana. Ta volja se ispoljava tako što se u ugovor unose kriterijumi koji utiču na obavezu osiguravača i kojima se nedvosmisleno potvrđuje njen odštetni karakter: isplata naknade iz osiguranja prema visini stvarne štete, koeficijentu nesposobnosti i godinama osiguranika, unošenje klauzule o subrogaciji osiguravača itd. Ako želimo da podstaknemo dalji razvoj tih osiguranja, neophodno je da se i u naš pravni poredak implementira podela na svotna i odštetna osiguranja, *explicite* ili *implicite*.

---

[1] Francuski Kasacioni sud je zauzeo ovaj stav u vezi sa pitanjem da li ugovori o osiguranju od posledica nezgode imaju odštetni ili fiksni karakter. Naime, osiguravač koji se bavi poslovima osiguranja lica može uneti u ugovor klauzulu o subrogaciji. Tom klauzulom, koja se često sreće u osiguranju od posledica nezgode, precizira se da prestacije osiguravača imaju odštetni karakter, što otvara vrata subrogacionom zahtevu osiguravača. U takvom slučaju, odštetni karakter prestacije osiguravača proizlazi iz načina procene štete koju trpi osiguranik: ona se procenjuje prema opštim pravilima građanskog prava, tj. utvrđuje se stvarno pretrpljena šteta. Videti: Morlet, 2003, 250.

[2] Uostalom, jedno od najspornijih pitanja je da li zabrana subrogacije važi i u osiguranju od posledica nesrećnog slučaja. Logika koja postoji u našoj osiguravajućoj praksi potpuno je suprotna onome što predlažemo: kod nas se ugovor razvrstava u određenu kategoriju (osiguranje imovine ili osiguranje lica) da bi se na osnovu toga zaključilo da li dolazi do subrogacije. Takav put je komplikovaniji i protivan interesima potrošača.

U delu profesora Konstantinovića nalazimo začetak ideje koja je postavila temelje ugovornog prava osiguranja i dala vetar u leđa razvoju te grane prava u bivšoj Jugoslaviji. On, naime, uviđa da osiguranje odražava promene u osnovnim pravnim ustanovama poput svojine, ugovora i odgovornosti i da, stoga, postoji „tendencija postepene supstitucije osiguranja odgovornosti" (Konstantinović 1982, 572). Ali, Konstantinović je pre više od pola veka jasno kazao da pojava objektivne odgovornosti za štetu ne znači potiskivanje subjektivne odgovornosti. U našem pravu – a to je slučaj i sa drugim pravnim sistemima – postoje oba sistema odgovornosti, kao i odgovornost na osnovu pravičnosti (Konstantinović 1992, 1154).[3] Štaviše, kada se pažljivo analiziraju njegovi članci, moguće je uočiti i elemente iz kojih proizlazi da on prepoznaje podelu osiguranja koju naš regulatorni okvir još uvek nije formalnopravno prihvatio. Zahvaljujući njegovoj viziji, koju je u svojim delima razradio i nadogradio profesor Šulejić, etablirana je podela koja je u ono vreme bila moderna i opšteprihvaćena u najreprezentativnijim pravnim sistemima osiguranja. Zahvaljujući tome, stvoreni su preduslovi za razvoj prava osiguranja. Mesto u istoriji prava osiguranja profesor Konstantinović zaslužuje najvećim delom zahvaljujući jasnom razlikovanju prava na osiguranu sumu i prava na naknadu štete.

2. RAZLIKOVANJE PRAVA NA NAKNADU ŠTETE I PRAVA NA OSIGURANU SUMU U ZOO – KLASIČNI INSTITUTI I PRAVO OSIGURANJA

Podela na osiguranje imovine i osiguranje lica nosi epitet *tradicionalna* (Groutel, Leduc, Pierre, Asselain 2008, 4–5; Bonnard 2012, 9; Abravanel-Jolly 2017, 12–13; Buch 2003, 29–34).[4] U Francuskoj je ta podela uvedena zakonom iz 1930. godine. Do donošenja tog zakona osiguranja se nisu delila na ona kojima se štiti imovina i ona kojima se štite integritet i život osiguranika. Za sva osiguranja je važilo da su zaključena sa ciljem obeštećenja žrtve. I čuveni francuski poznavaoci osiguranja *Picard* i *Besson* smatrali su da se dva tipa osiguranja suštinski ne razlikuju (Morlet 2003, 249). Koncepcija Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima (dalje: Skica),

[3] Podsećanja radi, profesor Konstantinović je bio „đak" jednog od najpoznatijih profesora onog doba: Luja Žosrana (fr. *Louis Josserand*), jednog od osnivača teorije objektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu.

[4] Zbog toga većina teoretičara, domaćih i stranih, u udžbenicima i monografijama, polazi od te podele kao najstarije i zakonski utemeljene.

kao i našeg Zakona o obligacionim odnosima[5] počiva na dualističkoj podeli, koju prate i posebna pravila za osiguranje imovine i osiguranje lica (Petrović Tomić 2019, 161–167). Osiguranje imovine se deli na: osiguranje stvari i osiguranje od odgovornosti.[6] Kada je reč o osiguranju lica, u pozitivnom pravu regulisani su osiguranje života i osiguranje od posledica nesrećnog slučaja, dok se dobrovoljno zdravstveno osiguranje uopšte ne pominje. Ono je, nakon usvajanja Zakona o zdravstvenom osiguranju, delimično uređeno, što se može oceniti kao pomak u odnosu na višedecenijski *status quo*. To ne umanjuje hroničnu potrebu za usvajanjem posebnog Zakona o ugovoru o osiguranju, kojim bi se taj proizvod osiguranja regulisao u skladu s uporednim trendovima.

Iskusnom poznavaocu prava osiguranja naročito smeta konstantno mešanje tradicionalne šeme sa kriterijumom prirode prestacije osiguravača. I to je decenijski manir naših, a i stranih teoretičara, u čemu ni praktičari ne zaostaju. Naime, većina autora se u svojim radovima prilikom objašnjenja te podele ne zadržava na merilu predmeta osiguranja već dodaje i *kriterijum prestacije osiguravača*. To „mešanje" različitih kriterijuma klasifikacije stvara nejasne situacije u praksi, koje rezultiraju povredom prava i interesa osiguranika ili povredom fundamentalnih pravila ugovora o osiguranju. Stvar je postala utoliko problematičnija pojavom mešovitih proizvoda osiguranja, čiji je razvoj na našem tržištu usporen usled ograničenja koja proizlaze iz zastarelog regulatornog okvira. Problem deregulacije u nekim slučajevima rezultira kreativnošću osiguravača, koji u uslove osiguranja unose odredbe kojima se dodatno pogoršava situacija u vezi sa nekim proizvodom osiguranja na našem tržištu.

Niko se fundirano ne može zalagati protiv podele na osiguranje imovine i osiguranje lica, koja je duboko ukorenjena u svesti zakonodavstva i tržišta osiguranja. Ona bez sumnje treba da o(p)stane, ali naš regulatorni okvir treba obogatiti dodatnim klasifikacijama, koje uveliko „žive" u razvijenim zakonodavstvima, a koje je iznedrila praksa. Prva na listi je kategorizacija prema vrsti prestacije osiguravača. Ona se savršeno uklapa u princip slobode ugovaranja u domenu ugovornog prava osiguranja.[7] Iako smo u više navrata

---

[5] Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/85, 45/89 – odluka USJ I 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Službeni list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS* 18/2020.

[6] U osiguranje stvari spadaju: osiguranje od požara, od provalne krađe i razbojništva, osiguranje mašina od loma, kasko osiguranje motornih vozila, osiguranje useva i plodova, šomažno osiguranje itd. Osiguranje od odgovornosti tradicionalno se deli na osiguranje od opšte odgovornosti i osiguranje od odgovornosti za štete od upotrebe motornih vozila.

[7] Generalno o slobodi ugovaranja: Perović 1975, 5–21; Orlić 1993, 19–35.

elaborirali da sloboda ugovaranja trpi brojna ograničenja u osiguranju (Petrović Tomić 2020, 100–127), ona danas oživljava upravo kreiranjem proizvoda osiguranja za koje se, zbog toga što nije moguće bliže i tačnije odrediti njihovu pravnu prirodu, koristi termin *hibridi* (Petrović Tomić 2021, 325–341). Dovitljivošću prakse osiguranja, koja se ne pridržava stega krute podele na osiguranje imovine i osiguranje lica, osiguranje nastavlja da ruši stereotipe i da građanima pruža upravo one proizvode osiguranja koji se mogu nazvati *korisnim* pokrićem. Naime, akcenat svih reformi koje se poslednjih godina sprovode u domenu distribucije u osiguranju je na uvođenju garantija da će potrošač pribaviti korisno pokriće, ocenjujući spram „testa želja i mogućnosti".[8] Ako se regulatorni okvir ne izmeni tako da se omogući kvalifikacija prestacije osiguravača prema onome što u ugovoru piše, a ne prema tome da li je u pitanju osiguranje imovine ili osiguranje lica, to će bez sumnje predstavljati smetnju za ostvarenje pomenutog cilja u našem pravnom okviru.

Na osnovu poznavanja ne samo zakonskih rešenja uporednog prava već i teorije, smatramo da se spor povodom kvalifikacije osiguranja od posledica nezgode i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja prevazilazi uvođenjem podele prema predmetu prestacije osiguravača. Kako je reč o proizvodima osiguranja koji mogu dati vetar u leđa tržištu osiguranja, postoji i praktičan razlog da se olakša njihova prodaja.

3. OD KLASIČNE (DUALISTIČKE) DO (MODERNE) PODELE NA ODŠTETNA I SVOTNA OSIGURANJA U PRAVU OSIGURANJA

3.1. Produkt zakonodavstva i prakse

Deregulacija koja u ovom trenutku postoji u domaćem zakonodavstvu ima brojne negativne konsekvence. *Neprihvatljivo je, i sa stanovišta teorije i sa stanovišta prakse, mešanje različitih kriterijuma podele prilikom određivanja pravnog režima koji će biti primenjen na proizvode osiguranja.* Koje opcije stoje na raspolaganju srpskom zakonodavcu? Prva je da izričito pomene podelu na odštetna i svotna osiguranja.[9] Druga, izglednija, jeste da prilikom izrade sektorskog ugovornog zakona u odeljak o osiguranju lica unese pravila iz kojih proizlazi da obaveza osiguravača i u osiguranju lica – ako

[8] Praksa je pokazala da veliki broj sporova u vezi sa osiguranjem nastaje usled pribavljanja proizvoda osiguranja koji nije prilagođen potrebama potošača ili mu jednostavno nije potreban.

[9] To bi bilo sjajno, ali i bez toga se praksa može razvijati.

je tako ugovoreno – može da se sastoji u naknadi štete. Ako bismo krenuli putem „pozajmica iz uporednog zakonodavstva", druga opcija je daleko zastupljenija od prve.[10] Što se tiče srpskog prava, za početak je dovoljno da se, osim pravila koja važe za osiguranja lica generalno, uvedu i posebna pravila za sva tri tipa osiguranja lica. I da se prilikom normiranja osiguranja od posledica nezgode i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja izbegnu rešenja iz kojih proizlazi da se obaveza osiguravača uvek sastoji u isplati unapred ugovorene sume osiguranja.[11]

Uporednopravno posmatrano, većina modernih ugovornih izvora osiguranja, na čelu sa prvoklasnim pravnim sistemima – nemačkim i francuskim – svet osiguranja posmatra iz vizure odštetnih i svotnih osiguranja.[12] Zapravo, što se tiče Nemačke, i pre usvajanja Zakona o ugovoru o osiguranju 2007. godine, u teoriji i praksi je postojala podela na odštetna (nem. *Schadensversicherung*) i svotna osiguranja (nem. *Summenversicherung*).[13] Odštetni karakter osiguranja nalaže obavezu osiguravača da isplati naknadu iz osiguranja koja odgovara šteti (izdacima, troškovima) koju je osiguranik pretrpeo usled nastupanja osiguranog slučaja, nezavisno od toga kojoj vrsti osiguranja pripada ugovoreno pokriće. Nasuprot odštetnim stoje osiguranja zaključena na određenu sumu, čiji je cilj isplata unapred određenog iznosa, nezavisno od toga da li je osiguranik pretrpeo imovinsku štetu.[14, 15] Ključna razlika između tih podela je u neprimeni načela obeštećenja i svih pravila koja iz toga proizlaze u

[10] Taj termin profesor Konstantinović upotrebljava u obrazloženju Skice.

[11] Zapravo, elementi te podele već postoje u našem pravu. ZO je svrstao osiguranje od posledica nezgode i zdravstveno osiguranje u neživotna osiguranja, te je time postavio temelj, koji bi trebalo razraditi sektorskim ugovornim zakonom.

[12] I Principi evropskog ugovornog prava osiguranja (eng. *Principles of European Insurance Contract Law*) polaze od podele na odštetna osiguranja (eng. *indemnity insurance*) i osiguranja sa fiksnim iznosom (eng. *fixed sum insurance*).

[13] U nemačkom pravu postoji razlika između osiguranja od štete, koje je i terminološki izričito pomenuto u naslovu druge glave, i osiguranja na novčanu sumu, koje nije izričito pomenuto kao takvo (Đorđević, Samardžić 2014, 44).

[14] U nemačkoj teoriji se ističe da odštetna osiguranja odgovaraju konkretnoj potrebi za pokrićem (nem. *konkret Bedarfsdeckung*), dok osiguranja zaključena na određenu sumu odgovaraju apstraktnoj potrebi za pokrićem (nem. *abstrakt Bedarfsdeckung*). I dok se u nemačkom zakonu izričito pominju odštetna osiguranja i posvećuje im se poseban odeljak, termin osiguranja zaključena na određenu sumu nije upotrebljen u zakonu. Uporediti: Wandt 2010, 13–14.

[15] Dok se prva kategorija poklapa sa pojmom osiguranja imovine iz našeg prava (obuhvata osiguranje stvari i osiguranje od odgovornosti), druga kategorija je slična našem osiguranju lica (osiguranje života, osiguranje od posledica nezgode i dobrovoljno zdravstveno osiguranje).

svotnim osiguranjima.[16] Krucijalno za razumevanje odnosa tradicionalne i moderne podele – koje smatramo prihvatljivim i za srpsko pravo *de lege ferenda* – jeste da samo osiguranja lica mogu biti zaključena kao osiguranja na određenu sumu (kapitalna, paušalna), dok to nije slučaj sa imovinskim.[17] Ali, to ne mora uvek biti slučaj. *Pretpostavka svotnog karaktera osiguranja lica je, dakle, oboriva.* Postoje i osiguranja lica sa odštetnim karakterom. Prilikom određivanja pravnog režima u fokusu je ono što je ugovoreno u pogledu obaveze osiguravača kad nastane osigurani slučaj, a ne pravila koja proizlaze iz svrstavanja osiguranja u neki tip pokrića. Najbolji primer je dobrovoljno zdravstveno osiguranje, koje se u nemačkom pravu citira kao osiguranje lica sa odštetnim karakterom: osiguravač pokriva štete koje je osiguranik pretrpeo usled plaćanja troškova lečenja određene bolesti.[18]

Da bismo približili koliko je iz ugla prakse fundirana podela prema vrsti prestacije osiguravača, krucijalno je da se *šteta može javiti i kao posledica ostvarenja rizika na ličnim dobrima osiguranika*.[19] Takav zaključak ne proizlazi iz dualističke podele. Po onima koji osiguranja posmatraju iz skučene vizure imovinskih ili osiguranja lica, suštinska razlika između njih sastoji se u tome da se rizik u oblasti osiguranja imovine ostvaruje na imovinskom dobru i da zahteva da obaveza osiguravača bude usmerena ka naknadi štete koju osiguranik trpi usled toga. *A contrario*, rizik kod osiguranja lica se ostvaruje na ličnim dobrima osiguranika i kao takav povlači paušalni karakter obaveze osiguravača. Međutim, to ne može da bude generalni stav, naročito ne u aktuelnom trenutku. Kod nekih vrsta osiguranja lica, povreda koja nastaje na

---

[16] S druge strane, postoji manje značajna podela na osiguranja lica (nem. *Personenversicherung*) i nelična osiguranja (nem. *Nichtpersonenversicherung*). Nelična osiguranja su negativno određena: to su sva osiguranja koja se ne mogu svrstati u osiguranja lica.

[17] Najjednostavnije je to objasniti na primeru osiguranja života: u tom tipičnom osiguranju lica osiguravač se obavezuje da, kada nastupi osigurani slučaj, isplati iznos koji je unapred ugovoren sa ugovaračem osiguranja. Videti: Lorenz 2009, 19–20.

[18] I u francuskom pravu uveliko postoji podela na osiguranja sa funkcijom obeštećenja i osiguranja koja nemaju funkciju obeštećenja. Bigot 2007, 94; Morlet 2003, 249.

[19] „...esencijalno za razumevanje podele na svotna i odštetna osiguranja koju predlažemo i za naše pravo je da priroda rizika – lično ili materijalno dobro – nije odlučujući kriterijum kvalifikacije osiguranja, već ono što je za određeni rizik ugovoreno. Iako osigurani rizik pogađa lično dobro osiguranika, ako njegova realizacija dovodi do štetnih posledica po osiguranika njemu se izlazi u susret ugovaranjem prestacije osiguravača odštetnog karaktera. Šteta se javlja i kao posledica povrede nekog ličnog dobra, što se odražava na vrstu prestacije osiguravača i način na koji se ona određuje“. Petrović Tomić 2019, 496–497. Uporediti: Hofmann, 1991, 28.

ličnom dobru usled ostvarenja osiguranog rizika stvara brojne izdatke, koji mogu biti obuhvaćeni osiguranjem. Osiguranik, dakle, trpi štetu uporedivu sa štetom nakon ostvarenja rizika na imovinskim dobrima, te ima interes da od osiguravača zahteva da prestacija pokriva i te posledice. Iz tih razloga je *nemoguće izjednačavati predmet osiguranja i vrstu obaveze osiguravača*. Dakle, lično dobro kao predmet rizika ne povlači *ipso facto* i isključivo svotni karakter prestacije. Osim toga, takav pristup često vodi nepravičnim rešenjima. Zbog toga je *regulatorni okvir osiguranja koji ne priznaje odštetni karakter prestacije osiguravača kod osiguranja lica ograničen* i predstavlja smetnju razvoju osiguranja za koja se tvrdi da čine peti stub sistema socijalne zaštite.

Podelu na osiguranje imovine i osiguranje lica naše pravo i praksa poznaju već više od četrdeset godina i sada je trenutak da se ona nadogradi uvođenjem još jedne klasifikacije koja bi uticala na rešavanje praktičnih problema u vezi sa hibridnim proizvodima osiguranja. Time bi se na zakonskom nivou potvrdilo da specijalni pravni režimi treba da uživaju pravovremen i adekvatan zakonski odgovor.

Kakav je odnos nove i tradicionalne podele? Prvo i najvažnije, mogu da koegzistiraju. Zapravo je poželjno da pravni poredak bude bogat klasifikacijama, budući da se svrstavanjem u određenu podgrupu automatski obezbeđuje primena specijalnog pravnog režima. To je izuzetno korisno za nove tipove pokrića, koji se često javljaju kao produkt prakse. Drugo, da li je moguće staviti znak jednakosti između određenih klasifikacija? Ili bar uočiti određene pravilnosti u njihovom odnosu sa drugim klasifikacijama? Dok se između osiguranja imovine i odštetnih osiguranja generalno može staviti znak jednakosti (jer su sva osiguranja imovine zaključena sa ciljem obezbeđenja naknade štete od osiguravača i u tom smislu su odštetnog karaktera te nisu punovažni sporazumi kojima bi osiguravač pristao da isplati više nego što je pretrpljena šteta, kao ni sporazumi kojima se unapred ugovara iznos naknade štete),[20] osiguranja lica su kontroverzna. Ona se, naime, najčešće poklapaju sa svotnim osiguranjem (osiguravač isplaćuje unapred ugovoreni iznos osigurane sume), ali ne možemo prenebregnuti činjenicu da je i u nekim osiguranjima lica obaveza osiguravača, makar delimično, odštetnog karaktera (Binon 2007, 29–30).

[20] I ta tvrdnja je relativizovana u savremenom pravu. Kao primer možemo uzeti ugovorenu i novu vrednost. U prvom slučaju se unapred ugovara vrednost od koje će se poći prilikom odmeravanja iznosa naknade iz osiguranja, dok se u drugom svesno zanemaruje stopa amortizacije, čime se direktno odstupa od načela obeštećenja. Sve to pod okriljem prilagođavanja imovinskih osiguranja potrebama savremenih osiguranika. I to je potpuno opravdano.

Za praksu će u budućnosti biti značajno i pitanje koje vrste osiguranja lica su svotnog karaktera, a koje odštetnog? Da li neka vrsta može biti i svotna i odštetna? Koje prestacije su svotne, a koje odštetne? Osiguranje života je isključivo paušalno to jest svotno osiguranje, što je notorno i kod nas i u stranim zakonodavstvima. Za razliku od osiguranja života, *prestacije osiguravača kod osiguranja od posledica nezgode i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja nisu isključivo unapred kvantitativno određene ili odredive na osnovu unapred definisanih parametara, bez ikakve relacije sa potencijalnom štetom* (Binon 2007, 31–32). Naime, ta osiguranja lica pokazuju, u pojedinim tipovima pokrića, karakteristike odštetnih osiguranja, što je u stranoj praksi već uveliko afirmisano. Kada je ugovoreno plaćanje troškova lečenja (a po nekima i izgubljene zarade) kao posledice nastupanja nesrećnog slučaja, obaveza osiguravača se odmerava i ispunjava na sličan način kao u drugim odštetnim osiguranjima. Isto važi i za troškove lečenja koji su obuhvaćeni dobrovoljnim zdravstvenim osiguranjem.

Pravo osiguranja kao grana prava i pravne nauke ima budućnost samo ako se postavi fleksibilnije prema potrebama sofisticiranih korisnika. Pravo osiguranja jeste nastalo iz građanskog prava i kao takvo u značajnoj meri odražava onaj stepen formalizma koga se građansko pravo verovatno nikada neće osloboditi. To je u neku ruku opravdano. S druge strane, kao nezaobilazan deo zaštite potrošača, pravo osiguranja obavezuju određene procedure, kojima se garantuje potreban nivo zaštite slabije strane. Ne sporimo opravdanost ni jedne ni druge karakteristike. Ali, budućnost osiguranja vidimo u prilagođavanju izmenjenim prilikama i kreiranju mešovitih proizvoda osiguranja. Pod tim mislimo na kombinacije elemenata različitih vrsta osiguranja u jednom proizvodu osiguranja. Samo takav pristup može obezbediti *održivi razvoj prava osiguranja*. Ako osiguranje po ponudi proizvoda i pravnoj regulativi nalikuje onome što smo imali početkom HH veka, to bi značilo da nije ostvaren nikakav napredak i da je ono hermetički zatvoreno za izmene koje diktira život u savremenom društvu. Sam istorijski razvoj prava osiguranja obavezuje da se ide u korak sa vremenom, odnosno korak ispred klasičnih instituta građanskog prava.

O potrebi prilagođavanja zakona potrebama društva profesor Konstantinović govori u kontekstu obrazloženja Skice: „Ali kako se potrebe prakse, naročito privredne prakse, menjaju, to svaki zakon vremenom počinje da zaostaje za potrebama društva. To je opšta istina i ona se može lako proveriti danas, u vreme ubrzane evolucije odnosa izazvane dobrim delom naglim tehničkim razvitkom. U primeni, naročito u sudskoj primeni, vrši se stalno prilagođavanje zakona potrebama života i taj se proces nikad ne zaustavlja. Taj proces nije uvek lak, te najzad dođe čas kada zakon dođe u sukob sa životom, i nastane potreba za intervencijom zakonodavca. Intervencija

zakonodavca vremenom postane neminovna, ali pri izradi nekog zakona, a naročito pri izradi nekog zakonika, potrebno je postupiti tako da do te intervencije dođe što docnije. Kada je moguće predvideti pravac evolucije, onda je lako podesiti da zakonske odredbe ne dođu u opreku sa potrebama života. Ista svrha može se postići ako neke odredbe zakona, mesto da budu kruto formulisane dobiju oblik gipkih direktiva, opštih standarda" (Konstantinović, 1996, 35).

3.2. Razlikovanje prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu u delu profesora Konstantinovića – preteča podele na odštetna i svotna osiguranja

Pitanje odnosa između prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu nastalih iz istog osnova postavilo se povodom obaveznog osiguranja putnika od nesrećnog slučaja u sudskoj praksi SFRJ. Tom prilikom Vrhovni sud je doneo rešenje kojim je ukazao na pogrešan stav nižih sudova, koji su razvili praksu da odbijaju isplatu naknade štete koja se desila po istom osnovu koji je doveo do prava na isplatu sume osiguranja.[21] To pitanje je, inače, na nedvosmislen način bilo uređeno u Skici: „Pravo na naknadu od trećeg lica odgovornog za nastupanje osiguranog slučaja pripada ugovoriocu osiguranja odnosno korisniku, nezavisno od njegovog prava na osiguranu svotu" (čl. 925, st. 2). U komentaru tog rešenja i uopšte sudske prakse profesor Konstantinović ispravno primećuje razliku između prava na osiguranu sumu (koje se ostvaruje prema uslovima osiguranja) i prava na naknadu štete (prema opštim pravilima odštetne odgovornosti). Iako je u Skici bilo regulisano samo osiguranje života, kada se u praksi pojavilo sporno pitanje u vezi sa osiguranjem od nesrećnog slučaja, profesor Konstantinović nije imao ni najmanju dilemu kako razrešiti taj za sudsku praksu nižih sudova pravni galimatijas.

„Oštećeniku pripada pravo na naknadu od železnica po opštim pravilima našeg prava, ako su ispunjeni uslovi postavljeni tim pravilima. On to pravo ne gubi time što je usled obaveznog osiguranja stekao jedno novo pravo prema Državnom osiguravajućem zavodu. Inače, to bi značilo da bi ustanovom obaveznog osiguranja, za koje isključivo oni plaćaju premije, položaj putnika

[21] „Pogrešan je pravni stav suda prvog stepena da tužioci po istom osnovu po drugi put ostvaruju pravo na naknadu, jer naknada koju su primili od DOZ-a ima svoj osnov u ugovoru o osiguranju, a naknada koja se tužbom traži ima svoj osnov u ugovoru o prevozu" (Rešenje Vrhovnog suda NR Srbije. Gž-38/51 od 16. februara 1953).

bio pogoršan, što bi bilo apsurdno. U pitanju su dva potpuno odvojena odnosa: odnos između putnika i železnica i odnos između putnika i Državnog osiguravajućeg zavoda. Pravo na osiguranu sumu koju oštećenik može da zahteva od Državnog osiguravajućeg zavoda zasniva se na osiguranju. Ono potiče iz njegovih odnosa sa tim zavodom i nalazi se potpuno van njegovih odnosa sa železnicama. *Osigurana suma koju oštećenik dobija od Državnog osiguravajućeg zavoda ne zamenjuje naknadu na koju on ima pravo po opštim pravilima o naknadi prouzrokovane štete od onoga koji je odgovoran za tu štetu. To nije ni svrha osiguranja. Njegova svrha je da osigura oštećeniku izvesnu sumu ako se dogodi osigurani slučaj, a ne da pokrije odgovornost onoga koji je dužan da naknadi štetu. Zato oštećenik može zahtevati naknadu celokupne štete od onoga ko je za nju odgovoran, i ta naknada može biti mnogo veća od osigurane sume*" (Konstantinović 1982, 500).

Reč je o *kumuliranju prava iz osiguranja i prava na naknadu štete* u slučaju čisto svotnih prestacija, institutu koji ne gubi značaj ni u uslovima tržišta i moderne privrede. Zapravo, pod uticajem socijalističkih zabluda, sudska praksa je pogrešno rezonovala i jedno kristalno jasno pravno pitanje zamagljivala smo zato što je polazna premisa bila uplivisana logikom koja ne uvažava elementarne postavke prava. Za razliku od nefundirane sudske prakse, prof. Konstantinović upozorava: „...u slučaju osiguranja lica od nesrećnih slučajeva, čija je svrha da obezbedi korisniku isplatu određene sume novca (osigurane sume) čiji je iznos utvrđen unapred, ako se desi predviđeni slučaj (osigurani slučaj). U ovom slučaju korisniku treba priznati pored prava da zahteva od osiguraoca isplatu osigurane sume, još i pravo da se okrene protiv štetnika i da od njega zahteva naknadu, dakle da kumulira osiguranu sumu i naknadu. Osigurana suma koju se osiguralac obavezuje da plati u ovom slučaju nema karakter naknade, kao što je to slučaj sa iznosom koji osiguralac plaća u slučaju imovinskog osiguranja, koji ima čist karakter naknade. Kod osiguranja od nesrećnog slučaja, iznos osiguranja sume utvrđuju strane ugovornice slobodno još prilikom zaključenja ugovora, ili je on određen unapred nekim opštim propisom kod obaveznog osiguranja, i osiguralac duguje isplatu tog iznosa kad se desi osigurani slučaj bez obzira na to da li postoji šteta, a kad šteta postoji, bez obzira na to kolika je. *Veličina osigurane sume ne zavisi od veličine štete. Njom osiguralac ne naknađuje štetu koju je osiguranik pretrpeo, već vrši svoju obavezu iz ugovora. Osiguranik ne zasniva svoje pravo prema osiguraocu na pretrpljenoj šteti, već na aleatornom ugovoru o osiguranju ili obaveznom osiguranju, pošto se određeni neizvesni događaj ostvario*. Da bi imao pravo na osiguranu sumu kad se određeni događaj ostvari, osiguranik je platio premije. Osigurana suma odgovara tim premijama, a ne eventualnoj šteti. Ona ne treba da bude smetnja da osiguranik zahteva od odgovornog lica naknadu prouzrokovane štete. Pravo

na osiguranu sumu i pravo na naknadu štete imaju, dakle, različite svrhe i različite podloge, i zbog toga osiguraniku treba priznati kumulativno i jedno i drugo“ (Konstantinović 1982, 504).

4. KVALIFIKACIJA OSIGURANJA OD POSLEDICA NEZGODE I DOBROVOLJNOG ZDRAVSTVENOG OSIGURANJA U IZMENJENOM KONTEKSTU

4.1. *De lege lata*

Za nedovoljnog poznavaoca prava osiguranja osiguranje od nezgode je prilično kontroverzno: iz ugla obligacionog prava, to je osiguranje lica, dok je u statusnim izvorima novijeg datuma podvrsta neživotnog osiguranja (ZO, čl. 9).[22, 23] Zbog toga se postavlja pitanje kakva je pravna priroda te vrste osiguranja. Daleko od toga da je to samo akademska dilema. Naša višedecenijska sudska praksa dokazuje da od odgovora na to pitanje zavisi koji pravni režim će biti primenjen na ugovor o osiguranju od posledica nezgode.[24]

Da pođemo od Skice, kako red nalaže. U njoj nema odredaba o osiguranju od posledica nezgode. U odeljku Skice naslovljenom „Osiguranja lica“ reguliše se samo ugovor o osiguranju života. Zbog toga je i pitanje kumuliranja naknade i osigurane svote uređeno polazeći samo od karaktera prestacije osiguranja života. U tome i jeste najveći propust redaktora ZOO. Oni su preuzeli odredbe Skice iz dela posvećenog osiguranju lica ne uvažavajući okolnost kom tipu osiguranja su one suštinski namenjene. To će, kao što je poznato, stvoriti „jurističku konfiziju“ (Perović 1996, 7). Da stvar bude gora, redaktori se nisu zadržali na pogrešnom preuzimanju odredbe prilagođene jednoj vrsti osiguranja lica već su je obogatili dodatnim stavom, koji je kumovao nastanku pravne nesigurnosti najvećeg stepena.

Važeći regulatorni okvir, dakle, sadrži niz odredaba koje smatramo *smetnjom za pravilno određenje pravne prirode ovog tipa osiguranja*. U ZOO se pravi distinkcija između vrste prestacija osiguravača već u članu u kome

---

22 Zakon o osiguranju – ZO, *Službeni glasnik RS* 139/2014 i 44/2021.

23 Dobrovoljno zdravstveno osiguranje se pominje samo u statusnim izvorima (gde je raspoređeno u grupu neživotnih osiguranja), dok se regulativa materijalnopravnih pitanja donedavno nalazila u podzakonskom izvoru – Uredbi o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju. Zbog značaja tog osiguranja ono je odnedavno zakonski uređeno – Zakonom o zdravstvenom osiguranju.

24 Što se tiče dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, sudska praksa koja bi se bavila tim pitanjem za sada nije dostupna.

je definisan ugovor o osiguranju. Ugovorni zakon kaže da se ugovorom o osiguranju obavezuje ugovarač osiguranja da plati određeni iznos organizaciji za osiguranje (osiguravač), a organizacija se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, *isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo*.[25] Zakonodavac je dobro krenuo (možda i nesvesno!), ali je problem za praksu nastao zato što se obaveza osiguravača posmatra u kontekstu jedine podele koju poznaje ZOO, a koja predstavlja kamen spoticanja. Različit karakter prestacije osiguravača proizlazi iz člana koji nosi naslov „Svrha osiguranja imovine" i člana koji nosi naslov „Utvrđivanje osigurane svote".[26] Zakonodavac inauguriše princip obeštećenja i kaže da se osiguranjem imovine obezbeđuje naknada za štetu koja bi se desila u imovini osiguranika zbog nastupanja osiguranog slučaja.[27] To je programsko načelo svih imovinskih osiguranja te je nemoguće zaključiti ugovor kojim se ugovara paušalna naknada štete ili iznos naknade veći od pretrpljene štete. To ne važi u osiguranju lica. ZOO kaže da se u osiguranju lica visina osigurane svote koju je osiguravač dužan isplatiti kada nastupi osigurani slučaj utvrđuje u polisi prema sporazumu ugovornih strana.[28] Pritom pominje samo životno osiguranje i osiguranje od nesrećnog slučaja, dok je dobrovoljno zdravstveno osiguranje izostavljeno.

Ako jezički tumačimo prvu odredbu iz odeljka o osiguranju lica, dolazimo do saznanja da je prestacija osiguravača u osiguranju lica isključivo svotna. Da li je zaista tako? Da li ZOO usvaja pretpostavku svotnog karaktera osiguranja lica? Da li je to imperativna odredba? Ili poluimperativna, pa se od nje može odstupati ako je to u nesumnjivom interesu osiguranika? Da li to znači da ZOO *implicite* poznaje svotna osiguranja i vezuje ih za osiguranja lica?

Da *ZOO polazi od svotne prirode osiguranja lica* potvrđuje i član kojim se uređuje kumuliranje. Osim što je naslov prilično netačan (jer se u osiguranju lica, držeći se čl. 942, st. 1, ne isplaćuju naknade već isključivo osigurane sume), taj član je jedan od najkontroverznijih imajući u vidu njegov uticaj na sudsku praksu u vezi sa ugovorom o osiguranju. Pošto osiguravač isplati osiguranu svotu, ZOO kaže da ne može imati ni po kom osnovu pravo na naknadu od trećeg lica odgovornog za nastupanje osiguranog slučaja. To pravo pripada osiguraniku, odnosno korisniku, nezavisno od njegovog prava

[25] ZOO, čl. 899, st. 1.

[26] U Skici iznad člana kojim se reguliše načelo obeštećenja stoji naslov: SVRHA IMOVINSKOG OSIGURANJA: NAKNADA ŠTETE (čl. 903), dok član koji reguliše osiguranja lica nosi naslov: UTVRĐIVANJE OSIGURANE SVOTE (čl. 919).

[27] ZOO, čl. 925, st. 1. Skica je dosta jasnija: „Imovinska osiguranja imaju za svrhu naknadu štete koja bi se desila u imovini osiguranika usled ostvarenja određenog rizika" (čl. 903, st. 1).

[28] ZOO, čl. 942, st. 1; Skica, čl. 919.

na osiguranu svotu. To bi se moglo razumeti, da zakonodavac nije uveo izuzetak koji kaže da se odredbe prethodnih stavova *ne odnose na slučaj kada je osiguranje od posledica nesrećnog slučaja ugovoreno kao osiguranje od odgovornosti*.[29]

Umesto da kritikujemo dopunjenu odredbu Skice, možda je pametnije da se zapitamo da li bi socijalistički zakonodavac predvideo izuzetak od primene kumulacije osigurane sume i naknade štete da je bio „načisto" o pravnoj prirodi prestacije osiguravača osiguranja od posledica nezgode? Da je prestacija uvek svotna, ne bi bilo potrebe da se reguliše izuzetak od dopuštenosti kumulacije. Ondašnji zakonodavac poznaje samo podelu na osiguranje imovine i osiguranje lica i pokušava da i pitanje koordinacije prava iz osiguranja i prava na naknadu štete reši polazeći od te podele. I pravi dve greške. Prvo, pogrešno dozvoljava kumulaciju u osiguranju lica kao generalno pravilo, bez uvažavanja razlike između životnih i osiguranja od posledica nesrećnog slučaja.[30] U odbranu socijalističkog zakonodavca može se izneti

[29] Prema našoj sudskoj praksi, ta odredba se prvenstveno odnosi na osiguranje koje zaključuju poslodavci, a gde su zaposleni osiguranici i korisnici prava. Međutim, ta odredba potencijalno obuhvata sve slučajeve u kojima ugovarač pokriva svoju odgovornost, koja u isto vreme pokriva i nezgode koje trpe druga lica. U kvalifikaciji takvih ugovora, sudska praksa je pošla od ekonomskog kriterijuma, a ne od kriterijuma zaštitne funkcije. Naime, uzimala je u obzir izvor plaćanja premija osiguranja. Ako su se premije plaćale iz sredstava poslodavca, sudovi su takav ugovor smatrali ugovorom o osiguranju od odgovornosti. Ako to nije bio slučaj, ugovor se kvalifikovao kao osiguranje od posledica nesrećnog slučaja. Razlika između ta dva pristupa imala je i praktične konsekvence po korisnika prava iz osiguranja. U prvom slučaju, radniku se prilikom dosuđivanja naknade štete od poslodavca, a posredstvom njegovog osiguravača od odgovornosti, umanjivala naknada za ono što je primio po osnovu osiguranja od posledica nesrećnog slučaja. Time se njegov položaj čini znatno nepovoljnijim u odnosu na slučaj kada se dozvoljava kumulacija. Stoga u teoriji postoji stanovište, sa kojim se slažemo, da se ugovor o osiguranju od posledica nesrećnog slučaja može smatrati ugovorom o osiguranju od odgovornosti samo ako je to u njemu izričito navedeno. Videti: Ćurković 2009, 193.

[30] *Direktiva 73/239 o usaglašavanju zakonskih, podzakonskih i administrativnih akata koji se odnose na otpočinjanje i obavljanje delatnosti direktnog osiguranja, osim osiguranja života* (*First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life insurance*, O. J. L. 228, 3–19). Naime, Aneksom A Prve neživotne direktive nabrojani su ugovori o osiguranju u kojima se obaveza osiguravača sastoji u naknadi štete. To su ugovori o osiguranju koji obuhvataju sledeće rizike: nesrećni slučaj (uključujući i nezgodu na radu i profesionalno oboljenje), bolest, odgovornost za kopnena vozila, železnička vozila, vazduhoplovi, brodovi, gubitak ili oštećenje stvari u saobraćaju, odgovornost od požara i drugih prirodnih sila, odgovornost za ostalu štetu u imovini, odgovornost za upravljanje motornim vozilom, odgovornost za upravljanje avionom (uključujući i odgovornost prevozioca), odgovornost za upravljanje bro-

argument da u ono vreme ni u Evropi nije bila razvijena svest o potrebi razlikovanja životnih i neživotnih osiguranja. Ta distinkcija je zasluga Prve neživotne direktive, koja je usvojena 1973. godine. Vremenski i matematički posmatrano, u vreme kada se radilo na ZOO, tek je trebalo da zaživi ideja o jasnom razgraničenju poslova životnog i neživotnog osiguranja. Za državu u kojoj je dominantna bila kontrolisana privreda i koja je na osiguranje gledala kao na egzotičan proizvod, saznanja o vrstama osiguranja nisu prioritet najvišeg stepena. Drugo, ZOO uvodi neprecizno definisan izuzetak koji se tiče osiguranja od posledica nesrećnog slučaja koje je zaključeno kao osiguranje od odgovornosti, u kom slučaju zabranjuje kumulaciju prava.[31] To je vrlo sporno rešenje jer nije precizirano u kojim slučajevima osiguranje od posledica nezgode postaje osiguranje od odgovornosti.[32] To doslovno znači da ako u nekom slučaju sud nije dovoljno familijaran sa osiguranjem, zbog čega neće biti u stanju da prepozna da li je *in concreto* osiguranje od posledica nezgode zaključeno kao osiguranje od odgovornosti, dozvoliće kumulaciju prava. *In ultima linea*, takvo rezonovanje vodi neosnovanom obogaćenju osiguranika, koji može da ostvari dve naknade za istu štetu, jednu od osiguravača (koji odgovara na osnovu ugovorne odgovornosti i koji bi odbijanjem da isplati naknadu povredio sinalagmatičnost ugovora o osiguranju), a drugu od štetnika. Inače, u vezi sa spornim stavom čl. 948 ZOO, nakon usvajanja Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, obavezno osiguranje putnika u javnom prevozu od posledica nesrećnog slučaja može se navesti kao primer osiguranja na koje se ta odredba ne može primeniti.[33] Naime, ZOOS izričito kaže da osiguranik ima pravo na kumulaciju osigurane

dovima (uključujući i odgovornost prevozioca), opšta odgovornost, odgovornost za vraćanje kredita i kad nastupi stečaj, odgovornost u vezi sa jemstvom, finansijski gubici i rizik pri zapošljavanju i osiguranje pravnih troškova.

[31] Možda bi se moglo reći da je ondašnji zakonodavac *implicite* naslutio da u nekim slučajevima osiguranje od posledica nezgode ima odštetni karakter, a nije bio dovoljno vešt kako da to izrazi. Zbog toga je pokušao da uvede drugačiji pravni režim za osiguranje od posledica nesrećnog slučaja poistovećujući ga sa osiguranjem od odgovornosti. Ciljno posmatrano, zakonodavac time kaže da ono ima odštetni karakter, te u tom slučaju kumulacija prava nije dozvoljena.

[32] Pitanje je da li bi problem u vezi sa kvalifikacijom ugovora o osiguranju bio donekle rešen ako se unese klauzula kojom se implicira odštetni karakter prestacije? Ako se, primera radi, uvede zabrana za osiguranika da se odrekne zahteva prema trećem licu. Da li je to uopšte moguće imajući u vidu odredbe ZOO?

[33] Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju – ZOOS, *Službeni glasnik RS* 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 i 7/13 – odluka Ustavnog suda, čl. 17, st. 3.

sume i naknade štete.[34] To znači da ZOOS isključuje mogućnost da obavezno osiguranje putnika u javnom prevozu bude zaključeno kao osiguranje od odgovornosti prevozioca.

Kada je reč o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, u praksi prestacija osiguravača neće biti u svakom slučaju čisto svotna, već će po načinu utvrđivanja biti sličnija prestacijama u imovinskim osiguranjima (kao što je to slučaj sa troškovima lečenja). Iz tog razloga je u stranoj teoriji uobičajeno da se dobrovoljno zdravstveno osiguranje kvalifikuje kao mešovit proizvod osiguranja, tačnije kao lično osiguranje koje spaja osobine i svotnih i odštetnih osiguranja. Najbolji primer je pokriće troškova lečenja koji nastaju usled ugovorom obuhvaćenih bolesti i koji se pokrivaju u stvarnom iznosu (Bonnard 2012, 316). Zapravo, najtačnije je reći da je to osiguranje *hibrid, to jest da ima mešovit karakter* i da za njega treba da važi sličan pravni režim kao za osiguranje od posledica nezgode.[35] Tu dolazimo do najvećeg ograničenja našeg regulatornog okvira osiguranja. Pošto dobrovoljno zdravstveno osiguranje uopšte nije pomenuto u odeljku ZOO u kojem se uređuje osiguranje lica, njegova kvalifikacija se vrši samo na osnovu onoga što piše u uslovima osiguranja.

Svrstavanje dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u osiguranje lica i shodna primena pravila koja se odnose na životno i osiguranje od posledica nesrećnog slučaja smetnja je za adekvatnu kvalifikaciju tog osiguranja. Sporno je i da li se može primeniti princip zabrane kumulacije. Zakonska solucija otvara pitanje koje pravilo primeniti na dobrovoljno zdravstveno osiguranje: generalni princip o dopuštenosti kumulacije prava iz osiguranja i prava od odgovornog lica za nastupanje osiguranog slučaja? Ili izuzetak koji se odnosi na osiguranje od posledica nesrećnog slučaja? Poznavanje instituta dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja navodi nas na mišljenje da bi pravni režim kumulacije prava u toj vrsti osiguranja trebalo upodobiti pravnom režimu koji važi za osiguranje od posledica nezgode. Ali, izuzetke treba usko tumačiti, a u ZOO se pominje samo osiguranje od posledica nezgode. Sve i da nije ovog pravila tumačenja, izuzetak od dopuštenosti kumulacije je tako

[34] Sudska praksa to potvrđuje: „Putnik ima pravo na osiguranu sumu po osnovu obaveznog osiguranja putnika, a nezavisno od tog prava i pravo na naknadu štete po osnovu odgovornosti prevozioca." Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 859/2016 od 28. 6. 2016.

[35] Ipak, između ta dva tipa pokrića postoji jedna značajna razlika: osiguranju od posledica nezgode se osporava odštetni, dok se dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju osporava svotni karakter. Istina je na sredini. Oba osiguranja mogu podrazumevati različita pokrića, te prema onome što je ugovoreno treba odgovoriti kakav je karakter prestacije osiguravača.

formulisan da je izvor glavobolje u sudskoj praksi već više od četiri decenije. To pravilo nije dovoljno jasno ni iz ugla osiguranja od posledica nezgode. Pitanje je kakve bi sve praktične probleme stvorio pokušaj da se primeni i u dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju. Dakle, ostaje mogućnost da se primeni princip iz čl. 948, st. 1 i 2. Takvom tumačenju se protivi saznanje da su prestacije osiguravača u dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju često odštetnog karaktera. Kako dopustiti kumulaciju prava iz tog osiguranja i prava od odgovornog lica kada bi tako nešto vodilo neosnovanom obogaćenju osiguranika?

Suočeni sa ovim problemom i svesni činjenice da se u ZOO nigde ne pominje direktno dobrovoljno zdravstveno osiguranje, domaći osiguravači su problem rešili unošenjem u opšte uslove osiguranja klauzula iz kojih proizlazi da je to odštetno osiguranje, bez obzira na to kakva prestacija je *in concreto* ugovorena.[36] Umesto dovitljivosti domaćih osiguravača, zalažemo se za uređenje dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u posebnom ugovornom zakonu o osiguranju. Ključno je da se ono definiše na jasan način i da se precizno odredi koja pravila iz odeljka o osiguranju lica imaju primenu i na to osiguranje, odnosno koja pravila koja inače važe za imovinska osiguranja dolaze u obzir ako priroda prestacije to nalaže.

4.2. *De lege ferenda*

Osnovna dilema koju treba razrešiti pre konačnog izjašnjenja o zakonskom uređenju pravnog režima osiguranja od posledica nezgode i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja jeste koji je cilj tih osiguranja. Da li je to naknada štete pretrpljene usled nezgode ili bolesti? Ili je reč o osiguranju kapitala? Da li je regulatorni okvir tako koncipiran da „tera“ potrošače koji pribavljaju osiguranja lica da ugovaraju svotne prestacije? Ili im omogućava da, prema svojim potrebama, modifikuju pokriće, optirajući nekada za svotne, a nekada za odštetne prestacije. Povezano sa tim je i pitanje da li prestacije

[36] U nekim opštim uslovima sadržana je odredba o regresu koja potvrđuje odštetni karakter tog tipa osiguranja. Ispravnije bi bilo reći da dolazi do subrogacije osiguravača u prava osiguranika. Tako stoji da se „prava osiguranika, odnosno osiguranog lica prema trećem licu koje je odgovorno za štetu, prenose na osiguravača u visini naknade isplaćene od osiguravača, bez pribavljanja posebne saglasnosti osiguranika“. Takođe, uslovima osiguranja se pominje pravo osiguravača da iznos naknade koji je platio štetnik odbije od iznosa naknade koju treba da plati osiguraniku na osnovu nastalog osiguranog slučaja.

osiguravača zavise od postojanja i visine štete nastale nakon nezgode ili bolesti? Ili su unapred određene, bez ikakve relacije sa eventualnom štetom koju osiguranik trpi?[37]

Sve nedoumice u vezi sa kvalifikacijom osiguranja od posledica nezgode i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja potiču od prisustva imovinske komponente. prema mišljenju mnogih autora, osiguranik *nastoji da putem tih osiguranja povrati materijalna sredstva potrošena nakon nastanka nesrećnog slučaja ili bolesti.*[38] Zaštitna uloga tih osiguranja sastoji se u saniranju štetnih (najvećim delom imovinskih) posledica tačno određenog nesrećnog slučaja ili bolesti.[39] Da nema tog osiguranja, osiguranik bi sam snosio sve posledice nesrećnog slučaja ili bolesti: nemogućnost rada usled gubitka radne sposobnosti i pad životnog standarda, troškove boravka u bolnici ili troškove lečenja itd.

Naše pravo je zrelo (i prezrelo!) za uvođenje još jedne kategorizacije osiguranja. Ključno je da se izmenama regulatornog okvira osiguranja steknu uslovi za promenu decenijske prakse, sudske i osiguravajuće, zasnovane na zastarelim zakonskim kriterijumima podele osiguranja (Beignier, Hadj Yahia 2015, 55–57). Danas je notorno da i osiguranja lica mogu poprimiti odštetni karakter, ako je to volja ugovornih strana. Ta volja se ispoljava unošenjem u ugovor kriterijuma koji utiču na obavezu osiguravača i kojima se nedvosmisleno potvrđuje njen odštetni karakter: isplata naknade iz osiguranja prema visini stvarne štete, koeficijentu nesposobnosti i godinama osiguranika, unošenje klauzule o subrogaciji osiguravača itd.[40] Za našu sudsku praksu od pomoći može biti ono što je

[37] U početnoj fazi razvoja osiguranja od posledica nezgode odgovor je bio sledeći: ovo je odštetno osiguranje, njime se stvara obaveza na strani osiguravača da pokrije štetu koju osiguranik trpi usled nastanka nesrećnog slučaja, pri čemu je iznos odštete varirao zavisno od posledica invaliditeta ili trenutne nesposobnosti za rad. To stanovište je napustila klasična doktrina. Videti: Bigot, 507.

[38] Stoga se za osiguranje od posledica nesrećnog slučaja kaže da predstavlja *osiguranje paušalno ugovorene naknade*. O tome još i: Ćurković 2009, 11.

[39] Prema mišljenju nekih autora, šteta koju osiguranik trpi usled nastanka nesrećnog slučaja nije element od uticaja na visinu osigurane sume, čak ni u slučaju pokrića troškova lečenja i izgubljene zarade. Ugovorom se unapred definišu parametri prema kojima se određuje visina osigurane sume ili naknade koju će isplatiti osiguravač, već prema tome koje posledice nesrećnog slučaja nastupe. Šteta ili imovinski gubici osiguranog lica, dakle, predstavljaju uslov dospelosti unapred određene sume osiguranja. U tom smislu i osiguranja lica koja imaju izraženi odštetni karakter zadržavaju fiksni karakter osigurane sume. Detaljnije: Bonnard 2012, 302.

[40] To su pokazatelji primene načela obeštećenja u oblasti osiguranja lica. Čim je tako, može se zaključiti da se ne može insistirati na primeni svih pravila koja se inače primenjuju u životnom osiguranju.

istakao francuski Kasacioni sud u odluci iz 1993. godine: „Prestacije koje služe izvršenju ugovora o osiguranju lica za slučaj nezgode ili bolesti poprimaju paušalni karakter ako su obračunate prema elementima koje su strane prethodno utvrdile, nezavisno od pretrpljene štete." Francuska sudska praksa je prihvatila stanovište da je *za procenu karaktera prestacije osiguravača kod osiguranja lica krucijalan metod procene iznosa prestacije* (Mimoun 2017, 104–105). Ako ugovor ne sadrži posebna pravila o tome kako će se utvrđivati visina prestacije već se primenjuju opšta pravila građanskog prava, to ukazuje na njen odštetni karakter. Neophodno je, dakle, da postoji veza između štete koju je neko lice pretrpelo prema pravilima građanske odgovornosti i prestacije osiguravača. To što je u ugovor uneta klauzula o subrogaciji – kako se čini u stranoj praksi – samo je jedan od pokazatelja odštetnog karaktera. Takav karakter ne proizlazi samo iz činjenice da su osigurane sume unapred utvrđene ugovorom. Ono što mu daje odštetni karakter i omogućava osiguravaču da se subrogira u prava osiguranika prema odgovornom licu jeste uzimanje u obzir stvarno pretrpljene štete i njeno odmeravanje prema pravilima građanske odgovornosti. Osiguranje od posledica nezgode je, dakle, vrsta osiguranja lica sa izraženim odštetnim karakterom.[41] Zakonodavac to mora da uvaži i da stvari nazove pravim imenom.

Najzad, iz ugla izmena regulatornog okvira osiguranja, skrećemo pažnju na značaj fundiranog i preciznog zakonskog uređenja pitanja kumulacije prava. To pitanje je u pozitivnom pravu uređeno na način kojim ne možemo biti zadovoljni.[42] Umesto sistema pravilo i nejasan izuzetak kojim se prevaljuje teret prepoznavanja na sudsku praksu, i naše pravo treba da usvoji moderan pristup normiranja kumuliranja prava iz osiguranja i prava na naknadu štete. Konkretno, zakonom treba regulisati koordinaciona pravila polazeći od prirode prestacije osiguravača, nezavisno od toga da li određena vrsta osiguranja pripada korpusu imovinskih ili ličnih osiguranja. Ako je određeno osiguranje zaključeno sa ciljem da se osiguraniku isplati unapred ugovoreni iznos sume osiguranja i ako na obavezu osiguravača ne utiču štetne radnje štetnika prema ličnim dobrima osiguranog lica, jasno je da je prestacija

[41] Priznajući te razlike, strani zakonodavac vezuje za osiguranje života obeležje osiguranja paušalnog karaktera, dok za ostala osiguranja lica kaže da mogu biti paušalna ili odštetna, „prema tome kako je određeno voljom strana" (belgijski Zakon o ugovoru o osiguranju, čl. 198).

[42] Kao uzor kako to pitanje treba regulisati može da posluži francuski Zakonik o osiguranju, koji u članu L. 131–2 propisuje da se osiguravač, nakon isplate osigurane sume, ne može subrogirati u prava osiguranika prema štetniku. Ali, ako je reč o ugovorima koji pokrivaju troškove koji su nastali u vezi sa povredom lica, osiguravač se može subrogirati u prava osiguranika prema trećem odgovornom licu.

svotna. I da ne postoji interes pravnog poretka da zabrani kumulaciju prava iz osiguranja i prava na naknadu štete. Ma koliko da je visok iznos isplaćene sume osiguranja, njegova kumulacija sa naknadom štete ne vodi do neosnovanog obogaćenja osiguranika. Ovo zato što se taj iznos – zbog različitog karaktera i svrhe isplate – ne može porediti sa iznosom odštete. Prof Konstantinović jasno kaže: „Osigurana suma koju se osiguralac obavezuje da plati u ovom slučaju nema karakter naknade, kao što je to slučaj sa iznosom koji osiguralac plaća u slučaju imovinskog osiguranja, koji ima čist karakter naknade." Kako je istaknuto u jednoj presudi iz bivše SFRJ: „*...u pitanju su takva povređena dobra za koja nikakva nagrada nije preterana* – jer nema bojazni da bi štetnik mogao doći u priliku da više puta nadoknađuje..."[43]

A contrario, kada je prestacija osiguravača odštetnog karaktera, to jest kada je primarni cilj zaključenja ugovora o osiguranju saniranje ekonomskih posledica određenih događaja, princip obeštećenja i zabrane neosnovanog obogaćenja diktiraju zabranu kumulacije prava. Tako je nesporno da kumulacija treba da bude zabranjena u pokriću troškova lečenja na osnovu osiguranja od posledica nesrećnog slučaja ili dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Njih osiguravač pokriva prema iznosu stvarne štete te ne postoji opravdanje da se osiguraniku dozvoli da ih kumulira sa naknadom štete. Isti razlozi ne stoje u slučaju isplate osigurane sume za slučaj smrti, invaliditeta ili unapred ugovorenog iznosa dnevnih naknada.

5. UMESTO ZAKLJUČKA

Pravo osiguranja na ovim prostorima, ništa manje od ugovornog prava generalno, svoju osnovnu postavku duguje delu profesora Konstantinovića. Njegova vizija osiguranja odgovara savremenim potrebama i uklapa se u moderne tokove. Upravo u distinkciji između prava na naknadu štete i sume osiguranja leži jedna od fundamentalnih postavki prava osiguranja. Uvođenjem prava na osiguranu sumu – koja je pandan plaćenim premijama – ne dira se u već postojeća prava, od kojih je najosetljiviji odnos sa pravom na naknadu štete. To je bilo sasvim jasno i pravnicima koji su se prvi susreli sa institutom osiguranja. Budući da su imovinska osiguranja po vokaciji usmerena ka efikasnijem ostvarivanju prava na naknadu štete, jedno od najstarijih pravila u toj vrsti osiguranja je načelo obeštećenja. Isto načelo se nije primenjivalo u oblasti osiguranja lica, do pojave hibridnih osiguranja. Kada je tržište osiguranja počelo da se prilagođava zahtevima sofisticiranih

[43] Presuda Vrhovnog suda BiH, Gž. 458/68, od 14. novembra 1968. godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga četrnaesta, sveska prva, 1969, odluka br. 25.

konzumenata, postalo je manje bitno da li neki tip pokrića pripada imovinskim ili ličnim osiguranjima. Fokus se pomera ka vrsti ugovorene prestacije, prema kojoj se određuje i pravni režim odnosne vrste osiguranja. Pri takvoj kvalifikaciji, značaj dobija distinkcija između prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu.

Ako namerava da drži korak sa modernim tendencijama i da omogući razvoj prakse osiguranja, srpsko pravo treba da prioritetno usvoji zakon o ugovoru o osiguranju. Nije isključeno da neke od odredaba Skice, koje nisu preuzete u ZOO ili nisu izvorno preuzete, prožive „drugu mladost" *pro futuro*. U svakom slučaju, ideje profesora Konstantinovića i dalje su aktuelne sa aspekta razvoja ugovornog prava osiguranja.

Podsticajan regulatorni okvir osiguranja podrazumeva brojne kriterijume klasifikacije osiguranja, od kojih je našem pravu trenutno najpotrebnija podela prema vrsti prestacije osiguravača. To ne isključuje podelu prema predmetu osiguranja. Štaviše, koegzistencija tih podela je poželjna. Podela na osiguranje imovine i osiguranje lica je tradicionalna i kao takva ukorenjena u svesti domaćih pravnika, a i osiguravača.

Pravo osiguranja se u ovom trenutku nalazi na prekretnici. Da bi se podstakao njegov razvoj – posebno u domenu osiguranja lica – ključno je da zakonodavstvo prestane da bude smetnja ugovaranju odštetnog karaktera prestacije osiguravača kod osiguranja lica. Nisu sva osiguranja lica uvek i isključivo svotna. Takav karakter ima samo životno osiguranje. Ostala dva tipa osiguranja lica imaju mešovit (hibridni) karakter. Osiguranje od posledica nezgode i dobrovoljno zdravstveno osiguranje pokrivaju i čisto imovinske rizike kao što su troškovi lečenja, zbog čega se u tom delu prestacije u uporednom pravu primenjuje režim koji važi za odštetna osiguranja.

Otklanjanjem prepreka za kvalifikaciju osiguranja prema vrsti ugovorene prestacije stvoriće se uslovi da se na primeren način uredi pitanje kumulacije prava u osiguranju lica. U ovom trenutku to pitanje je uređeno na zadovoljavajući način samo u osiguranju života. U osiguranju od posledica nezgode nastala je sudska praksa koja pokušava da se izbori sa nejasnom formulisanim izuzetkom od pravila da je kumulacija načelno dopuštena i u toj vrsti osiguranja. S obzirom na to da zakonodavac nije precizirao u kom slučaju se to osiguranje smatra zaključenim kao osiguranje od odgovornosti (osim negativnih određenja naknadno donetim propisima, tj. ZOOS), na sudskoj praksi je bilo da od slučaja do slučaja utvrđuje da li osiguranje od posledica nezgode može da se kvalifikuje kao osiguranje od odgovornosti. To je težak zadatak, kome mnogi sudovi nisu dorasli.

Dakle, održivi regulatorni okvir osiguranja ne sme biti prepreka razvoju novih vrsta osiguranja, posebno onih koja poseduju obeležje hibridnih. Decenijska slabija zastupljenost osiguranja lica, a posebno osiguranja od posledica nezgode i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, u portfoliju domaće privrede osiguranja sigurno se može dovesti u vezu sa kontroverzama koje prate realizaciju prava iz tih osiguranja. Imajući u vidu korisnost pomenutih tipova pokrića, kao samostalnih proizvoda ili kao dopunskih uz životno osiguranje, izmene regulatornog okvira su hitno potrebne.

Naglašavamo: u osiguranju lica prestacije nisu ekvivalent ličnog dobra koje je obuhvaćeno ugovorom o osiguranju (život, telesni integritet, radna sposobnost itd.) već više finansijskih prilika osiguranika ili ugovarača osiguranja. Međutim, fakat je da u određenim slučajevima obaveza osiguravača nije unapred i tačno određena već se odmerava prema pravilima koja inače važe u imovinskom osiguranju. Naime, njegov odštetni mehanizam je inspirisan filozofijom odštetnih osiguranja. Ako je kao posledica nesrećnog slučaja ili bolesti došlo do troškova i uopšte štete, logično je da osiguravač pre isplate utvrdi iznos pretrpljene štete. Zbog toga je nesporno da u slučaju troškova lečenja obaveza osiguravača ne može biti unapred određena i fiksirana već se odmerava prema stvarno pretrpljenoj šteti, u granicama apstraktno određene sume osiguranja.[44]

Stvar je u tome da se u osiguranju od posledica nezgode po inerciji ističe paušalni karakter prestacija, dok se odštetni segment zanemaruje. U krajnjoj liniji, sloboda ugovaranja je na snazi i od osiguranika zavisi da li će *in concreto* ugovoriti prevashodno paušalan ili prevashodno odštetni karakter. Smatramo da u tome leži najveći problem u vezi sa pravnom prirodom tog osiguranja. Pritom, uvažavanjem odštetnog karaktera dela prestacija osiguravača ne negira se činjenica da osiguranje od nezgode pripada kategoriji osiguranja lica. Predmet rizika je nesporan. Treba prihvatiti da ostvarenje tog rizika, iako na ličnim dobrima, može dovesti i do odštetnih posledica.[45]

---

[44] Francuski Kasacioni sud je bio mišljenja da prestacija nema odštetni karakter ako se određuje na osnovu prethodno utvrđenih elemenata. Nismo uvereni u ispravnost takvog rezona. Naime, u svim osiguranjima se unapred određuje gornja granica obaveze osiguravača i to nije garant paušalnog karaktera prestacije. Poenta je u načinu na koji se utvrđuje koliko će *in concreto* iznositi obaveza osiguravača. Ako se to čini prema pravilima o odmeravanju štete, karakter prestacije je više nego jasan. V.: Morlet 2003, 231–232.

[45] Stoga je francusko udruženje osiguravača (fr. *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*) shvatilo da su osiguranja koja pokrivaju nezgode proizvodi budućnosti. Ono je kreiralo poseban tip osiguranja od nesrećnog slučaja čisto odštetnog karaktera (fr. *Garantie Accidents de la Vie*). Ono pokriva nezgode koje zadese i osiguranika i članove njegove porodice, koje nisu u vezi sa profesijom. Tu ulaze: nesrećni

Dobrovoljno zdravstveno osiguranje, koje je trenutno jedan od najtraženijih proizvoda osiguranja, po svojoj prirodi je hibridni proizvod osiguranja. Kao takvo zahteva odgovarajuću pravnu infrastrukturu. Za dalji razvoj dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u srpskom pravu bitno je stvoriti uslove da se prestacije osiguravača kvalifikuju prema onome što u ugovoru piše. Pritom, sama podela prema vrsti prestacije osiguravača ne mora biti zakonom predviđena *expressis verbis*. Uporedno pravo nas uči da je dovoljno da ih svih odredaba koje se odnose na određeni odeljak (na primer, na osiguranje lica) proizlazi da određeni tip osiguranja može da se ugovori kao odštetno ili svotno pokriće. To u kojoj meri pravni poredak izlazi u susret očekivanjima osiguranika najbolje se može proceniti polazeći od toga da li je ugovornim stranama dopušteno da odrede da li će prestacija imati svotni ili odštetni karakter.

Dakle, ključno je da se u regulativi ugovora o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju u novim propisima izbegne usvajanje rešenja kojima se praksa onemogućava da dalje razvija proizvode budućnosti. Pod tim prvenstveno mislimo na dispozitivne norme kojima bi bilo propisano da se osiguranje od nezgode i dobrovoljno zdravstveno osiguranje mogu zaključiti kao osiguranje štete, kao osiguranje određene osigurane sume ili kao kombinacija tih osiguranja. Time bi se priznao hibridni karakter ovih osiguranja.

LITERATURA

[1] Abravanel-Jolly, Sabine. 2017. *Droit des assurances*, 2 édition. Paris: Ellipses

[2] Beignier, Bernard, Yahia Hadj, Sonia Ben. 2015. *Droit des assurances*, 2 édition. Paris: L. G. D. J.

[3] Bigot, Jean. 2007. Les diverses catégories de contrats d'assurance. *Traité de droit des assurance, Le contrat d'assurance*. Tome 3, 2 édition, éd. Jean Bigot. Paris: L. G. D. J.

[4] Bigot, Jean. 2007. Les assurances de personnes non-vie, Notions generals. *Les assurances de personnes*. Tome 4, éd. Jean Bigot, Philippe Baillot, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux. Paris: L. G. D. J.

[5] Binon, Jean-Marc. 2007. *Droit des assurances de personnes, Aspects civils, technique et sociaux.* Bruxelles: Larcier.

slučajevi do kojih je došlo usled medicinskih tretmana ili zahvata; nezgode kućnog tipa (gušenje, trovanje, padovi u kući, lomovi...), nezgode izazvane tehnološkim uređajima; nezgode u dokolici itd. Videti: Morlet 2003, 244.

[6] Bonnard, Jérôme. 2012. *Droit des assurances*, 4 édition. Paris: LexisNexis.

[7] Buch, Silvia 2003. *Die Obliegenheit im spanischen Versicherungsrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen deutschm und spanischem Recht.* Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH.

[8] Groutel, Hubert, Fabrice Leduc, Philippe Pierre, Maud Asselain. 2008. *Traité du contrat d'assurance terrestre.* Paris: LexisNexis.

[9] Hofmann, Edgar. 1991. *Privatversicherungsrecht*, 3. Auflage. Müchen: C. H. Bek.

[10] Đorđević, Slavko, Darko Samardžić. 2014. *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom zakona (VVG)*. Beograd: IRZ.

[11] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Prethodne napomene, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima.* Beograd: Službeni list SRJ.

[12] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982. Odnos između prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 496–506.

[13] Konstantinović, Mihailo. 3–4/1982. Osiguranje i odgovornost u jugoslovenskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 559–574.

[14] Konstantinović, Mihailo. 9–10/1992. Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu. *Pravni život* I: 1153–1163.

[15] Lorenz Egon. 2009. Grundlagen des Versicherungsvertragsrechts. *VersicherungsrechtsHandbuch*, hrsg. Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann, 2. Auflage. München: Verlag C. H. Bech

[16] Mimoun, Eloîse. 2017. *Les notions de contrat d'assurance*. Thèse de doctorat. Paris: Université Panthéon-Sorbonne.

[17] Morlet, Lydia. 2003. *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit privé de l'indemnisation.* Thèse de doctorat. Université du Maine.

[18] Orlić, Miodrag. 1993. *Zaključenje ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

[19] Perović, Slobodan. 1975. *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima.* Beograd: Službeni list SFRJ.

[20] Perović, Slobodan. 1996. *Skica za jedan portret (predgovor). Klasici jugoslovenskog prava, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.

[21] Petrović Tomić, Nataša. 1/2013. Osiguranje života vezano za investicione fondove. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu:* 122–148.

[22] Petrović Tomić, Nataša. 2019. *Pravo osiguranja*, Sistem, Knjiga I. Beograd: Službeni glasnik.

[23] Petrović Tomić, Nataša. 2/2020. O ograničenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja u ugovornom pravu osiguranja – fenomen „pokoravanja" ugovora o osiguranju. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*: 100–127.

[24] Petrović Tomić, Nataša. 2021. Hibridni proizvodi osiguranja – stanje i perspektive razvoja. 325–341. *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*, ur. Z. Petrović, V. Čolović, D. Obradović. XXIV međunarodni naučni skup. Beograd – Mionica.

[25] Petrović Tomić, Nataša. 2019. „O pravnoj prirodi dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. 487–506. *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, ur. Miodrag Orlić. Beograd: Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske.

[26] Ćurković, Marijan. 2009. *Ugovor o osiguranju osoba, Život-nezgoda-zdravstveno.* Zagreb: Inženjerski biro.

[27] Ćurković, Marijan. 2013. *Komentar Zakona o obveznim osiguranjima u prometu.* Zagreb: Inženjerski biro.

[28] Wandt, Manfred. 2010. *Versicherungsrecht*. 5. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag.

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

DISTINCTION BETWEEN RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGES AND RIGHT TO THE INSURED AMOUNT ACCORDING TO MIHAILO KONSTANTINOVIĆ: CLASSIC INSTITUTES AND MODERN LAW

Summary

Author arguments that the distinction between the right to compensation for damage and the right to the insured amount originates from the work of Mihailo Konstantinović. Although the Draft Law on Obligations and Contracts does not regulate all types of insurance, Konstantinović has clearly and precisely stated that "the insured amount received by the insured party from the insurance company does not replace compensation for damage to which the party is entitled, according to the general rules on compensation for damage." This wording has not lost its relevance today. Conversely, it is more relevant than ever. Based on the work of Mihailo Konstantinović, the author presents the argument that the Serbian regulatory framework is a limiting factor to the development of the insurance market. A favorable legal framework does not limit insurance according to the type of insurance, but recognizes the type of coverage and the nature of contracted obligation.

Key words: *Draft Code on obligations and contracts. – Right to compensation for damage. – Right to insured amount. – Nature of obligation. – Sustainable development of insurance.*

Article history:
Received: 13. 10. 2022.
Accepted: 12. 12. 2022.

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.762(497.1)

CERIF: S 130, S 144

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK21A

Dr Vladimir PAVIĆ*

Dr Miloš ŽIVKOVIĆ**

UGOVOR O KOMISIONU – NEKA OTVORENA PITANJA

Ugovor o komisionu zanimljiv je stoga što komisionar deluje u svoje ime, a za račun komitenta. Način regulisanja komisiona u Zakonu o obligacionim odnosima otvorio je neka pitanja od praktičnog značaja koja su u doktrini i praksi naišla na različite stavove. U radu se posvećuje pažnja nekim pitanjima koja smatramo naročito interesantnim, a koja, čini se, u poslednje vreme nisu podrobnije razmatrana u nas: sadržina i domašaj komisionarove obaveze da postupa po uputstvima komitenta, komitentova prava u pogledu stvari i potraživanja koja je komisionar stekao ili se kod njega nalaze, implikacije načina na koji Zakon štiti komitenta u slučaju komisionarovog stečaja i posledice komisionarovog kašnjenja u isplati naplaćene cene ili čak neovlašćene upotrebe komisionarevih sredstava.

Ključne reči: *Komision. – Komisionar. – Komitent. – Zaloga. – Stečaj.*

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *pavic@ius.bg.ac.rs*.

** Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *mdz@ius.bg.ac.rs*.

1. UVOD – O KOMISIONOM POSLU

Razvoj trgovine u novom veku uticao je na to da se tržišta specijalizuju i dele u zavisnosti od robe kojom se trguje. Obrazac feudalne privrede, prema kojem proizvođač neposredno prodaje eventualni višak svojih proizvoda krajnjem kupcu, raspao se pojavom masovnije proizvodnje i trgovine na daljinu. Trgovina i trgovci su se, još u srednjem veku, osamostalili u posebnu delatnost, pogotovo u slobodnim gradovima tog doba, a razvoj proizvodnih delatnosti uticao je na značajno povećanje obima trgovine i procvat te privredne grane. Zbog toga je bilo potrebno razviti različite načine povezivanja onih koji robu prodaju i kupuju, što je bio zadatak trgovine. Položaj trgovaca, razume se, mogao je biti takav da kupuju robu od prodavaca (po nižoj ceni) i prodaju je kupcima (po višoj ceni), snoseći rizik posla i zarađujući na razlici u ceni. Sasvim na drugoj strani spektra, trgovci koji uopšte nisu želeli da preuzimaju rizik transakcije mogli su se pojaviti u ulozi posrednika, koji ne sudeluje u nastanku ugovora ili u ulozi zastupnika (punomoćnika) koji učestvuje u njegovom zaključenju. Ti instituti omogućavaju neposrednu pravnu vezu prodavca i krajnjeg kupca. Te dve krajnosti u položaju trgovaca, razume se, nisu bile jedine moguće, i otuda se postepeno razvijaju složeniji načini uređenja odnosa između učesnika na tržištu i onih koji ih povezuju. Tako se razvijaju posredovanje, trgovinsko zastupanje, pa i komisioni posao. Cilj svih tih instituta je da se uredi položaj trgovca čija je pozicija na tržištu između proizvođača i krajnjeg kupca i oni čine to na različite načine.

Kod nas je uobičajeno da se ovi srodni poslovi dele po tome kakav položaj u transakciji ima trgovac. Ako trgovac samo povezuje prodavca i kupca i nema nikakvo učešće u nastanku ugovora, on je posrednik. Ako trgovac ima ovlašćenje da zastupa jednu od strana, on učestvuje u nastanku ugovora, ali prava i obaveze nastaju neposredno za prodavca i kupca, i tada je reč o zastupanju. Trgovinsko zastupanje je posao koji obuhvata i posredovanje i zastupanje. Komisioni posao i posao špedicije podrazumevaju učešće trgovca u zaključenju ugovora između prodavca i kupca, i to tako da prava i obaveze iz tog posla nastaju za trgovca (komisionara, špeditera), ali za račun kupca ili prodavca, kojima je dužan da prenese obaveze i koristi iz posla. Sve pomenute situacije podrazumevaju da trgovac dela za račun prodavca ili kupca, koji su njegovi klijenti, a opšti okvir za te situacije dat je u pravilima za ugovor o nalogu. Najposle, trgovac može biti i tipičan preprodavac, koji kupuje jeftino da bi prodao skuplje i zaradio na razlici u ceni.

Komisioni posao je naročito zanimljiv zbog toga što komisionar deluje u svoje ime, a za račun komitenta. Dakle, komisionar je strana u poslu koji preduzima na osnovu komisionog posla, pravno je on kupac ili prodavac i

treće lice ne mora nužno znati (i po pravilu ne zna) da postoji komitent za čiji se račun posao preduzima. Ta razdvojenost pravne i realne, „ekonomske" situacije najveći je izazov za pravno uređenje ugovora o komisionu, odnosno komisionog posla.[1]

Komisioni posao, pod tim nazivom, postoji u kontinentalnim pravima i tamo gde ne postoji načelo jedinstvenog regulisanja uređen je trgovačkim propisima. Našim Zakonom o obligacionim odnosima[2], poput švajcarskog OR[3], jedinstveno se uređuju i građanski i trgovački obligacioni odnosi, pa otud sadrži i pravno uređenje ugovora o komisionu.[4] U tzv. anglosaksonskim pravima koncept komisiona nije izvorno poznat, iako se već u starijoj u literaturi pominju *commission agents*[5], već se taj posao klasifikuje u *agency* shvaćenu u širem smislu.

2. OSNOVNE ODLIKE UREĐENJA UGOVORA O KOMISIONU PREMA ZOO

Komisioni ugovor, kao naročita vrsta ugovora o nalogu, zavredeo je u ZOO čak 19 zasebnih članova, uz shodnu primenu pravila o nalogu ukoliko odredbama o komisionu nije drukčije određeno. U vreme donošenja ZOO komisiono poslovanje imalo je veliki značaj – veliki deo uvoza i izvoza u SFRJ odvijao se posredstvom krupnih preduzeća koja su kanalisala transakcije za račun manjih poslovnih subjekata. Pravni razlog za to ležao je u činjenici da domaća proizvodna preduzeća nisu imala poslovnu sposobnost da samostalno preduzimaju spoljnotrgovinske poslove (važili su princip specijalne poslovne sposobnosti pravnih lica, predviđen čl. 54 ZOO, i posebni uslovi za obavljanje

[1] Ako se pod pravnim uređenjem ugovora o komisionu smatra samo uređenje međusobnih prava i obaveza strana u tom ugovoru, onda je uređenje komisionog posla nešto širi pojam, koji obuhvata i uređenje nekih odnosa prema saugovaraču komisionara (trećem licu).

[2] Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Službeni list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS* 18/2020.

[3] Švajcarski Zakonik o obligacijama – OR iz 1911. godine.

[4] Ipak, za razliku od našeg ZOO, u OR se izričito ograničava komisioni posao na pokretne stvari i hartije od vrednosti. Videti čl. 425, st. 1.

[5] U engleskom pravu se na komisionara gleda kao na mešavinu nezavisnog trgovca i agenta (zastupnika). Videti Fridman 1976, 31.

spoljnotrgovinskog prometa). Zbog toga spoljnotrgovinska preduzeća nisu mogla da budu trgovinski zastupnici proizvodnih preduzeća već se cela operacija morala obavljati posredstvom komisiona.[6]

Ugovorom o komisionu komisionar se obavezuje da za naknadu obavi u svoje ime, a za komitentov račun, jedan ili više poslova koje mu komitent poveri. Naše pravo spada u ona prava u kojima je odnos između komisionara i komitenta, u principu, sasvim odvojen od odnosa između komisionara i trećeg lica sa kojim on stupa u transakciju za račun komitenta. Pošto komisionar zaključuje posao za račun komitenta, komercijalni rizik posla je na potonjem, osim u slučaju delkredere komisiona. Složena priroda te transakcije i vremenski razmak između ispunjenja obaveza komisionara prema trećem licu i prema komitentu mogu da otvore određene dileme koje samo slovo normi Zakona o obligacionim odnosima ne razjašnjava.[7] Naime, činjenica da komisioni posao, zbog pomenutog razilaženja pravne i realne (ekonomske) situacije, u izvesnoj meri ima obeležja fiducijarnog posla (onog u kojem jedna strana ima više prava nego što joj po unutrašnjem odnosu s fiducijantom pripada), zahteva da se u uređenje komisiona unesu odredbe koje, na ovaj ili onaj način, odstupaju od opštih pravila. Obratićemo stoga pažnju na te aspekte uređenja komisiona u ZOO.

3. PROBLEMATIČNI ASPEKTI UREĐENJA KOMISIONA PREMA ZOO

Problematični aspekti uređenja komisiona u tekstu ZOO mogu se podeliti u najmanje dve grupe. Prvi skup dilema otvara se u vezi sa pravnom prirodom ugovora o komisionu: da li je reč o građanskom ili trgovinskom poslu?

U ZOO se ne naglašava trgovinski karakter komisiona i ne predviđa da ga mogu zaključiti samo lica koja obavljaju privrednu delatnost. Neki autori problematizuju to pitanje i naglašavaju elemente koji ističu trgovinski karakter ugovora: teretnost (komisionar ima pravo na naknadu čak i kada ona nije ugovorena) te propisivanje da je komisionar obavezan da čuva robu sa pažnjom dobrog privrednika. Zagovornici shvatanja da je komision

[6] Za poslednje „repove“ ovakve trgovinske prakse u našoj sudskoj praksi videti presudu Vrhovnog kasacionog suda Rev 946/2015, 4. 2. 2016.

[7] Kao i dileme u vezi sa primenom odredaba nekih drugih zakona, na primer, da li se ugovor o komisionu može smatrati ugovorom o tzv. pravoj agenturi u smislu domaćih propisa i propisa EU u oblasti zaštite konkurencije, videti mišljenje Komisije za zaštitu konkurencije. *https://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/10/UGOVOR-O-KOMISIONU-I-PRAVA-AGENTURA.pdf*, poslednji pristup 1. novembra 2022.

jednostrani trgovinski posao imaju različit stav: dok jedni smatraju da bi komisionar moralo biti lice specijalizovano upravo za komisionu delatnost[8], drugi su na stanovištu da je dovoljno da on u komision stupa u okviru svoje privredne delatnosti ili barem u vezi sa njom (Radović 2022, 134). Drugi autori, pak, smatraju da se u zakon ne može učitavati ono čega u njemu nema. Čak i zagovornici shvatanja da je reč o trgovinskom pravnom poslu konstatuju da ni Skica ZOU[9] ne sadrži dovoljno elemenata na osnovu kojih bi se moglo pouzdano utvrditi da li je komision u zakonu koncipiran kao posao građanskog ili privrednog prava (Radović 2022, 132).

Čini nam se da je druga grupa mogućih dilema značajnija u praksi. Uspešne komisione transakcije podrazumevaju delovanje komisionara u skladu sa nalogom komitenta, izvršenje obaveze trećeg lica prema komisionaru i komisionarovo prenošenje ekonomskih efekata tog posla na komitenta. Svaka od tih faza može stvoriti određene probleme – samo na neke od njih ZOO daje zadovoljavajući odgovor.

3.1. Komisionarova obaveza da postupa po uputstvima komitenta

To da je komisionar obavezan da postupa po nalozima komitenta jasno je – članom 773 ZOO predviđeno je da je komisionar dužan da naknadi razliku i prouzrokovanu štetu ako je posao zaključio pod uslovima nepovoljnijim od naloga. Komunikacija između komisionara i komitenta, međutim, može biti i kompleksnija, te se postavlja pitanje kako odrediti jeste li komisionar postupao po uputstvima ili ne onda kada je tih uputstava bilo više, često u vremenskoj sukcesiji. Uputstva mogu biti međusobno protivrečna u većoj ili manjoj meri.

Taj se problem može u principu tretirati na nekoliko načina. Prvo, obaveza komisionara se može okarakterisati kao „kompleksna“ i, posledično, pitanje razgraničenja osnovnih i naknadnih naloga, kao i moguće protivrečnih naloga, ostaviti otvorenim. Drugi pristup je apstraktno razvrstavanje kao uputstvo za buduće tumačenje – bitni su osnovni nalog i obaveza njegovog izvršenja – samo promena bitnih elemenata osnovnog naloga suštinski menja uputstvo komitenta. Sva ostala naknadna uputstva tretirala bi se kao dopuna ili konkretizacija inicijalnih (Vitez 1995, 377–382). Treći se izlaz nalazi u klasifikaciji naloga kao imperativnih, indikativnih ili fakultatitivnih (Vitez 1995, 382–383). Iako se klasifikaciji samoj po sebi malo šta može

8 U tom smislu Stefanović 2006, 174; Kapor, Carić 1990, 213; Jankovec 1990, 57.

9 Videti Konstantinović 1996.

zameriti kao okviru za tumačenje kada jednom dođe do spora, njena je upotrebna vrednost ograničena za komisionara koji se nalazi pred dilemom tokom izvršavanja naloga.

Prema našem mišljenju, mogući odgovor se nalazi u shodnoj primeni pravila o nalogu, saglasno čl. 772 ZOO. Članom 751, st. 3 predviđeno je da, ako nema određenih uputstava, nalogoprimac postupa kao dobar privrednik, a članom 751, st. 2 da je nalogoprimac dužan da skrene pažnju nalogodavcu ako smatra da bi izvršenje naloga nanelo štetu nalogodavcu i da je dužan tražiti nova uputstva. Neophodan preduslov izvršenja te specifične dužnosti obaveštavanja jeste i razumevanje šta zapravo nalog podrazumeva, što, prema našem mišljenju, ukazuje na to da je na komisionaru dužnost i da u slučaju dileme u vezi sa prirodom i hijerarhijom sukcesivnih izmena i/ili dopuna naloga zatraži objašnjenje od komitenta.

Generalni opis komisiona kao posla u kojem komisionar dela u svoje ime ali za konačni ekonomski račun komitenta predstavlja korisnu generalizaciju – ali ipak samo generalizaciju.

3.2. Odnos komisionara i komitenta – potencijalno problematični aspekti

Komision je specifičan utoliko što razdvaja ekonomsku i pravnu ravan poslovanja: komisionar sve vreme dela po nalogu komitenta i u njegovom ekonomskom interesu. Efekti takvog delovanja tek će se kasnije pravno preneti na komitenta. Iako je generalna ideja ta da se ekonomski efekti komisionarovog delanja što pre prenesu na komitenta, tome se mogu isprečiti različite prepreke. Osim tog vremenskog raskoraka, postoje i drugi scenariji u kojima je zakonodavac našao za potrebno da obezbedi izvršenje međusobnih obaveza, a naročito da zaštiti komitenta od situacija u kojima komisionar prekine izvršenje obaveza. Neke od tih problema, međutim, ZOO ne uspeva da razreši na zadovoljavajući način.

3.2.1. Zakonsko založno pravo komisionara

Komisionar je u odnosu na komitenta obezbeđen ne samo samom prirodom posla (on dela u ime komitenta i naknadno prenosi na njega stvari i prava koja je stekao) već i zakonskim založnim pravom.

Odredbama ZOO komisionaru je dato zakonsko založno pravo na stvarima koje su predmet ugovora o komisionu dok se stvari nalaze kod njega ili dok u rukama ima isprave pomoću kojih tim stvarima može raspolagati.

Komisionar može da se naplati iz tog prava pre drugih komitentovih poverilaca, i to po osnovu svih komisionih poslova i zajmova sa komitentom, a ne samo po osnovu konkretnog komisionog posla po kojem je stvar primio. Takvo odstupanje od načela specijalnosti zakonskog založnog prava opravdano je zato što su komisionar i komitent obično u trajnijoj poslovnoj vezi i što transakcije između njih nisu pojedinačne.[10] Komisionar stiče i pravo prvenstvene naplate iz potraživanja koja je stekao za račun komitenta. Razume se, ta prava komisionar može imati samo u pretpostavci u kojoj on nije vlasnik stvari koje su predmet ugovora o komisionu, odnosno poverilac potraživanja u odnosu na koja ima pravo prvenstvene naplate.

Domašaj te odredbe nije ograničen na prodajni komision. U slučaju prodajnog komisiona komitentova stvar ostaje u njegovoj svojini sve do prodaje trećem licu, te je tako moguće da se uspostavi komisionareva zakonska zaloga na toj komitentovoj stvari.[11] Komisionar je kod prodajnog komisiona dodatno obezbeđen pravom prvenstvene naplate iz potraživanja koja je stekao u svoje ime a za račun komitenta[12] i nije dužan da takvo potraživanje prenese na komitenta prilikom polaganja računa (Jankovec 1990, 1313). U slučaju kupovnog komisiona, međutim, stvar koju je stekao komisionar za komitenta ne mora nužno biti vlasništvo komitenta (o čemu će više reči biti u nastavku). U našoj literaturi iz perioda pre donošenja ZOO notiramo stav Trajkovića (1969, 106): on konstatuje da sudska praksa većine zemalja, pa i jugoslovenska, smatra da kod kupovnog komisiona komisionar postaje vlasnik robe, ali dodaje i da se sa takvim stavom ne slaže jer je to „suprotno našoj koncepciji ugovora o komisionu“. Trajković (1969, 49) je smatrao da je komision zapravo nepotpuno zastupništvo i da direktan prelaz svojine sa trećeg lica na komitenta odgovara potrebama robnog prometa i povećava efikasnost poslovanja (1969, 107). ZOO je samo u pojedinim pitanjima stao na Trajkovićev stav, o čemu će dalje biti reči u slučaju pada komisionara pod stečaj kada komitent stiče pravo na izlučnu tužbu u pogledu svih stvari koje su predmet ugovora o komisionu – i onih koje je predao komisionaru i onih koje je komisionar za njega stekao.[13]

---

[10] Umesto svih videti Jankovec 1990, 1313.

[11] To je vladajuće shvatanje i u švajcarskom pravu. Videti von Planta 1996, 2300. Ideja je da komitentu treba da pripada svojina kadgod je to moguće, pošto to odgovara ekonomskoj prirodi odnosa, a komisionaru nije neophodna svojina da bi izvršio svoje obaveze iz prodajnog komisiona.

[12] Trajković (1983, 272) pak govori o pravu prvenstva na naplaćenim novčanim iznosima: „Ovde je najčešće reč o naplaćenim novčanim iznosima koje je komisionar, poslujući u svoje ime, naplatio za račun komitenta.“

[13] ZOO, čl. 789, st. 1.

Zanimljivo je da se u švajcarskom OR predviđa pravo retencije na stvarima i prihodima koji se tiču komisiona u korist komisionara, što je u načelu slično rešenju u ZOO. Švajcarska teorija, međutim, to zakonsko određenje smatra nepreciznim jer prava komisionara zapravo od toga ko je vlasnik stvari, odnosno ko je poverilac potraživanja koja su predmet komisiona, a koja su nastala njegovim vršenjem. U tom pogledu se razlikuju prodajni i kupovni komision. Kod prodajnog komisiona, komisionar nema svojinu na stvari jer mu nije nužna da ispuni obaveze iz komisiona. Komisionar, međutim, naplaćuje cenu od trećeg lica i isplaćena suma kroz smešu postaje njegova svojina (pa u pogledu tog novca komitent nema ni izlučni zahtev), osim ako je primljena na poseban račun. Kod kupovnog komisiona, međutim, u normalnim okolnostima komisionar će steći svojinu na stvarima koje kupi za komitenta, osim kad je moguće konstruisati neposredno sticanje komitenta (primenom posebnih odredaba, u Švajcarskoj recimo primenom čl. 32, st. 2 OR, ili primenom opštih pravila, primera radi predaje posredstvom *constitutum possessorium*).[14]

3.2.2. Zaštita komitenta u slučaju stečaja komisionara

Između početka celokupne ekonomske transakcije (iz vizure komitenta) i njene realizacije (očekivanog prenosa prava i/ili prihoda od komisionara) može da protekne mnogo vremena. Za razliku od naloga i zastupništva, gde stečaj nalogoprimca i zastupnika ne utiče na prava nalogodavca, pozicija komitenta se u slučaju stečaja komisionara pogoršava. U ZOO su stoga predviđeni dodatni mehanizmi zaštite komitenta.

Prvo, poverioci komisionara ne mogu preduzeti mere izvršenja na stvarima i pravima koje je komisionar stekao u svoje ime a za račun komitenta izvršavajući komitentove naloge.[15]

Drugo, u slučaju stečaja komisionara komitent može da traži izlučenje iz stečajne mase stvari koje je predao komisionaru radi prodaje, ali i onih stvari koje je komisionar nabavio za njegov račun.[16] Osim toga, komitent može od trećeg lica zahtevati isplatu cene za (komitentove) stvari koje mu je komisionar predao.[17]

---

[14] Za to videti von Planta 1996, 2299–2300.

[15] ZOO, čl. 788.

[16] ZOO, čl. 789, st. 1.

[17] ZOO, čl. 789, st. 2.

3.2.2.1. Pravo komitenta da zahteva izlučenje stvari

Odredbu o izlučenju moguće je shvatiti na dva načina. Prema jednom stavu, široko zastupljenom u našoj teoriji, stvar koju od trećeg lica pribavi komisionar njegova je svojina i za kasnije sticanje svojine komitenta neophodna je predaja. Pošto komitent nema pravo svojine na stvari koja je kod komisionara, ne može se pozvati na opšta pravila stečajnog prava o izlučenju. Zbog toga je i bilo neophodno da se u ZOO unese odredba o mogućnosti da se traži izlučenje[18], čime se komitentu daje položaj „kao da je pravni vlasnik stvari" koju je komitent stekao za njega „ali mu ih još nije pravno preneo".[19] Ta argumentacija nije bez manjkavosti: prvo, prema istom tom većinskom stavu doktrine, svojina na stvarima koje je komitent predao komisionaru ostaje u svojini komitenta sve do predaje trećem licu[20] – pa ipak je i ona obuhvaćena tom odredbom, iako bi, prema opštim pravilima stečajnog prava, podlegala izlučenju; drugo, ako se zakonom ustanovljava pravo izlučenja na stvarima koje su do stečaja bile vlasništvo komisionara, to bi značilo ili da se pravo izlučenja ustanovljava u korist nevlasnika (koji vlasnik postaje predajom) ili da komitent u nekom momentu (nejasno u kom – momenat otvaranja stečaja, momenat predaje izlučene stvari ili nekom trećem) postaje vlasnik; treće, zakonska zaloga koju komisionar ima na „stvarima koje su predmet ugovora o komisionu" podrazumeva da je reč o stvarima koje su vlasništvo komitenta, a ne komisionara.

Alternativno tumačenje bi bilo da se odredbom na implicitan način razjašnjava svojinskopravni status stvari koje je komisionar pribavio od trećeg lica ili primio od komitenta – to jest da su u oba slučaja to komitentove stvari. Makar i implicitno, takvo razjašnjenje bi bilo korisno – pre donošenja ZOO naši sudovi su bili na stanovištu da su stvari koje je komisionar stekao za komitenta njegove, a ne komisionarove, što je deo doktrine negativno komentarisao (Trajković 1969, 106). Još jedan argument u korist shvatanja da je reč o komitentovim stvarima jeste već spomenuto rešenje o

---

[18] U tom smislu Jankovec 1999; Vasiljević, Đorđević 2007, 281.

[19] Cigoj 1984, 2222. Vizner (1978, 2372) implicitno takođe tretira pribavljene stvari kao komisionarove, govoreći o „stvarima koje je komisionar stekao za račun komitenta odnosno što pripadaju komitentu".

[20] Gams 1963, 170; Trajković 1969, 103. Implicitno i presuda Višeg trgovinskog suda, Pž 6016/03, 4. 10. 2003, koja predviđa da je komisionar obavezan da izvrši „povraćaj preostale neprodate robe komitentu". Implicitno i Carić (1980, 607), govoreći o pravu komitenta da zahteva isplatu cene prema trećem licu „kome je komisionar predao komitentove stvari. Ovaj komitentov zahtev se može odnositi na naplatu cene odnosno nenaplaćenog dela cene ali smatramo da se može odnositi i na povraćaj stvari ako treće lice odbije da isplati komitentu cenu koju je ugovorilo sa komisionarom".

komisionarovoj zakonskoj zalozi na stvarima koje su predmet komisiona.[21] Osim toga, moguće uporište za takvo shvatanje je i čl. 757 ZOO, koji, u vidu izuzetka, predviđa da komisionar kome je povereno da proda ili da kupi neku robu kotiranu na berzi ili na tržištu može, ako mu komitent dozvoli, da zadrži robu za sebe kao kupac, odnosno da je isporuči kao prodavac, po ceni u vreme izvršenja poverenog posla. Tada između komisionara i komitenta „nastaju odnosi iz ugovora o prodaji".[22] Slaba strana takvog tumačenja jeste to da se svojina na pokretnoj stvari stiče predajom te da se, osim ako se u komisioni posao učitaju elementi (nepotpunog) zastupanja, predaja ostvaruje tek kada komisionar preda stvar komitentu (Jankovec 1999, 521).

Navedeni razlozi u prilog alternativnog tumačenja nisu ubedili ne samo predstavnike doktrine[23] već ni naše sudove: Jankovec navodi (anonimni) slučaj u kojem je naš sud odbio svojinsku tužbu komitenta u pogledu stvari koje je treće lice isporučilo komisionaru te da bi komitent postao vlasnik stvari „da mu je ona i na simboličan način predata".[24]

[21] ZOO, čl. 786, st. 1.

[22] ZOO, čl. 775.

[23] Tako Carić (2002, 387), verovatno imajući na umu slične dileme kao i Trajković: „U pravnoj teoriji i zakonodavstvu je sporno, da li svojinu na kupovnoj robi prvo stiče komisionar, pa je onda prenosi na svog komitenta, ili svojinu neposredno stiče komitent, jer komisionar posluje za njegov račun. Formalno-pravno je ispravno prvo shvatanje, dok drugo gledište polazeći od toga da je komisioni posao posebna vrsta indirektnog zastupništva, više vodi računa o praktičnim potrebama." Slično i Antonijević 1981, 323.

[24] Videti Jankovec 2003, 27.

3.2.2.2. Komitentova potraživanja prema trećem

Rešenje ZOO za potraživanja komisionara prema trećem licu nije bez redakcijskih problema. U ZOO se predviđa da komitent „može zahtevati" da treće lice ispuni obavezu iz posla koji je komisionar zaključio za račun komitenta tek kada mu komisionar to potraživanje ustupi. Smisao te odredbe je verovatno u tome da naglasi da, u nedostatku ustupanja potraživanja, sva potraživanja pripadaju komisionaru i da se ne uspostavlja direktan odnos između komitenta i trećeg lica. Svakako da se podrazumeva da ustupanjem potraživanja komitent *može* da zahteva ispunjenje obaveze – takvo pojašnjenje verovatno nije ni bilo potrebno već neminovno proizlazi iz ustupanja potraživanja. Međutim, redakcijska nesavršenost u tom pitanju komplikuje čitanje druge odredbe ZOO, one koja govori o posledicama stečaja komisionara na potraživanja koja je komisionar stekao prema trećim licima. Članom 789, st. 2 ZOO, naime, predviđa se da komitent tada „*može zahtevati od trećeg kome je komisionar predao stvar, da mu isplati njihovu cenu, odnosno njen još neisplaćeni deo*".

Jedno od mogućih tumačenja te odredbe bilo bi da u slučaju stečaja potraživanje komisionara za isplatu cene prema trećem postaje potraživanje komitenta. U prilog takvom čitanju ide i to što čl. 787, st. 1 ZOO ima sličnu redakciju i predviđa da komitent „*može zahtevati* ispunjenje potraživanja" (podvukli autori) nakon ustupanja potraživanja. Kako poveriocu svakako pripada mogućnost da zahteva ispunjenje potraživanja, po analogiji bi se moglo rezonovati da u slučaju stečaja potraživanje komisionara za isplatu cene prema trećem prelazi na komitenta.[25] Opravdanje za to bi bilo i to što se potraživanje već ulilo u imovinu komitenta s obzirom na to da je posao zaključen po njegovom nalogu.[26]

Uprkos istovetnosti redakcije dve citirane odredbe, smatramo da to nije nužno slučaj. Opšte pravilo o relativnosti obligacija nije derogirano čl. 787, st. 1 ZOO, naprotiv – smisao odredbe mogao bi biti da potvrdi taj princip kada je reč o komisionu. Odredba čl. 789, st. 2 ne govori o zakonskoj subrogaciji već o „mogućnosti" (opciji) da komitent neposredno zahteva ispunjenje potraživanja. Mogao bi se braniti i stav da ta mogućnost koju komitent stiče postoji istovremeno sa mogućnošću da ispunjenje obaveze zahteva stečajni upravnik komisionara, a koju zakon nije isključio. Dužnik bi tako imao dva načina da ispuni svoju obavezu isplate cene – na račun komisionara ili na račun komitenta, i oba bi valjano ugasila obligaciju. Treće lice po pravilu

[25] To je i rešenje švajcarskog Zakonika o obligacijama, čl. 401, st. 2.

[26] Tako Trajković (1969, 115), upoređujući slično rešenje čl. 374 predratnog hrvatskog Trgovačkog zakona.

ne zna za identitet komitenta, a saznalo bi tek kada mu se komitent obrati sa zahtevom za isplatu cene saglasno čl. 789, st. 2 ZOO, pa bi, dok se takav zahtev ne postavi, bilo moguće obavezu ispuniti i komisionaru koji je pao u stečaj.

3.2.2.3. Novac koji je komisionar naplatio za komitenta

Raskorak između pravne i faktičke (ekonomske) ravni komisionog posla ne iscrpljuje se na pitanjima vlasništva nad stvarima koje se nalaze kod komisionara ili na još nenaplaćenim potraživanjima. Lanac prenošenja ekonomskih efekata transakcije sa komisionara na komitenta može se prekinuti i nakon što je komisionar naplatio cenu od trećeg lica, tako što komisionar padne u stečaj ili tako što odbije da izvrši svoje obaveze iz ugovora i prenese na komitenta iznos koji je primio, umanjen za svoju naknadu. I dok je komitent u pogledu stvari obezbeđen mogućnošću izlučenja i moguće i svojinskom tužbom (u slučajevima u kojima komisionar ne stiče svojinu na stvarima), sa novcem je situacija sasvim drugačija. Komitent „može“ da od trećeg lica zahteva isplatu cene tek nakon što komisionar padne u stečaj, ali ako je komisionar već cenu naplatio a novac nije preneo komitentu, komitent ne uživa nikakvu dodatnu zaštitu ni po ZOO ni po odredbama stečajnog zakona.[27] Takvo rešenje je teško pomiriti sa tumačenjem da čl. 789, st. 2 rezultira zakonskom subrogacijom kao posledicom činjenice da je ekonomski potraživanje već praktično u imovini komitenta. Paradoksalno, komisionarova naplata cene tako predstavlja potencijalni dodatni rizik za konačnu realizaciju komisione transakcije.

Pokušaji u našoj i stranoj sudskoj praksi da se prevlada ta barijera završavali su se neuspešno i pre i nakon donošenja ZOO. Tako je Vrhovni privredni sud zauzeo stavove da komitent nije stekao „nikakvo stvarno pravo na novcu koje je (...) komisionar naplatio od inostranog kupca i koji je postao njegova svojina“[28], da nema „izlučno ni razlučno pravo prema komisionaru“ u stečaju kada je reč o novcu koji je komisionar naplatio od trećeg[29] te da

[27] Tako i Jankovec 1990, 1315.

[28] Vrhovni privredni sud, Sl 433/59, navedeno u Trajković 1969, 106. Interesantno je da Trajković to pitanje razmatra, čini nam se neopravdano, u kontekstu pribavljanja stvari.

[29] Rešenje Vrhovnog privrednog suda, Sl 446/58, 29. 10. 1958, *Zbirka Sudskih odluka*, knjiga treća, Beograd 1958, 244.

se uplatom na žiro račun komisionara novčana sredstva ulivaju u njegovu masu sredstava, ne mogu se deliti po nastanku i pripadaju pravnom licu čiji je račun.[30]

Slično se pitanje nedavno postavilo i pred singapurskim sudom, gde je razmatrano da li – prema srpskom pravu – novac na računu komisionara predstavlja njegovu imovinu (na kojoj se mogu izvršiti njegovi poverioci) ili imovinu komitenata, te ne bi podlegali izvršenju.[31] Poverilac komisionara je pokušao izvršenje na računu, umešali su se zajednički komisionari iz izvozne kooperacije, tvrdeći da je taj novac zapravo njihov. Prema njihovom stavu, novac na računu je potraživanje komisionara prema banci te komisionarovi poverioci ne mogu da se izvrše na sredstvima na računu, budući da je reč o „potraživanjima" (prema banci, u smislu čl. 787, st. 2 ZOO), to jest o pravu, relativnom (prema banci, u smislu čl. 787 ZOO). Račun u pitanju bio je depozit. Za razliku od tipične situacije, kada se na jedan tekući račun slivaju različiti prihodi, ovde su i komisionar i komitenti tvrdili da je na račun položen samo i jedino novac koji je bio namenjen (pripadao, prema njihovim rečima) komitentima. U obrazloženju, koje po svojoj dužini prevazilazi obrazloženja naših sudova, ti argumenti su odbijeni. Singapurski sud je primetio da potraživanja pripadaju komisionaru sve dok ih ne prenese na komitenta (čl. 787, st. 1). Što se tiče čl. 787, st. 2, sud je primetio da nemogućnost izvršenja poverilaca na potraživanju komisionara i dalje ne znači da je to potraživanje komitentovo.[32] Samo ako je reč o izdvojenoj određenoj sumi novca (izdvojenoj od komisionara u vidu tačno određenih banknota), novac je zamislivo tretirati kao individualizovanu stvar. Novac na računu je zamenljiva stvar i zato su njegova individualizacija i poseban tretman nemogući.

Kada se sve to uzme u obzir, potencijalno najosetljiviji period celokupne transakcije za komitenta jeste nakon što je komisionar primio uplatu trećeg lica. Otvaranje stečaja nad komisionarom u takvoj situaciji komitenta ostavlja u poziciji neprivilegovanog stečajnog poverioca. Paradoksalno je da je komitent zaštićen od stečaja komisionara onda kada komisionar nije realizovao potraživanje prema trećem, ali nema nikakvu privilegiju kada komisionar uplatu primi. Ti problemi su uočavani još pre donošenja ZOO, ali nisu rešeni ni u ZOO ni u kasnijim stečajnim propisima. Logika transakcije i zaokruženosti zaštite komitenta, nezavisno od toga da li je potraživanje

[30] Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl 1797/71, 9. 12. 1971, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga sedamnaesta, sveska prva, Beograd 1972, 295.

[31] *Westacre Investments Inc. v The State-Owned Company Yugoimport SDPR* (also known as *Jugoimport-SDPR*) and others [2015] SGHC 143.

[32] *Ibid.*, paragraf 50 i dalje.

prema trećem naplaćeno ili ne, mogu se rešiti već odavno predloženim rešenjima: da u slučaju plaćanja nakon otvaranja stečaja uplaćeno ne ulazi u stečajnu masu već se prosleđuje komitentu, a da se u slučaju već uplaćenih sredstava u momentu otvaranja stečaja za komitenta obezbedi položaj privilegovanog stečajnog poverioca (Trajković 1969, 117).

3.2.2.4. Komisionarovo neovlašćeno korišćenje novca

Citirani singapurski slučaj dotakao se i pitanja eventualno neovlašćenog korišćenja novčanih sredstava koje je komisionar naplatio za račun komitenta, no kako pitanje nije bilo relevantno za odlučivanje u meritumu, sud se time nije podrobnije bavio. U teoriji, Slakoper iznosi interesantno gledište da se mogu razlikovati dve situacije: prva, ona u kojoj komisionar primljeni novac drži umesto da ga prosledi komitentu u skladu sa čl. 780 ZOO, i druga, u kojoj komisionar novac neovlašćeno koristi za svoje potrebe. Slakoper smatra da u prvoj situaciji komisionar duguje komitentu zateznu kamatu od dana kada je novac bio dužan da preda, što smatramo nespornim. Međutim, u slučaju neovlašćenog korišćenja, on smatra da „takva situacija gospodarski odgovara pojmu zajma, komisionar je u tom slučaju dužan za razdoblje vlastitog 'služenja' komitentovim novcem, komitentu 'platiti kamate po najvišoj ugovornoj stopi'" (Slakoper, 25).

Sa takvim stavom ne možemo da se složimo. Kašnjenje u ispunjenju novčane obaveze povlači sa sobom obavezu plaćanja zatezne kamate iz čl. 277 ZOO. Tretiranje komitenta kao „nevoljnog zajmodavca" liči na metode određivanja kamatne stope u međunarodnom investicionom pravu. Logika tog metoda jeste da je poverilac, ne svojom voljom, postao kreditor dužnika te da dužnik treba da duguje onu kamatnu stopu koju bi plaćao da je uzeo zajam. Stopa koja se tada duguje uključuje u sebe ne samo osobenosti sedišta dužnika i valute zajma već i rizik nesolventnosti i stečaja. Sa stanovišta poverioca, jednako su atraktivni nerizični plasman koji donosi nižu stopu prinosa i pozajmica koja nosi višu stopu ali i više rizike, međutim, dosuditi prvu znači potencijalno omogućiti dužniku da se okoristi svojim protivzakonitim ponašanjem (Moselle, Ciupagea, Bisso 2022, 367–368). Smatramo da takvom upodobljavanju nema mesta u svetlu jasne odredbe čl. 277 ZOO. Troškovi korišćenja zajma mogu biti relevantni samo ako su deo kalkulacije naknade štete, to jest ako je komitent bio prinuđen da radi daljeg poslovanja pozajmi novac kako bi nadomestio sume koje komisionar nije isplatio.

LITERATURA

[1] Antonijević, Zoran. 1981. *Privredno pravo*. Beograd: Savremena administracija.

[2] Carić, Slavko. 1980. Član 789. Stečaj komisionara. 606–607. *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, knjiga druga, prir. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

[3] Carić, Slavko. 11/2002. Pojam i značaj ugovora o komisionu u pravnoj teoriji i poslovnoj praksi. *Pravni život* 51: 371–392.

[4] Cigoj, Stojan. 1984. Člen 789. Stečaj komisionarja. 2221–2223. *Komentar obligacijskih razmerij*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije.

[5] Fridman, G.H.L. 1976. *Law of Agency*. 4th ed. London: Butterworths.

[6] Gams, Andrija. 1963. *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Naučna knjiga.

[7] Jankovec, Ivica. 1990. Član 786. Založno pravo. 1312–1313. *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović. Beograd: Savremena administracija.

[8] Jankovec, Ivica. 1999. *Privredno pravo*. Beograd: Savremena administracija.

[9] Jankovec, Ivica. 9–12/2003. Dva pravna sistema u komisionim odnosima. *Pravo i privreda* 40: 23–28.

[10] Kapor, Vladimir, Slavko Carić. 1990. *Ugovori robnog prometa*. Beograd: Naučna knjiga.

[11] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.

[12] Moselle, Boaz, Ruxandra Ciupagea, Juan Carlos Bisso. 2022. Quantification of ISDS Claims: Specific Issues. 355–368. *The Guide to Investment Treaty Enforcement and Protection*, eds. Mark Mangan, Noah Rubins KC. London: Law Business Research.

[13] Radović, Mirjana. 2022. *Trgovinski poslovi de lege lata i de lege ferenda*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

[14] Slakoper, Zvonimir. 2007. Prava i obveze strana komisijskog ugovora. 1–35. *https://www.hgk.hr/documents/jk-prava-i-obveze-strana-komisijskog-ugovora578f8582648db.pdf*, poslednji pristup 1. novembra 2022.

[15] Stefanović, Zlatko. 2006. *Privredno ugovorno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.

[16] Trajković, Miodrag. 1969. *Pravni odnosi kod komisione kupovine i prodaje robe u našem i uporednom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

[17] Trajković, Miodrag. 1983. Član 786. Založno pravo. 271–272. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, prir. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.

[18] Vasiljević, Mirko, Milena Đorđević. 2007. Chapter Serbia. *International Encyclopaedia of Laws*, ed. R. Blainpain. Kluwer.

[19] Vizner, Boris. 1978. Članak 789. Stečaj komisionara. 2372–2374. *Komentar zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*. Zagreb: Riječka tiskara.

[20] Vitez, Miroslav. 11/1995. Obaveza komisionara da postupa po uputstvima komitenta. *Pravni život* 44: 377–388.

[21] von Planta, Andreas. 1996. Artikel 434. Retentionsrecht. 2300. *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht I*, Zweite Aufl, Hrsg. Honsell Heinrich, Nedim P. Vogt, Wolfgang Wiegand. Basel: Helbing & Lichtenhahn.

Vladimir PAVIĆ, S.J.D.

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Miloš ŽIVKOVIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COMISSION AGENCY – CERTAIN OPEN ISSUES

Summary

A particularity of commission agency is that the commission agent acts in its own name, but for the account of the principal. The provisions of the Law on Obligations leave certain practical issues conclusively unresolved, and such issues have been encountered both in doctrinal analysis and in case law. The article analyzes some of the issues that, while being relevant in practice, have not been subject to scrutiny recently, such as the content and reach of the obligation of the commission agent to act in accordance with the instructions of the principal, the principals rights over chattels, and claims acquired by the commission agent or held by it, implications of the provisions of the law regulating the rights of the principal in case of bankruptcy of the commission agent, and the consequences of commission agent's belated transfer of monies received or even unauthorized use of monies belonging to the principal.

Key words: *Commission agency. – Commission agent. – Principal. – Pledge. – Bankruptcy.*

Article history:
Received: 6. 9. 2022.
Accepted: 30. 11. 2022.

/VARIA

UPUTSTVO ZA AUTORE

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu objavljuju tekstove na srpskom i engleskom jeziku.

U Analima se objavljuju naučni članci, kritičke analize, komentari sudskih odluka, prilozi iz međunarodnog naučnog života i prikazi. Prihvataju se isključivo analitički, a ne deskriptivni prikazi naučnih i stručnih knjiga.

Predajom teksta, autor izjavljuje da tekst nije ni objavljen ni prihvaćen za objavljivanje te da neće biti predat za objavljivanje bilo kom drugom mediju. Autor takođe izjavljuje da je nosilac autorskog prava, da je obavešten o pravima trećih lica i da je ispunio zahteve koji proizlaze iz tih prava.

Prijem svih tekstova biće potvrđen elektronskom poštom. Redakcija će razmotriti podobnost svih radova da budu podvrgnuti postupku recenziranja. Podobni tekstovi šalju se na dvostruku anonimnu recenziju.

Informacije o uredničkoj politici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* videti na:

anali.rs/eticki-kodeks/.

Ako želite da predate svoj rad *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu*, molimo vas da pratite sledeća uputstva.

Ako predajete rad na engleskom jeziku, molimo vas da pratite posebno uputstvo koje je dostupno na: *anali.rs/authors*.

Rukopis treba da bude uređen na sledeći način:

1. NASLOVNA STRANA,
2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI,
3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE,
4. DODACI, TABELE I SLIKE.

1. NASLOVNA STRANA

Naslovna strana rukopisa treba da sadrži sledeće podatke:

- naslov teksta,
- ime, prezime, godinu rođenja i afilijaciju svih autora,
- punu adresu za korespondenciju i adresu elektronske pošte.

Ako je tekst koautorski, molimo vas da dostavite tražene podatke za svakog autora.

2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI

Tekstu prethodi apstrakt koji je strogo ograničen na 150 reči. Apstrakt ne sme da sadrži neodređene skraćenice ili reference.

Molimo vas da navedete pet ključnih reči koje su prikladne za indeksiranje.

Radovi na srpskom jeziku treba da sadrže apstrakt i ključne reči i na srpskom i na engleskom jeziku. U tom slučaju, apstrakt i ključne reči na engleskom jeziku treba da se nalaze iza spiska literature.

3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE

Zbog anonimnog recenziranja, imena autora i njihove institucionalne pripadnosti ne treba navoditi na stranicama rukopisa.

Tekstovi moraju da budu napisani u sledećem formatu:

- veličina stranice: A4,
- margine: 2,5 cm,
- font: Times New Roman,

- razmak između redova u glavnom tekstu: 1,5,
- razmak između redova u fusnotama: Easy,
- veličina slova u glavnom tekstu: 12 pt,
- veličina slova u fusnotama: 10 pt,
- numeracija stranica: arapski broj u donjem desnom uglu stranice.

Druge autore treba navoditi po imenu i prezimenu kada se prvi put pominju (Petar Petrović), a zatim samo po prezimenu (Petrović). Ne treba navoditi „profesor“,

„dr“, „g.“ niti bilo kakve titule.

Sve slike i tabele moraju da budu pomenute u tekstu, prema redosledu po kojem se pojavljuju.

Sve akronime treba objasniti prilikom prvog korišćenja, a zatim se navode velikim slovima.

Evropska unija – EU,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Brojevi od jedan do devet pišu se slovima, veći brojevi pišu se ciframa. Datumi se pišu na sledeći način: 1. januar 2012; 2011–2012; tridesetih godina 20. veka.

Fusnote se koriste za objašnjenja, a ne za navođenje literature. Prosto navođenje mora da bude u glavnom tekstu, sa izuzetkom zakona i sudskih odluka.

PODNASLOVE TREBA PISATI NA SLEDEĆI NAČIN:

1. VELIKA SLOVA

1.1. Prvo slovo veliko

1.1.1. Prvo slovo veliko kurziv

CITIRANJE

Svi citati, u tekstu i fusnotama, treba da budu napisani u sledećem formatu: (autor/godina/broj strane ili više strana).

Domaća imena koja se pominju u rečenici ne treba ponavljati u zagradama:

- Prema Miloševiću (2014, 224–234)...
- Rimski pravnici su poznavali različite klasifikacije stvari (Milošević 2014, 224–234)

Strana imena koja se pominju u rečenici treba da budu transkribovana, a u zagradama ih treba ponoviti i ostaviti u originalu. U spisku literature strana imena se ne transkribuju:

- Prema Kociolu (Koziol 1997, 73–87)...
- O tome je opsežno pisao Kociol (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags– und Universitätsbuchhandlung.

Poželjno je da u citatima u tekstu bude naveden podatak o broju strane na kojoj se nalazi deo dela koje se citira.

Isto tako i / Isto / Kao i Konstantinović (1969, 125–127);

Prema Bartoš (1959, 89 fn. 100) – *tamo gde je fusnota 100 na 89. strani*;

Kao što je predložio Bartoš (1959, 88 i fn. 98) – *tamo gde fusnota 98 nije na 88. strani*.

Pre broja strane ne treba stavljati oznaku „str.“, „p.“, „f.“ ili slično.

Izuzetno, tamo gde je to prikladno, autori mogu da koriste citate u tekstu bez navođenja broja strane dela koja se citira. U tom slučaju autori mogu, ali ne moraju da koriste neku od naznaka kao što su: *videti, posebno videti, videti na primer i dr.*

(videti, na primer, Bartoš 1959; Simović 1972) (videti posebno Bakić 1959)

(Stanković, Orlić 2014)

JEDAN AUTOR

Citat u tekstu (T): Kao i Ilaj (Ely 1980, broj strane), tvrdimo da...

Navođenje u spisku literature (L): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

T: Isto kao i Avramović (2008, broj strane), tvrdimo da...

L: Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup.*

Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

T: Vasiljević (2007, broj strane),

L: Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

DVA AUTORA

T: Kao što je ukazano (Daniels, Martin 1995, broj strane),

L: Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform.* Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

T: Kao što je pokazano (Stanković, Orlić 2014, broj strane),

L: Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo.* Beograd: Nomos.

TRI AUTORA

T: Kao što su predložili Sesil, Lind i Bermant (Cecil, Lind, Bermant 1987, broj strane),

L: Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials.* Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

VIŠE OD TRI AUTORA

T: Prema istraživanju koje je sproveo Tarner sa saradnicima (Turner *et al*. 2002, broj strane),

L: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Pojedini autori smatraju (Varadi *et al*. 2012, broj strane)...

L: Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

INSTITUCIJA KAO AUTOR

T: (U.S. Department of Justice 1992, broj strane)

L: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992.

Civil Justice Survey of State Courts. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije 2015, broj strane)

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.

DELO BEZ AUTORA

T: (*Journal of the Assembly* 1822, broj strane)

L: Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822. 1822. Albany: Cantine & Leake.

CITIRANJE VIŠE DELA ISTOG AUTORA

Klermont i Ajzenberg smatraju (Clermont, Eisenberg 1992, broj strane; 1998, broj strane)...

Basta ističe (2001, broj strane; 2003, broj strane)...

CITIRANJE VIŠE DELA ISTOG AUTORA IZ ISTE GODINE

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

ISTOVREMENO CITIRANJE VIŠE AUTORA I DELA

(Grogger 1991, broj strane; Witte 1980, broj strane; Levitt 1997, broj strane) (Popović 2017, broj strane; Labus 2014, broj strane; Vasiljević 2013, broj strane)

POGLAVLJE U KNJIZI

T: Holms (Holmes 1988, broj strane) tvrdi...

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

POGLAVLJE U DELU KOJE JE IZDATO U VIŠE TOMOVA

T: Švarc i Sajks (Schwartz, Sykes 1998, broj strane) tvrde suprotno.

L: Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

KNJIGA SA VIŠE IZDANJA

T: Koristeći Grinov metod (Greene 1997), napravili smo model koji...

L: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis.* 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: (Popović 2018, broj strane),

R: Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Navođenje broja izdanja nije obavezno.

PONOVNO IZDANJE – REPRINT

T: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

L: Angell, Joseph Kinniaut, Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate.* Reprint, New York: Arno Press.

ČLANAK

U spisku literature navode se: prezime i ime autora, broj i godina objavljivanja sveske, naziv članka, naziv časopisa, godina izlaženja časopisa, stranice. Pri navođenju inostranih časopisa koji ne numerišu sveske taj podatak se izostavlja.

T: Taj model koristio je Levin sa saradnicima (Levine *et al*. 1999, broj strane)

L: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane, David J. Zimmerman. 1999. *Roe v.*

Wade and American Fertility. *American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: Na to je ukazao Vasiljević (2018, broj strane)

L: Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.

T: Orlić ističe uticaj uporednog prava na sadržinu Skice (Orlić 2010, 815–819).

L: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

CITIRANJE CELOG BROJA ČASOPISA

T: Tome je posvećena jedna sveska časopisa *Texas Law Review* (1994).

L: Texas Law Review. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

T: Osiguranje od građanske odgovornosti podrobno je analizirano u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1982).

L: Anali Pravnog fakulteta u Beogradu. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.

KOMENTARI

T: Smit (Smith 1983, broj strane) tvrdi...

L: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Prema Šmalenbahy (Schmalenbach 2018, broj strane), jasno je da...

L: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–55. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer– Verlag GmbH Germany.

T: Perović (Perović 1980, broj strane) tvrdi da...

L: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

ČLANAK U ČASOPISU ILI DNEVNIM NOVINAMA BEZ AUTORA

T: objavljeno u *Politici* (2019)

L: Politika. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019.

T: Kao što je objavljeno u časopisu *Newsweek* (2000)...

L: Newsweek. 2000. MP3.com Gets Ripped. September 18.

ČLANAK U ČASOPISU ILI DNEVNIM NOVINAMA SA AUTOROM (AUTORIMA)

T: U *Vremenu* je objavljeno (Švarm, Georgijev 2018) da...

L: Švarm, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

L: Mathews, Anna Wilde, Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*. November 11.

NEOBJAVLJENI RUKOPIS

T: (Avramović, Todorović 2017)

L: Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.

T: (Daughety, Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F., Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

RADNI DOKUMENT

T: (Stojanović, Savić 2017)

L: Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.

T: (Eisenberg, Wells 2002)

L: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

NUMERISANI RADNI DOKUMENT

T: (Tomić, Pavlović 2018)

L: Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.

T: (Glaeser, Sacerdote 2000)

L: Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

LIČNA KORESPONDENCIJA / KOMUNIKACIJA

T: Kao što tvrdi Damnjanović (2017),

L: Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.

T: (Welch 1998)

L: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

STABILNI INTERNET PROTOKOL (URL)

T: Prema Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije (2018),

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. *http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html*, poslednji pristup 28. marta 2018.

T: According to the Intellectual Property Office (2018)

L: R.S. Intellectual Property Office. 2018. Annual Report for 2017.

http://www.zis.gov.rs/about-us/annual-report.106.html, last visited February 28, 2019.

U ŠTAMPI

T: (Bogdanović 2019, broj strane)

L: Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.

T: (Spier 2003, broj strane)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

PRIHVAĆENO ZA OBJAVLJIVANJE

T: U jednom istraživanju (Petrović, prihvaćeno za objavljivanje) posebno se ističe značaj prava manjinskih akcionara za funkcionisanje akcionarskog društva.

L: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: Jedna studija (Joyce, prihvaćeno za objavljivanje) odnosi se na Kolumbijski distrikt.

L: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

SUDSKA PRAKSA

***F(usnote)**:* Vrhovni sud Srbije, Rev. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Vrhovni sud Srbije, Rev. 2331/96, 3. 7. 1996, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (VSS Rev. 1354/06; CJEU C-20/12 ili Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi sudsku praksu u spisku korišćene literature.

ZAKONI I DRUGI PROPISI

F: Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, čl. 2, st. 1, tač. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art 6 (3).

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (ZKP ili ZKP RS; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi propise u spisku korišćene literature.

4. PRILOZI, TABELE I SLIKE

Fusnote u prilozima numerišu se bez prekida kao nastavak na one u ostatku teksta.

Numeracija jednačina, tabela i slika u prilozima počinje sa 1 (jednačina A1, tabela A1, slika A1 itd., za prilog A; jednačina B1, tabela B1, slika B1 itd., za prilog B).

Na strani može biti samo jedna tabela. Tabela može zauzimati više od jedne strane.

Tabele imaju kratke naslove. Dodatna objašnjenja se navode u napomenama na dnu tabele.

Treba identifikovati sve količine, jedinice mere i skraćenice za sve unose u tabeli.

Izvori se navode u celini na dnu tabele, bez unakrsnih referenci na fusnote ili izvore na drugim mestima u članku.

Slike se prilažu u fajlovima odvojeno od teksta i treba da budu jasno obeležene.

Ne treba koristiti senčenje ili boju na grafičkim prikazima. Ako je potrebno vizuelno istaći pojedine razlike, molimo vas da koristite šrafiranje i unakrsno šrafiranje ili drugo sredstvo označavanja.

Ne treba koristiti okvir za tekst ispod ili oko slike.

Molimo vas da koristite font *Times New Roman* ako postoji bilo kakvo slovo ili tekst na slici. Veličina fonta mora biti najmanje 7.

Grafici ne sadrže bilo kakvu boju.

Naslovi slika su navedeni i na zasebnoj stranici sa dvostrukim proredom pod nazivom – Legenda korišćenih slika.

Slike ne mogu biti veće od 10 cm x 18 cm. Da bi se izbeglo da slika bude značajno smanjena, objašnjenja pojedinih delova slike treba da budu postavljena u okviru slike ili ispod nje.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = The Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade law review / главни и одговорни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)–. – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Тромесечно. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade. – Друго издање на другом медијуму: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693.

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду

COBISS.SR-ID 6016514

Fakultetski naučni časopis *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* izlazi od 1953. godine (ISSN: 0003-2565) kao potomak časopisa *Arhiv za pravne I društvene nauke* koji je izlazio od 1906. godine.

Glavni urednici *Arhiva za pravne i društvene nauke* bili su: Kosta Kumanudi i Dragoljub Aranđelović (1906–1911), Kosta Kumanudi (1911–1912), Čedomilj Mitrović (1920–1933), Mihailo Ilić (1933–1940), Đorđe Tasić (1940–1941) i Jovan Đorđević (1945).

Glavni urednici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* bili su: Mihajlo Konstantinović (1953–1960), Milan Bartoš (1960–1966), Vojislav Bakić (1966–1978), Vojislav Simović (1978–1982), Obren Stanković (1982–1985), Dejan Popović (1996), Miodrag Orlić (1997–2004), Danilo Basta (2004–2006), Sima Avramović (2006–2012), Miroljub Labus (2013–2015) i Mirko Vasiljević (2016–2018).

U časopisu se objavljuju naučni članci, kritičke analize, komentari sudskih odluka, prilozi iz međunarodnog naučnog života i prikazi knjiga. Časopis izlazi i u elektronskom obliku (eISSN: 2406-2693).

Radovi objavljeni u časopisu podležu anonimnoj recenziji dvoje recenzenata, koje određuje redakcija.

Stavovi izraženi u časopisu predstavljaju mišljenje autora i ne odražavaju nužno gledišta redakcije. Za te stavove redakcija ne odgovara.

Časopis izlazi tromesečno.

ISSN 0003-2565

BULEVAR KRALJA ALEKSANDRA 67
11000 BEOGRAD
SRBIJA
anali@ius.bg.ac.rs
anali.rs